

TEODORO MOMMSEN

**DERECHO PENAL
ROMANO**

PRÓLOGO

Están perfectamente conformes, tanto los jurisconsultos como los historiadores y los filólogos, en que no existe una ciencia del derecho penal romano. Mi deseo, y hasta cierto punto también mi esperanza, es que el presente libro llene el vacío que tan a menudo se siente.

Que las tentativas hechas anteriormente en este sentido no hayan sido enteramente coronadas por el éxito, se debe en parte a la falta más o menos accidental de objetivo, de fin adecuado y de los necesarios requisitos previos para conseguirlo.

Si se quiere que el derecho penal del sacro romano Imperio, la Carolina y lo construido después sobre estas bases queden incluidos en semejante estudio, en tal caso, la manera como se procede puede hacer imposible la realización de lo que se pretende, que es exponer el derecho de los romanos.

Pero aun limitado el examen al derecho romano tradicional, hay que advertir que para hacer una exposición científica del mismo es necesario, no solamente incluir en ella aquella parte del derecho privado que se refiere a los delitos, sino también, y principalmente, compenetrar y organizar en un solo cuerpo de doctrina el derecho penal y el procedimiento penal. Sin entrar ahora a examinar si la separación entre el derecho civil y el procedimiento civil romanos ha sido o no beneficiosa para estas disciplinas, lo que podemos asegurar es que el derecho penal, sin el procedimiento penal, es un mango de puñal sin hoja, y el procedimiento penal, sin el derecho penal, es una hoja sin mango.

Debe añadirse que el derecho penal ocupa un lugar intermedio entre la jurisprudencia y la historia. Para muchos filólogos ha sido difícil, en este orden de estudios, tratar cuestiones de jurisprudencia, y para muchos juristas lo ha sido el tener que enfrascarse en estudios filológicos, aun solamente en aquella extensión que les era indispensable. El derecho criminal romano es una parte de la jurisprudencia romana; pero en ninguna otra están tan indicadas como en esta las investigaciones histórico-arqueológicas. No me hubiera yo aventurado a acometer esta empresa, si no hubiese podido apoyarme al efecto en mi Derecho público romano; así que el presente trabajo debe ser considerado como una

continuación y un complemento de la obra citada, sin embargo de que difiere de ella en el método, y de que no concluye como ella en Diocleciano, sino en Justiniano.

Ciertamente, el hecho de reunir en un solo organismo científico el derecho penal y el procedimiento penal aumenta el horizonte del estudio en manera considerable, y, por otra parte, la circunstancia de que hayamos de perseguir, hasta cierto punto, la evolución jurídica romana a través de un período de mil años, es otro motivo que dificulta y estorba grandemente así la investigación como la exposición. Por lo cual me he visto constreñido, no solamente a pasar por alto muchas particularidades de los tiempos posteriores, tal y como las presentan sobre todo las colecciones de constituciones, sino también a abreviar todo lo posible la generalidad de las discusiones y esclarecimientos. No he repetido las exposiciones casuísticas que se encuentran en las fuentes, sobre todo en lo relativo a los delitos privados y al adulterio. No pocas cuestiones generales, como las tocantes al dolo y a la culpa, pertenecen al derecho común, y por eso aquí solamente puede hablarse de ellas en los reducidos límites que lo consiente el derecho penal. A menudo, el jurisconsulto echará de menos lo jurídico y el investigador de asuntos históricos la historia; pero quizá, tanto el primero como el segundo, encuentren aquí lo que necesiten fuera del círculo de su propia competencia. He tratado también de acomodarme en cierta medida a las fuentes; no me ha sido posible hacer lo mismo con la literatura moderna. La necesidad es un motivo jurídico de exculpación. Si el libro se hubiera escrito con sentido de controversia, se habría evitado sin duda muchos defectos que contiene, se habría librado de ciertas lagunas, y, en general, hubiera satisfecho bastante más en el detalle. Pero entonces habría alcanzado, cuando menos, doble extensión de la que tiene, siendo así que ya en la forma presente gustará tan poco al lector como le gusta al autor. Y, sobre todo, es seguro que no habría llegado a verse concluido. Todo pasa, incluso el hombre. Ha de serle concedido al escritor contar con el plazo de vida que aún puede restarle.

Tengo que dar las gracias a los señores Carlos Binding, Otón Hirschfeld y Ernesto von Simson por haber corregido las pruebas, y al último también por haber tomado sobre sí la tarea de hacer el índice de materias; si aun con esto no faltaran errores, no es poco el trabajo que me han ahorrado.

T. MOMMSEN

Charlottenburgo, 29 de agosto de 1898.

ÍNDICE GENERAL

LIBRO PRIMERO

NATURALEZA Y LÍMITES DEL DERECHO PENAL

CAPÍTULO I

LUGAR DE LA PENA EN EL ORGANISMO DEL DERECHO

PÁG.

Concepto del derecho penal. — Bases éticas. — Carácter unitario. —
Extensión. — División. — Terminología: *noxa*; *crimen*; *delictum*;
supplicium; *damnum*; *poena* 3 ✓

CAPÍTULO II

LA PUNICIÓN DOMÉSTICA

Sumisión al jefe de familia. — Relaciones con el poder de la comu-
nidad. — Esclavos. — Hijos de familia. — Mujeres. — Vestales. —
Delitos. — Formas de penalidad. — Procedimiento penal 11

CAPÍTULO III

DERECHO DE LA GUERRA

Derecho de la guerra y derecho de la paz. — El derecho de la gue-
rra en general. — Delitos militares. — Penas militares. — Tribunal
militar 18

CAPÍTULO IV

LA COERCICIÓN DE LOS MAGISTRADOS

Limitaciones del poder de los magistrados dentro de la ciudad. —
Desaparición de los delitos religiosos. — Coercición ilimitada con-

tra las mujeres y los actos no delictuosos. — Concepto de la coercición limitada. — Coercición plena y semiplena. — Sobre todo contra la desobediencia. — Procedimiento instructorio. — Coercición ilimitada de los magistrados no sujetos a provocación. — Coercición capital de los magistrados patricios: delitos militares. — Delitos internacionales. — Pérdida de la libertad. — Coercición capital de los tribunos del pueblo. — Flagelación. — Destierro. — Prisión. — Confiscación. — Multas impuestas por los magistrados. — Multas plebeyas. — Prendación. — Procedimiento de apelación. 24

CAPÍTULO V

LA LEY PENAL Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ROMANO

La pena y la ley penal. — Restricciones impuestas al ejercicio de la magistratura. — Desaparición de la situación primitiva de cosas. — Comienzos del derecho penal público. — Los más antiguos delitos públicos. — Extensión del derecho penal público a las perturbaciones de la paz general. — Comienzos del derecho penal privado. — Procedimiento de la composición, propia del derecho privado. — Límites de la composición obligatoria en el derecho de las Doce Tablas. — Transformación posterior de las penas privadas. — Los magistrados que ejercían la coercición y los que juzgaban. — El procedimiento por *quaestiones*. — Procedimiento criminal de la época del Imperio 36✓

CAPÍTULO VI

LA PERSONA

Condiciones de la pena. — La persona. — Incapacidad para delinquir: los esclavos y los animales. — Incapacidad para ser penados: los muertos. — Los desterrados. — Destierro del deudor, destierro del delincuente. — Interdicción del agua y el fuego. — Colectividades. Niños. — Enfermos mentales. — Exclusión de pena cuando se ejerce un derecho. — Desigualdad jurídica existente entre el ciudadano y el no ciudadano; entre los libres y los esclavos; relaciones entre el señor y el esclavo. — Desigualdad jurídica en favor de la magistratura suprema 46

CAPÍTULO VII

LA VOLUNTAD

PÁG.

La voluntad contraria a la ley. — Conocimiento del hecho. — Infracción de la ley a sabiendas: *dolus*. — Infracción de la ley por descuido: *culpa*. — Relaciones de la ley penal con la ley moral. — Ignorancia de la ley penal 60

CAPÍTULO VIII

EL HECHO

El hecho contrario a la ley. — Concepto del hecho del derecho privado. — Concepto del hecho del derecho público. — Concurso de varias personas en un delito. — Equiparación de los coautores; igual punibilidad de los mismos. — Disposiciones excepcionales. 66

CAPÍTULO IX

EFICACIA DE LA LEY PENAL
POR RAZÓN DE LAS PERSONAS Y DEL LUGAR

La administración de justicia del Reino. — Hechos punibles cometidos contra los romanos en el extranjero. — Hechos punibles cometidos en el territorio romano. — Extradición de los delinquentes extranjeros. — Convenios modificadores de las reglas generales celebrados por el Estado 72

CAPÍTULO X

DESIGUALDAD E IGUALDAD JURÍDICA
EN EL REINO ROMANO

El derecho del Reino y el derecho de la ciudad. — Jurisdicción territorial de las ciudades sometidas y de los príncipes clientes. — Relaciones entre el derecho de las ciudades itálicas y el romano. — El derecho municipal de la mitad griega del Imperio. — Los tribunales romanos en sus relaciones con el derecho no romano. — El *ius gentium* penal. — Tolerancia del gobierno romano con respecto al derecho local. — Igualdad jurídica conse-

cutiva a la extensión del derecho de ciudadano romano. — El derecho general del Reino en los últimos tiempos 79

CAPÍTULO XI

SOBRE LA LEGISLACIÓN PENAL ROMANA

La costumbre antehistórica. — Formulación y reducción a escritura de las leyes. — La ley de las Doce Tablas. — Las posteriores disposiciones especiales. — Las leyes julias relativas a los juicios. — Estancamiento de la legislación desde Tiberio hasta Diocleciano. — Legislación de los tiempos posteriores 88

LIBRO SEGUNDO

LAS AUTORIDADES PENALES

CAPÍTULO I

LOS MAGISTRADOS Y EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO

La facultad de juzgar, atributo de la magistratura. — Ojeada general acerca de las formas del procedimiento penal. — Conocimientos jurídicos de los magistrados. — Los consejeros de los magistrados. — El cortejo del gobernador provincial. — Los asesores en la época del Principado 95

CAPÍTULO II

EL PROCEDIMIENTO PENAL PÚBLICO EN QUE SOLO INTERVENÍAN LOS MAGISTRADOS

El procedimiento penal que sustanciaba y resolvía el magistrado, sin intervención de los Comicios, dentro y fuera de la ciudad. — Carácter extraordinario del procedimiento penal de fuera de la ciudad. — Procedimiento por perduelión, por poner en peligro la seguridad pública y por abusar de la autonomía. — La *quaestio*. — Lugar donde debía celebrarse la audiencia. — Procedimiento contra los ausentes. — Términos. — Defensa. — Consejo 101

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO PENAL EN QUE INTERVENÍAN
EL MAGISTRADO Y LOS COMICIOS

PÁG.

Competencia de los magistrados en materia criminal: competencia de los cónsules; de los duumvros para la perduelión; de los cuestores; de los tribunos del pueblo; de los ediles; de los magistrados en general; del pontífice máximo. — Indivisibilidad de la facultad de juzgar. — El tribunal del pueblo. — Procedimiento ante este tribunal: *diei dictio*; *anquisitio*; sentencia; *provocatio*; votación de la ciudadanía. — Interrogación al Senado. — Significación política del tribunal del pueblo. — Desaparición del tribunal del pueblo 107

CAPÍTULO IV

EL PROCEDIMIENTO PRIVADO POR CAUSA DE DELITO

El procedimiento civil por causa de delito. — La institución del jurado. — Formas de interponer la demanda. — *Iudex*, *arbitri*, *recuperatores*. — Tribunal de triumvros. — El primitivo *iudicium publicum* 123

CAPÍTULO V

EL JUICIO POR JURADO BAJO LA PRESIDENCIA
DE UN MAGISTRADO

El procedimiento penal de los tiempos posteriores: *iudicium publicum*. — *Quaestio*. — *Accusatio*. — *Reus*. — Introducción de las *quaestiones* por medio de leyes especiales. — El derecho general de interponer acción en la *quaestio*. — *Ordo iudiciorum publicorum* y *crimina extraordinaria*. — Acuerdos del pueblo para casos particulares. — Extensión del horizonte de las *quaestiones* por razón del lugar y de las personas. — La medida penal en el procedimiento por *quaestiones*. — Clases de delitos a que se aplicaba este procedimiento. — Los diferentes tribunales en particular. — Los pretores encargados de la presidencia. — Los *quaesitores* presidentes. — La presidencia en cada *quaestio* concreta. — Funciones del presidente. — Los jurados y sus condiciones de capacidad por razón de clase social. — Listas especiales de jurados para cada *quaestio* en particular. — Causas de incapacidad. — Formación del tribu-

nal del jurado para cada causa concreta. — Propuesta y recusación. — Sorteo. — Edición. — Segundo sorteo. — Número de jurados. — Decadencia y desaparición del juicio por jurado 129 ✓

CAPÍTULO VI

EL PROCEDIMIENTO PENAL MUNICIPAL

Tribunales de fuera de la ciudad. — Las prefecturas itálicas. — Origen del municipio romano dentro de la ciudadanía común. — Jurisdicción de los magistrados de los municipios de ciudadanos romanos. — El procedimiento municipal privado por causa de delito. — El procedimiento municipal en que intervenían el magistrado y los Comicios. — El *iudicium publicum* municipal. — La potestad penal de los municipios en la época del Principado 151

CAPÍTULO VII

EL DERECHO PENAL DE LOS GOBERNADORES DE LAS PROVINCIAS

Origen y evolución del cargo de gobernador de provincia. — Título e *imperium* del gobernador. — Demarcación territorial del gobernador. — Jurisdicción del gobernador de provincia en materia civil. — Procedimiento civil ante el gobernador. — Coercición del gobernador en defecto del derecho penal. — Jurisdicción del gobernador en materia criminal en la época del Principado. — Atribuciones penales del gobernador de provincia con relación a los no ciudadanos y con relación a los ciudadanos. — Cómo la administración de justicia de la capital era aquí complementaria. — El derecho de la espada del gobernador de provincia. — Delegación de la potestad penal del gobernador de provincia: a los magistrados inferiores a él; a los adjuntos; al *iudex pedaneus* privado . 156

CAPÍTULO VIII

PROCEDIMIENTO PENAL EN QUE INTERVENÍAN LOS CÓNSULES Y EL SENADO

El procedimiento penal senatorial de la época del Principado. — Competencia del tribunal de los cónsules con el Senado. — Rela-

ciones con los cónsules y el emperador. — Cognición. — Tribunal libre. — Procedimiento. — Delegación. — Apelación. — Tribunal del Senado en casos de guerra durante los últimos tiempos de la República. — Antijuridicidad del procedimiento. — La lucha por el derecho en estado de guerra. — El derecho en estado de guerra durante el Principado 170

CAPÍTULO IX

EL TRIBUNAL DEL EMPERADOR EN LA ÉPOCA DEL PRINCIPADO

1. — *El tribunal del emperador en persona y el tribunal áulico.* — Fundamento jurídico de la potestad judicial del emperador. — Competencia del tribunal del emperador. — Tribunal libre. — Tribunal excepcional. — Procedimiento. — Administración de justicia por el emperador en persona. — El *consilium* imperial. — Los *praefecti praetorio*. — Independencia del tribunal áulico 177

2. — *Los delegados imperiales.* — Facultad del emperador para delegar libremente su potestad penal. — Delegación especial. — El derecho de la espada del gobernador de provincia. — El prefecto de la ciudad. — *Praefectus annonae* y *praefectus vigilum*. — *Procuratores* 182

3. — *La apelación.* — Apelación de las resoluciones del mandatario al emperador que le había dado poderes. — Apelación al emperador, fundada en la potestad suprema del mismo 186

4. — *Peticiones al emperador* 188

CAPÍTULO X

TRIBUNALES DE FUNCIONARIOS CREADOS POR DIOCLECIANO

La Monarquía de los tiempos posteriores. — Administración de justicia por el emperador en persona. — Demarcaciones territoriales de los tribunales de primera instancia. — Demarcaciones territoriales de los tribunales de apelación. — Apelación a los prefectos de la ciudad, a los procónsules y al emperador. — Delegación especial. — Consulta al emperador 190

CAPÍTULO XI

AUTORIDADES PENALES DE CLASE

PÁG.

Procedimiento criminal contra los senadores; contra los soldados; contra los subalternos. — Tribunales sacerdotales de la época pagana. — Tribunales sacerdotales de los cristianos. — La corrección eclesiástica. — Legislación de la Iglesia. — Ejercicio de la potestad correccional de la Iglesia. — Penas eclesiásticas. — Límites de la competencia de los tribunales del Estado en relación con los de la Iglesia. — Intercesión sacerdotal en el procedimiento penal	194
--	-----

CAPÍTULO XII

EL SERVICIO DE SEGURIDAD

Instituciones de seguridad del Estado. — Autoridades encargadas de la seguridad en la época republicana. — El arresto público. — El encadenamiento. — La cárcel del Estado. — Tratamiento de los presos. — El arresto libre. — Autoridades municipales encargadas de la seguridad: en Italia; en Egipto; en las provincias occidentales; en el Asia Menor. — El servicio municipal de seguridad. — Puestos militares de seguridad durante el Principado en Roma, en Italia y en las provincias. — Puestos militares. — Competencia de los comandantes de estos puestos. — Arresto militar. — Empleo de los soldados como policías. — <i>Frumentarii</i> . — <i>Agentes in rebus</i> . — <i>Curiosi</i>	201
--	-----

CAPÍTULO XIII

MEDIOS COACTIVOS EMPLEADOS PARA INCOAR
Y PARA SUSTANCIAR LAS CAUSAS CRIMINALES

Los medios coactivos del procedimiento penal. — Citación personal. — Prehensión. — Requisición. — Prisión preventiva. — Constitución de fianza. — Limitación del uso de la detención para instruir el proceso, durante la época republicana; reproducción del mismo en los tiempos del Principado. — Citación por medio de edictos. — Procedimiento penal contra los ausentes. — Procedimiento en rebeldía durante el Principado	213
--	-----

contrectación; limitación a las cosas muebles; enriquecimiento del ladrón; daño al robado. — Tentativa. — Las partes en el proceso por hurto. — Complicidad y coparticipación. — Procedimiento. — Registro doméstico. — Procedimiento por hurto. — Causa capital. — Procedimiento de composición. — Infamia. — Inadmisibilidad de la herencia y de la prescripción de la acción de hurto. — Reivindicación por parte del robado. — <i>Condictio furtiva</i>	457
II. — Hurto entre cónyuges (<i>actio rerum amotarum</i>)	470
III. — Hurto de bienes pertenecientes a los dioses (<i>sacrilegium</i>) o al Estado (<i>peculatus</i>). — Las leyes sobre el sacrilegio y el peculado. — Concepto del <i>sacrilegium</i> . — Concepto del peculado. — Procedimiento capital en casos de sacrilegio y de peculado. — Acción de peculado contra los herederos. — Prescripción de la acción de peculado	471
IV. — Hurto de cosechas	477
V. — Hurto cualificado, de la época imperial	477
VI. — Hurto de herencias	480
VII. — Usurpación del derecho dominical (<i>plagium</i>). — Concepto del plagio. — Pena del plagio. — Venta de niños	482

CAPÍTULO IX

OFENSA PERSONAL "INIURIA"

Significado corriente de la voz <i>iniuria</i> . — Legislación relativa a la injuria. — Ofensa personal. — Concepto de la personalidad. — Injuria causada con las manos, según el derecho de las Doce Tablas. — Injuria personal, según el derecho de tiempos posteriores. — Limitación de la facultad de interponer acción por injuria, según el derecho de tiempos posteriores. — Casos particulares de injuria que producía acción. — Autorización del magistrado para ejercer la acción de injuria. — Intervención de la intención en la ofensa personal, como requisito para que naciera acción de injuria. — Injuria indirecta. — Acciones por injuria, correspondientes a los depositarios de la potestad. — Tentativa. — Complicidad. — Procedimiento penal público por causa de cánticos injuriosos; penalidad de los mismos. — Procedimiento privado y pena en causa de injuria: según el derecho de las Doce Tablas; según el edicto. — Intervención de los magistrados para fijar la cuantía de la suma que había de pagar el reo como pena. — El juicio por jurado. — Pena pecuniaria. — Infamia	484
---	-----

LIBRO TERCERO

EL PROCEDIMIENTO PENAL

CAPÍTULO I

LAS FORMAS DE PROCEDIMIENTO PENAL

PÁG.

Formas fundamentales de procedimiento. — El originario procedimiento por cognición. — Evolución del procedimiento penal ante los Comicios. — Denegación del mismo. — Aparición del procedimiento acusatorio. — El principio del mismo; libertad de entablar la demanda. — La cognición durante el Principado. — Casos de cognición en el derecho penal de los tiempos posteriores. — Relaciones entre la acusación y la cognición en estos mismos tiempos 223

CAPÍTULO II

COMPETENCIA, LUGAR Y TIEMPO
EN QUE SE CELEBRABAN LOS JUICIOS

Carácter de generalidad de la responsabilidad criminal; suspensión de esta responsabilidad mientras los magistrados estaban en funciones. — Competencia. — Competencia general de los tribunales superiores. — Límites de la competencia de los *iudicia privata* y de los *iudicia publica* de la ciudad. — Competencia de los tribunales de fuera de Roma. — Competencia por razón del domicilio. — Competencia por razón del lugar donde se hubiera cometido el hecho. — Concurrencia de varias autoridades penales. — Local donde el tribunal funcionaba. — Publicidad del procedimiento penal y exclusión de la misma. — *Basilicae*. — *Tribunalia*. — Procedimiento *de plano*. — *Auditoria y Secretaria*. — Tiempo en que los tribunales habían de actuar. — Vacaciones judiciales. — Horas de audiencia 234

CAPÍTULO III

LAS PARTES Y LA ASISTENCIA JURÍDICA
EN EL PROCEDIMIENTO ACUSATORIO

El acusador, como representante de la comunidad. — Procedimiento acusatorio en interés propio del acusador. — Motivos ge-

nerales para no reconocer el derecho de acusar. — Resolución del magistrado acerca del derecho de acusar. — Concurrencia de acusadores; regulación de la misma por el magistrado. — Exclusión de la representación en el procedimiento penal. — Al acusador no se le permitía servirse de procuradores ni abogados. — La asistencia jurídica en la defensa. — Estado de la abogacía. — Límites de la acumulación de acciones; admisibilidad de la misma, tratándose de acciones dirigidas contra la misma persona; reunión en un mismo proceso de los hechos punibles cometidos por diferentes personas; inadmisibilidad de las acumulaciones en el procedimiento acusatorio 241

CAPÍTULO IV

EL COMIENZO DE LA ACUSACIÓN

Interposición de la acción: *petitio; accusatio; postulatio; hominis delatio; inscriptio*. — Juramento de calumnia. — Intervención del acusado; *in ius vocatio; sacramentum; interrogatio lege*. — Desaparición de la intervención del acusado. — Consecuencias del momento en que quedaba establecida la acusación. — Vestidos de luto. — Plazo para interponer la acción. — Consecuencias del delito en cuanto a los derechos honoríficos. — Trasmisión de la acción penal a los herederos. — Litiscontestación criminal. — Regulación por el magistrado de la instrucción preparatoria llevada a cabo por el acusador. — Constitución del tribunal del jurado. — Juramento de los jurados. — Fijación del día para la vista. — Señalamiento de un nuevo día. — Orden en que se conocía de las causas 249

CAPÍTULO V

LOS MEDIOS DE PRUEBA

Exclusión de prueba legal en el procedimiento penal 259

A. — *Las declaraciones y el testimonio de los hombres libres*. — Manifestaciones de los hombres libres. — Personas legalmente excluidas de ser testigos. — Declaraciones forzosas en el antiguo procedimiento criminal público. — Medios coactivos que podían ponerse en práctica en el procedimiento penal en que solo intervenía el magistrado para obligar a prestar declaración. — Inadmi-

bilidad del tormento en la época republicana; empleo del mismo durante el Principado. — El derecho del acusador para citar a los testigos. — Testimonio judicial y testimonio extrajudicial...	260
B. — <i>Las declaraciones y el cuasitestimonio de los no libres.</i> — Manifestaciones hechas por los esclavos. — Hasta qué punto podía obligarse a los esclavos a prestar declaración. — Inadmisibilidad de las declaraciones de los esclavos en perjuicio de su señor. — El tormento en las declaraciones de los esclavos	266
C. — <i>El registro domiciliario y la incautación de papeles</i>	269

CAPÍTULO VI

EL PERÍODO DE PRUEBA

Curso del procedimiento probatorio en el juicio por acusación. — Continente pasivo del magistrado y de los jurados. — Instauración del procedimiento probatorio; ampliación; comperendinación. — Citación a las partes y a los jurados. — Las diversas formas de introducción de la prueba testifical. — Los discursos preparatorios de las partes. — Tiempo de los discursos. — Literatura de los discursos. — Práctica de la prueba. — Indagatoria del acusado. — Examen de los testigos. — Declaraciones de los esclavos. — Presentación de documentos probatorios. — Plazos para la prueba. — Eficacia de la instauración sobre la práctica de la prueba. — Duración del procedimiento	271
--	-----

CAPÍTULO VII

LA SENTENCIA

Convicción judicial. — La negativa del acusado y el juramento de purgación. — La confesión del acusado. — Confesión implícita. — Apreciación de las manifestaciones hechas por terceras personas. — Consejo antes de dictar sentencia. — Pronunciación del fallo. — Votación verbal y por escrito en el juicio por jurados. — Recuento de votos. — Contenido del fallo de los jurados. — La sentencia penal en el procedimiento donde no intervenía más que el magistrado. — Absolución. — Irreformabilidad de la sentencia en el procedimiento acusatorio	278
--	-----

CAPÍTULO VIII

OBSTÁCULOS AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN
PENAL O A LA EJECUCIÓN DE LA PENA

	PÁG.
I. — <i>Extinción de la acción penal pendiente (abolitio)</i> . — Muerte del juez encargado de la causa o del autor. — Abandono del proceso penal. — Anulación legal del mismo	287
II. — <i>Exenciones personales de la persecución penal</i> . — Exención del procedimiento penal. — Amnistía	289
III. — <i>El derecho de asilo</i> . — El asilo romuliano. — El derecho griego de asilo. — Derecho de asilo derivado del culto al emperador. — El derecho cristiano de asilo	290
IV. — <i>La intercesión y la apelación de la época republicana</i> . — Concepto de la intercesión. — Formas de la misma. — Límites de la intercesión penal. — Unión de la intercesión con la reformación en los tiempos de la República	292
V. — <i>La apelación de la época imperial</i> . — Fundamento jurídico de la apelación de la época imperial. — Límites de la apelación. — Curso de de la misma. — Efecto anulador y efecto reformador de la apelación	297
VI. — <i>La gracia con suspensión de la eficacia jurídica de la sentencia penal, o sea la provocación a los Comicios</i> . — Concepto de la provocación a los Comicios. — Modalidades de esta provocación. — Petición de gracia	300
VII. — <i>La provocación al jefe del ejército</i>	303
VIII. — <i>La reposición de las cosas a su anterior estado</i> . — Admisibilidad e inadmisibilidad del levantamiento de la condena penal. — Procedimiento de nulidad contra el fallo de los jurados. — Casación legislativa de las sentencias penales con fuerza ejecutoria. — Reposición de las cosas a su anterior estado en la época del Principado. — Contenido de la restitución	304
IX. — <i>Prescripción del proceso penal</i>	308

CAPÍTULO IX

PENAS A LOS ACUSADORES

Aparición de las penas a los acusadores	310
I. — <i>Interposición de la acusación a sabiendas de que era infundada («calumnia»)</i> . — La calumnia criminal. — Concepto de la misma. — Procedimiento por calumnia. — Penas por calumnia: infamia. — Talió. — Calumnia criminal fuera del juicio penal ordinario	311

II. — <i>Desistimiento injustificado de la acusación («tergiversatio»).</i> — Desistimiento de la acusación. — Procedimiento. — Penalidad	314
III. — <i>Connivencia («praevaricatio»).</i> — Connivencia. — Forma pro- cesal. Penas	315

CAPÍTULO X

PREMIOS A LOS DENUNCIANTES Y A LOS ACUSADORES

Carácter excepcional de las recompensas a los denunciadores. — Exención de pena por denuncia. — Premios al denunciador en el procedimiento criminal. — Premios al magistrado que instruía procesos en favor de la comunidad. — Premios a los particulares que interponían demandas civiles en favor de la comunidad. — Premios al actor en el procedimiento acusatorio. — Procedimiento para la concesión de los premios	317
--	-----

CAPÍTULO XI

LA PROTOCOLIZACIÓN

Aparición de los documentos de los magistrados. — Denomina- ción de los mismos. — Formación del protocolo. — Forma y con- tenido del protocolo. — Custodia del protocolo	322
--	-----

LIBRO CUARTO

DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

<i>Introducción.</i> — Las clases de delitos. — Límites entre el derecho penal y otras esferas jurídicas. — Las clases de delitos en el más antiguo derecho penal. — Valor de las mismas bajo el aspecto del derecho sustantivo y bajo el del derecho procesal. — Las clases de delitos en el derecho penal de los tiempos posteriores. — Méritos y defectos del derecho penal romano. — Estudio científico del de- recho penal romano. — Las Doce Tablas. — El derecho pretorio. — El derecho civil. — Elaboración del sistema de cada una de las <i>quaestiones.</i> — Sistema tradicional de los delitos	329
---	-----

CAPÍTULO I

EL DELITO CONTRA EL ESTADO
"PERDUELLIO", "CRIMEN MAIESTATIS INMINUTAE"

PÁG.

<i>Perduellio</i> . — <i>Maiestas</i> . — ἀσεβεια. — El delito contra el Estado en la más antigua legislación. — Leyes sobre las <i>quaestiones</i> . — Relaciones del delito contra el Estado con los demás delitos. — Codelincuencia. Consumación. — Elementos constitutivos del delito contra el Estado, en general. — Ojeada de conjunto sobre los distintos casos particulares	341
I. — <i>Tratos punibles con el enemigo</i> . — Deserción. — Abandono de Roma. Traición. — Quebrantamiento del destierro	347
II. — <i>Atentados contra la Constitución</i> . — Atentados contra la Constitución de la República. — Atentados contra la Constitución plebeya. — Conducta de la Monarquía con el procedimiento por atentados a la Constitución	349
III. — <i>Violación de las obligaciones de los magistrados y de los sacerdotes</i> . — Delitos de las autoridades. — Delitos de los sacerdotes. — Delitos de los mandatarios públicos	352
IV. — <i>Violación de las obligaciones políticas de los ciudadanos</i> . — Delitos de los ciudadanos. — Delitos militares. — Rebelión. — Otros delitos de los ciudadanos	355
V. — <i>Violación de las obligaciones religiosas de los ciudadanos</i> . — Delitos contra la religión en la época pagana. — Actos obligatorios del culto. — Ofensas a la religión nacional y a la religión de Reino. — El judaísmo. — El credo cristiano. — El maniqueísmo. — Medidas de policía contra los abusos religiosos	359
VI. — <i>Ofensas personales a los magistrados de la comunidad</i> . — Ataques a la vida de los magistrados patricios o de los plebeyos. — Asesinato del emperador. — Injurias a los magistrados. — Ídem al emperador	366
Autoridades para conocer de los delitos de lesa majestad. — Desigualdades en la penalidad. — Pena diferente en los casos de perduellión y en los delitos de lesa majestad. — Pena del delito contra el Estado	370

CAPÍTULO II

HEREJÍA Y NO CRISTIANISMO

Abolición de la religión nacional. — La iglesia cristiana del Estado. Régimen eclesiástico de la época imperial. — Hurto en las iglesias.

	PÁG.
Profanación de las iglesias. — Blasfemia. — El delito contra la religión en el cristianismo. — Concesión de privilegios civiles a los cristianos ortodoxos	377
I. — <i>Los cristianos heterodoxos</i> . — Concepto de la heterodoxia. — Consecuencias penales de la heterodoxia	381
II. — <i>Los paganos</i> . — El paganismo. — Consecuencias penales del paganismo. — Procesos de herejía	384
III. — <i>Los judíos</i>	386

CAPÍTULO III

EL HOMICIDIO Y LOS DELITOS ANÁLOGOS A ÉL

<i>Parricidium</i> . — <i>Homicidium</i> . — El más antiguo procedimiento para el homicidio. — El homicidio como delito público. — <i>Quaestio</i> para el homicidio. — La ley cornelia sobre el homicidio. — Excepciones: Muerte impune de los esclavos; de los hijos de familia; en estado de necesidad; en caso de guerra; en el extranjero; según el antiguo derecho, de los individuos <i>ex lege</i> ; según el derecho posterior, de los enemigos de la patria; de los que quebrantaran el destierro; de los desertores; por vía de suplicio; de la adúltera y de su cómplice. — Supresión de la condición <i>ex lege</i> ..	388
<i>Dolus</i> . — Tentativa. — Complicidad. — Clases de delitos admitidos por la ley sobre el homicidio	397
I. — <i>Asesinato violento y salteamiento (crimen inter sicarios)</i> . — Asesinato violento. — Robo de caminos. — Procedimiento por homicidio contra la servidumbre de la víctima. — Pena del homicidio	399
II. — <i>Abuso del procedimiento capital</i> . — Violación, por los magistrados, del derecho de provocación. — Abuso del derecho de jurado. — Abuso del testimonio	400
III. — <i>Envenenamiento y delitos afines</i> . — Aborto provocado. — Filtro amoroso. — Castración. — Circuncisión	402
IV. — <i>Homicidio por hechizo y magia</i> . — Punibilidad de los magos de mala fe. — Elementos constitutivos de la magia. — Pena de la magia ..	404
V. — <i>Homicidio de parientes (parricidium)</i>	405
VI. — <i>Incendio intencionado y delitos cometidos en un naufragio</i>	406
Formas del procedimiento por homicidio. — Procedimiento por cognición. — Procedimiento por homicidio contra la servidumbre, como obligación de los herederos de la víctima. — Procedimiento por cognición en caso de homicidio cometido por la servidumbre. — Penalidad del homicidio	406

CAPÍTULO IV

LA COACCIÓN "VIS"

PÁG.

<i>Vis y metus.</i> — Coacción lícita. — Reglas legales acerca de la coacción. — Elementos constitutivos de la coacción punible. — Sedición. — Daño causado violentamente en la propiedad y apropiación violenta. — Comunidad punible. — Abuso de cargo o de mandato público. — Encarcelamiento y estupro. — Ofensas a los embajadores. — Auxilio en caso de quebrantamiento del destierro. — Violación de sepultura. — Defensa propia. — Procedimiento por coacción	410
--	-----

CAPÍTULO V

FALSEDADES Y ESTAFAS

Falsificación. — Estafa	418
I. — <i>Las Doce Tablas.</i> — Casos particulares del más antiguo derecho penal	419
II. — <i>Falsificación de testamentos y de moneda y otros delitos análogos.</i> — La ley cornelia sobre falsificación. — Falsificación de testamento. — Falsificación de documentos. — Falsificación de metales y de moneda. — Cohecho judicial y otros delitos afines. — Falsificación del parentesco o de la condición o rango social. — Falsificación de pesas y medidas. — Procedimiento. — Pena	420
III. — <i>Cohecho procesal</i>	424
IV. — <i>Acciones subsidiarias por causa de injusticias (dolus, stellionatus).</i> — Acción civil extraordinaria por causa de fraude. — Acción criminal por causa de <i>stellionatus</i>	424

CAPÍTULO VI

DELITOS SEXUALES

I. — <i>Unión entre parientes (incesto) e impedimentos matrimoniales.</i> — La prohibición del matrimonio entre parientes en el derecho antiguo. — La prohibición del matrimonio en tiempos posteriores. — La prohibición del matrimonio en la época imperial. — Elementos constitutivos del incesto. — Procedimiento en el incesto. — Pena del incesto	427
---	-----

II. — <i>Ofensas al pudor de la mujer (adulterium, stuprum)</i> . — La punición doméstica sobre la mujer. — El procedimiento privado y el público por atentados al pudor en la época de la República. — La ley de Augusto sobre el adulterio. — Mujeres excluidas del cumplimiento de las prescripciones relativas al pudor. — Concepto del matrimonio permitido y protegido. — Estupro y adulterio. — Elementos constitutivos de este delito. — Procedimiento por causa del adulterio. — Penas del adulterio.....	431
III. — <i>Rufianismo (lenocinium)</i>	437
IV. — <i>Matrimonio deshonoroso</i>	438
V. — <i>Bigamia</i>	438
VI. — <i>Rapto</i>	439
VII. — <i>Pederastia</i>	439

CAPÍTULO VII

ACEPTACIÓN DE DÁDIVAS Y EXTORSIONES EJECUTADAS POR AGENTES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS "CRIMEN PECUNIARUM REPETUNDARUM"

Carácter gratuito de las prestaciones de los ciudadanos. — Aceptación de dinero por los procuradores. — Aceptación de dinero por los magistrados. — Las leyes *de repetundis*. — Limitación del ejercicio de la acción *de repetundis* en la época republicana al orden de los senadores. — Extensión del ejercicio de la acción *de repetundis* en tiempo de los emperadores a los funcionarios públicos en general. — Elementos constitutivos del delito *de repetundis*. — Aceptación de dádivas. — Apropiación indebida. — Extorsión. — Concusión. — Cohecho. — Delitos cometidos en materia de impuestos. — Denegación de la capacidad para ejecutar actos de comercio. — Otros delitos *de repetundis*. — Acción civil para pedir la devolución. — Particularidades jurídicas de esta *quaestio*. — Medida penal. — Acción contra los herederos. — Acción contra terceras personas. Prescripción.....

441

CAPÍTULO VIII

SUSTRACCIÓN DE LA PROPIEDAD "FURTUM"

I. — *Hurto de bienes privados*. — Hurto de bienes privados. — Preceptos legislativos. — Elementos constitutivos de este delito:

CAPÍTULO X

DAÑOS

	PÁG.
Daños del derecho público y del privado	498
I. — <i>Daños en los templos</i>	499
II. — <i>Daños en los sepulcros</i> . — Protección de las sepulturas en el más antiguo derecho. — Acción pretoria por violación de sepultura. Multas por violación de sepultura en la época de los emperadores. — Sustanciación penal de este delito en los tiempos posteriores	500
III. — <i>Daños en la propiedad pública</i> . — Procedimiento capital en caso de remoción de límites, según el más antiguo derecho. — Procedimiento por multas en causas de remoción de límites. — Daño en acueductos	504
IV. — <i>Daños en la propiedad privada (damnum iniuria)</i> . — Los daños según el derecho privado. — Requisito de la acción. — Violación de la propiedad. — Acción del propietario. — Concepto del daño en la propiedad. — Presencia o, ausencia de dolo en el dañador. — Inexistencia de la responsabilidad. — Tentativa. — Complicidad. — Procedimiento. — Penas. — Procedimiento noxal. — Trasmisión hereditaria y prescripción de la acción	507
V. — <i>Acciones por daños análogos a las estudiadas</i> . — Daños causados por animales. — Acción por causa de derribo de árboles. — Muerte de un hombre libre. — Daños en el cuerpo de un hombre libre. — Incendio, según el derecho de las Doce Tablas. — Abuso de la adstipulación. — Seducción de esclavos. — Tenencia de animales peligrosos. — Daños por cosas arrojadas. — Homicidio culposo, según el derecho de tiempos posteriores. — Incendio, según el derecho de tiempos posteriores. — Daños cualificados .	512

CAPÍTULO XI

ABUSO DE LOS DERECHOS	518
I. — <i>Intrusiones en el campo público</i>	520
II. — <i>Incumplimiento de las obligaciones correspondientes a los poseedores de inmuebles</i> . — Obligaciones de los poseedores de inmuebles. — Prohibición de tener hornos crematorios y tejares dentro de la ciudad. — Prohibición de tener sepulcros dentro de la ciudad. — Restricciones al derecho de demoler casas. — Obligaciones de los que querían edificar junto a la vía pública	521

	PÁG.
III. — <i>Usura de dinero</i>	523
IV. — <i>Usura de grano y de mercaderías</i>	524
V. — <i>Abuso de los derechos industriales y mercantiles</i>	525
VI. — <i>Abuso del estado civil.</i> — Pérdida de la libertad por infringir la prohibición de tener un determinado domicilio; por venderse fraudulentamente como esclavo para participar del precio; por concubinato de una mujer libre con un esclavo. — Revocación de la manumisión por causa de ingratitud. — Revocación de la emancipación por causa de ingratitud	526
VII. — <i>Usurpación de estado civil.</i> — Usurpación de la libertad. — Usurpación de la ingenuidad. — Usurpación de la ciudadanía ...	528
VIII. — <i>Atentados contra las buenas costumbres de la República</i>	530
IX. — <i>Ganancias provenientes del juego</i>	530
X. — <i>Adivinación</i>	531
XI. — <i>Abusos electorales (ambitus, sodalicia).</i> — <i>Ambitus.</i> — Prohibiciones legales. — Elementos constitutivos del <i>ambitus.</i> — Asociación. — <i>Coitio.</i> Ley sobre los sodalicios. — Procedimiento. — Pena ..	533
XII. — <i>Abuso del derecho de asociación</i>	539
XIII. — <i>Abuso de las denuncias fiscales</i>	540
XIV. — <i>Otras contravenciones</i>	542
1º) Irregularidades en el ejercicio de funciones públicas	543
2º) Irregularidades en el ejercicio del cargo de jurado	544
3º) Contravenciones de diferentes clases	545

CAPÍTULO XII

CONCURRENCIA DE ACCIONES PROVENIENTES DE DELITO

Inadmisibilidad de la concurrencia de diversas formas de procedimiento. — Admisibilidad de la concurrencia de acciones provenientes y de acciones no provenientes de delito, así como también de la concurrencia de varias acciones provenientes de delito pero con diferente fundamento. — Inadmisibilidad de la concurrencia en caso de que las acciones tuviesen igual fundamento. Concurrencia de acciones provenientes de delitos públicos con otras provenientes de delitos privados. — Concurrencia de penas criminales extraordinarias con penas privadas 547

LIBRO QUINTO

LAS PENAS

CAPÍTULO I

LA PENA

PÁG.

Concepto de la pena. — La coercición y la judicación. — Injerencia del derecho de penar el jefe de familia en la esfera de la punición pública. — Proscripción de los medios coercitivos. — Terminología: *poena*. — Fundamentación jurídica de la pena impuesta por el Estado: autoauxilio de la comunidad, análogo al ejercicio de la punición doméstica, autorizada por la costumbre. — La pena pública como acto sacral. *Sacratio* sin culpabilidad penal. — La pena privada como venganza autorizada por el Estado o como acto de composición. — Ejecución pública y ejecución privada de la pena. — Medios penales. — La pena capital. — Nombres comunes a todas las penas no capitales. — La ley penal y la sentencia penal. — Cuadro general de los medios penales 553

CAPÍTULO II

LA PENA DE MUERTE

Denominación. — Plazo para la ejecución. — Tiempo en que debía ser ejecutada. — Lugar de la ejecución. — Ejecución con intervención del magistrado y ejecución en que el magistrado no intervenía. Oficiales de los magistrados. — Formas de la ejecución en que intervenían los magistrados. — Decapitación con el hacha. — Crucifixión. — Saco. — Muerte por el fuego. — Decapitación con la espada. Ejecución en espectáculos populares. — Suplicios de las mujeres y ejecución en la cárcel. — Ejecuciones en que no intervenían los magistrados. — Precipitación de una roca. — Ejecución doméstica. — Muerte que se daba el reo a sí mismo. — Ejecución popular. — Evolución histórica de la pena de muerte en Roma 563

CAPÍTULO III

PÉRDIDA DE LA LIBERTAD

Privación de la libertad por causa de la comunidad. — Privación de la libertad en el procedimiento privado. — Vuelta del liberto

a la esclavitud. — Pérdida de la libertad, como pena accesoria, durante el Principado. — *Servus poenae* 582

CAPÍTULO IV

INGRESO EN ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

Pena de minas. — Trabajos forzados. — Escuelas de gimnasia 585

CAPÍTULO V

PÉRDIDA DEL DERECHO DE CIUDADANO

Pena accesoria en los casos de perduelión; en los de condena a la deportación; en los trabajos forzados 588

CAPÍTULO VI

LA CÁRCEL

Arresto para la ejecución. — Aplicación del arresto doméstico a los esclavos, por causa de delitos públicos 591

CAPÍTULO VII

EXPULSIÓN Y CONFINAMIENTO

Separación y expulsión de la comunidad durante la época republicana. — Evolución de la *relegatio*. — Formas de relegación establecidas por Sila y por los emperadores. — Aumento de la relegación administrativa. — Proscripción de la relegación con respecto a los individuos no libres, y limitación del empleo del confinamiento a los que tuvieran bienes de fortuna. — Límites territoriales de la relegación. — Expulsión. — Interdicción de Italia. Confinamiento. — Deportación. — Duración de la relegación. — Penalidad en caso de quebrantar la relegación. — Relación entre las varias formas de la relegación y las penas personales y patrimoniales. — Lugar de la relegación en el derecho penal 594

CAPÍTULO VIII

PENAS CORPORALES

PÁG.

La mutilación corporal en el derecho privado. — La mutilación en el procedimiento penal público. — Castigos corporales: *fustes* y *flagella*. — Los castigos corporales como pena accesoria. — Los castigos corporales como pena principal 605

CAPÍTULO IX

PRIVACIÓN DE DERECHOS CIVILES

Desigualdades en la condición jurídica de los ciudadanos 608
 I. — *Privación del derecho de sepultura y de la buena memoria*. — Juicio capital. — Prohibición de sepultar el cadáver. — Duelo por los condenados a muerte. — Extinción de la memoria 608
 II. — *Intestabilidad*. — La intestabilidad según el Código de las Doce Tablas. — La intestabilidad en los tiempos posteriores 610
 III. — *Infamia por causa de delito* 612
 IV. — *Incapacidad, por causa de delito, para adquirir cargos públicos y para ser senador* 615
 V. — *Declaración de incapacidad para realizar actos públicos y privados, fundada en causa por delito*. — Pérdida del sacerdocio. — Pérdida del cargo público. — Incapacidad para negocios privados . 618

CAPÍTULO X

CONFISCACIÓN TOTAL O PARCIAL

Confiscación del patrimonio. — Limitación de esta confiscación en favor de los hijos del condenado. — La confiscación de bienes como pena accesoria en los casos de perduelión, en los de pérdida de la libertad y en los de relegación 620

CAPÍTULO XI

INDEMNIZACIONES PECUNIARIAS

Clases de estas indemnizaciones 624

I. — <i>Indemnizaciones impuestas por el magistrado con los Comicios.</i> — Imposición de la pena pecuniaria pública. — Modalidades de la misma	625
II. — <i>Acciones pretorias para pedir una indemnización fija.</i> — Las multas fijadas por la ley. — Demanda en juicio civil. — Importe de las indemnizaciones fijas	627
III. — <i>Acciones pretorias para pedir indemnizaciones estimatorias.</i> — Realización por el magistrado de las confiscaciones y de las multas impuestas en beneficio de la comunidad. — Toma de posesión de los bienes confiscados. — Fianza. — <i>Addictio.</i> — Empleo de la coercición. — Concurso. — Incautación del <i>sacramentum.</i> — Percepción de las indemnizaciones pecuniarias impuestas por los ediles. — Ingreso de los dineros procedentes de indemnizaciones en las cajas de los templos. — Ingreso de esas mismas indemnizaciones en la caja del emperador. — Injerencia de los funcionarios de Hacienda en el manejo de los dineros procedentes de multas penales	629

CAPÍTULO XII

• DESIGUALDADES LEGALES EN LA IMPOSICIÓN
DE LAS PENAS Y ARBITRIO JUDICIAL

Desigualdades penales entre libres y esclavos. — Igualdad jurídica de los hombres libres durante la época republicana. — Desigualdad jurídica de los hombres libres durante el Principado. — Clases privilegiadas: senadores; caballeros; soldados y veteranos; decuriones. — <i>Honestiores</i> y <i>plebeii.</i> — Privilegios penales	637
Proscripción del arbitrio judicial en el antiguo derecho. — El arbitrio judicial en el procedimiento penal público de los plebeyos. — El arbitrio del juez en el procedimiento penal privado de la época republicana. — El arbitrio judicial en el derecho de los emperadores. — Motivos determinantes del arbitrio judicial	641
Cuadro general de penas, en su relación con los delitos, durante los tiempos del Principado	647

LIBRO PRIMERO
NATURALEZA
Y LÍMITES DEL DERECHO PENAL

CAPÍTULO I

LUGAR DE LA PENA EN EL ORGANISMO DEL DERECHO

Vamos a exponer en este libro el derecho y el procedimiento penales de la comunidad romana, desde sus comienzos hasta la legislación de JUSTINIANO.

La ciencia jurídica de los romanos dividía el sistema total del derecho en dos mitades, a saber: en derecho público, esto es, el referente a los organismos y órdenes interiores de la comunidad, y a sus relaciones con los dioses, con otros Estados y con los miembros pertenecientes a la comunidad misma, organismos y órdenes a los que esta daba vida; y en derecho privado, que comprendía los organismos y órdenes tocantes a la situación jurídica de los particulares individuos que formaban parte de la comunidad y a las relaciones de unos con otros, relaciones que determinaba y regulaba la propia comunidad. De aquel sistema total jurídico partieron las concepciones romanas en general, concepciones simétricas, proporcionadas; el llamar *ius* al orden jurídico, *iudicium* a la condena, *(ab)solvere* a la absolución, indica que estas varias cosas eran partes de un mismo todo.

El derecho penal reconocía como base el concepto de obligación moral, en cuanto el Estado había tomado sobre sí la misión de ponerlo por obra. Una obligación moral cuya observancia prescribe el Estado es una ley penal; la inobservancia de tal precepto es el delito; el mal que impone el Estado a aquel que no ha observado la prescripción es la pena. El delito se considera como borrado por la pena, con lo que se restaura el orden público. La concepción de que la pena hace cesar la culpa, concepción que apenas se encuentra en el derecho penal ya desarrollado, dominaba de un modo absoluto en los comienzos del derecho penal, así en el público como en el privado: cuando no se conocía ninguna otra manera de castigar públicamente al vivo sino la muerte, y toda ejecución era un sacrificio expiatorio ofrecido a la divinidad ultrajada; cuando el derecho penal privado tuvo origen obedeciendo a la doble idea de la retribución (*talio*) y de la indemni-

zación (*damnum, poena*), entonces fue una realidad viviente y poderosa la consideración del delito y de la pena como deuda y pago, como extinción de la culpa por el padecimiento. En el derecho penal se hallan incorporadas, formando un todo unitario, de una parte, las obligaciones morales del hombre frente al Estado a que pertenece, y de otra parte, sus obligaciones morales frente a otros hombres. La jurisprudencia romana no conoció ni pudo conocer esta unidad; el procedimiento penal que se verificaba ante los Comicios y el magistrado pertenecía al derecho público, mientras que el procedimiento ante los jurados para conocer de los delitos pertenecía al derecho privado. Sin embargo, no pudo renunciarse a la organización unitaria del derecho penal. El elemento fundamental de la ley moral violada, y la consiguiente necesidad de la retribución llevada a cabo por el Estado, lo incluían lo mismo la una que la otra de las dos esferas dichas, y parece que la diferencia entre ellas, relativa a si esta retribución había de hacerse por medio del procedimiento público, con intervención de los órganos políticos, o por el procedimiento privado, era una diferencia meramente exterior y accidental; de la propia suerte que es imposible hacer depender el modo de estudiar científicamente el hurto de la circunstancia de que el mismo revista la forma de peculado o la de *furtum*, o de que en tiempos posteriores se empleara en su procedimiento la acción civil de hurto o la *cognitio* del magistrado, y de la propia manera que es imposible dividir las injurias, según que su conocimiento correspondiera a los Comicios, o al gran tribunal de los jurados, o a los jurados privados.

Que a pesar de la diferencia y separación de los procedimientos, la ciencia jurídica romana consideró y organizó desde luego los conceptos fundamentales del delito y de la pena como dos esferas de principios jurídicos comunes, que se completan recíprocamente y que forman el término opuesto al de los principios jurídicos que no hacen relación al delito, nos lo demuestra no tan solo el estudio de los delitos particulares, los cuales no se nos presentan de un modo vivo y completo hasta que surge la separación y delimitación entre el derecho público y el privado, sino también la notable leyenda (que pertenece probablemente a los últimos tiempos de la República), según la cual las dos referidas esferas estuvieron reunidas en otro tiempo, hasta que, reinando Servio Tulio, se instituyó el tribunal romano del jurado.

Además de la materia que vamos a exponer aquí, existían, pues, el derecho político o del Estado, el derecho religioso o sacral, el derecho referente al patrimonio de la comunidad o derecho fiscal, según se le denominó en los tiempos posteriores del Imperio, y, finalmente, todo el derecho privado, la materia de libertad y del estado de no libertad, del matrimonio y de la casa, de lo mío y lo tuyo, con exclusión de las

reclamaciones hechas por los particulares lesionados, las cuales tuvieran su fundamento en la culpabilidad moral. Bien puede decirse que esta delimitación del derecho penal, sobre todo en una esfera definida por abstracción y no por tradición científica, no se realizó sin cierta violencia y sin cierta sutileza. El derecho del Estado, especialmente la organización de las magistraturas, era condición previa tanto para el derecho penal público como para el privado, y con frecuencia hay que estarse remitiendo a él o penetrando en el campo del mismo de un modo expreso. El procedimiento penal público formaba originariamente una parte integrante del derecho sacral, en cuanto el mismo, según se demostrará en el capítulo primero del libro quinto, tendía a la expiación por parte de la comunidad, concepción esta de la cual se libró seguramente desde época temprana el procedimiento criminal. Si los impuestos y las aduanas, cosas pertenecientes al derecho patrimonial de la comunidad, no los encontramos incluídos en el derecho penal, es preciso conceder, en cambio, como se verá en el correspondiente capítulo del libro quinto, que entre la pena pecuniaria establecida por la ley y los impuestos no existía ninguna diferencia intrínseca, y que la línea divisoria que entre ellos se establecía en materia procesal era perfectamente arbitraria. Finalmente, en cuanto toca al derecho privado de crédito, la diferencia entre el deudor de dinero y el ladrón tenía sin duda un fundamento en la misma naturaleza de las cosas; pero a una separación rigurosa entre ambas esferas solo puede llegarse por medio del derecho positivo, y singularmente aplicando la regla, según la cual a los herederos solo se les transmitían los créditos no provenientes de delitos. Esta delimitación fue hecha con suma precisión, y sin gran dificultad podemos nosotros tomarla como base para nuestro estudio. En el procedimiento penal, donde no se diferencian esencialmente las reclamaciones de índole privada procedentes de delitos y las no procedentes de delitos, solamente puede tratarse con brevedad de las originadas por delitos privados.

Nuestra exposición del derecho penal ha sido dividida en cinco libros, el primero de los cuales trata de la naturaleza y límites del derecho penal; el segundo, de las autoridades penales; el tercero, del procedimiento penal; el cuarto, de los varios delitos en particular, y el quinto, de las varias penas en particular. Se ha prescindido de la peligrosa división en períodos; así, que en cada capítulo se halla reunido todo cuanto de la materia hay que decir en todos los tiempos. La división en preceptos jurídicos y realización del derecho, o, como suele decirse, en derecho sustantivo y procedimiento, división que desde el punto de vista científico es difícil siempre, se presenta como inadecuada sencillamente por lo que a las materias criminales se refiere, y no es lo que menos me ha estorbado para la conveniente organización

literaria del trabajo. Y no hay duda de que, en parte, debe atribuirse a esto mismo el hecho de que a ningún jurista le satisfaga el derecho penal romano. La fijeza formal e ideal de conceptos fundamentales que es característica del derecho privado romano, no se transmitió sino en limitada medida a la más importante parte del derecho penal, a la parte más importante con mucho, o sea a la del derecho penal público; sobre todo, el delito más antiguo, y el que en todo tiempo tuvo mayor importancia, el crimen contra el Estado, se distinguió siempre por la falta de fijeza y determinación, siendo los Comicios con el magistrado quienes lo definían y quienes a su arbitrio señalaban la correspondiente pena. Con todo, el derecho penal romano no es meramente un complemento necesario del derecho público de aquel pueblo, sino que su conocimiento es también indispensable para explicarse uno y tener perfecta conciencia del derecho privado de Roma.

Podemos añadir aquí lo que desde el punto de vista lexicográfico cabe decir respecto de los conceptos generales y fundamentales del delito y de la pena. El abismo existente entre los dos círculos del derecho penal, entre el público y el privado, abismo que no fue propio exclusivamente de los tiempos primitivos, sino que de hecho nunca llegó a colmarse, y que no debemos olvidar ni velar, se manifiesta claramente en la carencia que se advierte, sobre todo en el antiguo derecho (y que vamos ahora a poner de manifiesto), no ya de conceptos generales, pero sí de expresiones generales.

No hay duda de que el delito en general se designó antiguamente por medio de una denominación, que lo mismo se aplicaba a los comprendidos en la esfera del derecho público que a los comprendidos en la del derecho privado, y que no era privativa de ningún delito en particular. Esta denominación fue la de *noxa* o *noxia*; la primera era la forma antigua, pero el uso fue haciendo que predominara la segunda. El valor de ambas era el mismo, a saber: tanto según su transparente derivación, como según el uso que de ellas se hacía, significaban daño, y, por lo tanto, eran adecuadas para abarcar los delitos de las dos referidas esferas, en cuanto el daño podía ser inferido tanto al Estado como a los particulares. Pero, en sentido técnico, dicha voz *noxa* o *noxia* solamente era aplicable al delito cuando venía a hacerse responsable de él, no el delincuente mismo, sino un tercero, el cual, para librarse de esta responsabilidad, o pagaba el daño causado —*noxam sarcire*— o entregaba en propiedad al dañado el ser o individuo que había producido el daño —*noxae (=ob noxam) dare*. Así acontecía, de un lado, en los casos de ultraje o agravio internacional, cuando el Estado romano entregaba al ciudadano culpable a la otra comunidad o Estado perjudicado, y por otra parte, en los casos de delitos privados, advirtiéndose, no obstante que se aplicaba tal denomi-

nación predominantemente a los daños causados por los hombres en las cosas, y que se fue dejando de emplear con respecto a los daños en las cosas causados por animales, y al hurto. Cuando se perseguía personalmente al autor de un delito, este no era una *nox*; por consiguiente, la perduelión y el homicidio no entraron nunca dentro de este concepto; *noxius* no era el que cometía un delito, sino el que verificaba dicha entrega a causa de un delito. No se conocía una condena penal a la entrega por *nox*, sino que esta representaba en el derecho público un expediente o recurso de que se echaba mano para librar a la comunidad de la punición divina a que se había hecho acreedora, y en el derecho privado, un subterfugio a que se acudía para librar al demandado de la condena de que tenía que responder por un individuo que se hallase sometido a su potestad.

Prescindiendo de las expresiones ajenas a la lengua jurídica, podemos decir que para denominar el delito había dos palabras con alguna pretensión de valor técnico, y que a la vez eran de un uso y de una aplicación generales: las palabras *crimen* y *delictum*.

Crimen, de *κρίνειν*, *cernere*, esto es, cribar y separar, es la voz que sirve para designar el objeto que hay que cribar, lo mismo que *semen* designa lo que hay que sembrar. La criba, lo que sirve para cribar, es *cribrum*. La injusticia, prescindiendo del acto de su persecución ante los tribunales, no se llamaba *crimen*, como tampoco se llamaba así el acto de hacer valer ante los tribunales una pretensión que no incluyese una injusticia. La aplicación inmediata de tal significación a la administración de justicia es común a la lengua latina con sus hermanas. *Crimen* representa aquí la inculpación de una injusticia; es, pues, una voz procesal; es el asunto que se presenta ante el juez para que lo resuelva. En vista de esta procedencia, léxicamente comprobada, y en vista del uso, tanto de expresiones griegas afines a estas, como también de las demás expresiones latinas pertenecientes a la misma cepa, apenas cabe duda de que, primitivamente, *crimen*, lo mismo que *iudicium* y *legis actio*, y en general todas las voces referentes a las contiendas jurídicas, abrazaban todo el campo del derecho en general, y servían para designar la acción o demanda, cualquiera que fuese la especie de esta. Pero con el uso adquirió la palabra de que tratamos un colorido ético, significando, no ya la inculpación de una injusticia, sino la inculpación de un delito. Nunca se aplicó la palabra *crimen* a la acción o demanda de carácter puramente patrimonial, sino que se concretó a la esfera de los delitos; pero aquí se hizo uso de ella, tanto con respecto a los delitos privados, como también —y con mucha mayor frecuencia— con relación a los delitos públicos. Con este carácter de generalidad se sirvió de ella la ciencia jurídica de la época del

Imperio, igual que se sirve la ciencia de nuestros días; sin embargo, la voz sinónima de ella, *delictum*, de que ahora vamos a tratar, ha llegado a adquirir antes carta de naturaleza en el uso científico.

Lo que sucedió con la palabra *crimen*, pero solo en época posterior y de un modo incompleto, sucedió desde luego, y con mejor resultado, con la palabra *delictum*. La cual indica propiamente el acto de resbalar, la comisión de una falta y, puesto que la encontramos frecuentemente empleada ya por PLAUTO, sin relación a un hecho penal concreto que conmueva todos los fundamentos de la moralidad común, y con un valor ético, es perfectamente adecuada para designar en el derecho penal el delito como tal. En el lenguaje corriente, se aplicaba también indistintamente a los delitos públicos y a los privados, para diferenciarlos rigurosamente del auxilio jurídico no punible. No tenía colorido alguno retórico, y por lo mismo era muy apropiada para el uso científico. Pero, según todas las probabilidades, en la ciencia jurídica misma no se introdujo desde luego, ni adquirió toda su generalidad hasta época muy posterior. Parece que desde el momento en que ocuparon un lugar en el sistema del derecho civil las acciones penales, lo cual aconteció a principios del Imperio, se empleó esta palabra genérica para designarlas, y desde entonces se formó sin el menor trabajo la denominación común de *delicta privata*. Todavía en la colección de disposiciones legales justiniana, no encontramos la fusión exterior en un solo cuerpo de las acciones privadas con las públicas, fusión que no aparece hasta los digestos del mismo emperador. Pero en el uso de la palabra tenemos ya la prueba de que se había sentido el carácter unitario del derecho penal largo tiempo antes que se verificase esta unión exterior. Siempre, sin embargo, resulta ser un hecho característico el de que no llegó a elaborarse una voz científica para denominar el delito, sino en época avanzada y después de luchas y dificultades.

El término correlativo del delito es el de su retribución, pero ordenada y ejecutada por el Estado, o sea la pena. Mas también este concepto fue elaborándose y adquiriendo un sentido general poco a poco, y solo en tiempos posteriores, y por virtud de una traslación muy extraña, vino a existir una expresión de valor general y reconocido en semejante materia. Los grados o etapas que al efecto conviene tomar en cuenta no podemos exponerlos convenientemente en este libro sino en parte, al tratar de la punición doméstica; en parte también los estudiaremos en el libro cuarto, sobre todo al ocuparnos del hurto, y en parte en el quinto, al hablar de la pena de muerte y de las penas pecuniarias. Ahora vamos a recoger lo más esencial, y singularmente lo que a la terminología se refiere.

Desde el momento en que existe la comunidad, existe también la posibilidad de que algún miembro de ella la cause daño por medio de un acto propio, y existe, por consecuencia, la necesidad de que el Estado reclame la correspondiente retribución de este daño. La lengua de los romanos no tuvo palabra alguna que sirviera para designar de un modo general y oficial esta circunstancia. La ejecución del culpable, o sea el *supplicium*, puede considerarse sin duda como tal con relación a los tiempos primitivos, supuesto que en el más antiguo procedimiento ante los Comicios con el magistrado no se conocía ninguna otra pena más que el suplicio. Pero tan pronto como fueron trasladadas de la esfera de la coercición a la del derecho penal las multas o indemnizaciones en animales y en dinero, cosa que aconteció en época bien temprana, comenzó a sentirse la falta de una palabra que tradujera exactamente el ampliado concepto de la pena pública. Todavía en mayor grado se carecía de terminología precisa en el campo del derecho penal privado. El cual tenía por base el pensamiento fundamental de la retribución justa y aprobada por la comunidad, retribución que se realizaba inmediatamente en forma de pena capital o de talión, o bien en cualquiera otra con la que el perjudicado se mostrase conforme. No tenemos noticia de ninguna expresión común o genérica que abrazase todas las penas privadas en esta grandísima extensión de su concepto, concepto que el derecho de las Doce Tablas nos presenta ya debilitado, y el cual quedó pobablemente trasformado del todo no mucho tiempo después. La solución o pago de la deuda contraída por el delito privado, solución que evidentemente fue potestativa en un principio, pero que ya en las Doce Tablas se hallaba prescrita para la mayor parte de los delitos de esta clase en forma de pago pecuniario obligatorio, se denominaba *damnum* en la antigua lengua jurídica, palabra que, etimológicamente, significaba entrega o donación, y que se empleaba especialmente como sustantivo en relación con los delitos privados, a lo menos cuando se trataba del hurto y del daño en las cosas. *Damnum* era, pues, el dinero, la donación que entregaba el demandado al demandante en concepto de expiación, de pago de un delito. Por el contrario, cuando se trataba de igual donación o pago por causa de lesiones corporales, las Doce Tablas se servían de la palabra griega *πρωή*, referente a los préstamos. Luego que a todos los delitos privados se aplicó el sistema de la prestación o pago pecuniario obligatorio, dejó de usarse con relación a los mismos una de las palabras que servían para designar dicho pago, y probablemente dejó de usarse porque no se sentía ni percibía bien claramente el valor originario que correspondía a la voz relativa a los préstamos; entonces ya quedó como palabra única para designar todo concepto de punición o pago en general la voz *poena*, sin distinguir entre las públicas y las

privadas e incluyendo en tal concepto las indemnizaciones por los daños procedentes de los delitos. Dicha voz *poena* se aplicaba en tal sentido lo mismo en el lenguaje técnico que en el usado en la conversación ordinaria. La adquisición de este sentido amplio por la palabra que nos ocupa es la prueba decisiva de que los delitos en general fueron incorporados en un solo sistema, y es el mejor signo de que el derecho penal romano vino a constituir realmente un todo unitario. No podemos determinar con precisión cuándo comenzó a adquirir la voz *poena* este amplio significado; lo que podemos asegurar es que en los siglos posteriores de la República ya se la empleaba conocidamente en tal sentido. También la pena convencional de que se hacía uso en el derecho no correspondiente a la materia de delitos tenía en el fondo este mismo concepto ético.

Resulta, pues, que en el derecho penal romano no existieron desde un principio voces adecuadas que sirviesen para designar el delito y la pena en general; sin embargo, para esta última se introdujo ya en época temprana la palabra *poena*, y para el primero se introdujeron en tiempos posteriores las palabras *crimen* y *delictum*.

CAPÍTULO II

LA PUNICIÓN DOMÉSTICA

Ya el poder romano de punición doméstica, que fue el origen del sistema político de este pueblo, muestra los elementos constitutivos del procedimiento penal, a saber: la injusticia moral, la comprobación de la misma y su retribución, las bases para hacer la fijación y determinación del delito, la regulación del proceso penal y el establecimiento del sistema de penas aplicables. Pero estos principios formaban todavía dentro del hogar doméstico una unidad indeterminada, como sucede con todo germen. Las dos esferas que el derecho penal abraza, es decir, la propia defensa del Estado en caso de haberse causado daño a la comunidad, y la intervención del mismo Estado entre la persona que daña y la dañada cuando el daño recae sobre un particular, existían en la punición doméstica, pero refundidas e indivisibles, puesto que el jefe de la casa, lo mismo procedía a castigar las injusticias de que él propio fuese víctima, que a castigar, a petición del perjudicado, los delitos cometidos dentro del círculo de la familia por alguna persona de las pertenecientes a ella contra otra, o por un miembro de la familia contra un extraño. El poder ilimitado del jefe de la casa sobre los individuos que formaban parte de esta era esencialmente igual al que tenía el Estado sobre los miembros de la comunidad política; basta recordar, en efecto, el derecho de vida y muerte, contenido lo mismo en el uno que en el otro, y las facultades semejantes de dar en *nox*a que a ambos correspondían (p. 6). Si es verdad, como veremos, que el poder de punición doméstica se ejercía sin que se le hubiesen determinado formalmente las acciones que había de considerar como delitos, ni tuviera un procedimiento fijo a que hubiera de atenerse, ni penas señaladas por la ley, mientras que todo esta vino a formar parte del sistema penal del Estado, también lo es que, por un lado, en Roma se partió, teóricamente al menos, de la idea de que la potestad punitiva de los magistrados era en su origen enteramente tan ilimitada como la del jefe

doméstico, y que, por otro lado, las leyes, todas las leyes no significaban otra cosa sino lo que en la casa significaban las órdenes dadas por el cabeza de ella; es decir, que las leyes no eran sino autolimitaciones que el Estado se ponía, pero las cuales podía dejar sin efecto la misma comunidad que podía darlas, y que, por consecuencia, mientras obligaban incondicionalmente a los miembros de la comunidad, al Estado solo le obligaban de una manera provisional, hasta tanto que él quisiera atenerse a ellas. Así como para conocer un río es preciso averiguar sus fuentes, así también el derecho penal romano no puede ser bien comprendido si no se estudian sus bases en el ejercicio de la punición doméstica.

Pero no solamente fue el poder doméstico el germen de la comunidad, y el jefe de la casa el modelo del magistrado, sino que también dentro de la comunidad misma subsistía dicho poder doméstico y procedía a castigar delitos cometidos por las personas sujetas a él. La llamada jurisdicción doméstica es sencillamente una contradicción en los términos, y fue tan desconocida en el derecho romano, como fácil y corriente es en el moderno; la jurisdicción estriba en el poder que tiene la comunidad sobre los individuos, y este poder es tan diferente del poder del propietario sobre sus cosas, como lo es el árbol de la semilla: no es un poder absoluto e ilimitado, como el del propietario, sino un poder concedido y regulado por el orden jurídico. Sin embargo, al individuo sometido a la potestad doméstica podía sin duda exigírsele responsabilidad por los delitos que cometiera, tanto por el jefe de la familia, en virtud de su propiedad, como por el Estado, en virtud de su soberanía; y si bien este procedimiento doméstico no pertenece al verdadero derecho penal, sin embargo, no debe prescindirse del mismo, ya para que se vea bien manifiesta la oposición entre uno y otro, ya también porque el derecho de potestad doméstica se ejercía a veces concurrentemente con el derecho penal del Estado, y otras veces era complementario de este último.

Al derecho privado es al que correspondía determinar quiénes eran los individuos con capacidad de obrar sobre los cuales se extendía la propiedad, esto es, en el respecto que aquí nos interesa, el poder doméstico. Ante todo, pertenecían a esta categoría los esclavos, con relación a los cuales la originaria identidad entre la propiedad y el poder doméstico se mantuvo hasta época muy avanzada. El liberto solamente se equiparaba al esclavo en el caso de que la manumisión no hubiera sido plena, o en el de que el manumitente se hubiera vuelto atrás, o en el de que, por medio de leyes especiales, se hubiera hecho extensiva la punición doméstica a los libertos. La potestad doméstica sobre los descendientes se diferenciaba nominalmente de la propiedad; sin embargo, la situación jurídica de los mismos frente al

padre o jefe de familia era, aun en tiempos posteriores, igual en la esencia a la que ocupaban los individuos no libres. Lo propio aconteció, al menos en la época primitiva, con los hombres personalmente libres que estaban sometidos a la potestad doméstica, pero no en concepto de descendientes y conforme al derecho relativo a estos. Según el sistema originario, la mujer estaba siempre, y por necesidad, sometida a la potestad ajena; con relación a la mujer casada, el lugar del poder doméstico lo ocupaba la potestad marital; la que no se hallara sujeta al poder del padre o del marido, estaba sometida a la tutela gentilicia, la cual en los tiempos primitivos era equivalente a aquellos poderes. Las muchachas consagradas al culto de Vesta, como hijas de la comunidad que eran, estaban bajo la potestad del rey, y posteriormente bajo la del pontífice máximo. No hay, sin embargo, documento alguno que acredite, por lo que a la tutela gentilicia toca, el ejercicio de semejante potestad en forma de punición sobre las mujeres por los delitos que hubiesen cometido; y en cuanto al poder marital, tampoco contamos con otra cosa, respecto a la facultad de castigar a las mujeres, más que con algunos relatos no históricos, cuyo propósito fue ilustrar los principios del antiguo derecho; de los tiempos históricos, hemos de decir: primero, que difícilmente se hizo uso en ellos del poder marital de imponer penas a la mujer en toda su extensión y con todas sus consecuencias, y en segundo lugar, que la celebración del matrimonio que no producía el efecto de hacer entrar a la mujer en poder del marido comenzó a ser permitida en época relativamente temprana. Es verdad que la antigua costumbre se halla comprobada por el uso posterior de encomendar al marido o a los parientes la ejecución de la pena impuesta a la mujer por los órganos del Estado, y también por el uso que encontramos en la época del Imperio, según el cual los más altos tribunales, que procedían libre y discrecionalmente, delegaban en las causas a que nos referimos hasta la facultad de pronunciar la sentencia. Pero si en lo demás el poder punitivo doméstico sobre las mujeres era en los tiempos históricos, entre los romanos, una institución que había ya desaparecido, el poder del padre sobre las hijas de familia continuó, en cambio, ejerciéndose aun posteriormente, y sobre todo, el poder pontifical punitivo sobre las jóvenes consagradas a Vesta, no solo siguió reconocido de derecho y practicándose de hecho hasta el momento en que el cristianismo fue declarado religión del Estado, sino que en los casos de delitos de lujuria se amplió de un modo especial, supuesto que se extendía en semejantes casos el procedimiento aun al varón que había sido codelincuente con la vestal culpable, con lo que, en esta excepcional circunstancia, la punición doméstica hubo de trasformarse en un verdadero procedimiento jurídico formal; el pontífice máximo procedía aquí en la

forma del antiquísimo procedimiento penal ante el magistrado, aconsejado por sus colegas, pero por lo mismo que no tenía restringidas sus atribuciones ni por los Comicios ni por jurados, conservaba el derecho de vida y muerte. No es posible decir que esta anómala extensión del tribunal del pontífice se remonte hasta los tiempos primitivos; quizá el origen de la misma haya que buscarlo en algún acuerdo del pueblo, en tiempos relativamente adelantados.

Que el poder punitivo regular perteneciente al jefe doméstico, tal y como este lo ejercía sobre los individuos privados de libertad y sobre los hijos de familia, no era otra cosa, según queda dicho, más que el ejercicio del derecho que al propietario corresponde, y no debe ser, por tanto, considerado como derecho penal, nos lo demuestra el hecho de no hallarse, con relación a él, determinados de una manera legal, ni los delitos, ni las penas, ni el procedimiento; en todas estas materias no se conocía más limitación que el arbitrio del depositario del poder en cada caso concreto.

No era el delito lo que faltaba en la punición doméstica; lo que no existía era la fijación y regulación legal del mismo. El jefe de la casa podía proceder por causa de toda acción violadora de la ley del Estado verificada por cualquiera de las personas sometidas a su potestad doméstica, lo mismo si se trataba de un delito público que de un delito privado; pero podía proceder no menos a consecuencia de una acción cualquiera que no estuviese prohibida por las leyes del Estado. Desde el punto de vista moral, podía distinguirse el procedimiento por delitos, el procedimiento con fines de educación y para el buen orden de la casa, y el procedimiento solo fundado en el arbitrio y en la crueldad del jefe; pero jurídicamente todo ellos eran iguales: se hacía uso de la punición doméstica cuando y porque al señor le placía. Sobre todo, este procedimiento servía para complementar el derecho penal del Estado, cosa que debe tenerse en cuenta, singularmente en cuanto se refiere a los comienzos de la evolución política. De las dos grandes y muy bien separadas esferas que abraza el derecho penal: el procedimiento de oficio de la magistratura por causa de ofensa inferida a la comunidad, y el procedimiento de la misma magistratura por causa de ofensa inferida a los particulares y a petición del perjudicado, este último fue, sin duda alguna, el primero que llegó a adquirir forma en los tiempos posteriores; ha existido una época en la cual el desertor, el cobarde, el traidor, eran castigados, y en que, por el contrario, cuando se trataba de daños causados a los particulares, se dejaba la retribución al arbitrio del perjudicado mismo o de los suyos. Pero cuando el delincuente era un individuo sujeto al poder doméstico, se aplicaba en este terreno, y se aplicó desde antiguo, el derecho doméstico: a falta de un procedimiento establecido por el Estado, todo

jefe de familia podía determinar la retribución que hubiera de concederse al lesionado, con lo que ponía a cubierto su persona y sus bienes de la reacción vindicativa que pudiera ejecutar este último. Tal fue sin duda el origen del antiquísimo sistema de la *nox* estudiado más atrás (p. 6), y especialmente de la fecunda regla, por la cual, en el caso de que una persona sometida a la potestad de un jefe de familia hubiera causado algún daño a un tercero, el jefe de familia referido quedaba obligado, o a indemnizar tal daño por vía de compensación, o a entregar el dañador al perjudicado. Este procedimiento, aplicable por igual al homicidio, al robo y al daño en las cosas, no era un procedimiento penal, pero seguramente sirvió de modelo para el procedimiento en los delitos privados: el cual se introdujo en el procedimiento penal, por cuanto en el caso de daño producido por un individuo no libre al jefe de familia bajo cuya potestad se hallaba, aquel era obligado por la comunidad a pagar lo que ya antes habían venido determinando y exigiendo de él la equidad y la costumbre, y en el caso de ser el dañador un individuo completamente libre, el Estado lo trataba de una manera análoga a aquella como trataba el jefe doméstico al dañador que no gozaba de libertad. Claro está que tan pronto como comenzó a emplearse el procedimiento público o del Estado en los delitos privados, perdió su importancia con relación a los mismos el sistema de la punición doméstica, sin que por eso dejara el mismo de ser aplicable a los delitos cometidos por los individuos sujetos al poder doméstico. Con respecto a los delitos ejecutados por las personas sometidas a este poder contra el propio jefe de la casa, o contra alguna persona dependiente de él, siempre que tales delitos no fueran incluidos en el derecho penal público, no se permitió hasta época más adelantada ejercer uno mismo la propia defensa jurídica contra ellos, supuesto que en estos casos no se daba el requisito indispensable para el procedimiento privado, esto es, la existencia de partes opuestas; no se podía acudir a otro medio más que a la punición doméstica, que, como se ha dicho, era complementaria del derecho penal. El derecho público dejó especialmente abandonada al sistema doméstico, hasta fines de la República, la punición de las mujeres. Si las costumbres daban poca importancia a las faltas sexuales del varón, eran en cambio muy exigentes en cuanto a la castidad de las mujeres; y aunque es verdad que el derecho penal de la época republicana no conoció el repudio, el hecho fue debido exclusivamente a que, para los casos en que se hubiera debido hacer uso de él, se acudía a la punición doméstica, que ejercía sobre todo el padre de familia, pero que también podía ejercer, sin duda alguna, en los antiguos tiempos, el marido. El procedimiento empleado contra las vestales deshonestas no era más que la aplicación a las hijas de familia de la comunidad del procedi-

miento de que se hacía uso dentro de la casa contra las hijas de familia deshonestas. Posteriormente decayó el sistema de la punición doméstica, hasta venir a desaparecer completamente; Augusto entonces lo sustituyó, para los casos que nos ocupan, por el procedimiento de adulterio y estupro, a cargo del Estado.

Tampoco existía en el sistema de la punición doméstica un concepto de pena legalmente fijado, esto es, una determinación legal de la relación entre el hecho ejecutado y su correspondiente retribución. En el tribunal doméstico desempeñaban un papel predominante, y no solo con respecto a los individuos no libres, sino aun con relación a los libres y a los libertos, además del suplicio y los castigos corporales, la relegación fuera de Roma, mientras que el antiguo derecho penal del Estado no conoció esta última pena, la cual, hasta la época imperial, no fue introducida en el mismo, tomándola del sistema de la punición doméstica. En este no había penas pecuniarias, pues el individuo que se hallaba sometido a potestad no tenía bienes, jurídicamente hablando; de hecho, sin embargo, no puede haber duda de que con frecuencia se ponía mano en el peculio del penado, sobre todo cuando este era equiparado al patrimonio, como acontecía cuando se trataba de las vestales. No pudo haber normas tocante a la proporción cualitativa y cuantitativa de la pena. Dada la naturaleza de la punición doméstica, era posible que el peor de los ultrajes quedara sin castigo y que la más insignificante falta llevara consigo gravísimas consecuencias; es más, era posible que aun no existiendo falta de ningún género, la mera arbitrariedad hiciese lo que bien le pareciera. Este modo de proceder solo era censurado en tanto en cuanto no era permitido a nadie abusar de su propiedad. Esta concepción de la punición doméstica, cuyas consecuencias podían ser tan terribles, no experimentó ninguna modificación que la dulcificase esencialmente durante la época republicana, si se exceptúa la ya mencionada emancipación de las mujeres; es más, aun la manera de tratar las faltas de las vestales contra la honestidad como un delito merecedor de la pena de muerte, en medio de una época de tanta relajación de costumbres femeninas cual es difícil encontrar después otra que la iguale; aun esa manera, más bien que suavizarse posteriormente se exacerbó, y se exacerbó porque cada vez fue mayor el miedo que se tenía a los dioses. En los tiempos del Imperio se fue gradualmente limitando la facultad de imponer el suplicio por vía de punición doméstica, como se dirá más al pormenor en el libro IV al tratar del homicidio: a partir de la época del emperador Claudio, se incluyó en el concepto del homicidio la muerte dada sin motivo bastante a un esclavo, y desde Constantino en adelante, se estimó igualmente como homicidio la muerte extrajudicial del hijo de familia y la del esclavo.

También el tribunal pontifical perdió, aun cuando solo después de Constantino, la potestad que le correspondía antes sobre las vestales y sobre los que cometían con ellas delitos contra la honestidad, puesto que una vez que el *collegium* hacía la instrucción o sumario de la falta cometida, era preciso invocar la intervención del tribunal del Estado para ejecutar la pena. Sin embargo, no por eso se transformó, en manera alguna, el poder doméstico de punición en un tribunal doméstico; en la casa, lo que resolvía los asuntos, después de la época dicha igual que antes, era el arbitrio, si bien este no podía ser ya tal que pudiera propasarse sin restricción alguna a los mayores extremos.

Finalmente, en el sistema de la punición doméstica no existía tampoco un procedimiento regulado por la ley. Sin duda que tal punición había de presentarse bajo la forma de ejercicio del derecho, y que ya en la época republicana se castigaba como homicida al padre que hacía dar muerte maliciosamente al hijo que tenía en su poder. Pero nunca estuvo prescrita una forma legal para el ejercicio de la punición doméstica, pues esta prescripción era contraria a la naturaleza de tal punición. El sistema de esta era, por su propia índole, inquisitivo, y la interposición de la acción era de hecho una denuncia. Así como el tribunal del Estado era por necesidad público, la punición doméstica pronunciaba el fallo dentro de casa, en privado, y por eso se señaló para el tribunal pontifical la residencia oficial del sumo pontífice, la Regia, distinguiéndose así, aun formalmente, del procedimiento penal. Verdad es, sin embargo, que en los casos importantes, a cuyo número no pertenecía el procedimiento contra los esclavos, pero sí las inculpaciones graves hechas a los hijos de familia, se exigía, no por la ley, sino por una costumbre general en Roma, el llamamiento de consejeros o asesores y la discusión ante estos del asunto de que se trataba. He aquí por qué en los procesos contra las vestales intervenían regularmente todos los pontífices, y por lo que en las causas de pena capital contra las mujeres y contra los hijos de familia se llamaba a los parientes y a los amigos de la casa, y a veces aun a varones notables que no pertenecían a esta. La resolución se daba, lo mismo que ocurría en todo *consilium* libremente pedido, después de oír a los consejeros, y la daba el sumo pontífice cuando se trataba de causas contra las vestales, y el jefe de familia cuando de causas contra las mujeres o los hijos. Solamente observaremos que de aquí resulta: por un lado, que el fallo que en tales casos se daba no tenía el valor de una sentencia en sentido jurídico, y por otro lado, que la absolución que pudiera recaer no era un obstáculo para que pudiera entablarse después un proceso criminal público.

CAPÍTULO III

DERECHO DE LA GUERRA

La ciencia jurídica de los romanos partía de la idea de la plenitud de poder de la magistratura. Conforme a esta concepción, el jefe único y vitalicio que tenía originariamente la comunidad, o sea el soberano (*rex*), mandaba y disponía con entero e ilimitado poder sobre toda clase de infracciones o faltas, igual sobre las de índole religiosa que sobre las militares y las civiles, tanto con respecto a las cometidas dentro como a las cometidas fuera de los muros de la ciudad, no existiendo diferencia alguna desde el punto de vista jurídico entre las varias especies de injusticias ni entre el estado de paz y el estado de guerra. El rey daba, sí, leyes que obligaban a los miembros componentes de la comunidad, pero que no le obligaban a él mismo ni a sus sucesores. Delitos eran las acciones que el rey castigaba; y penas los males que el mismo imponía a ciertas personas. Aun cuando es verdad que la costumbre imponía restricciones en el uno como en el otro respecto, es de advertir que el contenido de ambas esferas estaba formado por el arbitrio soberano; el orden jurídico de la comunidad no conocía procedimiento alguno para sustraer al castigo al inocente, ni para oponerse a la aplicación de un género de pena incompatible con la moral y las exigencias consuetudinarias. No existía un procedimiento formal a qué atenerse para poner en claro la culpabilidad; el rey tenía atribuciones para servirse de cualquiera y de todo medio jurídico de instruir el proceso y de resolverlo, como también las tenía para encomendar a un representante suyo tales instrucción y fallo. Podía acudir-se a la convocación o llamamiento de la comunidad de los ciudadanos después que la sentencia hubiera sido pronunciada, pero solamente en el caso de que el rey lo permitiera. En la comunidad se daban de hecho delito, pena y procedimiento, mas no se daba ninguna de estas cosas en sentido jurídico. De tal plenitud de poder tomó su punto de partida la posterior organización política y penal, singularmente distinguiendo el régimen de la ciudad del régimen de la guerra, y aménorando las facultades de los magistrados dentro del primero. *

Claro está que semejante construcción jurídica no puede ser considerada como tradición histórica. El origen de la misma ha sido, por una parte, la transmisión del sistema de la punición doméstica al Estado y a su orden, dado caso que al rey y a la ciudadanía se les comparaba con el jefe doméstico y con las personas sometidas a su poder, y por otra parte, la generalización del derecho de la guerra de los tiempos posteriores. Difícilmente expresa en realidad esa construcción de un modo perfecto la verdad. Más bien debe suponerse que la división del poder de los magistrados en poder dentro y poder fuera de los muros de la ciudad es tan antigua como estos muros mismos, y que el poder soberano del rey debió limitarse esencialmente, en los primitivos tiempos, a la última esfera, mientras que dentro del recinto de la ciudad hubo de predominar el sistema de la carencia de soberanía, dejando entregado a cada jefe de familia su propio gobierno y el de los suyos, y por consiguiente, su propia defensa y auxilio. Verdad es que esta carencia de soberanía es inconciliable, considerada en toda su extensión, con la perpetuidad de la comunidad, y que no se puede atribuir al rey romano la condición de mero dux. Los miembros componentes de la comunidad se encontraban reunidos para poder rechazar, poniendo en común sus fuerzas, las invasiones y agresiones extrañas, y también para auxiliarse unos a otros en caso de incendio de sus casas; y con el objeto de ir a la lucha en el primer caso y de prestarse auxilio en el segundo, establecían un jefe, un primero. Hay mucha distancia desde esta comunidad primitiva —donde el jefe de la misma conduce delante de la muralla a los ciudadanos para contener a los ladrones o para que roben ellos mismos, y que dentro del recinto de la ciudad se halla presente en el lugar del incendio, cuando lo hay— hasta el tan desarrollado Estado actual, todos cuyos ciudadanos se hallan expresa y convenientemente educados para el manejo de las armas, y en el que predomina la idea de solidaridad, y con ella la de impedir y remediar todo dolor y toda desventura que pueda recaer sobre el individuo; tanta distancia como la que hay entre los doce esbirros que acompañaban al supremo magistrado romano para hacer que se le fuese dejando expedita la calle, y los ejércitos permanentes de nuestros días. Pero esta larga distancia es la que recorrió la evolución política de la comunidad romana.

Si, pues, debe considerarse a la magistratura sometida desde sus comienzos a la ciudadanía, a la colectividad de los ciudadanos, esta sumisión, cuando principalmente se aplicaba y se hacía valer era en estado de paz; aquí sí obligaba desde antiguo la ley al magistrado, con lo que se creó el fondo sobre el cual poder construir luego el edificio del delito, de la pena y del procedimiento. Pero en el estado de guerra continuó viva sin duda alguna la concepción de la magistratura como

un régimen de ilimitado arbitrio que coexistía con el orden jurídico. Este mismo arbitrio era lo opuesto del orden jurídico, y no consentía una exposición sistemática; sin embargo, por costumbre se había ido introduciendo una cierta forma exterior para el procedimiento del derecho de la guerra, cabiendo, por lo tanto, decir aquí lo mismo que queda dicho, en este respecto, de la punición doméstica. Se hace, no obstante, preciso que digamos algo tocante a la esfera en que dominaba el arbitrio de referencia, y por consiguiente, que fijemos los límites dentro de los cuales no existía en Roma un derecho penal.

El estado de guerra era un estado permanente, de derecho, fuera del recinto de la ciudad, aun cuando de hecho no hubiera tal guerra; y el magistrado, que era entonces el jefe militar, ejercía en tales circunstancias aquellas mismas atribuciones que el mando militar exigía. Estaban sometidos principalmente al derecho de la guerra los individuos que servían en el ejército romano; pero puede decirse que, de derecho, lo estaba todo el mundo, sin que desde este punto de vista hubiera diferencias entre las personas. La extensión del sistema de la punición militar a los habitantes de Italia y de las provincias que no se hallaban sobre las armas fue el origen legal de aquellos abusos del poder de los funcionarios, que vemos existir, acompañados de inauditos horrores, sobre todo en los siglos últimos de la República. La llamada jurisdicción del Senado, que se ejerció durante los tiempos republicanos sobre las comunidades itálicas, no era de hecho otra cosa que el ejercicio del derecho de la guerra por los depositarios del *imperium* fuera de los muros de la ciudad, ejercicio que en la época posterior de la misma República fue limitado por la intervención de hecho del Senado. Dicha jurisdicción iba encaminada en primer término contra la desobediencia y rebeldía de aquellas comunidades que nominalmente estaban confederadas con Roma, pero que en realidad eran dependientes de esta, y contra todo intento de sustraerse a semejante dependencia; pero como no tenía limitaciones legales, fueron sometidos también a ella y al procedimiento del derecho de la guerra otros delitos, en especial los que perturbaban la paz pública y ponían en peligro el orden superior al de cada una de esas comunidades, v. gr., los delitos colectivos o de la multitud, los de bandolerismo, los de envenenamiento. Claro está que no pudieron menos de existir conflictos de atribuciones, en lo tocante a estos procedimientos, entre las autoridades romanas y los derechos reconocidos por escrito a las comunidades itálicas; pero esto no corresponde estudiarlo al derecho penal, sino al político y a la historia. Esta aplicación del derecho de la guerra fue una de las bases esenciales, aun cuando no la exclusiva, de toda la administración de las provincias. Mas ahora no debemos hablar de esa aplicación a casos extraños al servicio militar; únicamente tenemos que

hacerlo de aquellos hechos ejecutados por los soldados y que se relacionan inmediatamente con la dirección y marcha de la guerra. En este terreno, lo predominante y decisivo eran las necesidades de la disciplina, la corrección militar. Dicha corrección podía ejercerse con justicia o sin ella, mas no cabía discutir sobre si se ejercía con derecho o sin derecho. Por lo tanto, en esta esfera había, con relación al delito, a la pena y al procedimiento, ciertas normas que no tenían nada de común con las del derecho penal propiamente dicho. No podemos aquí ocuparnos detalladamente de las mismas; solo nos es concedido exponer las líneas generales de la oposición que acabamos de mencionar.

Los hechos punibles según el derecho de la guerra eran en parte los mismos que los delitos contra el Estado; la deserción y la sedición se hallaban incluídas lo mismo en el uno que en el otro sistema. Pero la desobediencia contra los mandatos de los magistrados, desobediencia que el derecho penal no comprendía entre los delitos, ocupaba el primer lugar de estos en el derecho de la guerra; la evasión del campo de la lucha y el abandono del puesto que al soldado se le indicaba eran castigados con la pena de muerte. El derecho penal de la época republicana no admitía delitos sexuales, y el hurto solamente lo admitía como un delito que regularmente solo se conminaba con la indemnización pecuniaria; según el derecho de la guerra, por el contrario, la lujuria era un crimen capital, por cuanto relajaba la disciplina del ejército, y lo propio acontecía con el hurto cometido en el campo de batalla. En el régimen militar no se conocía la contraposición entre el delito público y el privado. La conveniencia y la utilidad militares era sencillamente lo que servía para determinar el horizonte de los delitos en el derecho de la guerra; en esta esfera ocupaba un lugar secundario el elemento moral, que era lo que constituía la base del derecho penal civil o de la ciudad.

Así como no es posible equiparar el delito según el derecho de la guerra al delito determinado por el orden jurídico civil, tampoco pueden equipararse en modo alguno a las penas reconocidas por este orden jurídico las penas del derecho de la guerra. Pero merecen mención las principales penas militares, comparándolas con las otras:

1º.—La pena de muerte, que era la que ocupaba el primer lugar de la escala de las penas en el derecho penal público de los tiempos primitivos, era también la que se hallaba a la cabeza del sistema penal militar, y si bien el jefe de las tropas no carecía del derecho de capturar a los individuos que cometieran delitos con el objeto de enviarlos a Roma para que allí se les juzgase y condenase definitivamente, lo cierto es que de esta facultad no se hacía apenas ningún uso. Si den-

tro de la ciudad comenzó bien pronto en los tiempos de la República a dejar de aplicarse la pena de muerte, en cambio, el derecho que el jefe militar tenía para imponerla a los ciudadanos romanos siguió existiendo por largos siglos; pero después se le privó de él por medio de una ley dada antes del año 646-108, y cuya fecha exacta no nos es posible precisar, ley que nuevamente perdió su eficacia más tarde, a la caída de la República, frente al mando militar del emperador. La diferencia interna entre ambos sistemas se manifiesta bien claramente teniendo en cuenta que el derecho militar consentía tanto el ejercicio de la gracia o indulto por parte del jefe del ejército, como también el empleo de la casualidad, del accidente fortuito, pues de este es de lo único que dependía el que a uno le aplicasen o no le aplicasen la pena de muerte cuando se empleaba el procedimiento de la diezma. Bien evidente es que aquí quedaba excluída toda idea de derecho.

2º.—La pena corporal, y singularmente la flagelación, no fue reconocida como pena independiente en el orden jurídico de la época republicana; por el contrario, en el derecho de la guerra romano el palo estuvo en todo tiempo muy en uso.

3º.—La prisión apenas se empleaba como medio de disciplina militar, mientras que ocupaba el primer lugar en el sistema de coerción contra los particulares.

4º.—Las penas que recaen sobre los bienes también fueron empleadas en el derecho de la guerra; pero sin duda alguna solo bajo la forma de privación de la soldada y de otra cualquiera cosa de esta clase, cuya privación pudiera tener fines disciplinarios. Pero el jefe militar no debía imponer penas de confiscación del patrimonio o de alguna parte de él, ni multas graves, penas que, por el contrario, eran frecuentes en el derecho penal de la ciudad; y no debía imponerlas, porque semejante forma de punición no podía llevarse a efecto en el campo de la guerra.

5º.—También debió recurrirse en el derecho de la guerra a la prendación o embargo de una parte del patrimonio, en el sentido que se expondrá en el próximo capítulo, pero limitándolo asimismo a los haberes militares.

6º.—En el derecho penal de la ciudad fueron desconocidas, y en cambio se aplicaron frecuentemente como penas en el de la guerra, las agravaciones en el servicio por vía de degradación o postergación, o en otras formas, igualmente que penas impuestas de una manera arbitraria.

Lo mismo que dejamos dicho con relación al delito y a la pena en el derecho de la guerra, es perfectamente aplicable al procedimiento

militar. No era, jurídicamente, necesario procedimiento alguno en esta esfera, como lo era en las causas referentes al derecho penal civil; el jefe del ejército podía imponer la pena con arreglo a su leal saber y entender, y sin más requisitos. La división del asunto, división que estaba rigurosamente regulada, con respecto a las materias penales civiles, ora prohibiéndola, ora prescribiéndola, era extraña al derecho de la guerra. Aquí no tenía intervención alguna la institución de los jurados; lo que sí podía haber en algunas ocasiones era un *consilium*. Mientras el magistrado de la ciudad tenía que desempeñar personalmente la administración de justicia que se le había encomendado, según el derecho de la guerra no era necesario esto mismo con relación al jefe del ejército, el cual podía conocer y fallar los asuntos por sí propio, mas lo usual era que solamente entendiese, con o sin *consilium*, en los de mayor importancia, y que los demás los delegara en los tribunos de las legiones, y en general en los oficiales del ejército.

La contraposición entre el derecho de la guerra, o mejor dicho, entre el arbitrio militar y el orden jurídico fue desde sus comienzos puramente topográfica, estando determinada por las murallas de la ciudad de Roma, o más bien por los arrabales. Pero esta separación rigurosa quedó quebrantada luego que se instituyeron tribunales romanos fuera de la ciudad, esto es, primeramente, las prefecturas itálicas y los municipios itálicos de ciudadanos, y luego, las preturas provinciales. La diferencia entre esta jurisdicción de fuera de la ciudad —jurisdicción que no tenía su base en la ley, sino en el poder del magistrado, en el *imperium*— y el procedimiento del derecho de la guerra, donde primeramente se produjo fue en el campo del derecho privado. El jefe militar resolvía también en lo relativo a contratos y a delitos privados de sus soldados, pero jamás instituía al efecto un tribunal de jurado; por el contrario, el prefecto que el pretor nombró para Capua, el magistrado municipal de Ostia, el pretor de Sicilia, ejercían la jurisdicción privada de igual modo que el pretor de la ciudad de Roma. Ciertamente que a estas autoridades que ejercían jurisdicción fuera de la ciudad no se les encomendó el conocimiento de los procesos penales que tenían lugar en los Comicios con el magistrado; pero en las *quaestiones* instituidas al efecto aconteció, si bien de una manera incompleta y solo desde los tiempos del Principado, que el tribunal del jurado dirigido por el magistrado fue sustituido por un tribunal en que solamente este último intervenía. Y en este procedimiento jurídico romano de fuera de la ciudad, que se empleó en los últimos tiempos de la República y en los del Imperio, no se seguían las normas del derecho de la guerra, sino las que regulaban la facultad de coercición y la de juzgar de los magistrados.

CAPÍTULO IV

LA COERCICIÓN DE LOS MAGISTRADOS

La ciencia del derecho de Roma concebía el orden jurídico, y singularmente el orden penal, como un producto de la plenitud de fuerza y poder inherente en sus orígenes a la magistratura, producto engendrado por virtud de las restricciones puestas a la misma. Las restricciones a la plenitud del poder de la magistratura tuvieron lugar de dos maneras: en primer lugar, separando de la esfera penal las faltas o infracciones religiosas en general; en segundo lugar, haciendo una diferencia en cuanto a las demás faltas o infracciones, entre la esfera o régimen de la paz y el de la guerra, continuando subsistente, respecto del último, el sistema antiguo, y quitando de las manos al magistrado, respecto del primero, ciertos medios penales. Ahora bien; ~~aquella parte del régimen discrecional o de arbitrio que todavía se le dejó al magistrado para que pudiese imponer penas válidamente dentro de la ciudad, sin necesidad de que las mismas fueran confirmadas por los Comicios, y sin necesidad de que interviniera en la sentencia el jurado, es lo que llamamos nosotros~~ **coercición**, como término opuesto al de **judicación**. Luego que se instituyeron, en la época posterior de la República y en la del Principado, funcionarios que ejercían fuera de Roma *imperium* judicial, el poder de coercición de estos magistrados fue también sometido a semejantes limitaciones jurídicas, singularmente cuando carecían de *imperium* militar, cual acontecía con los magistrados municipales. En los mismos depositarios del mando militar fuera de Roma, se conciliaba el ejercicio del *imperium*, cuando no se hacía uso del mismo en el sentido de disciplina militar, y en algunas de sus formas, con la esencia de la **judicación**, a pesar de que nunca dejó de estimarse que el poder público que se ejercía fuera de la ciudad de Roma era legalmente ilimitado. En el presente capítulo se trata del poder de **coercición**, limitado, ~~que correspondía a los depositarios del *imperium* dentro de la ciudad~~; solo por incidencia hablaremos del poder general de coercición de los magistrados.

No nos es posible afirmar ni negar que, de hecho, en el poder del rey se hallaba contenida, juntamente con la plena potestad civil, la plena potestad religiosa, tal y como la concepción de la ciencia jurídica romana lo exigía. Si es verdad que el rey tenía atribuciones para disponer que todo ciudadano calificado por el pontífice máximo (según el sistema de tiempo posterior) de ateo debía ser condenado a muerte por tal culpa, lo es también que, cuando durante la República se separaron la magistratura y el sacerdocio, a ninguno de tales organismos le fue transmitido dicho poder; las organizaciones e instituciones romanas de que tenemos noticia no conocieron ningún delito sacral o religioso, ni ningún procedimiento penal religioso. Es verdad, como lo demostraremos en el libro quinto, que las penas públicas fueron concebidas en su origen como expiación sagrada, y la ejecución capital como un sacrificio a los dioses; pero este sacrificio no se realizaba sino por causa de delitos públicos, o sea por causa de actos que dañaban a la comunidad, y lo verificaba siempre y de una manera forzosa el magistrado; no se excluía la intervención o cooperación del sacerdote en dicho acto, pero jamás intervenía en la judicación cuando se trataba de delitos públicos. Las infracciones contra el orden religioso que no dañaban también inmediatamente a la comunidad, como la dañaba, por ejemplo, el robo de un templo, no eran nunca castigadas por el magistrado, y la persecución del ateísmo, obligatoria para el sacerdote, no llevaba consigo una verdadera facultad de imponer penas, ni podía requerirse para ella el auxilio del magistrado. Por la culpa religiosa que el particular cometiere, podía el sacerdote indicar a su autor la necesidad de expiarla por medio de sacrificios o de algún otro modo; pero no habiendo ninguna ley especial que le compeliere a ello, quedaba encomendado a la discreción del mismo particular el practicar o no semejante acto expiatorio. El sacerdote podía también calificar una culpa de irredimible por indemnización, pena o penitencia de ninguna clase (*impietas*). Hasta podía concedérsele el derecho de excluir de algún acto religioso, o de todos, a aquel que no satisficiera la penitencia o indemnización que se le hubiera impuesto, o que fuera declarado autor de un hecho inexpiable; de esta materia sabemos poco, y todo ello perteneciente a la posterior época, ya descreída. Pero semejantes interdicciones, que es, por lo demás, difícil imaginar existiesen, no pudieron revestir el carácter de penas impuestas por los magistrados. El derecho de coercición concedido al pontífice supremo sobre los sacerdotes a él sometidos, derecho de coercición de que después hablaremos, no era una excepción del principio referido, sino que su fundamento se hallaba en el poder de magistrado que se reconocía, dentro de ciertos límites, a este sacerdote.

El magistrado carecía, en general, de poder penal religioso; pero además, el ejercicio de su *imperium* dentro de la ciudad estaba regulado por la ley, a la cual había de atenerse, de manera tal, que todo acto que el magistrado realizase traspasando los límites establecidos legalmente se consideraba como un acto privado, y por lo tanto, sometido a la esfera de acción de la ley penal.

Las limitaciones dichas no rezaban con el ejercicio del *imperium* sobre los individuos no libres, sobre las mujeres romanas, y especialmente sobre los no ciudadanos. Verdad es que en la esfera del derecho privado, con inclusión del procedimiento penal privado, los no ciudadanos que gozaban de libertad se hallaban dentro de la ciudad de Roma bajo un pie de igualdad esencial con los ciudadanos, en la época que nos es conocida; pues la circunstancia de que en los juicios en que tal no ciudadano intervenía como parte, el magistrado diera sus resoluciones, no ya en virtud de lo preceptuado en la ley (*lege*), sino en virtud de su propio poder (*imperio*), es un hecho que en realidad no tiene importancia ninguna, aun cuando ofrezca mucha desde el punto de vista de los conceptos fundamentales del derecho político. Pero si dejamos aparte el procedimiento privado, tanto los no ciudadanos como las mujeres estaban en principio sometidos, dentro de la ciudad de Roma, al poder sin restricciones del magistrado. En el primer capítulo del libro siguiente desarrollaremos más esta idea.

La regulación del poder de los magistrados con respecto a los ciudadanos romanos varones consistía en limitar los medios penales que podían imponer aquellos sin la cooperación de la ciudadanía o de los jurados; por tanto, la facultad que según esto les quedaba era el «derecho de coacción», la *coercitio*. El elemento característico de la misma consistía en reconocer que al magistrado no podía menos de corresponderle el derecho de dar órdenes, y que no era concebible una orden sin medios para hacerla cumplir coactivamente. El magistrado, sin embargo, no debía hacer uso de la coercición contra un acto que él desaprobara, a la manera como el censor censuraba, sino que tan solo había de emplearla con el fin de hacer posible de este suerte el necesario despliegamiento de su actividad oficial; el empleo legítimo de la coercición no era más que el procedimiento contra la insubordinación y la desobediencia. Mas en este esfera no había precisión de establecer limitaciones positivas, sino que más bien la coercición podía aplicarse, como inmediatamente mostraremos, por vía jurídica contra todo acto sin distinción, y en el caso de que al ejercerla se respetaran las prescripciones legales, podía tildársela de injusta, pero nunca de antijurídica.

Las restricciones que en este respecto se ponían a los magistrados no eran las mismas para todos ellos. Cuanto a la extensión, como quiera que la *coercitio* se concedía en general dentro de la ciudad, no les corres-

pondría más que a los magistrados con *imperium* y a los tribunos del pueblo, cuyo derecho de coercición llegaba hasta poder arrestar y enviar a la cárcel. Dentro de iguales límites ejercían singularmente el derecho de coacción, sobre todo en los tiempos posteriores, los depositarios del *imperium* fuera de la ciudad, exceptuando, sin embargo, lo referente a la disciplina o corrección militar. Por el contrario, la coercición inferior, o sea la que, en lo esencial, no comprendía sino el derecho de imponer multas y tomar prendas, la poseían también los censores, los ediles y el pontífice máximo; este último, sin embargo, solo para los casos de insubordinación de los sacerdotes a él sometidos. A la segunda categoría hay que añadir, de entre los magistrados extraordinarios, todos aquellos a quienes se concedía la facultad de juzgar, ora en los juicios patrimoniales privados, ora en los referentes al patrimonio de la comunidad, y singularmente todos aquellos que efectuaban la asignación del terreno común, pues esta función no era fácilmente realizable si no iba acompañada del poder de coercición. También se otorgaba este a las autoridades municipales a quienes se facultaba para ejercer la jurisdicción, y que, por lo mismo, poseían *imperium*. En cambio, carecían de la coercición propiamente dicha los cuestores, y, en general, todos los magistrados inferiores; pero, según parece, a los que tenían a su cargo el servicio de seguridad de la ciudad de Roma, podían los cónsules delegarles ciertas atribuciones, y consiguientemente, la facultad de coercición que a las mismas acompañaba.

Con respecto a la coercición ejercida dentro de Roma, era también aplicable, hasta donde la misma se extendía, el principio expuesto al tratar de la punición doméstica y de la disciplina militar, o sea que ni estaba legalmente fijado el concepto del respectivo delito, ni se hallaba establecida una forma procesal fija, ni tampoco había penas fijamente determinadas, fuera, claro es, de la imposibilidad de hacer uso de algunas de estas.

Si, hablando en términos generales, podemos considerar la desobediencia y la coercición como elementos correlativos, lo propio que sucede con el delito y la pena, sin embargo, en tanto que el concepto del delito estaba perfectamente determinado, por el contrario, no lo estaba el de la desobediencia al magistrado, ni lo estaba tampoco otro íntimamente relacionado con el mismo, a saber: el de la denegación del respeto debido a la magistratura. Si después de haber sido abolida legalmente, en el campo del derecho privado, la ejecución personal por causa de deudas pecuniarias, el deudor de la comunidad continuaba expuesto a dicha ejecución, el fundamento de semejante hecho consistía en que la coercición no tenía necesariamente que intervenir en la ejecución por parte del magistrado, pero podía fácilmente acudir a ella. El empleo de la coercición se había hecho depender expresamente

del arbitrio del magistrado, lo que nos hace también pensar si en determinados casos no preferiría este hacer uso de un procedimiento penal verdadero. La desobediencia por sí misma no era en modo alguno un delito; la coercición no iba dirigida contra un delincuente. De qué manera la coercición era totalmente extraña e inadecuada para el delito, nos lo demuestran bien claramente las leyes de las Doce Tablas, las cuales rempazan la punición con la coercición en los casos en que la primera no podía tener lugar por falta de edad o por falta de dolo.

Naturalmente, era permitido instruir sumario cuandos los elementos constitutivos del hecho no estaban perfectamente determinados para el magistrado; pero había de instruirse siempre sin formalidades, y como la mayor parte de las veces se trataba de desobediencias o de ofensas inferidas al magistrado, claro está que el sumario no era preciso, porque bastaba con el conocimiento inmediato del hecho que el magistrado tenía.

Pero lo más importante de todo es determinar los límites de la coercición, no tanto para confirmar que en el ejercicio de ella era libre el magistrado correspondiente, como para señalar la línea divisoria donde concluía la coercición y comenzaba la judicación propiamente tal.

1º.—Dirijamos, en primer término, nuestra mirada a aquellos magistrados cuya coercición no tenía limitaciones, o, según la locución romana, que no se hallaban sometidos a la provocación. La ejecución capital del ciudadano romano dentro de la ciudad de Roma, solamente podía llevarla a cabo en tiempo de la República el magistrado patricio, y solo después que la condena de muerte hubiera sido aprobada por la ciudadanía. Según la constante tradición romana, el derecho de provocación fue establecido, inmediatamente después del derrumbamiento de la Monarquía, por el primer cónsul, P. Valerio Puplicola, y era considerado por los romanos como el signo y la expresión de la libertad republicana. Luego hubo de ser confirmado por las Doce Tablas, y repetido y ampliado por las tres leyes porcias, publicadas probablemente en el siglo VI. Finalmente, en el año 631-123, C. Sempronio Graco, con ocasión de las ejecuciones efectuadas contra los partidarios de su hermano, pasando por encima del derecho de provocación, restableció este derecho por medio de una nueva ley, y sobre todo, trató de impedir que se consiguiera eludirlo acudiendo al expediente de la pérdida del derecho de ciudadano que llevaba consigo *ipso facto* la perdución. El precepto legal, como tal, no fue atacado nunca; pero sí lo fue la aplicabilidad del mismo a todos los magistrados; sobre todo durante el primer siglo de la República, la ley de que se trata cesaba por precepto constitucional, ante la dictadura, y en los tiempos posteriores ante los poderes excepcionales, singularmente ante la dictadura de Sila, ante el tri-

bunal senatorio-consular para el estado de guerra y ante los dos más altos tribunales libres de la época del Principado, a todos los cuales se les reconoció un poder penal ilimitado, igual al que había tenido la magistratura originaria.

2º.—Cuando los magistrados patricios que estaban obligados a respetar la provocación no se atenían a ella, u obraban contra la misma, quedaban sometidos a iguales penas que las que en semejante caso se imponían a los particulares, como diremos más detalladamente cuando nos ocupemos del homicidio. Pero fuera del caso de defensa forzosa empleada contra aquellos ciudadanos que hicieran uso de armas contra la comunidad, caso que examinaremos en el libro cuarto al tratar del homicidio, dichos magistrados patricios gozaban del derecho de coercición capital, sin cooperación de la ciudadanía, contra aquellos ciudadanos que volviesen las armas contra su patria, o que se hiciesen culpables de una acción análoga, es decir, de una *perduellio*, según la locución romana: lo cual obedecía a la concepción, de que trataremos en el correspondiente capítulo del libro cuarto, según la cual, en el momento en que se cometía el delito de *perduellio*, el autor del mismo perdía el derecho de ciudadano, y por consiguiente, había lugar a perseguirle por igual procedimiento que se empleaba contra los no ciudadanos. Este derecho excepcional era aplicable en los casos en que el ciudadano dejase de cumplir directamente sus obligaciones de soldado. La regla, como tal, no se transmitió tradicionalmente, pero sí su aplicación a los siguientes casos:

a) Que el pasarse al campo enemigo podía ser castigado, no solo según el derecho de la guerra, sino también dentro de la ciudad de Roma, en la forma a que nos venimos refiriendo, nos lo demuestra la ejecución que en el año 483-271 tuvo lugar en el foro romano de los *cives Romani Campani* que habían sido hechos prisioneros en Rhegion; la protesta presentada por los tribunos, alegando haber sido violado el derecho de provocación, fue en tal caso desechada.

b) Deserción de los soldados o de los oficiales.

c) Tardanza culpable de los ciudadanos obligados al servicio de las armas en acudir al llamamiento a filas, u otra cualquier demora culpable en el cumplimiento de las obligaciones del servicio militar. Respondía esto a la costumbre general que se demuestra existía también en otras tribus itálicas. El procedimiento penal a que ahora nos referimos tenía lugar generalmente dentro de la ciudad.

d) Tardanza culpable de los ciudadanos para alistarse en el censo de individuos obligados a empuñar las armas.

Esta coercición capital militar, independiente del sitio en que el tribunal funcionara, o lo que es lo mismo, la conservación y práctica

del derecho de la guerra aun dentro de la ciudad para los casos en que los ciudadanos rehusaran el cumplimiento de sus obligaciones militares, existía desde los más antiguos tiempos y continuó existiendo hasta los más adelantados, no habiendo sufrido modificación sino en el sentido de haberse relajado el antiguo rigor del anuncio o notificación del deber del servicio militar y el uso del llamamiento a filas, relajación que fue debida especialmente a los cambios que se introdujeron en la manera de formar los cuerpos del ejército. Que dicha coercición capital no era una judicación, es decir, no tenía carácter de juicio en sentido legal, sino que era tan solo, igual que todas las coerciciones, un acto administrativo, se ve claro, sobre todo por la forma del castigo; pues si la pena de muerte era permitida legalmente en todos los casos, sin embargo, solamente se ejecutaba en los más graves, siendo remplazada con mucha frecuencia en los restantes por la pérdida de la libertad, acompañada a menudo de la venta del penado en el extranjero como esclavo, y a veces también dentro del propio país. También encontramos mención de la demolición de la morada del reo, y también el simple arresto y el castigo corporal. Esta multiplicidad de castigos no era en modo alguno compatible con el sistema penal romano, mientras que sí lo era con la coercición, como lo demuestra lo que después se dice. Si el magistrado tenía atribuciones para perseguir según el derecho de la guerra, aun dentro de la ciudad, los indicados delitos militares, no menos le era permitido proceder a dicha persecución sirviéndose del procedimiento penal formal y solemne. En el correspondiente capítulo del libro cuarto se demostrará que en todos los referidos delitos podría hacerse uso también del procedimiento propio de la perduelión, y cabe también presumir que en caso de hechos dudosos o equívocos, como la deserción, por ejemplo, el procedimiento conforme al derecho de la guerra había de ceder el puesto al procedimiento penal verdadero.

Tampoco se extendía el derecho de provocación a las ofensas causadas al derecho internacional; en esta esfera, los magistrados continuaron también teniendo la facultad de coercición capital. Si por culpa de un particular ciudadano se violaban las obligaciones juradas de la comunidad, o esta no cumplía los contratos internacionales que válidamente y acompañados de la cláusula de execración había celebrado por medio de sus representantes, entonces el magistrado mismo era quien, mediante el consejo solicitado del Colegio de Sacerdotes, declaraba cuál era el delito que se había cometido y él era quien practicaba el correspondiente acto de expiación. Y que esta expiación era capital, parece demostrarlo la circunstancia de que cuando la comunidad ofendida rechazaba la entrega que del culpable se le ofrecía para que expiase su falta (p. 6), podía aplicarse a este el suplicio. En estos

casos se hallaba excluída de derecho la punición por parte de los Comicios, punición permitida cuando se trataba de delitos contra la obligación del servicio militar, por lo que es necesario incluir aquellos en el concepto de la perduelión; el hecho de castigar el no respeto a la imprecación dirigida a los dioses no podía hacerse depender del accidente de que en los Comicios se obtuviera o no la necesaria mayoría. Pero en los tiempos posteriores, cuando la democracia adquirió más fuerza, se extendió también la provocación al caso que nos ocupa.

3º.—La pérdida de la libertad, esto es, la conversión de un ciudadano libre en un esclavo de la comunidad, pérdida que generalmente iba acompañada de la venta de semejante individuo en el extranjero, era un caso dependiente de la facultad de coercición de los cónsules, lo mismo que la pena de muerte, y por lo tanto, debemos referirnos, por lo que a la misma concierne, al lugar en que esta se estudia.

4º.—El derecho de vida y muerte que tenían los tribunos no estribaba sobre la misma base jurídica que el de los magistrados patricios, sino sobre la constitución de la plebe, sobre el poder de los representantes de esta, poder que ella misma comenzó por concederles como equivalente al *imperium* de los magistrados patricios, y que luego vino a serles reconocido, con este mismo carácter, por la ley. Y como quiera que el derecho de vida y muerte que los cónsules tenían sobre los ciudadanos había sido sometido por la ley valeriana al requisito de la aprobación del *populus*, se creyó conveniente ligar también el poder análogo de los representantes de la plebe, ya a la aprobación de esta, ya, en tiempos posteriores, a la aprobación de la misma comunidad del *populus*, y en lo esencial así se hizo. Pero desde el punto de vista legal, podemos decir que los tribunos del pueblo tenían igual derecho que originariamente tuvieron los cónsules, y que si estos hubieron luego de estar atenuados a la restricción impuesta por la ley valeriana, no sucedió lo mismo con aquellos. De hecho, conocemos un caso perfectamente comprobado históricamente de persecución procesal por parte de los tribunos, autorizada de un modo formal expreso, donde no se hizo uso ni de juicio ni de la provocación, y en que el tribuno trató a un ciudadano romano lo mismo que se trataba a los delincuentes peregrinos: en el año 633-131 el tribuno del pueblo C. Atinio Labeón se apoderó del censor Q. Metelo, a causa de una ofensa que este le había causado, y, sin más formalidades procesales, lo envió a que lo precipitasen de la roca Tarpeya, derecho que fue reconocido, pero al propio tiempo convertido en ineficaz por la intercesión tribunicia.

5º.—La facultad de mandar flagelar a los ciudadanos, fuera de los casos en que tal flagelación era una pena que acompañaba a la ejecución capital, no les estuvo seguramente negada a los magistrados por

el antiguo derecho de provocación; aun las Doce Tablas permiten expresamente hacer uso de la flagelación sola. Pudo bien ocurrir que poco a poco fuese limitándose el empleo de este medio; la completa y esencial denegación del mismo hay que referirla a un acuerdo del pueblo, provocación por Catón el antiguo. Así quedaron las cosas. Pero se hizo una excepción de los comediantes. La violación de tal privilegio de los ciudadanos daba origen, en los tiempos antiguos cuando menos, a la acción por injuria; más tarde, la legislación dada por César castigó como delito de violencia grave la flagelación y el tormento al ciudadano no romano, según se demostrará en el correspondiente capítulo del libro IV. En los tiempos posteriores del Imperio, los castigos corporales fueron admitidos en el catálogo de las penas propiamente dichas; por consiguiente, volveremos a tratar de ellos en el libro V.

6º.—El magistrado con *imperium* tenía reconocido por la ley el derecho ilimitado de poder expulsar de Roma a los ciudadanos con aprobación del tribuno del pueblo, derecho que ejerció con gran amplitud contra los ciudadanos de mala reputación, en tanto que se desaprobaba el empleo de tal facultad contra los de conducta irreprochable y de buena fama. Pero la expulsión de los ciudadanos no podía jamás hacerse extensiva a todo el territorio de Roma, sino que tenía que concretarse a aquellos límites territoriales puramente necesarios para el ejercicio de una buena policía de diferenciación y vigilancia, y por consiguiente, en los tiempos históricos lo regular era que no pasara de las piedras miliarias de las calzadas que partían de Roma. Dicha facultad de expulsión podía también estar limitada por razón del tiempo. Daremos más detalles de esto en el libro V, al hablar de las clases de penas derivadas posteriormente de este derecho de coercición.

7º.—El arresto (*prensio*) y la cárcel (*vincula, carcer*) podían imponerlos a su arbitrio el magistrado con *imperium* y el tribuno del pueblo, y este importante derecho se aplicó muchas veces también, bajo la forma de prisión por deudas, contra los deudores de la comunidad; pero el penetrar en la casa del arrestado era contrario a la costumbre. En la ley dada por César sobre la violencia (*lex Julia de vi publica*) se confirmó a los magistrados el derecho de usar de la facultad dicha contra los desobedientes y promovedores de desórdenes, facultad que todavía ejercían en la época del Imperio. En el libro siguiente examinaremos hasta dónde podía hacerse uso de este derecho a modo de prisión preventiva mientras se instruía el proceso.

8º.—Regularmente, la coercición capital llevaba consigo también la confiscación de bienes en beneficio de la caja del Estado o de la de algún templo público; pero, aun en el caso de que la coercición capital no se llevase a efecto, la confiscación de los bienes se practicaba

con independencia de ella. Sin embargo, no encontramos que los magistrados de la comunidad pudieran hacer uso de tal confiscación como castigo independiente sin unirlo con el de pena capital, y aun después de dadas las disposiciones que muy pronto vamos a estudiar, relativas a las multas y penas pecuniarias, no puede hablarse en realidad de pena independiente de confiscación. Por el contrario, el único caso que encontramos tocante a esta materia, a saber, la proposición de César para aplicar la confiscación a los compañeros de Catilina se nos presenta como caso de tolerancia de una pequeña injusticia con el objeto de evitar otra más grave consistente en violar el derecho de provocación. Pero los tribunos del pueblo, de la propia manera que ejercían la jurisdicción capital sin juicio ni provocación al pueblo, privaban también de los bienes a los ciudadanos en beneficio de alguna divinidad romana; es decir, que imponían la *consecratio bonorum* sin juicio ni provocación. Estas consecraciones se remontan a los antiguos tiempos de la lucha de clases, y por eso la democracia antipatricia del siglo último de la República vuelve a sacarlas a escena, igualmente que el proceso horaciano, y con la misma carencia de resultados; sin embargo, no es posible poner en duda su legalidad formal.

9º.—El medio coactivo de que principalmente se hacía uso, tanto para la administración de justicia como para otros fines, era el de las multas, que fueron primeramente de animales y después en dinero, y que imponían los magistrados patricios, o sea, en un principio los cónsules, y después los pretores y censores como ramas desgajadas del originario poder consular, así como también los correspondientes jefes o autoridades de los municipios. Estas multas se imponían siempre en la especie señalada por la ley, es decir, primeramente en tal número de cabezas de ganado mayor y menor, y luego en dinero, y su nombre era *multa*, o lo que es igual, «multiplicación», nombre tomado del aumento que solía hacerse de la cantidad que había de pagarse a cada nueva desobediencia. Según la tradición, el magistrado, para estos efectos, podía prescribir en un principio que el multado entregara tantas o cuantas unidades de ganado o de dinero, sin que tuviese límites que le coartaran; pero después, cuando todavía no se habían dado las Doce Tablas, pusiéronse trabas legales a ese arbitrio, disponiendo que al pobre que no poseyera ninguna cabeza de ganado mayor no se le debía imponer en un mismo día multa superior a dos ovejas, y que al ciudadano en general el máximo de multa que pudiera imponérsele era de dos ovejas y treinta terneras. Estas multas de animales se trasformaron luego, veinte años después de las Doce Tablas, en multas en dinero, fijando el valor de cada oveja en diez ases y el de cada ternera en ciento; a partir de este momento, la multa más baja que podía imponerse a los ciudadanos (*multa minima*) era de diez ases o sestercios,

y la más alta (*multa maxima* o *suprema*) de $20 + 3.000 = 3.020$. Aun cuando los datos que existen en las fuentes acerca de la época en que se fijó el máximo a que podían llegar las multas consistentes en animales no merecen crédito alguno, sin embargo, podemos decir que aun las multas pecuniarias, que sustituyeron a las anteriores, y la fecha de cuya aparición no ofrece dificultad seria y fundada, se remontan hasta los primeros tiempos de la República. No sabemos si los límites mencionados eran aplicables también a los magistrados municipales. A los magistrados patricios no se les consentía, en general, traspasarlos. También a los tribunales oficiales de los tiempos posteriores se les señalaron límites máximos, diferentes según el rango de aquellos.

10.—La facultad de imponer multas, que correspondía a los tribunos y a los ediles de la plebe, y que posteriormente se concedió también a los ediles curules, formaba en general parte del derecho penal, lo propio que la judicación capital de los magistrados plebeyos, por cuanto la multa se imponía por delitos previstos por la ley, y su imposición quedaba sujeta a la provocación ante la ciudadanía. Pero a estos funcionarios se les reconoció en todo caso el derecho de multar, como medio coercitivo para el ejercicio de sus facultades judiciales o cuasi-judiciales e igual valor tuvo asimismo el derecho concedido al sumo pontífice para imponer multas a los sacerdotes sometidos a él, y el otorgado a los comisionados establecidos para la asignación del campo común, con el objeto de que pudieran poner en práctica las facultades jurisdiccionales que les competían. Era imposible que ninguno de estos distintos funcionarios desempeñara su respectivo cometido sin disponer de la facultad de condenar al pago de penas pecuniarias, facultad que tuvo que serles concedida por medio de leyes especiales. Prescindiendo de que se les pudieron señalar al efecto límites máximos diferentes, de donde no se les consentía pasar, conviene advertir que el derecho de apelar a los Comicios, reservado para los casos de verdadera judicación, se hizo extensivo también en parte a las multas coercitivas de que venimos ocupándonos. Puede demostrarse que ocurrió así con respecto a la facultad de multar que correspondía al pontífice máximo, por cuanto el derecho de tratar y discutir con la ciudadanía, que a los magistrados les estaba reconocido, solo se concedió a dicho pontífice para los casos de estas multas, que probablemente no tenían fijado un límite máximo. Tocante a los magistrados establecidos para hacer las asignaciones de terreno común, hay un caso concreto en el cual se reconoce a dicha comisión la facultad de imponer multas —no se dice si hasta cierto límite, o sin él— que no quedaban sujetas a la provocación, de donde debe inferirse que en los demás casos tendrían tales magistrados análoga restricción a la que tenía el sumo pontífice. No vamos a tratar aquí de si entre las grandes multas que frecuentemente

encontramos impuestas por los ediles, y que daban lugar a la provocación, las hubo o no también de las sometidas al poder coercitivo de estos magistrados; posible es que a los ediles se les consintiera dentro de ciertos límites, y sin que existieran leyes especiales que hicieran tal concesión, imponer altas penas pecuniarias, con la condición, sin embargo, de que pudiera apelarse de ellas ante la comunidad.

11.—La multa de cosas, o sea la prendación, según la locución romana (*pignoris capio*), estaba perfectamente enlazada y confundida con la multa en dinero; consistía en la aprehensión y en la destrucción de una parte de los bienes del multado. Lo presumible es que este procedimiento debamos referirlo al despedazamiento de los vestidos y de otras cosas análogas; sin embargo, se fue por las mismas vías mucho más allá, hasta a demoler la casa. En los tiempos del Imperio se fijaron también límites máximos para estas multas de cosas.

Como quiera que la decisión del magistrado por la cual mandaba este imponer un medio coercitivo no era verdadera sentencia, sino un acto administrativo, claro es que no podía la misma producir los efectos jurídicos de las sentencias criminales, y de otro lado, siempre que la índole del castigo lo consintiese, podía hacerse cesar o suprimirse este por vía administrativa. En los antiguos tiempos se ve esto bien claramente en materia de coercición capital (p. 30), y posteriormente se ve sobre todo con relación a las multas en dinero, pues tanto de las impuestas por los magistrados de Roma como de las impuestas por los magistrados municipales, podía apelarse ante la superior autoridad administrativa, ante el Senado del Reino o ante el municipal, y pedir la condonación de la pena. En este sentido, aun en la jurisprudencia posterior, se consideraban como términos opuestos los de *poena*, esto es, castigo impuesto por un delito y con fuerza ejecutiva, y *multa*, o sea pago pecuniario impuesto coercitivamente por el magistrado y dependiente del arbitrio administrativo.

Tal era el sistema de la coercición romana, el derecho de coacción, que servía de complemento al derecho penal y que a la vez era el término opuesto de este. Así como el procedimiento penal era la realización de las leyes morales del Estado, la coercición era la realización del poder supremo discrecional de este último, del *imperium*, sin el cual no hay obediencia posible de los ciudadanos, y por consecuencia, no es posible que exista la comunidad.

CAPÍTULO V

LA LEY PENAL Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ROMANO

En la punición doméstica, en el derecho de la guerra y en el sistema de la coercición del magistrado, existía una injusticia o infracción, un procedimiento y un castigo de esta injusticia; existía hasta un poder jurídicamente superior al agente de tal injusticia y que imponía a este el castigo de una manera coactiva; puede, pues, hablarse en tal sentido de la existencia aquí de una pena; lo que no puede decirse que exista es un derecho penal. La injusticia moral se les presentaba a todos los individuos concreta y circunstancialmente determinada, así por lo tocante a su naturaleza como por lo relativo al tiempo; no mucho menos concreta y determinada era la sentencia en que se fijaban los elementos constitutivos del hecho criminoso; todavía en mayor grado lo estaba la medida de la reparación adecuada a la culpa cometida. El jefe doméstico, el jefe militar y el magistrado con *imperium* dentro de la ciudad de Roma castigaban, pero su punición representaba siempre y de una manera necesaria un acto discrecional, fundado en el arbitrio. El ejercicio de este no era una injusticia. Pero la expiación de la *noxa*, en el caso de que el padre entregara el hijo culpable a la persona dañada por este, o en el caso de que la comunidad entregara el ciudadano culpable a la comunidad vecina perjudicada por él, así como también el fallo criminal pronunciado por el rey contra los desertores y los homicidas, eran actos de justicia prescritos y mandados legalmente. El jefe doméstico también era padre, y entre los siete reyes, seis lo fueron efectivamente. El ejercicio de la punición doméstica por el Consejo de parientes, del propio modo que la intervención del Colegio de los feciales en el cumplimiento de los pactos internacionales, no eran verdaderos juicios en sentido formal; sin embargo, la verdad es que por lo menos se realizaban con tanta conciencia y escrupulosidad como podía realizarse la administración de justicia regulada por la ley. Los conceptos de culpa y de pena son tan antiguos como la humanidad, y

no han nacido como un efecto de la ley penal. Pero el alto cargo del rey, el cual separaba lo justo de lo injusto a su discrecional arbitrio, según la concepción jurídica romana, y no estaba obligado a atenerse a ninguna ley penal, podía también ejercerse de un modo injusto, y por tanto, podían resultar males de ello. Solamente era posible el discrecional arbitrio del rey, ejerciéndolo de un modo equitativo; en el caso de que lo ejerciera contra la equidad, la soberanía del rey caía por tierra y era remplazada por la de la ley.

Comienza el derecho penal en aquel mismo momento en que la ley del Estado (comprendiendo dentro de ella a la costumbre con fuerza legal) pone limitaciones al arbitrio del depositario del poder penal, esto es, del juez sentenciador. La ley designa objetivamente cuáles sean las acciones inmorales contra las que hay que proceder por causa y en beneficio de la comunidad, y por lo tanto, prohíbe a la vez el empleo de tal procedimiento contra todas las demás. La ley organiza de un modo positivo el procedimiento para la persecución de aquellas. Esa misma ley señala de un modo fijo la reparación que corresponde imponer por cada uno de los delitos. El derecho penal público de Roma comienza con la ley *valeria*, la cual sometió al requisito de la confirmación por la ciudadanía las sentencias capitales pronunciadas por el magistrado contra los ciudadanos romanos; el derecho penal privado del mismo pueblo comenzó, por su parte, con aquella organización en virtud de la cual el pretor fue desposeído de la facultad de resolver definitivamente los asuntos penales, quedándole solo la de resolverlos de un modo condicional y remitiendo al jurado el negocio para que él diese su resolución acerca de la condición señalada. De ahora en adelante no podía haber en Roma ningún delito sin previa ley criminal, ningún procedimiento penal sin previa ley procesal, ni ninguna pena sin previa ley penal. No quedó en manera alguna abolido con esto el arbitrio del magistrado; aun ahora podía este castigar hechos no fijados como delitos por la ley, sin atenerse a procedimiento alguno determinado de antemano por la misma y fijando la medida de la pena a su arbitrio: tal acontecía, de una parte, con lo relativo al derecho de la guerra, y de otra, con lo relativo al ejercicio de la coercición dentro de la ciudad; pero al lado de esta facultad de coercición libre por parte de los magistrados, empezó también a existir una facultad de juzgar restringida por la ley. A esta judicación penal, considerada en el sentido estricto de la palabra, se le asignó un campo reducido en comparación de aquel en que dominaba la coercición penal. Que el procedimiento penal sujeto a formalidades no pudiera tener lugar más que dentro de la ciudad de Roma, es cosa que se explica dado el carácter municipal de la comunidad romana; lo que no se concilia con la esen-

cia de aquel derecho es que el procedimiento penal público no estuviera estatuido más que con relación a los ciudadanos varones, no siendo aplicable a los no ciudadanos ni a las mujeres. Esta limitación fue bien pronto rota, en el proceso evolutivo del derecho romano, con relación al derecho civil, aun con relación al derecho civil tocante a los delitos; el derecho penal público, en cambio, quedó en esta materia enteramente rezagado con respecto al derecho civil, debido a la circunstancia de servirle necesariamente de complemento el sistema de la coercición ilimitada, y al hecho de tener por fuerza que imponerse y ejecutarse las penas dentro de la ciudad. Una vez que se instituyeron tribunales civiles, así en los municipios de Italia como en las provincias, hízose extensivo a una y otras el procedimiento que en Roma se aplicaba a los delitos privados; sin embargo, no solo continuó reducido a la ciudad de Roma únicamente el empleo del procedimiento penal público de los Comicios con el magistrado, mientras tal procedimiento tuvo existencia, sino que aun el procedimiento por *quaestiones*, con su sistema de jurados, procedimiento que se introdujo para conocer y fallar los delitos públicos, si se aplicó, además de en Roma, en Italia, solo de una manera incompleta se llevo a las provincias. De aquí que en los mismos tiempos del Imperio el procedimiento penal usado en estas no llegara nunca a emanciparse del todo de su carácter de coercición, no obstante que se aproximaba al procedimiento penal ordinario y que había tomado de este la definición legal de los delitos, la medida legal de las penas y, en lo esencial, hasta las reglas procesales. Cuando más tarde desaparecieron los tribunales de jurados y se hizo caso omiso de las formalidades del procedimiento, menos campo cedió la coercición a la judicación que, al contrario, esta a aquella.

Antes de desarrollar los conceptos generales que tanto han de ser empleados en los siguientes libros, los de delito, persona, voluntad, hecho, paréceme oportuno exponer un breve resumen de los comienzos y de las líneas generales de la evolución del derecho penal romano. Las pruebas de las afirmaciones que hagamos no se encontrarán en el presente capítulo, sino que estarán diseminadas en todo el libro, hasta donde es posible darlas; pues para exposiciones como la que vamos a intentar aquí, debe el historiador exigir y hacer uso del derecho que al artista se concede.

Ninguna nación ofrece, para el conocimiento de los grados primitivos de la evolución social humana tan pocas tradiciones como la itálica, de cuyos representantes no consiguió llegar a la época histórica más que la Roma latina. No solo la ciudad de Roma, que es donde comienza realmente la tradición, era ya una comunidad muy desarrollada, que había experimentado grandemente el influjo de la su-

perior civilización griega, y que había logrado colocarse a la cabeza de una fuerte confederación de ciudades unidas por el vínculo nacional; no solo carecemos totalmente, por lo que toca a la situación antigua de los romanos, de tradiciones no romanas, sino que para los mismos romanos el tiempo primitivo, oscuro y sin valor, tanto en lo que se refiere a su informe mundo divino, enemigo de la fábulas, como en lo que respecta a las leyendas jurídicas, perfectamente racionales, según sus crónicas, no obstante la forma narrativa que presentan; para los romanos mismos, decimos, este tiempo primitivo era el recuerdo de un estado de germen y comienzo. Esta nación masculina no andaba mirando atrás a su infancia. Lo cual no impide que, dentro de ciertos límites, podamos llegar a conocer la evolución del más poderoso Estado de la civilización antigua; pero como quiera que carecemos, tanto de informes y noticias de fuera como de tradiciones del propio pueblo, nos vemos obligados aquí, más que en ninguna otra materia, a inferir, en la esfera del derecho público y del privado, las huellas y vestigios del proceso evolutivo por el estudio del producto ya formado.

Cuanto más nos remontamos hacia atrás, menos equivalencia vemos existe entre los perjuicios u ofensas causados a la comunidad y los causados a los particulares ciudadanos, perjuicios estos últimos que nunca llegaron a subordinarse al concepto general del derecho penal; en la misma ciencia jurídica romana de los tiempos posteriores no se verificó sino de una manera incompleta semejante subordinación. La primitiva etapa del derecho penal fue aquella en que no se consideraban procesables más que los daños u ofensas causados a la comunidad.

Los atentados a la comunidad exigen la autodefensa por parte de esta, tanto contra los enemigos exteriores como contra los interiores, contra los coasociados, los cuales, cuando la ofendan, han de ser tratados igualmente que se trata a los primeros. La equiparación del enemigo interior con el exterior, equiparación que se efectuaba perdiendo *ipso facto* el primero su cualidad de ciudadano, fue desde un principio, y continuó siendo hasta los tiempos más avanzados, la idea primordial del delito público o contra el Estado. La autodefensa autoriza para destruir al enemigo; por eso se daba muerte igual a los prisioneros de guerra que a los traidores a la patria. El órgano de esta autodefensa era el magistrado: en el primer caso, en concepto de jefe militar; en el segundo, como depositario de la facultad de coercición ilimitada. Pero para el ejercicio de la autodefensa contra los enemigos exteriores, no era preciso que se demostrara de un modo especial la existencia de la enemistad; el hecho mismo de que tales enemigos no pertenecían a la comunidad romana era bastante para autorizar la aplicación del derecho de la guerra. Por el contrario, cuando se trataba de

la enemistad de un ciudadano, se procedía a la pregunta relativa a su culpabilidad, o sea a la *quaestio*; el magistrado era quien la hacía, con lo cual empezó a existir un procedimiento penal, lo mismo si el dicho magistrado resolvía por sí y ante sí, que si sometía a la decisión de la ciudadanía, según podía hacerlo desde los primitivos tiempos, aun cuando no tenía obligación de hacerlo, el punto relativo a saber si se perdonaba la pena de muerte a aquel que se había encontrado ser culpable de ofensa a la comunidad, o si se llevaba a ejecución dicha pena. El magistrado tenía atribuciones para someter a un proceso al enemigo exterior que se hallaba prisionero y para tratarlo con benignidad mayor de la ordinaria, en determinadas circunstancias; pero no tenía obligación de presentarle la *quaestio*, de «interrogarlo», ni jamás resolvía tampoco la ciudadanía sobre si se le perdonaba o no; como en este particular no había base alguna que sirviera de punto de partida a un proceso evolutivo jurídico, tal proceso evolutivo no se verificó.

La autodefensa de la comunidad, o sea el sistema del derecho penal público, se aplicó después principalmente contra los ciudadanos que hacían cosas perjudiciales, exactamente iguales a las que hacían los enemigos exteriores, es decir, contra los desertores y los traidores a la patria. A los que se añadieron también los autores de robos en los templos, los de hurtos de animales de la comunidad, los de daños causados en los edificios públicos y en las vías públicas. Hubo una época en que la comunidad se limitaba a defenderse a sí misma contra los enemigos exteriores e interiores, o, según la locución romana, en que el magistrado no hacía más que ejercer su *imperium* en la guerra y su facultad de coercición en la paz, época en la que no existía un derecho penal propiamente tal, en el sentido antes expuesto. Así podemos figurarnos que estaban las cosas durante los reyes vitalicios, y así podemos representarnos que se colocaban de nuevo cuando, después de abolida la Monarquía, se entronizaba a veces la dictadura, al principio de la República, sirviendo de modelo para el poder del dictador el que había correspondido anteriormente a los reyes.

El derecho penal público de los romanos traspasó estos rigurosos límites en unos tiempos que son para nosotros antehistóricos. Así como en los tiempos primitivos ha sido un hecho general dejar entregado al arbitrio discrecional del perjudicado y de los suyos el exigir o no y el exigir tanta o cuanta retribución por el daño u ofensa inferidos a un individuo particular, así también aconteció en Roma con seguridad en algún tiempo. Pero bien podemos decir que antes que empece- mos a ver que se perseguían y castigaban de oficio ciertos actos que, además de causar perjuicio a algún individuo, ponían en peligro la seguridad pública, el orden jurídico de Roma lo había hecho ya así con

respecto al homicidio de un individuo libre, al incendio, al hurto de cosechas y al cántico de canciones en desdoro de alguien. Todos estos hechos se nos presentan ya en las Doce Tablas, que es donde se detienen nuestras noticias, sin remontarse más allá, como delitos públicos, y del propio modo, en estos momentos no se encuentra ya vestigio alguno de la intervención de la persona principalmente ofendida, o de los miembros de su familia, para exigir la reparación de la ofensa al ofensor; de suerte que ya debía ser entonces un hecho perfectamente consumado el de la subordinación de la familia o *gens* a la ciudadanía general, tal y como la ley lo había ordenado. Los delincuentes de esta clase no eran considerados como enemigos públicos, ni se estimaba que la comisión del hecho punible les había hecho perder su derecho de ciudadanos; pero a todos se les perseguía y castigaba de oficio, y solo había la particularidad de que en estos delitos era general el empleo de la instrucción sumarial, de que en los delitos públicos propiamente dichos, o delitos contra el Estado, se prescindía con frecuencia por ser muy notorios los hechos punibles de que se trataba. La pena capital, impuesta en atención a la comunidad, podía recaer sobre el homicida y el ladrón de cosechas, lo mismo que sobre el desertor y el traidor a la patria.

Como ya se ha dicho, en Roma, en un principio, cuando se causaba daño o dolor a un particular, él mismo era quien había de tomar revancha, o, si no era libre, su señor había de vengarle. Y si no conseguía ejercer por sí la autodefensa, entonces había de pedir reparación con el auxilio de sus parientes, o habían de pedirla estos solos. Los límites divisorios entre la ofensa a la comunidad y la ofensa al particular pueden trazarse de muy diferentes modos. Después que el homicidio, el incendio y otros muchos hechos que pertenecieron en algún tiempo a la segunda categoría pasaron a formar parte de la primera, ya no hay que buscar en el campo restante para los delitos privados, al cual pertenecían singularmente casi todos los atentados contra la propiedad, aquel auxilio de la *gens* o grupo de parientes para pedir la reparación de las ofensas recibidas, que con seguridad existió en los tiempos primitivos, y que ni siquiera se encuentra ya en el derecho penal privado de las Doce Tablas. Pero que el ejercicio de la propia defensa era lo que constituía el fondo y la base de esta esfera del derecho penal, es cosa que resulta clara, teniendo principalmente en cuenta que todos los delitos cuya comisión no consistía ante todo en una ofensa contra la comunidad, tenían que ir dirigidos contra una persona que podía exigir su reparación, o para la cual podía ser esta requerida. Lo que solía llamarse daño en las cosas era, en sentido jurídico, daño inferido al propietario de estas, pues contra las cosas, como

tales, no podía existir delito. Cuando se trate del homicidio veremos que, con arreglo este principio, en los primeros tiempos no podía cometerse el delito mencionado contra los individuos sin libertad. Pero en el derecho posterior, cuando el homicidio fue considerado como un delito público, semejante concepción tuvo que desaparecer, y las acciones contra los esclavos fueron castigadas como daños inferidos a la comunidad.

En el derecho penal privado, además de la propia defensa, del propio auxilio, por el que uno se hacía a sí mismo justicia, existía la composición convenida entre las partes para impedir el empleo de dicho auxilio propio. Evidentemente, la composición era tan antigua como la injusticia privada y como la venganza privada; por tanto, era natural la existencia de tribunales de árbitros nombrados por las dos partes de común acuerdo. No menos natural resulta también el concepto de indemnización aproximada del perjuicio, convenida en esta forma, o sea, según las expresiones antiguas (p. 9), el concepto del *damnum* y el de *poena*.

Para llegar a esta composición intervenía el Estado, puesto que negaba a la víctima del delito la facultad de ejercer la autodefensa, y en caso de que no hubiese acuerdo entre las partes, se encomendaba el asunto a un tribunal arbitral, que había de establecer el Estado, con el objeto de que señalara la composición, la cual era, por lo mismo, obligatoria, igual para el dañador que para el dañado. Podemos, pues, sentar, tocante a la resolución del asunto litigioso por convenio de las partes, que el tribunal arbitral daba primeramente una decisión previa preparatoria, relativa al hecho sobre que se cuestionaba, es decir, relativa a la existencia y extensión del daño que se afirmaba haber tenido lugar, y en caso de que este laudo fuera desfavorable al demandado, se entregaba el asunto al arbitrio de las partes para que se pusieran de acuerdo en lo referente al importe de la indemnización. Si el acuerdo se verificaba, el tribunal absolvía; solo en caso de no lograrlo era cuando pronunciaba una sentencia penal.

Pero todavía no se había incorporado bien este sistema de la composición al derecho de las Doce Tablas. En el caso de apropiación indebida de una cosa ajena mueble —pues en el derecho más antiguo no se conocía la propiedad privada sobre el suelo—, el derecho de las Doce Tablas excluía la composición obligatoria cuando se tratara de hurto flagrante. Si el robado no se allanase voluntariamente a la composición, el tribunal condenaba al ladrón a la pena de muerte si fuese un hombre no libre, y si fuese un hombre libre, se le condenaba a ser entregado en propiedad al robado. La agravación de la pena que tenía lugar en el caso de ser cogido al ladrón *infraganti*, agravación

que se armoniza mal con el concepto ético que servía de base al delito, no debe referirse tanto a la fuerte necesidad de venganza que acompañaba al caso de referencia, como a la tendencia del legislador a impedir que el lesionado se tomara la justicia por su mano, cosa tan fácil dadas las circunstancias en que el delito se descubría; y debe referirse a esta tendencia, por cuanto, aun en el caso de que se invocara la intervención del tribunal, era posible que este impusiera la pena capital. Contra el ladrón a quien se le probara por cualquier otro medio la comisión del hurto, es decir, en la grandísima mayoría de los casos, la ley de las Doce Tablas prescribía la composición obligatoria, pero mandando que el damnificador indemnizase al damnificado el doble del importe del perjuicio causado. Aquel a quien se le ofrecía este pago tenía que aceptarlo, y al que no pudiese pagar se le trataba lo mismo que a cualquiera otro deudor insolvente. La gran lenidad usada contra el delincuente en este caso contrasta con el excesivo rigor del derecho que en Roma se aplicaba a los deudores.

Con respecto a las lesiones corporales producidas a un hombre libre, y a los daños causados en las cosas ajenas, ambos los cuales hechos estaban englobados en el derecho de las Doce Tablas bajo el concepto único de «injusticia» (*iniuria*), la ley excluía también la composición obligatoria siempre que se presentara el caso más grave, el de la mutilación de un hombre libre; si el perjudicado lo reclamaba, el tribunal, en nombre del Estado, podía autorizarle para tomarse la justicia por su mano y tratar al dañador conforme al siguiente principio: «hago contigo igual que tú has hecho conmigo»; enteramente lo mismo que acontece ahora en nuestra nación, donde se comienza a volver a los procedimientos bárbaros con el llamado tribunal del honor, con el duelo. Para todos los demás delitos de esta clase era obligatoria la composición.

Claramente se reconoce que estos principios son los restos últimos de un sistema antiguo en que se consideraba perfectamente justo que el robado diera muerte al ladrón o lo convirtiese en cosa de su propiedad, y que el que hubiera sufrido algún perjuicio en su propio cuerpo o en sus bienes mutilara por su parte o golpeara al dañador o le destruyese sus riquezas, pero donde también se consideraba lícito el acudir, en lugar de a los dichos medios, a los más suaves del perdón o de la composición. Este sistema podemos hacerlo remontar a aquella época en que el derecho penal privado se consideraba como parte de la punición doméstica; sobre todo, con respecto a los individuos que carecían de libertad desde el punto de vista político, y también con respecto a aquellos otros que no eran libres desde el punto de vista del derecho privado, pueden muy bien haber tenido aplicación efectiva

tales principios. Compréndese perfectamente la imposibilidad de resolver la cuestión tocante a saber hasta qué punto las costumbres transformarían desde bien pronto el antiguo sistema, o si esa transformación no tuvo lugar hasta las Doce Tablas. No es inverosímil que en este Código se encontraran, en lo esencial, ya existentes de antes los preceptos que luego él no hizo sino repetir, y que no deban atribuirse a los decemvros sino el cambio de las multas en animales por multas en dinero y el haber dado a estas últimas el nombre de *poenae*, denominación tomada de la lengua griega (p. 9) y muy íntimamente ligada con las referidas multas en dinero. El dato según el cual veinte años después verificóse, por medio de una ley, análogo cambio en la multa impuesta por coercición, dato acreditado históricamente, da bastante motivo para sospechar que los decemvros encontraron ya vigente el sistema del pago o indemnización obligatoria en materia de derecho penal privado y que ellos se limitaron a cambiar unos medios de hacer el pago por otros.

Desde el punto de vista procesal, la persecución de los delitos, considerada en su sentido más amplio, era una parte del poder de los magistrados, esto es, del *imperium*, tanto si se ejercía en concepto de coercición como si se ejercía en concepto de judicación o jurisdicción. La coercición, y el procedimiento penal público a que la misma dio origen, eran un procedimiento puramente inquisitivo, sin presencia de partes, procedimiento que sufrió posteriormente la restricción derivada de una ley que permitía acudir a los Comicios para pedir gracia de ciertas penas. En materia de jurisdicción funcionaba el magistrado, y más tarde el jurado, como tribunal arbitral, cuyo fallo era jurídicamente obligatorio. La coercición, que llevaba inherente el mando militar, el *imperium* de la guerra, y la jurisdicción, que pertenecía al régimen de la paz, eran dos mitades del mismo todo. En el *imperium* del rey y en el de los primeros cónsules, se nos presentan inseparables la una de la otra; en el *imperium* del dictador, predominaba la coercición, y lo propio en el de los cónsules después de introducida la pretura; en el *imperium* del pretor, por el contrario, predominaban las facultades jurisdiccionales, y lo mismo en el del censor y en el de los magistrados municipales. Mas, aun después de separadas las partes del *imperium*, continuó haciéndose valer la idea de la unidad del mismo en este punto; pues, en efecto, si al dictador y a los cónsules de época posterior les estaban negadas por la ley las facultades jurisdiccionales, en cambio, siguió correspondiéndoles aquella jurisdicción que no lo es propiamente, la llamada jurisdicción voluntaria; por el contrario, al pretor no se le privó del mando militar, pero solamente se le confiaba su ejercicio en casos de necesidad y en concepto de fun-

ción accesoria a la suya propia, y tanto él como el censor y como los magistrados municipales conservaron aquellas facultades coercitivas que se estimaban indispensables para el ejercicio de la jurisdicción entre partes o entre la comunidad y un ciudadano.

La transformación del antiguo procedimiento penal de los Comicios con el magistrado en el posterior procedimiento por *quaestiones* no consistió, sustancialmente, en otra cosa que en sustanciar los delitos públicos en la misma forma en que se hacía uso del procedimiento privado, pues, por una parte, se concibió el juicio como una controversia jurídica entre la comunidad y el inculpado, y por otra, una vez que fue regulada la representación de la comunidad, el procedimiento por jurados se aproximó mucho al que usaban los Comicios, ya que el jurado único o el pequeño tribunal de los recuperadores fue remplazado por grandes colegios de jurados, y la presidencia de estos grandes colegios le fue encomendada a un magistrado.

En la época del Imperio, además de haberse restablecido, si bien con modificaciones, el antiguo procedimiento penal de los Comicios con el magistrado, como aconteció con el alto tribunal senatorio-consular, hubo también de resucitarse con el tribunal del emperador el primitivo procedimiento en que no intervenía nadie más que el magistrado, es decir, la coercición originaria de este, donde no se daba participación alguna, ni directa ni indirecta, a la ciudadanía: tribunal que fue poco a poco absorbiendo toda facultad de conocer, tanto en los juicios senatorio-consulares como en los que se sometían al procedimiento de las *quaestiones* y al procedimiento propio de los delitos privados, y esta absorción fue debida, en primer término, al ejercicio del derecho de fijar el papel que las partes habían de desempeñar como tales en el procedimiento acusatorio, y en segundo término, a la abolición de la intervención de las mismas, remplazándola con la *cognitio*.

CAPÍTULO VI

LA PERSONA

El concepto del delito estriba en el carácter moral de la naturaleza humana. La violación de los deberes que el hombre tiene que cumplir encuentra su norma, ante todo, en el propio sentimiento de la obligación, en la conciencia del individuo. Este concepto de la obligación, de contornos indeterminados, no sometido a ninguna coacción externa, recibe del Estado un contenido fijo, categórico; el sistema penal no es sino la ley moral convertida en ley política. Ahora debemos demostrar estas afirmaciones de un modo general: debemos exponer en qué consiste la capacidad de la persona para cometer actos delictuosos y para sufrir la pena; en qué consiste la voluntad de delinquir y el hecho criminoso como condiciones de todo acto punible, reservándonos el volver de una manera detallada sobre las cuestiones que aquí vamos a esbozar cuando estudiemos cada uno de los delitos en particular.

El hombre, en cuanto se halla sometido a la ley moral y en cuanto pertenece a un Estado, está sujeto a la ley penal, sea cual sea su posición y su condición jurídica. Enumeremos aquellas categorías de individuos que carecían en Roma de capacidad para delinquir, en general, o a quienes se privaba de la capacidad para ser penados, segregándolos del Estado. La capacidad de delinquir y la de sufrir pena eran teóricamente diversas; pero por conveniencias del estudio las trataremos unidas.

1º.—Carecían de la capacidad para cometer delitos los seres sin vida. Jamás se les ocurrió a los romanos, como lo han hecho otros pueblos de más viva fantasía, llevar ante los tribunales al hacha que hubiera causado daño a un hombre. Por el contrario, en la sencilla concepción de la economía originaria, característica de un Estado donde existían esclavos, se concedió personalidad, y por tanto, imputabilidad, a los animales domésticos. El animal doméstico se hallaba sometido, lo mismo que el hombre privado de libertad, a las prescripciones fami-

liares y al sistema de punición doméstica, y por la *cuasi-acción* que consistiera en apartarse de tales prescripciones, en violarlas, era responsable el propietario de dicho animal doméstico, por vía de la acción noxal. Esta concepción singular, propia de los romanos, que, *efecto de la tenacidad distintiva de tal pueblo, se conservó hasta época bien adelantada*, se aplicaba meramente a los daños corporales y a los causados en las cosas, por lo que podemos dejar su estudio más circunstanciado para el capítulo correspondiente del libro IV.

2.^o.—No tenían tampoco capacidad penal los muertos. El hecho del delito no cambia porque sobrevenga la muerte; pero cuando muere el autor del mismo, se hace imposible en el derecho penal privado imponerle a él personalmente la pena. La retorsión y la venganza no pueden ejercerse sino sobre los vivos. Ésta misma afirmación era extensiva al homicidio y al incendio, y en general a todos los delitos que no fueran dirigidos inmediatamente contra el Estado; en lo que al homicidio y al incendio se refiere, aun después que se les hizo pasar del procedimiento penal privado al público (p. 40 y 41), continuó considerándose imposible la imposición del castigo después de la muerte del culpable. En los tiempos históricos es, en lo tanto, cuando se llevó al derecho penal la idea de la no aplicabilidad de pena cuando el delincuente muriese. Para la distinción entre los créditos procedentes de delitos y los no derivados de esta fuente, no había criterio alguno más seguro que el de que la acción de los unos no era trasmisible a los herederos y la de los otros sí (p. 5). Sin embargo, la ley que acabamos de mencionar sufría las restricciones siguientes:

a) Tocante a los delitos públicos de la época antigua, o sea los que iban inmediatamente dirigidos contra el Estado, la regla dicha no valía; la maldición obraba más allá de la tumba, y aun después de la muerte podían aplicarse las penas de privación de sepultura, de remoción de la tumba, y sobre todo, de execración de la memoria del difunto. En los procesos de perduelión —no en los de lesa majestad en general— y en los de herejía, se retrotraían los efectos de la condena al momento de la comisión del hecho, a diferencia de lo que se verificaba en los demás delitos correspondientes al derecho criminal, en los cuales la condena empezaba a producir sus efectos desde que se pronunciaba la sentencia o desde el instante equivalente a esta pronunciación (confesión, suicidio). Por lo tanto, el procedimiento por perduelión y por herejía, por lo mismo que no se hacía en él otra cosa que declarar una punibilidad ya existente, podía comenzarse aun después de la muerte del culpable y hacer que produjera todas las consecuencias deshonorosas y patrimoniales que hubiera producido en vida del reo. Y como los efectos penales que recaían sobre el honor no po-

dían derivarse más que de un juicio referente a verdaderos delitos, preciso era considerar este proceso penal por perduelión o herejía como un proceso contra el muerto. Las consecuencias patrimoniales se hacían efectivas civilmente contra los herederos del muerto o contra cualesquiera otros allegados suyos o que hubiesen venido a ocupar su lugar.

b) Si el procedimiento penal, en los casos en que hubiera de tener lugar entre partes, comenzaba en vida del inculpado y llegaba hasta la litiscontestación o hasta otro acto equivalente a la misma, ya no podía resolverse sino tomando en cuenta lo convenido por los litigantes, y por lo tanto, si moría el demandado, la responsabilidad patrimonial que a sus herederos hubiera de exigirse no podía traspasar los límites de la que correspondiese al delito reconocido y afirmado. Esta regla se hacía extensiva a los delitos privados, y en el procedimiento público a los juicios que se ventilaban por el procedimiento acusatorio. En cambio, no era aplicable a los juicios penales en que se hacía uso de la inquisición o de la cognición.

c) La acción de cohecho (*repetundae*) no era, por su origen, una acción derivada de delito, sino una *condictio* por adquisición ilícita, y por consiguiente, podía entablarse aun contra los herederos.

d) La acción de hurto, como tal, no se daba contra los herederos; pero por una ficción jurídica, nacida probablemente de la circunstancia de no querer hacer de mejor condición a los herederos del ladrón que a los de los deudores, se concedió a los particulares víctimas de hurto, y también al Estado en los casos de peculado, lo propio que si hubieran sido acreedores por causa de contrato, una acción contra el ladrón y contra sus herederos, la *condictio furtiva*, para reclamar el valor de la cosa robada.

e) De las adquisiciones que el difunto hubiera hecho por medio de algún delito y que pasasen a sus herederos, se privaba a estos para entregárselas al lesionado mismo, y si esto no fuese posible, el Estado se quedaba con ellas.

3º.—Tampoco podía emplearse el procedimiento penal romano contra aquellos que hubiesen sido segregados del campo de acción de la jurisdicción romana. Y como a esta se hallaban sometidos, tanto el ciudadano romano, aun cuando estuviera en el extranjero, como el extranjero que se encontrase dentro del territorio romano, resulta que solamente se hallaban excluidos de ella los extranjeros que vivían en el extranjero, y que el ciudadano romano solamente podía sustraerse a ella, de un lado, cuando abandonase el territorio romano (*solum vertere*), y de otro, cuando se hiciera ciudadano de otro Estado reco-

nocido por Roma y formalmente independiente de esta, o cuando se hubiese unido de tal suerte a dicho Estado que por efecto de semejante unión perdiese su derecho de ciudadano romano. Esto era la «salida», el *exilium*, o sea el autodestiero, según lo designó Polybio, y que es la forma en que se aplicó posteriormente para fines políticos. La manera como se empleaba este destierro político, es decir, la aplicación que de este acto penal se hacía, es lo que vamos a estudiar ahora. Hay que distinguir la salida o destierro sin que el desterrado estuviera procesado, el destierro hallándose pendiente de un proceso patrimonial y el destierro hallándose pendiente de un proceso capital.

a) Aquel que, en la manera anteriormente dicha, hubiera pasado desde la sumisión a la jurisdicción romana a la sumisión a la jurisdicción de otro Estado reconocido por Roma, y que antes de su destierro voluntario hubiese contraído alguna deuda o cometido algún delito, pero no se hubiese seguido procedimiento contra él en Roma por ninguna de estas causas, solamente podía ser llevado ante los tribunales de la nueva jurisdicción. Es claro que volvía a quedar sujeto a la jurisdicción romana tan pronto como volviera a entrar en el territorio romano, y no era tampoco imposible, como demostraremos en el capítulo IX, que la comunidad romana solicitara la extradición del fugitivo de aquella otra comunidad a que este pertenecía al presente, a no ser que hubiese convenios internacionales que lo impidieran. Cuando la extradición era concedida y el entregado era conducido nuevamente al territorio sujeto a la jurisdicción romana, se le seguía proceso en Roma, pero no era posible que lo sometiera ni a un proceso público ni a un proceso privado un tribunal romano que careciese de competencia en el momento de incoarlo. De presumir es que también en este caso fuera permitido aplicar la interdicción del techo, el agua y el fuego, interdicción de que después hemos de hablar; mas no tenemos prueba alguna de tal aplicación a semejantes individuos.

b) Aquel que hallándose pendiente de un pleito privado por causa de contrato o por causa de delito, o hallándose pendiente de un proceso en que intervinieran los Comicios, o de un proceso por *quaestiones* sobre asuntos pecuniarios, se saliese del territorio de la jurisdicción romana, se sustraía por este medio a la posibilidad de ser personalmente condenado; el tribunal romano no podía condenarlo en tal caso a la *additio* que de ordinario recaía sobre el deudor insolvente, pero sí podía poner al acreedor en posesión del patrimonio de dicho fugitivo. Seguramente hicieron uso con frecuencia de este recurso forzado aquellos individuos que se encontraban en estado de inminente quiebra; menciónase en los procesos del año 583-171 por co-

hecho, incoados contra los gobernadores de España por los recuperadores, procesos que sirvieron para preparar el procedimiento de *repetundis*, y claramente se habla también del mismo procedimiento en la ley *repetundarum* dada en tiempo de los Gracos, para los casos de insolvencia del demandado. Como en los mentados procesos el demandado se encontraba enteramente libre y dueño de su persona, ni el demandante ni el tribunal podían impedirle que se saliese del territorio sometido a la jurisdicción romana y se separase de esta, para cuya separación, como ya hemos advertido, era necesario que cambiase efectivamente de domicilio. No está demostrado que, además de la condena que evidentemente se imponía en tal caso al fugitivo, y además del inevitable concurso de acreedores, tal expatriación llevara consigo desventajas o perjuicios jurídicos de otra índole, ni es tampoco probable que se tomaran otras medidas generales contra el retorno de esta clase de desterrados; lo que sí es posible es que existieran prescripciones de las indicadas contra algunas categorías de desterrados, singularmente contra aquellos que por este medio se hubieran librado de una pena personal.

c) En los casos de procesos por causa capital, hay que tener en cuenta ante todo que, conforme a lo dicho, la captura del culpable interrumpía el destierro, pero que probablemente, hasta el siglo último de la República, dicha captura, cuando se trataba de procesos capitales en que intervenían los Comicios, dependía del arbitrio del magistrado que dirigía la causa. Ahora, si en los primeros tiempos este magistrado prescindía con frecuencia de la captura del procesado, y posteriormente no necesitaba decretarla, la razón del hecho consistía en que, ora el magistrado, ora la ley, colocaban al culpado mismo en situación de extrañarse voluntariamente y de producir de esta manera una dulcificación o atenuación del procedimiento penal. Si el inculpado en causa capital pendiente podía cambiar así de jurisdicción, y de hecho cambiaba, el tribunal romano no podía pronunciar en tal caso la pena de muerte, como tampoco en el caso anteriormente mencionado podía condenar a una indemnización o multa, pues o tal condena hubiera carecido de objeto, o hubiera representado una injerencia en la soberanía de un Estado con el que Roma tenía pacto de alianza. Pero tal acaecimiento presuponía como condición que en el correspondiente convenio de alianza no se hicieran excepciones relativas a las fugas o expatriaciones de que se trata, cosa que muy bien podía acontecer, y además, que a falta de semejantes cláusulas, la comunidad romana no exigiese por modo extraordinario la dedición o entrega, la cual no podía fácilmente serle negada cuando se dirigía a un Estado amigo. Más bien, lo que acontecía, no por absoluta necesidad jurídica,

pero sí, evidentemente, como regla general, era que el procesado que se encontraba libre y dueño de su persona acudía al recurso de la fuga como medio de obtener atenuación en la penalidad que había de imponérsele. Él mismo se presentaba «rogando indulgencia» (*excusatio*) con respecto a la huída, y este ruego se presentaba, no con relación al fallo del magistrado, sino para ante los Comicios, como una instancia de gracia. El proceso continuaba después de la fuga o expatriación y daba lugar a una condena, pero esta se limitaba, lo mismo que en caso de que el inculpado hubiera muerto, a la confiscación de sus bienes, siempre que el delito la llevara consigo. Para esto intervenía, por lo menos con frecuencia, y quizá de una manera constante, un acuerdo del pueblo, mediante el cual se negaba para lo futuro, al condenado de que se trataba, el techo, el agua y el fuego. Esta interdicción no era un acto penal, sino un acto administrativo, un acto que, según el sistema antiguo, no podía tener lugar más que contra los no ciudadanos, y que consistía en negar a un individuo el derecho de hallarse dentro del territorio romano, en rehusarle permanentemente la protección jurídica que se concedía en general a todos los extranjeros que pisasen suelo romano, y en amenazarle con que, de violar semejante prohibición, se le trataría como enemigo de la patria, igualmente que a quien le ocultase en su casa o le prestase ayuda. Difícilmente tuvo origen tal interdicción en el mismo procedimiento penal romano; lo más probable es que fuera ante todo un medio, no solo para expulsar a algunos extranjeros a quienes se quería tener lejos para siempre, sino también para impedirles de un modo poderoso el regreso a Roma. El derecho ciudadano por sí mismo no hubiera estorbado en tal caso el que aquellos que habían sido ciudadanos anteriormente volvieran a Roma y residieran dentro de ella al amparo del derecho de los extranjeros. Pero si se hacía uso del autodestierro para librarse de la aplicación de una pena capital, era también posible que al ciudadano que se había desterrado de tal suerte se le perdonase toda la pena y al mismo tiempo se le prohibiese por siempre volver a su país. En la evolución posterior del derecho penal, la tendencia a abolir la pena de muerte se sirvió sobre todo de este destierro, unido a la interdicción, para lograr la supresión del mayor castigo, sustituyéndolo con el autodestierro. Si este desapareció durante el Imperio, el hecho fue debido al gran avance que dieron, así la justicia penal como el régimen todo político y social de la época. El prescindir de la aplicación de una pena legalmente prescrita, tan solo porque el culpable hubiera trasladado su domicilio desde la capital, Roma, a Massalia, era un hecho que se *compadecía muy bien con la relajación del ejercicio de la justicia* por parte de los Comicios, pero que no se conciliaba con la ma-

nera más rigurosa de administrar justicia en los tiempos posteriores, y por otra parte, la soberanía de las ciudades confederadas, a donde podía irse el expatriado que se sustrajera a la jurisdicción de Roma sin salirse por eso del reino romano, ya en tiempos del Principado no se tomaba en serio. En el libro V nos ocuparemos de la interdicción según el derecho de los tiempos posteriores, o sea de la relegación fuera de Italia en caso de violación de la pena de proscripción, pena completamente distinta, así teórica como prácticamente, del *exilium*, y la cual fue incluida por Sila en el número de las penas que podían imponerse a los ciudadanos.

4º.—No tenían tampoco capacidad penal aquellos sujetos jurídicos a los cuales no era aplicable el concepto de la moralidad. Así sucedía con toda comunidad de varias personas, aun en el caso de que el Estado hubiera concedido a las mismas capacidad jurídica. Aquella acción que, desde el punto de vista del derecho patrimonial, se consideraba como propia de una corporación, se concebía, desde el punto de vista ético, y desde el punto de vista penal por consiguiente, como acción de los particulares individuos que habían obrado en común, y la pena que pudiera imponerse por causa de violencia o dolo, verbigracia, recaía exclusivamente sobre estos. Verdad es que el concepto de culpa religiosa o sacral y el de culpa internacional —donde en lugar de hacer uso de un verdadero proceso y de aplicar una verdadera pena, lo que se hacía era dejar el campo libre a la cólera de los dioses y a la guerra— lo hicieron extensivo los romanos a las comunidades completamente libres y a las semilibres, tanto si se trataba de las suyas propias como si se trataba de otras cualesquiera; y aunque en tales casos el gobierno romano se contentaba muchas veces con cargar el hecho realizado a la cuenta de particulares individuos, y con provocar, previos los correspondientes tratos y gestiones internacionales, la extradición de estos para castigarlos según el derecho romano (de lo cual volveremos a ocuparnos en el capítulo IX de este mismo libro), también podía ser considerado semejante hecho como realizado por la comunidad, y en el caso de que se esperase que la parte contraria hiciese uso de las armas, se le declaraba la guerra; pero si no era así, se trataba a dicha comunidad conforme a las reglas tocantes a la dedición y se le imponía una multa en dinero, o una cesión de territorio, o se decretaba su disolución. Pero estos actos eran actos de carácter administrativo, y en todo caso actos legislativos, lo mismo que, cuando una comunidad romana debía ser tratada según el derecho de la guerra, solo era posible aplicarle el procedimiento de la dedición con el beneplácito previo de los Comicios. Jamás tuvo lugar dicho acto con las formalidades del derecho penal. Lo que sí podía acontecer era que

toda comunidad, ya fuese enteramente autónoma, ora lo fuese por mitad tan solo, como en general también toda corporación que se hubiese enriquecido a consecuencia de algún delito cometido por individuos que formaban parte de ella, quedase obligada a devolver aquello en que se hubiese enriquecido.

5º.—Tampoco tenían capacidad penal aquellas personas que se hallaban desprovistas de capacidad de obrar, y a las cuales no era, por tanto, aplicable la ley moral. Así sucedía con las siguientes:

a) Las que no habían llegado a la plenitud de la edad. Por ley natural, el hombre no adquiere la capacidad de obrar sino gradualmente; mas no solo son diversos de unas personas a otras los límites de edad en que el pleno desarrollo se consigue, sino que no son tampoco los mismos con respecto a las distintas acciones punibles. Este estado de cosas, que dificultaba la administración de justicia penal, obligó a los fautores de las Doce Tablas a establecer límites fijos y positivos de edad, determinando que la capacidad penal se adquiría jurídicamente cuando se adquiría la pubertad y se llegaba a la edad necesaria para contraer matrimonio, si bien la posibilidad de ejercer entonces la coercición, que, sin embargo, no podía emplearse contra los incapaces, del propio modo que la posibilidad de imponer la indemnización del daño, no permitida tampoco con respecto a dichos incapaces, demuestra que ya, según el Código de las Doce Tablas, se consideraba la capacidad de obrar en el menor como una cuestión de hecho, y como tal se resolvía. El derecho de la época posterior se atuvo a esta doctrina, supuesto que, a lo menos en las fuentes jurídicas que conocemos, nunca se propone, con respecto a los individuos que debían considerarse como menores según lo dicho para los efectos penales, la cuestión tocante a si en cada caso particular habían o no tenido aquellos efectivamente discernimiento bastante para apreciar el delito que cometían. Por el contrario, el precepto del antiguo derecho, según el cual nadie podía ser condenado a una pena propiamente dicha a causa de un acto realizado antes de la pubertad o antes de la edad viril, solamente continuó respetándose por lo que a la pena de muerte toca; en las demás ocasiones, el aplicar o el no aplicar pena era cosa que dependía de la determinación de las particulares circunstancias que acompañasen a cada caso concreto. No se hacía más que expresar un hecho, hacerlo constar, en modo alguno formular un precepto positivo, cuando en el caso del *infans*, o sea del niño que no había cumplido siete años, se consideraba que no había que proponer la cuestión tocante al discernimiento, y cuando pasada esta edad, se consideraba, sí, posible la imposición de pena, mas no era fácil que se condenara a sufrirla a los niños que estaban próximos a aquellos

límites tan bajos de edad, poniéndose, sin embargo, en todos los casos la cuestión tocante a saber si el menor había o no tenido discernimiento suficiente del delito.

b) Las que no gozaban de la plenitud de sus facultades mentales. La enfermedad mental priva de la capacidad de obrar; por tanto, los hechos realizados por los mentalmente enfermos no podían nunca ser considerados como delitos. La ciencia jurídica romana no se preocupó con los difíciles problemas psicológicos relativos a este punto, sino para reconocer la capacidad de obrar en aquellos delitos realizados por los alienados en los intervalos lúcidos.

c) Según la concepción romana, no era posible reconocer la existencia de otros estados del alma, como la embriaguez y la pasión, que privasen al sujeto de su capacidad de obrar. Lo único que hacían era disminuir la culpabilidad moral, y, por consiguiente, al tratar en el libro V de la medida de la pena, volveremos sobre este punto.

6º.—Finalmente, estaban excluidas de pena todas aquellas acciones que ejecutaba uno en cumplimiento de su obligación, o que estaban permitidas por la ley. Tales eran:

a) Las que practicaba uno en cumplimiento de una obligación ineludible o en virtud de un mandato superior a que tenía que prestar obediencia. Si el magistrado, dentro de los límites de su competencia, prescribía la realización de un acto a una persona obligada a obedecerle, tanto el que mandaba como el que obedecía quedaban exentos de pena. Lo propio se dice con respecto a los autores de actos preceptuados con carácter obligatorio, v. gr., la defensa de los oficiales por los soldados y la del señor por sus esclavos. La orden dada por el señor a los esclavos no se equiparaba a la dada por un magistrado, puesto que los esclavos se hallaban también sujetos a las leyes del Estado, y el señor no podía desligarles de ellas; antes bien, en los delitos cometidos en estas condiciones, se estimaban ser autores de los mismos, tanto el señor como el esclavo. Sin embargo, el mandato recibido servía, con respecto a este último, de motivo de atenuación de la pena, y en los delitos de poca importancia hasta le libraba de ella. De un modo análogo se consideraba el acto realizado por el hijo de familia, en virtud de orden dada por el padre.

b) Cuando se trataba de defenderse contra una injusticia, podían encontrarse justificados ciertos actos delictuosos en sí mismos, que había que ejecutar al efecto, como el homicidio, la violencia, la injuria, el daño en las cosas, etc. Pero como la licitud de tales actos era distinta, según la naturaleza de la injusticia contra la que había que defenderse, pues el homicidio por defensa legítima exige otras condi-

ciones que el empleo de la violencia para defenderse, los casos de defensa como causas de exclusión de la antijuridicidad serán examinados cuando estudiemos los correspondientes delitos.

c) La remoción de un estado de necesidad no podía servir de causa justificativa de cualquier delito, pero sí del de daño producido en las cosas. También este punto le trataremos al irnos ocupando de cada delito en particular.

Dentro de los límites señalados, la persona estaba sometida a la ley penal, lo mismo que lo estaba a las normas de la moralidad y a su propia conciencia. Todas las circunstancias personales, el sexo, los vínculos de familia, la posición del ciudadano, podían hacerse penetrar, en variadísimas formas, dentro del concepto del delito y dentro del procedimiento penal; pero prescindiendo de las indicadas categorías de personas, la capacidad para cometer delitos y la subordinación a la ley penal eran comunes a todas las demás. Ni siquiera el hecho de hallarse uno en estado de libertad o en el de no libertad, fundaba diferencia alguna tocante a la capacidad para delinquir; el paso de un hombre libre al estado de no libertad, o el de un no libre al de libertad (p. 56 y 57) cambiaba, por lo que a la culpabilidad por causa de delito se refiere, la forma de hacerla efectiva, mas no cambiaba la responsabilidad misma. Con todo, la capacidad de la persona para cometer delitos necesita una determinación más precisa con relación a los no ciudadanos, y sobre todo, con relación a los no libres; así como también es preciso que, para conocer cómo se practicaba la igualdad de derecho, tengamos en cuenta la posición de los magistrados superiores, singularmente en la época del Principado.

La capacidad para delinquir en todo hombre que, siendo susceptible de responsabilidad, viviese sometido a la soberanía del Estado, constituyó el fundamento del derecho penal ya desarrollado bajo el aspecto científico. Sin embargo, desde los tiempos primitivos se trataban de diferente manera los delitos de las mujeres, de los extranjeros y de los individuos no libres que los cometidos por ciudadanos romanos, y si bien esta diferencia fue disminuyendo en el curso del tiempo, no fue jamás abolida del todo. Hubo una época en que solamente el ciudadano romano era sujeto del derecho; en que a la mujer no se le concedía puesto alguno dentro de la comunidad; en que al extranjero, a lo más se le concedía protección jurídica por modo excepcional y en la medida que lo consintiese y preceptuase el convenio existente entre su propia comunidad y la comunidad romana; en que, sobre todo, el no libre no tenía derecho a mayor protección jurídica que la otorgada a cualquiera otra cosa perteneciente a un propietario. El sistema penal romano no se desligó jamás completamente de esta

concepción originaria, según la cual se hallaban fuera del derecho, fuera de la comunión jurídica, no solo los no libres, sino también los no ciudadanos, y hasta la mujer romana. El derecho penal legislado llegó con el tiempo a ser el mismo para todos; pero la coercición que coexistía juntamente con el derecho penal, es decir, el arbitrio del magistrado, no conoció las limitaciones que hemos estudiado en el capítulo IV más que con relación al ciudadano romano. La muerte del ciudadano romano por orden del magistrado, violando el derecho de provocación, fue siempre un crimen capital; la del no ciudadano, y, sobre todo, la del individuo no libre, podía constituir también un abuso de poder por parte del magistrado, pero en los primeros tiempos no era posible considerarla desde el punto de vista teórico como incluida en el concepto del homicidio, y de hecho es difícil que lo fuera nunca. No quedó abolida semejante postergación o desigualdad cuando se hizo extensiva a esta esfera de personas la capacidad para delinquir y para ser objeto de proceso penal. Ocupaban tales individuos un lugar inferior con respecto al hombre libre no ciudadano; en los tiempos del Principado, como nos lo demuestran las Verrinas, es cuando el libre e ilimitado arbitrio del magistrado para disponer de ellos sufrió en cierto modo una contención, aunque fundamentalmente indirecta, debida a la vigorosa fiscalización y vigilancia de los funcionarios. Mas una transformación radical en este orden no llegó a verificarse sino merced al cambio gradual que se introdujo en el derecho ciudadano por lo tocante al punto de las personas que pertenecían al Reino. En los tiempos de la República encontramos preceptos dados por los presidentes de la provincia de Sicilia en que se conminaba con la muerte el uso de armas por parte de los no libres, y lo mismo encontramos que sucedía, en general, en Egipto en los tiempos del Principado. Los procesos penales seguidos en Bithynia, en la Galia y en África contra los no ciudadanos acusados de cristianismo no se verificaban con las formalidades, relativamente rigurosas, de que se hacía uso en los procesos penales contra ciudadanos; esos procesos correspondían a la esfera de la coercición ilimitada del magistrado.

La exclusión de la comunión jurídica se aplicaba en el orden penal muchas veces, sobre todo con respecto a los no libres, aun en la época del derecho ya desarrollado. El no libre, lo mismo si se trataba de un individuo sometido no más al poder del jefe de familia que si se trataba de un esclavo, era tan capaz para cometer delitos como el libre. Que aun en estos delitos la responsabilidad iba acompañando de una manera inseparable a la persona, nos lo demuestra, sobre todo, la regla jurídica, según la cual, cuando se cometieran había de entablarse la acción contra aquel a quien perteneciera el individuo no libre en el

momento de hacer uso de ella, y si se le hubiera dado a este libertad, contra el mismo que había delinquido en estado de no libertad. No tenía tampoco importancia alguna para el caso, de tal manera que viniera a modificarlo, la circunstancia de que muchas veces, cuando se trataba de delitos realizados por no libres, la voluntad delictuosa no produjera efectos jurídicos; el no libre no podía enriquecerse con el delito, por cuanto carecía de capacidad para tener bienes, pero podía querer enriquecerse, y por consecuencia, era capaz para cometer un hurto. Si por cualquier otro motivo faltaban en el individuo no libre las condiciones de hecho necesarias para el delito, el procedimiento y la pena, en tal caso, es claro que el delito dejaba de existir y que el procedimiento y la pena sufrían modificación. Así, un esclavo no podía cometer incesto, por cuanto no tenía, jurídicamente, relaciones de parentesco con nadie. El no libre podía cometer una sustracción, un hurto aun contra su propio jefe o señor, y, por consecuencia, la cosa robada no era susceptible de usucapión; pero, en tal caso, no era posible entablar una acción de hurto, puesto que demandante y demandado coincidían en una misma persona, y en lo tanto, no se daba la existencia de partes encontradas. En el delito cometido contra un tercero se variaba la forma del procedimiento: como quiera que la pena capital por delitos privados desapareció muy pronto, aun con respecto a los esclavos, y por otra parte no era posible exigir el pago de una indemnización al esclavo, ya que este carecía de bienes, dirigíase la acción, conforme al principio ya expuesto (p. 6), contra el señor, para que este pagase la suma correspondiente en nombre del no libre; el demandado podía, sin embargo, librarse de este pago entregando al no libre dañador en propiedad al perjudicado por el delito. Mas si el procedimiento penal privado contra los esclavos se diferenciaba esencialmente del dirigido contra los libres, según acabamos de ver, en cambio, el procedimiento penal público era, poco más o menos, el mismo para unos y para otros, puesto que en este procedimiento no se admitía el pago pecuniario. Contra el no libre podía hacerse uso tanto del procedimiento por *cognitio* como del acusatorio. Era lo usual que en la defensa se oyera al propietario cuyos intereses andaban comprometidos en el juicio, y que se le permitiera apoyar a este efecto a su esclavo. Por lo que a la punición se refiere, aplicábanse aquí de derecho, y la una junto a la otra, tanto la punición doméstica como la pena impuesta por el Estado; en el capítulo primero del libro V estudiaremos la injerencia mutua de una esfera en la otra, injerencia que podía tener lugar excepcionalmente. El efecto que en general producía el estado de no libertad era el de agravar la pena, según veremos a la conclusión del mismo libro V. Por tanto, también aquí se aplicaba la pena a los

hombres, sin tomar en consideración, en principio, la diferente situación social de unos y otros. Sin embargo de esto, la sustanciación del procedimiento penal público contra los esclavos tenía lugar, de hecho, en la misma forma que la sustanciación del procedimiento contra los hombres libres en casos excepcionales, y no cabe duda de que para el ejercicio ilimitado del poder de los magistrados se empleaba prácticamente el mismo, aun dejando a un lado el sistema de la punición doméstica, con mucha mayor extensión que la que nos muestran las fuentes.

La situación jurídica de los individuos no libres modificóse también de un modo característico a consecuencia de la concepción romana según la que el vínculo entre el esclavo y el señor se estimaba como una relación de piedad, y además, a consecuencia del apoyo que regularmente prestaba el Estado a los esclavos en contra de los señores. Las injusticias o faltas cometidas por el esclavo contra el señor, injusticias que a proceder de un hombre libre darían lugar a una acción civil, eran castigadas frecuentemente por la comunidad como si se tratase de delitos públicos. El homicidio del siervo se consideraba y trataba con arreglo a este principio: así como el soldado debe defender al oficial, así el no libre debe defender a su señor, y en tal caso el sacrificio de la propia vida no es nada más que el cumplimiento de una obligación. El señor podía también invocar muchas veces el auxilio del Estado cuando el esclavo se propasase contra él; la persecución de los esclavos fugitivos era una de las obligaciones de los magistrados de la ciudad. Esto era, en parte, sin duda alguna, no otra cosa que la misma concepción de la relación de servidumbre, hasta cierto punto extraña, que existió en otros tiempos y que se conservó en principio posteriormente. Hasta cabe preguntar si la patria potestad y la clientela no se consideraban también como formas de la relación de piedad existente entre el hijo y el padre, el liberto y el patrono. Con esto se enlazó luego la defensa forzosa de la comunidad contra la terrible y peligrosa institución de la esclavitud, defensa forzosa que provino inevitablemente del anatema de dicha institución. El desarrollar por extenso esta materia no es propio del derecho penal; baste decir que la misma produjo muchas veces sus efectos sobre él.

Según la concepción romana, no quedaba violado propiamente el principio de la igualdad ante la ley por efecto de la particular posición en que se colocaba al magistrado-supremo, a pesar de que, con arreglo a la misma concepción, el fundamento del derecho penal estaba en el poder de coacción de los magistrados, y el magistrado supremo no se hallaba sometido a este poder. La capacidad para delinquir del depositario del poder público supremo quedaba, pues, intacta no obstan-

te lo dicho. Ese depositario, según demostraremos en el capítulo primero del libro III, mientras desempeñase su cargo, no podía ser demandado a juicio, y como el cargo era vitalicio, resultaba que durante su vida no podía, de derecho, ser demandado. Mas de aquí no resulta en modo alguno que no tuviese capacidad para cometer delitos y sufrir penas; la República tenía su fundamento en la ley de la anualidad del cargo de los magistrados, y aun el mismo *princeps* vitalicio podía dejar de serlo por su voluntad o involuntariamente; de otro lado, el delito que principalmente hay que tomar en consideración en tal caso, o sea la perduelión, podía perseguirse aun después de muerto el autor del mismo. No nos es posible resolver la cuestión tocante a si los jurisconsultos de Roma aplicarían o no esta doctrina al rey; lo que sí sabemos es que Augusto organizó el Principado de tal manera que también el soberano podía cometer injusticia, y después de perder el cargo podía castigársele; y tal fue el proceder que se siguió de allí en adelante. No solamente depuso a veces el Senado al emperador en vida del mismo, sino que también, después de deponerlo, lo condenó a muerte y ordenó su ejecución, y con bastante frecuencia, después de la muerte, el tribunal celebraba audiencia para acordar acerca de la memoria del difunto, lo cual no era otra cosa que emplear el mismo procedimiento, que se empleaba en el caso de perduelión. Seguramente que la dispensa de las leyes, dispensa que todavía según los jurisconsultos del siglo III no era nada más que la exención de aquellas que se oponían al desempeño del cargo conferido, o de aquellas otras de cuyo cumplimiento exceptuaba al supremo magistrado la ley misma, vino a acentuarse y aumentarse más en la teoría jurídica, sobre todo después que se concedió el derecho de dispensa, no tan solo al Senado, sino también al emperador mismo, y se aumentó por la circunstancia de que el *princeps* podía desligarse de toda ley positiva por un simple acto de su voluntad. Sin embargo, de aquí no se sigue tampoco la imposibilidad de aplicar al soberano el concepto del delito, y singularmente el concepto del delito de perduelión. Semejante concepción era más propia y adecuada para la Monarquía diocleciano-constantiniana, donde el emperador era considerado como la ley hecha carne; pero únicamente podía realizarse y ponerse en acto, igual desde el punto de vista práctico que desde el teórico, con el objeto de que se respetase el principio de la legitimidad monárquica, y es difícil que el decadente bizantinismo desarrollara todas las consecuencias jurídicas de tal principio.

CAPÍTULO VII

LA VOLUNTAD

El concepto de delito requiere la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar. Este principio fundamental del derecho penal ya desarrollado fue desconocido en el derecho penal de los primeros tiempos; entonces se cuestionaba sobre el hecho en sí, antes que sobre el estado de alma en que el mismo tenía su base. El sacrificio humano se le impone al criminal de la propia manera que al monstruo; el que mira las desnudeces de una virgen consagrada a Vesta debe morir; la muerte dada a un hombre origina una deuda que debe ser reparada, haya tenido el autor intención de causarla o no la haya tenido. Esta antigua concepción no había desaparecido todavía completamente en el momento en que comienzan nuestras noticias históricas, o sea en el código de las Doce Tablas, pero estaba muy en decadencia. Las multas o indemnizaciones que se imponían a la parte vencida en juicio, el *sacramentum*, las de las *vindiciae falsae*, deben ser consideradas sin la menor duda como penas; mas para imponerlas no se tomaba en cuenta la culpabilidad del vencido en el juicio, sino el hecho practicado por el mismo. Pero ya con respecto a las lesiones corporales y al daño causado en las cosas, parece que, no existiendo culpabilidad, no había tampoco responsabilidad; y lo propio debe decirse sin la menor duda del homicidio. Es bien seguro que el citado código disponía, contra lo mandado en las prescripciones antiguas, que cuando el hecho se hubiese realizado sin intención, tuviese lugar la expiación religiosa, pero que no se impusiese pena alguna. Las posteriores leyes penales tomaban por base, absolutamente, la voluntad antijurídica del agente.

Esta voluntad antijurídica presupone por necesidad el conocimiento de que el hecho que va a realizarse era contrario a la ley, por lo que el error de hecho en este punto excluía la imputabilidad. El que ofendía al magistrado, sin saber que era tal magistrado, no cometía crimen de majestad; la unión sexual de dos personas, desconociendo

el parentesco existente entre ellas, no era un incesto; el golpear a un hombre libre, a quien se tenía por esclavo, no era una injuria.

El fundamento ético de la voluntad antijurídica, sin lo que no podía darse delito ni pena, podía intervenir, ora bajo la forma de ofensa intencional a la ley moral y a la ley del Estado (*dolus*), ora bajo la forma de descuido o negligencia culpable (*culpa*) en la observancia de las mismas.

1º.—La ofensa intencional de la ley moral y de la ley del Estado se individualizaba, con arreglo a cada hecho concreto, como propósito (*animus*) de matar, de robar, etc., según se hallasen determinados los elementos constitutivos de cada clase de hechos. Esta voluntad delictuosa, que se aplicaba a todo el campo del derecho, se designaba en el lenguaje jurídico con la palabra «astucia», *dolus*, reforzada la mayor parte de las veces por el adjetivo «mala», «astucia mala», *dolus malus*, ejercida con conciencia de la injusticia, por el *sciens*. Con estas palabras, que siempre significan censura, se indicaba, empleándolas en sentido estricto, en cuyo caso formaban la antítesis de la «violencia» (*vis*), los actos contrarios a la ley, ejecutados conscientemente, pero sin violencia; y empleándolas en sentido amplio, abarcaban también todos los actos contrarios a la ley, ejecutados conscientemente, incluso los practicados con violencia; advirtiéndose que en tal concepto se incluía también la falta consciente de respeto a la ley (*fraus*), y que hasta existiendo buena intención, por ejemplo, el amor de la patria o la compasión, esta buena intención desaparecía en la gran abstracción de la antijuridicidad u oposición a la ley.

En este concepto del *dolus*, concepto que hay que referir sin duda alguna a la jurisprudencia de los primeros tiempos de la República, se nos presenta el fundamento ético como el dato que sirve, ante todo, para determinar técnicamente así el orden jurídico en general, como también, y muy singularmente, el orden penal, puesto que bajo la denominación de *dolus* se comprende la violación de la ley moral, lo mismo en el derecho civil que en el derecho penal; pero solo en este último orden es donde vemos que esa violación sirve de fundamento a una acción o demanda.

2º.—Pero la ley moral podía también ser violada sin que el sujeto tuviera voluntad de violarla. La colectividad humana y, por tanto, toda organización política exige, no solamente que los coasociados no ejerzan violencia ni engaño los unos sobre los otros, sino también que se abstengan de practicar *culpa*, o lo que es lo mismo, de ejecutar aquellos actos que una previsión inteligente enseña que pueden o que tienen forzosamente que resultar nocivos para un tercera persona. El perjuicio ocasionado por semejantes actos, hijo del descuido y de la

imprudencia, era una falta pequeña, pero en todo caso una falta ética, que daba lugar a punibilidad, lo propio que cualquier otro delito, mientras que la omisión de un acto provechoso para tercera persona, aunque podía también ser contrario a la ley moral, no era considerado como delito por la legislación del Estado. Pero aquella pequeña falta no era bastante para dar origen a la punición pública; solamente se la perseguía por medio del procedimiento penal privado, y en el más antiguo derecho, esta persecución se hacía por causa de una lesión corporal causada a un hombre libre y por causa de un daño en los bienes, ambos los cuales hechos se denominaban, según la terminología originaria, *iniuria*, sin distinguir al efecto entre la ofensa prevista y la no prevista, pero evitable. Este mismo criterio continuó subsistiendo en lo esencial, cuando posteriormente hubo de transformarse la doctrina tocante al delito de que se trata; solamente que el concepto de lesión corporal causada a un hombre libre, por una parte se hizo extensivo a toda lesión personal, y por otra parte, se limitó a las lesiones intencionales exclusivamente, con lo que se formó con este delito una figura especial e independiente, que fue la *iniuria*; mientras que de otro lado, con las lesiones corporales no intencionales y con los daños causados en las cosas, bien fueran causados con intención, bien sin ella, se formó una segunda figura de delito, el *damnum iniuria*, siendo de advertir que el fundamento ético que bastaba para servir de base a este delito, o sea la culpa de índole criminal que ocupaba el lugar de la intención, solía denominarse culpa aquiliana, para distinguirla de la culpa contractual, esto es, de la responsabilidad proveniente de los contratos.

El concepto de la culpa, lo mismo que el del *dolus*, no pertenecía a la legislación, sino a la interpretación científica de las leyes. Es de presumir que el Código de las Doce Tablas no llegara en materia de derecho privado más que a establecer la responsabilidad humana en general, en oposición al hecho que no estuviera ligado por ninguna relación de causalidad con la acción u omisión humana; es decir, empleando la terminología actual, que no haría otra cosa sino establecer la antítesis entre los hechos procedentes de *dolus* o de *culpa*, y los procedentes del *casus*. La evolución del concepto de la responsabilidad general, distinguiendo en ella el daño producido intencionalmente y el derivado de desatención o descuido, fue debida sin duda alguna a la ciencia jurídica de tiempos de la República, igualmente que la distinción entre el concepto de los miramientos que todo hombre debe a su prójimo, y el concepto de los miramientos que se deben unas a otras las personas que intervienen en una obligación contractual; distinción

esta que sirvió de base a la diferencia entre la culpa aquiliana y la culpa contractual.

La ley moral es, sí, la base del derecho penal; pero no son una y otra cosas idénticas. Aparte de que el derecho penal no puede ni quiere en manera alguna realizar completamente la ley moral, y aparte también de que se distinguen por razón de su eficacia diversa en el tiempo y en el espacio, el derecho penal se aparta de la ley moral, ora por su carácter de fijeza, ora por la extensión que en él se da a las consideraciones de utilidad y conveniencia. La conciencia de los hombres, aun prescindiendo de los casos en que existan anomalías verdaderas, es distinta de unos individuos a otros cuando se trata de trazar los límites entre lo justo y lo injusto; así, la muerte dada a una persona con su consentimiento, y el propósito de retener las cosas halladas, son actos que unos consideran lícitos y que otros califican de homicidio y hurto. La transformación de la ley moral en ley penal exige que se fijen de un modo positivo los elementos constitutivos de cada hecho delictuoso, y esta fijación no puede menos de estar sujeta al arbitrio. Cuanto más se complican las relaciones sociales y más estrechamente trata de acomodarse la ley penal a la ley moral, tanto mayor es la intervención que se da al arbitrio. La prohibición de la usura estriba sobre la ley moral, lo mismo que el hurto, pero los límites en aquella los determina la conveniencia y, en último caso, el accidente. La aceptación de donaciones y el aspirar a cargos públicos son actos lícitos; solo la ley penal positiva es la que puede decidir cuáles sean las condiciones que dan origen a los delitos de *repetundis* y de *ambitus*. Esta construcción positiva que sostiene la ley moral por intermedio del Estado iba muchas veces más allá del principio primitivo del derecho penal privado que hemos venido desarrollando hasta aquí, o sea el principio de que el hombre, si no debe dañar a otro hombre ni con intención ni por causa de desatención o descuido, en cambio, no está obligado jurídicamente a prestarle auxilio. Por ejemplo, una de las más importantes consecuencias de tal principio, a saber: que el no impedir un delito intencional, y mucho menos el no excitar a la comisión del mismo, no podía considerarse como caso de codeincuencia o de complicidad, dejó de tener fuerza en el orden jurídico posterior con respecto a una serie de delitos, a los más graves, es decir, a los delitos contra el Estado, a los cometidos contra la moneda, al homicidio del prójimo, al robo. En general, lo que servía de criterio para resolver en semejantes casos era, ante todo, la conveniencia; de suerte que toda acción u omisión podía ser incluida entre los delitos por la ley del Estado. Sin duda que toda legislación inteligente habrá de procurar no apartarse por completo del fundamento ético de la pena. A menudo, hay motivos de oportuni-

dad política que aconsejan infligir penas de escasa gravedad por actos u omisiones moralmente indiferentes; pero la aplicación seria del vigoroso poder que el derecho penal consiente a la comunidad ejercer sobre el individuo, no debe tener lugar sino en aquellas circunstancias en que la misma conciencia del agente repruebe o deba reprobar el acto de que se trata.

Con la cuestión del carácter fundamental ético del derecho penal, se enlaza la de saber si para que pueda aplicarse la ley penal es necesario que el sujeto delincuente la conozca. En general, hay que contestarla negativamente. El delito consiste en la infracción o en el desconocimiento de la ley moral, y la ley penal descansa sobre esta; ahora, hasta qué punto y en qué forma responde la ley penal a las exigencias éticas, es cosa que no puede ventilar el juez en cada caso concreto, pues la ley es la ley aun cuando su severidad sea injusta y aun cuando quizá se acomode poco a los fundamentos éticos que deben servirle de base. Y esto es aplicable aun con respecto a aquellos actos que no son delitos si la ley del Estado no los convierte arbitrariamente en tales; la determinación de cuáles hechos han de ser considerados como punibles es función que requiere el conocimiento del derecho, pero el delito se pena aunque el contraventor de la ley penal no conociera esta o la desaprobase por injusta. También el derecho romano procuraba investigar las bases éticas a que se tenía que sujetar la ley penal positiva, pero no desconocía que la facultad de legislar en este orden se extendía también, por puros motivos de imprescindible oportunidad, o reputados tales, a ciertas acciones u omisiones moralmente indiferentes y no consideradas como injustas. Si en lo tocante a ellas se admitía que la infracción consciente era elemento del delito, como sucedió a menudo entre los romanos, claro es que también aquí se contenía el fundamento ético del derecho penal, por cuanto la infracción consciente de toda ley del Estado es una injusticia moral. Mas no es posible excluir enteramente del campo penal las infracciones inconscientes de la ley del Estado, y no ciertamente por las grandísimas dificultades prácticas para demostrar, lo mismo que se había conocido como que no se había conocido la ley, ni porque consideraciones de oportunidad exijan indefectiblemente que se haga uso aquí de presunciones jurídicas, las cuales, pudiendo no responder a la realidad, como frecuentemente no responden, no garantizan tampoco la existencia del fundamento ético de la ley. El derecho romano aplicó a la ley penal que por ignorancia había sido violada, una regla del derecho privado, según la cual, el hombre que vivía en medio del tráfico del mundo estaba obligado a conocer las leyes del Estado, y por tanto, cualquier violación legal que practicase, aun no siendo consciente y querida,

implicaba culpabilidad, mientras que, por el contrario, las mujeres y los rústicos estaban dispensados de esta obligación, y por consiguiente, cuando dichas personas cometían una falta contra una ley penal que estuviese desprovista de fundamento moral, se presumía que no había conocido tal ley, y por lo mismo quedaban exentos de culpa. Es preciso admitir que en el primer caso desaparece casi del todo el fundamento ético de la punición y se castiga en cierto sentido un dolo ficticio. Esto se soportaba sin dificultad en el campo del derecho penal privado cuando se trataba de penas de poca monta; así, hablaremos en el capítulo siguiente de diversos casos en los cuales se admitía, por medio de presunción jurídica, la codelincuencia en el hurto y en el daño causado en las cosas, sin que fuese posible demostrar la existencia de una culpabilidad efectiva. Mas si se prescribía la imposición, por análogo motivo al que se acaba de decir, de penas graves correspondientes al derecho criminal público, v. gr., si la ley mandaba castigar como autor de falsificación de documentos al que hubiera escrito un testamento y se hubiese dejado en el mismo, conforme a la voluntad del testador, un legado, por no conocer la prohibición correspondiente; o si se castigaba como incestuoso al marido (no a la mujer) que había contraído matrimonio con una parienta creyendo erróneamente que estaba permitido contraerlo dentro de aquel grado de parentesco, las leyes que tales penas ordenaban eran sin duda leyes, pero no debían serlo.

CAPÍTULO VIII

EL HECHO

Así como no existe delito alguno sin voluntad delictuosa, tampoco existe si esta voluntad no se efectúa, es decir, si no hay hecho punible. La voluntad por sí sola, el *animus* (p. 61), aun manifestado, v. gr., por medio de palabras o confirmada su existencia por propia confesión del sujeto, no es un delito ni puede dar origen a pena. La cuestión relativa a saber qué es lo que haya de entenderse por efectua- ción de la voluntad delictuosa, la contesta la ciencia jurídica de los tiempos modernos diciendo que hay que distinguir, no en todos los delitos, pero sí en la mayor parte, los actos preparatorios, la tentativa de delito y el delito consumado. En el derecho romano no existía el concepto de la tentativa ni, claro es, una palabra técnica con que designarlo; las acciones punibles, prohibidas por la ley, se castigaban siempre, como tales, cuando se habían consumado, advirtiéndose que era preciso que dichas acciones tuvieran por base la unicidad de reso- lución o propósito, y cuando se tratara de delitos culposos, la unici- dad del descuido o desatención de las propias obligaciones, pero sin tener en cuenta que el agente se hubiera propuesto dichas acciones co- mo término definitivo de su actividad o que las hubiese ejecutado co- mo simples actos preparatorios de una actividad ulterior. Y aun cuan- do debemos evitar el hacer una determinación general del concepto del hecho, necesitamos, sin embargo, indicar ya desde ahora que pue- de hacerse una distinta formulación del mismo, en armonía con la doble naturaleza del derecho penal, según que se trate de buscar una satisfacción para la ofensa causada a un individuo, o de buscar la ex- piación correspondiente a las lesiones causadas a la comunidad.

Estribaba el derecho penal privado sobre la idea del daño o le- sión antijurídicos producidos al individuo, y por los cuales se exigía un equivalente; es decir, que estribaba sobre la idea de la consuma- ción, y claro que un acto preparatorio de dicho daño o lesión no era, en cuanto tal, delito consumado. No dejó de impresionar a los roma-

nos lo inconveniente que era considerar las cosas de esta suerte, sobre todo tratándose del hurto; por tal motivo se estimó como ejecutado el daño, siempre que hubiese mediado apoderamiento de la cosa por parte del ladrón, aun cuando este hubiese sido sorprendido infraganti y se hubiese recobrado la cosa nuevamente de sus manos, de manera que se hubiese hecho cesar materialmente al momento el referido daño. Pero la consecuencia jurídica fue más poderosa todavía que la necesidad práctica. Los actos preparatorios del hurto se castigaban como delito de perturbación de la paz doméstica en caso de que hubieran llegado hasta la fractura o la entrada en el domicilio del robado; en los demás casos no era un hecho punible a los ojos de la ley. Esta doctrina era aplicada a todo el campo de los delitos privados, puesto que su punición consistía en el resarcimiento, aumentado, del daño producido, o en un equivalente análogo a dicho resarcimiento.

Por el contrario, cuando se trataba de daños causados a la comunidad, en la mayoría de los casos, y precisamente en los de más importancia, no era posible el resarcimiento del daño, y la expiación exigía, sí, conforme ya hemos dicho, que el propósito delictuoso pasara del campo de la mera resolución y de la declaración o manifestación exterior de esta al terreno de la acción; pero no era necesario más que esto. Ahora, qué es lo que había de hacerse, como *mínimum*, para que se pudiera dar por ejecutado el delito, es cosa que nadie ha expresado de una manera general, y aun la doctrina formulada acerca de los elementos constitutivos de cada delito determinado, solamente por excepción nos da alguna noticia respecto del punto de referencia. En la mayoría de los casos debió dejarse al discrecional arbitrio del juzgador la resolución de dicho problema. Es preciso considerar que los delitos contra el Estado se consumaban jurídicamente por medio de cualquier acto que sirviera para efectuar y poner por obra la intención de hostilidad contra el Estado; así, por ejemplo, la deserción quedaba realizada por el hecho de marcharse del campo romano de la guerra. Con relación al homicidio, debe decirse que, no porque la más antigua ley hable del acto consumado, es lícito inferir que no se reputaba homicidio la realización de hechos que no llevaran consigo la muerte de la víctima; por el contrario, más cercano a la verdad es suponer que, dada la plenitud de potestad que acompañaba al *imperium*, y la carencia aún mayor de limitaciones del poder de los Comicios, todo acto preparatorio se castigaba de derecho como homicidio, que es lo que más tarde vino a prescribirse legalmente (por cierto con una amplitud mayor que la que la ciencia jurídica da hoy a la tentativa), sobre todo con relación al homicidio por robo, y más aun con relación al homicidio por envenenamiento. En general, tratándose de la esfera del derecho penal público, al revés de lo que acontecía en

la del derecho privado, debía imponerse pena tan luego como hubiese una efectuación de la resolución criminosa, cualquiera que ella fuese; en el derecho de tiempos posteriores encontramos aquí y allí reconocido como motivo de aminoración de la responsabilidad el hecho de no haberse consumado el delito que se quería ejecutar. Con respecto a los delitos de falsificación de moneda, se hallaba determinado que el desistimiento voluntario, antes que se hubiera consumado el daño en perjuicio de la comunidad, libraba de pena; pero precisamente por hallarse formulado el principio con respecto a un delito concreto, no podemos atribuirle valor general.

La participación de varias personas en un mismo delito, o sea la codelincuencia, como aquí debemos denominarla, podía tener lugar de diversas maneras, a saber: en forma de coparticipación igual a la de otros individuos que cooperasen al delito, en forma de instigación y en forma de ayuda antes o después del hecho. En el caso de igual coparticipación, a los copartícipes del delito se les llamaba *socii*, lo propio que a los copartícipes en el derecho patrimonial, y se les llamaba así no pocas veces en oposición al jefe, que solía ser designado con las denominaciones de *princeps sceleris*, *princeps delicti*. Sobre todo los escritores no juristas denominaban no pocas veces *consciis*, esto es, cosabedor del delito a aquel coautor del mismo que resultaba haber tenido poca intervención activa en él, y, excepto en aquellos delitos en que existía la obligación de denunciar, el *consciis*, como tal, estaba libre de responsabilidad jurídica (p. 63). Al instigador se le designaba como *auctor*, pero es de advertir que no se consideraba como instigación cualquier simple recomendación de cometer delito, sino que se necesitaba para ello intervenir e influir de un modo decisivo en la resolución de otras personas. Cuando se trataba de un auxiliador, de un *minister*, lo que se contraponía no era, de un lado, la ejecución inmediata del delito, y de otro, la actividad auxiliadora, sino que más bien lo que se contraponía era la actividad ejecutora, o sea la ejecución material del delito y la actividad espiritual, la incitación por parte del autor verdadero. Pero todas estas denominaciones de las diferentes formas de cooperación para el delito carecían de una determinación precisa, como carecían también de aplicación en el terreno jurídico, y el principal valor que las mismas tenían era el de que se empleaban en el modo corriente de hablar. Ciertamente es que no raras veces, en las leyes o en lo que a las mismas equivale, se prohíbe, bajo una u otra forma, además del delito propiamente dicho, la instigación a cometerlo, y que hasta las mismas leyes hablan más o menos expresamente de la prestación de auxilio para el delito, pero lo hacen sin establecer diferencias jurídicas en cuanto a las varias clases de auxilio; y en los casos en que el Código de las

Doce Tablas, la ley aquilia, y es de presumir que también la mayor parte de las antiguas leyes, no hacían sino mencionar el hecho delictuoso con su correspondiente palabra, la ciencia, mediante su función interpretadora, extendió también, en igual manera, los preceptos de las leyes mencionadas. Solo en casos singulares es cuando se castigaba el auxilio para el delito como un hecho delictuoso independiente. Así, en los delitos contra la propiedad, al lado de estos se hallaba también, en el más antiguo Código, el encubrimiento, bajo la forma ciertamente limitada y exteriormente definida de hallazgo de la cosa robada (*furtum conceptum*); de igual manera también en la legislación de Augusto sobre el matrimonio, la acción principal no excluía el auxilio, pero la clase más importante de este, a saber, el rufianismo, se consideraba como un delito sustantivo independiente.

El derecho romano no apreciaba las diferentes clases de cooperación para el delito que hemos mencionado, para tratarlas de distinto modo; lo único que apreciaba en el caso de delitos cometidos por varias personas era la codelincuencia.

La acción de hurto se dirigía contra todo acto furtivo que se ejecutase, ya por medio de auxilio material (*ope*), ya por medio de auxilio moral o consejo (*consilio*), y en lo tanto, según el texto de la ley, lo mismo contra el instigador que contra el auxiliador material, y según todas las probabilidades, se dirigía dicha acción contra estos últimos en la propia manera que contra el autor inmediato del delito; pues como entre el hecho mismo o delito y el auxilio no se establecía diferencia alguna desde el punto de vista de la punición, era conveniente y oportuno que tampoco la hubiese en la fórmula. Este principio parece que hubo de ser aplicado a todos los delitos.

Acercas de los límites de la codelincuencia es poco lo que podemos deducir de las fuentes, y esto poco no puede ser estudiado sino al tratar de cada uno de los delitos en particular. En términos generales, podemos decir que todo acto realizado con el malicioso propósito de contribuir a la comisión de un delito debía ser considerado como acto de codelincuencia. Por lo tanto, el auxilio prestado después de consumado el delito no caía, con razón, dentro del concepto de la codelincuencia, y así parece confirmarlo la manera como se trataban en las Doce Tablas la receptación y el encubrimiento; pero es difícil que se hiciera esto de un modo consecuente; más bien, en los tiempos posteriores, atendiendo a que tenían igual denominación, se llevó el encubrimiento a la esfera del *furtum*, aunque sin perder, no obstante, del todo su carácter de delito independiente.

Las penas correspondientes a los delitos se imponían por regla general en la misma cualidad y cantidad a todos los participantes en

ellos, como si cada participante hubiera cometido el delito por sí solo. Aquí se ve bien claramente que el derecho penal privado consideraba el resarcimiento del daño, no como pago del mismo, sino como criterio para determinar la multa penal, o pena pecuniaria, pues el pago de esta, verificado por un copartícipe en el delito, le libraba a él solo de su responsabilidad, no libraba a los otros.

Hasta los tiempos posteriores no encontramos que el derecho tomase en cuenta la diferente intensidad del hecho punible y el distinto género de culpabilidad moral de cada copartícipe en el delito. Volveremos a ocuparnos de esto en el libro IV, cuando tratemos de los varios delitos en particular. Pero ya desde ahora podemos hacer las siguientes advertencias, aplicables a las diversas clases de delitos:

1ª.—Si los elementos constitutivos del delito de que se trate existen con relación a uno de los codelincuentes, por lo que a los demás de ellos toca, se requiere, sí, intención delictuosa, mas no un hecho material igual al del primero. Para que haya hurto, es necesario el propósito de apropiarse la cosa, pero puede ser copartícipe en este delito aquel que sin habérsela apropiado él mismo facilita simplemente la apropiación.

2ª.—En caso de que una acción delictuosa ejecutada en común no hubiera podido ser realizada por ningún individuo en particular, como, por ejemplo, el hurto de una cosa muy pesada, cada uno de los copartícipes era, no obstante, considerado como verdadero y completo autor del delito.

3ª.—Si el hijo de familia o el esclavo cometían un delito por orden de su señor, en tal caso se aplicaban las reglas que dejamos expuestas en el capítulo VI (p. 53 y ss.).

4ª.—Cuando el esclavo cometía un delito con previo conocimiento de él por el señor, únicamente a dicho esclavo se hacía responsable del mismo, según las Doce Tablas; en época posterior, cuando llegó a adquirirse un concepto menos externo de la culpa, si el señor hubiera podido impedir la realización del hecho y no lo hubiera impedido, tanto el esclavo como el señor eran castigados en el juicio penal privado como coautores, prescindiéndose entonces de la regla general aplicable otras veces, según la cual, nadie estaba obligado a estorbar la comisión de un delito.

5ª.—Si varios esclavos de un mismo señor hubiesen cometido en común un delito contra la propiedad sin que el señor tuviese por anticipado noticia de que lo iban a cometer, el señor podía dejar sin efecto la acción noxal entablada por causa de cada uno de los codelincuentes, pagando una sola vez toda la pena correspondiente al delito de que se tratara.

6.^a.—Cuando en un hecho delictuoso hubieran tomado parte varias personas y no se hubiera conseguido determinar la participación de cada una de ellas en el mismo, el hecho cometido se consideraba en el juicio penal privado como un delito llevado a cabo por cada uno de los copartícipes.

7.^a.—Por efecto de la vigilancia que en interés público habían de tener, sobre el personal a sus órdenes, los capitanes de embarcaciones, los administradores o empresarios de un negocio y los dueños de posadas o establecimientos semejantes, se exigía a todos ellos responsabilidad en el derecho penal privado por los delitos contra la propiedad cometidos en el barco o en el negocio emprendido, y también por el daño causado en las cosas por echazón o por caída de las mismas desde alguna casa. Esta responsabilidad de los empresarios, dueños de posadas, etc., tenía por base una presunta o, si se quiere, ficticia *codelincuencia*.

CAPÍTULO IX

EFICACIA DE LA LEY PENAL POR RAZÓN DE LAS PERSONAS Y DEL LUGAR

El hacer una delimitación del derecho penal por razón de las personas y por razón del territorio, a las cuales y dentro del cual tenía, entre los romanos, aplicación aquel, es empresa muy difícil, de un lado, porque la tradición apenas si nos ha transmitido noticia alguna tocante a estas importantes cuestiones, y de otro lado, porque la singular estructura y composición del Reino romano, estructura que se trasformó esencialmente en el curso de muchos siglos, fue también influída por la fecundísima evolución que experimentaron las ideas fundamentales del pueblo de que se trata. El criterio predominante y típico en esta materia fue la contraposición entre la comunidad romana y el Reino romano, es decir, entre el Estado individual y concreto, con su territorio fijamente determinado, con su terreno perteneciente a los ciudadanos romanos o a la comunidad misma, y la confederación a cuya cabeza estaba Roma, y a la que pertenecían las ciudades y los Estados de clientes reconocidos como autónomos por Roma en virtud de un contrato, pero unidos a la misma con vínculo indisoluble, y jurídicamente sometidos a ella.

Un delito que podía ser sometido a la acción de la ley penal romana era el que se cometía en daño inmediato de la comunidad, fuese cual fuese la persona que lo cometiera y el lugar de la comisión; en cuanto a los demás delitos, o se atendía, para el efecto de aplicarles la ley romana, a la persona del lesionado sin hacer caso del lugar donde se hubiese cometido, o, por el contrario, se atendía al lugar sin atender a la persona de la víctima.

1º.—El delito que iba inmediatamente contra la comunidad romana o contra el Reino romano era, según la concepción de este pueblo, la guerra injusta, criminal, la perduelió, siendo indiferente que lo hubiese cometido un romano o un no romano, como también lo era el que se hubiera cometido dentro o fuera del territorio de Roma. Ya

se ha indicado (p. 52 y 53) que el proceso dirigido contra aquel municipio o comunidad dependiente de Roma que hubiese tenido más o menos participación en el delito de referencia, es preciso dejarlo fuera del derecho penal, por tratarse de un acto meramente administrativo. Pero precisamente hemos indicado también (en el propio lugar) que semejantes hechos podían en todo caso ser tratados desde un punto de vista penal, afirmando en ellos la culpabilidad de personas individuales, y que podía siempre elegirse libremente entre emplear uno u otro procedimiento, de igual modo que también podía hacerse uso de ambos a la vez. Esta suprema justicia del Estado, de la cual volveremos a ocuparnos en el capítulo II del libro II, se aplicaba principalmente, en los primeros tiempos de la República contra los jefes de los partidos de la independencia en las ciudades itálicas, y en los tiempos posteriores de la República y en los del Principado, contra las familias de reyes y de príncipes que, siendo súbditos del Reino, no se hallaban sometidas al poder del gobernador de las respectivas provincias, e igualmente contra los ciudadanos de aquellos Estados que, sin embargo de pertenecer al Reino, eran jurídicamente autónomos. Esta forma de justicia comenzó por la persecución de delitos más o menos políticos, pero no se concretó a ellos. En la época republicana, las autoridades de Roma hicieron objeto de persecución penal, del modo dicho, más delitos que los verdaderamente políticos; así sucedió en casos de necesidad, especialmente cuando se trataba de delitos colectivos. En los tiempos del Principado, el poder público del Reino persiguió por el procedimiento de que tratamos hasta delitos comunes; es más, se injirió hasta en el obrar jurídico no delictuoso de aquellas personas que no eran sometidas por tales actos a jurisdicción alguna dentro de su propia patria. Y no era esto un abuso, sino la expresión y el empleo de aquel derecho de soberanía y dominio que ejercieron sobre su Reino los romanos en la época de la República y en la del Principado. El Estado romano era un conjunto de ciudades y principados, más o menos autónomos, sí, pero que no disfrutaban de derechos aproximadamente iguales; la potencia más fuerte, a la que correspondía la hegemonía, ejercía sus derechos soberanos sobre las otras, de modo que la disolución por ella de una ciudad que perteneciese a la confederación, o la supresión de un principado cliente o feudatario, igualmente que el castigar por modos y procedimientos excepcionales a una cuadrilla de asesinos forasteros, o el delito que hubiera cometido un príncipe, eran hechos de idéntico carácter y valor jurídico que el apoderamiento, por el padre de familia, del peculio concedido al hijo, y que los actos constitutivos de la punición doméstica.

2º.—Era también aplicable la ley penal romana a todo hecho punible cometido contra un ciudadano de Roma, y el cual diera lugar,

según el derecho romano, a un procedimiento público, no importando nada para el caso la condición jurídica del agente ni el lugar donde hubiera sido realizado tal hecho. Desde el punto de vista romano, no podía jamás considerarse como hecho no punible el homicidio de un romano. Mas difícilmente era posible hacer extensivo este criterio al delito privado cometido en el extranjero contra un romano, al menos cuando el autor del hecho fuese un extranjero.

3º.—Finalmente, caía bajo la acción de la ley penal romana todo hecho punible cometido dentro del territorio romano, fuese cual fuese la condición personal, así del autor como de la víctima del delito. Según todas las probabilidades, en el primitivo sistema de la comunidad fue desconocido este principio cardinal del Estado jurídico (*Rechtsstaat*) romano, es decir, el sistema de la territorialidad de la ley penal. En una época que para nosotros resulta antehistórica, solamente debía castigarse por la comunidad el homicidio cuando el muerto fuese ciudadano de dicha comunidad, y el hurto solamente debía llevarse ante el tribunal arbitral romano cuando fueran romanos así el ladrón como el robado; por consiguiente, para los casos de homicidio de un no ciudadano dentro del territorio romano y de hurto perpetrado dentro del mismo territorio por un no ciudadano o contra un no ciudadano, no quedaba más recurso que el propio auxilio, la autodefensa. Pero a partir del momento en que el Estado se asentó sobre límites territoriales fijos, momento que está escondido más allá de toda tradición; a partir del instante en que la vida de la comunidad romana se hizo sedentaria, sintióse fuertemente la interna necesidad de que el derecho protegiese incondicionalmente la vida y la propiedad dentro del recinto territorial determinado de antemano; sintióse la necesidad política de exigir responsabilidad por todo hecho punible perpetrado en el territorio romano al autor libre del mismo, y en caso de que dicho autor no gozara de libertad, a su propietario, sin meterse a averiguar cuál fuera la condición personal del ofendido ni la del ofensor. La aplicación del principio de la territorialidad no encontraba dificultad alguna con respecto al derecho penal público, puesto que la extensión del poder de los magistrados a los delitos dichos cometidos contra los no ciudadanos era cosa que dependía sencillamente del arbitrio del mismo magistrado romano. Y para conocer de qué manera eran sometidos al procedimiento romano por jurados los delitos privados cometidos por los no ciudadanos o contra los no ciudadanos, hemos de tener en cuenta que en tales casos la concesión de la acción correspondiente no se hacía en virtud y con arreglo a los preceptos legales (*lege*), sino que esa concesión dependía del beneplácito del magistrado depositario del *imperium* y no tenía más base que este (*im-*

perio), y que tal acción se formulaba fingiendo que los no ciudadanos de que tratara tenían el derecho de ciudadanos.

4º.—Aquellos hechos punibles que no dañaran a la comunidad romana ni a un ciudadano romano, ni fueran cometidos dentro del territorio romano, no caían bajo la acción de la ley penal romana, a menos que, como veremos más tarde, existiesen convenios celebrados por el Estado en los cuales se consignaran excepciones.

Con esto queda definido el horizonte de actos que, según la concepción romana, estaban sometidos a la acción de la ley penal romana, y que, por consecuencia, podían dar origen a un procedimiento penal, ya público, ya privado. Pero para que dicho procedimiento tuviese lugar, era además preciso que el autor del hecho se encontrase sometido al poder de la comunidad romana en el momento en que se interpusiera la demanda; es decir, era preciso, o que fuese ciudadano romano, por cuanto el ciudadano romano, donde quiera que se encontrase, estaba sujeto a la soberanía de Roma, o que estuviese en territorio romano, dado caso que tal estancia implicaba necesariamente la sumisión al poder del Estado romano (p. 48 y 49). Ahora, si no era posible entablar un procedimiento penal en Roma contra el no ciudadano que se hubiera hecho culpable de un delito según la ley romana, pero que se encontraba en el extranjero, quedábale, sin embargo, al Estado romano la facultad de promover la punición del referido delito, pidiendo que el gobierno extranjero en cuyo territorio estuviese el presunto culpable concediera la extradición o entrega (*deditio*) del mismo. Esta petición de dedición, con la cual iba regularmente unida, en los primeros tiempos latinos, la petición de devolución de los bienes robados (*rerum repetitio*) en las correrías de bandidaje de los pueblos limítrofes o vecinos, no tenía carácter penal, sino que era un acto administrativo, a saber: si se trataba de un Estado jurídicamente independiente de Roma, consistía, por regla general, en una declaración condicional de guerra, y si se trataba de un Estado jurídicamente dependiente de Roma, consistía en una manifestación o ejercicio del poder soberano de este. Las autoridades romanas no estaban obligadas a formular la demanda de dedición del mismo modo que lo estaban a practicar la justicia penal, sino que, por un lado, semejante petición dependía de que hubiera o no convenios de extradición celebrados con el Estado correspondiente y de lo que estos dispusieran, debiendo advertirse que estos convenios solían contener cláusulas muy diversas en lo tocante al asunto, salvo en lo relativo a la perduelión, y por otro lado, es preciso tener en cuenta que la demanda de extradición era un asunto de conveniencia, y, en circunstancias determinadas, una cuestión de fuerza. Desde el punto de vista jurídico, el acto era el mismo, ora se pidiese al Conse-

jo de Cartago la extradición de su caudillo militar, ora al rey de los parthos la extradición de los pompeyanos, ora a los massalotas la de un desterrado romano. No cabe duda de que también podía hacerse semejante petición cuando se tratase de delitos no políticos; pero solo en casos excepcionales debía pedirse la extradición del expatriado. No tan solo por consideraciones a las ciudades aliadas, sino también porque las tendencias de la justicia penal de aquellos tiempos exigían que el ciudadano romano pudiera librarse del cumplimiento de la pena que se le hubiera impuesto expatriándose voluntariamente, el hecho es que en la época de la República se prescindía por lo regular de pedir la extradición en casos semejantes (p. 50, 51), mientras que, por el contrario, en los tiempos del Imperio se suprimió el procedimiento que nos ocupa, el del destierro voluntario, bien por hacerse uso frecuente de la demanda de extradición, bien porque a las ciudades confederadas se las trataba como a un simple súbdito del poder del Reino. La demanda de extradición no la formulaban las autoridades o magistrados penales como tales, sino que este asunto era exclusivamente propio del gobierno, es decir, en los tiempos de la República, especialmente de los cónsules y del Senado. Cuando se presentaba y era atendida la demanda de extradición, al entregado o extraditado se le juzgaba por el procedimiento romano, procedimiento que se aplicaba aquí regularmente en la forma de coercición capital de los magistrados, por cuanto se trataba siempre de no ciudadanos, y la mayoría de las veces de casos de perduelión.

Estas normas generales y teóricas fueron modificadas y vulneradas muchas veces en beneficio de los romanos, debido a la preponderante fuerza de que estos disponían y a los convenios internacionales que a la misma servían de expresión. En detalle, sabemos poco acerca del particular por falta de datos, y en caso de que nuestros conocimientos sobre la materia fuesen más precisos, es de presumir que tendríamos que poner, al lado de las tendencias o líneas generales, numerosas reglas especiales. Podemos, por lo menos, señalar, dentro de ciertos límites, las direcciones principales, del siguiente modo:

1º.—El procedimiento romano de la perduelión, referido anteriormente, y que consistía en la facultad correspondiente al poder director del Estado para llevar ante un tribunal romano a todo individuo que, en cualquier parte del territorio a que extendía su acción aquel, cometiese un acto ofensivo para Roma o para la confederación, no era otra cosa más que la necesaria expresión y el instrumento más poderoso de la superioridad que se atribuía el Estado romano. Acontecería, sin duda, que la patria o Estado de origen del culpable reclamara la facultad de castigar ella misma a este último; pero es probable que en ninguno de los tratados de alianza celebrados por Roma renun-

ciara esta de una manera general al ejercicio del derecho penal que propiamente le correspondía. Por el contrario, el derecho de provocación ante los Comicios romanos, concedido a guisa de privilegio personal al ciudadano de una ciudad latina, hay que referirlo principalmente, aun cuando no de un modo exclusivo, a este procedimiento de la perduelión. Nada sabemos tocante a la conducta que se seguía con el ciudadano romano que cometiera una falta contra alguno de los Estados aliados con Roma, v. gr., cuando tomase parte en alguna sedición; esa falta no quedaría impune, seguramente; mas es difícil que los romanos se comprometieran por medio de tratados internacionales a conceder la extradición del culpable, y que, por tanto, se trasfiriere a las autoridades de la ciudad aliada de que se tratase la facultad de sentenciar a este; más bien lo que sucedería sería que, como en el caso siguiente, se concedería por excepción a las autoridades romanas el derecho de juzgar tal delito.

2º.—Si las reglas generales teóricas, expuestas anteriormente sobre el procedimiento penal público, se aplicaban tanto a Roma como a las ciudades autónomas confederadas, en cambio, el romano que matara a un palestrino quedaba sujeto, en lo referente a este particular, al poder penal de Palestrina, y solamente a este poder, en el caso de que el hecho hubiera tenido lugar fuera del territorio romano; mas si el culpable estuviese en Roma, la comunidad palestrina podía pedir la extradición. Es muy probable que, en lo relativo a los procesos por causa de delito, igual que sucedía en los que no tuvieran esta causa por origen, los romanos procurasen desde bien pronto comportarse con los mismos latinos, pero en mucho mayor grado todavía con los Estados autónomos que no pertenecían a la nacionalidad latina, de manera tal, que el ciudadano romano no pudiera ser llevado ante ningún tribunal palestrino ni pudiera pedirse su dedición o entrega, y sí solo, por tanto, hubieran de juzgarle jueces romanos, cosa que en este caso tenía suma importancia, por cuanto podía hacer uso entonces del derecho de provocación ante los Comicios romanos. Esto produjo una mayor extensión del procedimiento penal romano, supuesto que los hechos delictuosos cometidos en el extranjero por un ciudadano romano contra un no ciudadano se sometieron así a la justicia penal de Roma.

3º.—Aun cuando, según las reglas dichas, el extranjero que cometiese un delito público contra un romano era castigado, no en su propia patria, sino en Roma, previa la dedición del mismo, sin embargo, ocurría no pocas veces, sobre todo en los antiguos tiempos, que hubiera tratados que excluyeran la extradición, y entonces la justicia penal romana era sustituida por la del Estado del extranjero delincuen-

te. Pero, al revés, podía ocurrir asimismo que los tratados consintiesen y facilitasen la extradición por parte de los Estados dependientes de Roma, y entonces se empleaba el procedimiento penal romano para el caso de que se trataba; la simple petición de auxilio jurídico hecha por un Estado amigo al otro Estado, con el cual se hallaba aliado, venía a cambiarse entonces en un mandato administrativo del superior al inferior. Gracias sobre todo a los convenios o tratados internacionales, se lograba evitar la reunión o concurrencia de la punición romana y de la del otro Estado sobre un mismo hecho.

4º.—Las acciones provenientes de los delitos privados se equiparaban —dentro de la confederación de ciudades latinas a que había dado origen la comunidad de nacionalidad, y por los tratados internacionales que tomaban por base más o menos esta confederación— a las reclamaciones jurídicas no provenientes de delito, y su conocimiento se encomendaba, en general, a los tribunales del domicilio del demandado: de suerte que el romano robado por un palestrino, ora en Roma, ora en Palestrina, había de entablar su acción en Roma o en Palestrina, según que el ladrón viviese en la primera o en la segunda de estas ciudades. La situación privilegiada que en este respecto gozaban los romanos, sobre todo en las provincias, y que encontraba su expresión en los tribunales de los presidentes provinciales, era de índole más general, y se refería principalmente a las acciones derivadas de créditos contractuales, aun cuando es de advertir que no estaban excluidas de ella las obligaciones procedentes de delito; no hay necesidad de estudiarla de un modo especial en el derecho penal.

CAPÍTULO X

DESIGUALDAD E IGUALDAD JURÍDICA EN EL REINO ROMANO

El Reino romano, de una confederación de ciudades organizada unitariamente que era en un principio, vino a convertirse con el tiempo en un Estado unitario. La antítesis entre estos dos términos no era absoluta, y la transformación hubo de irse realizando gradualmente. Aun en el sistema antiguo, que predominó durante la República y durante los dos primeros siglos del Imperio, existió una ley del Reino, de la propia manera que aun en los tiempos posteriores siguieron existiendo en la ciudad reminiscencias de que primitivamente había sido un Estado. Las noticias que nos han quedado de esta evolución política, cuyos efectos han persistido en infinidad de particularidades y detalles por espacio de muchos siglos y en tres partes del mundo, son sumamente incompletas, y en lo que al derecho penal atañe, más defectuosas aun que en otras esferas; sin embargo, para determinar el concepto del derecho penal romano, es necesario echar una ojeada a aquellas partes del Reino romano en que no se aplicó dicho derecho penal hasta la época de la decadencia del Principado, o en que no se aplicó sino de una manera limitada.

No hay precisión de demostrar que fuera de los límites del Reino, con relación a territorios extranjeros no sometidos a Roma, era imposible hablar de un verdadero procedimiento penal.

La confederación de ciudades latinas, punto de partida del Reino romano, comprendía las ciudades del Lacio reunidas por causa de los vínculos que entre sus habitantes habían existido en tiempos antehistóricos, y a causa de tener todos ellos el mismo origen, la misma nacionalidad; como hemos mostrado en el capítulo precedente, cada una de estas ciudades tenía, sí, limitada su soberanía por consecuencia de los convenios celebrados con Roma, pero no por eso dejaba de ser un Estado soberano, con legislación penal propia y con propio orden jurídico y penal. Este fue el modelo, con arreglo al cual se agregaron a las lati-

nas, primeramente las demás ciudades de Italia, y después las ultramarinas, las helénicas o helenizadas y las latinizadas; con lo que se cambió el antiguo fundamento nacional y fue sustituida la confederación latina por el Reino en que se hablaban dos lenguas, dándose, además, de esta manera el primer paso hacia la fase última del Reino romano, o sea hacia el bizantinismo. Mas la base jurídica continuó siendo esencialmente la misma que antes sobre este particular. El Reino estribaba en la autonomía de las ciudades, no haciéndose a este efecto diferencia alguna entre el caso de que dicha autonomía se hallase asegurada por medio de convenios internacionales, y el caso en que la potencia soberana, Roma, concediese tal autonomía a las ciudades solo hasta que le pluguiese retirársela. El territorio de Palestrina pertenecía a los palestrinos, y el de Siracusa a los romanos; pero la autonomía que los palestrinos gozaban por virtud de un convenio internacional jurado, los siracusanos, en cambio, la disfrutaban simplemente en precario, y hasta tanto que no les fuera retirada. No obstante, las consecuencias de esta autonomía para las ciudadanía de las respectivas ciudades eran las mismas; de modo que así como los matrimonios y las manumisiones de los palestrinos eran válidos de derecho y producían efecto aun en Roma, también lo eran, y lo producían, los de los siracusanos. Cada una de estas ciudades, legalmente consideradas, tenía su orden jurídico independiente y hasta su propia legislación; todavía en los tiempos del emperador Severo publicaron el Consejo y la ciudadanía de la ciudad libre de Mylasa, en Karia, una ordenanza sobre el cambio, que contenía también disposiciones relativas al derecho penal.

De análoga manera se agregaron también al Reino ciertos principados, a cuyos jefes y autoridades se les consintió siguieran ejerciendo las funciones legislativas y las altas funciones judiciales, pero ellos mismos quedaban sujetos a la jurisdicción de las autoridades del Reino. En el caso de que fueran suprimidos y disueltos el régimen y el gobierno de un principado por ser poco compatibles con la organización y el régimen generales del Reino, el territorio correspondiente al mismo se distribuía regularmente en términos municipales; únicamente en Egipto, donde no se había desarrollado la constitución municipal helénica, la constitución de ciudad, es donde el soberano romano continuó durante siglos ejerciendo por medio de virreyes y de las usuales autoridades del país el gobierno y la jurisdicción que antes habían ejercido los reyes egipcios.

Había, pues, de derecho en el Reino romano tantos distritos legislativos, y aun tantos sistemas penales formalmente diversos unos de otros, como Estados autónomos o cuasiautónomos se hallaban contenidos en el mismo; el distrito legislativo del ciudadano romano, el *ius civile*, era el principal de todos ellos y el más extenso, pero en el

fondo y sustancialmente se hallaban en igual línea que el distrito legislativo de Palestrina, el de Atenas, y hasta el de Siracusa y el de Egipto.

Sin duda alguna que las varias legislaciones formalmente distintas coincidían sustancialmente en muchos puntos. El derecho romano era, seguramente, por razón de su origen, no un derecho de ciudad, sino un derecho nacional, y sobre todo en punto al derecho penal, es difícil que existiera una oposición marcada y profunda entre el vigente en Roma y el vigente en Palestrina, por ejemplo. Las innovaciones que en el mismo introdujeron las Doce Tablas no pudieron hacerse extensivas sin más a las antiguas ciudades latinas; v. gr., la proscripción del talión prescrita por aquel Código (p. 43) para el caso de simple fractura de un hueso, no fue aceptada por las otras ciudades latinas. Pero las diferencias más salientes fueron suavizándose y desapareciendo poco a poco, y las ciudades a quienes en los tiempos posteriores concedió Roma por medio de pactos la independencia, ciudades que por su número e importancia representaban mucho más que las antiguas ciudades latinas, habían con toda seguridad modelado sustancialmente su derecho municipal, que seguían llamando latino, sobre el derecho romano. De qué manera la organización municipal se había calcado predominantemente, a la época de la autonomía de las ciudades itálicas, sobre el modelo de Roma, nos lo demuestra la organización del tribunal popular de la ciudad de Bancia, en la Lucania, ciudad no unida en un tiempo con Roma por el vínculo de la comunidad del lenguaje: pues en efecto, con leves y no sustanciales variaciones, se repite aquí el sistema romano de las cuatro demandas o acusaciones, sistema basado necesariamente sobre la ley positiva. Carecemos poco menos que del todo de datos concretos tocante al particular; mas a pesar del silencio de la tradición, no hay más remedio que admitir que, sobre todo en el terreno del derecho penal, no existían diferencias fundamentales y de importancia entre el sistema romano y los de las comunidades municipales latinas o latinizadas pertenecientes al Reino.

Otra cosa sucedió con las ciudades de nacionalidad griega y con las ciudades y Estados de la mitad oriental del Reino que se hallaban bajo el influjo griego; de la propia manera que en estas ciudades y en estos Estados siguió siendo continuamente una lengua extraña la lengua latina, de la misma manera tampoco se apropiaron el derecho de la ciudad dominadora. Difícilmente hubo en el Reino romano un orden jurídico griego común que en cierto modo se asemejara al de Roma; en este territorio tuvo que concebirse todo círculo autónomo como formalmente independiente. En todo caso, los principios de este orden jurídico se separaban fundamentalmente, bajo muchos respectos, de los romanos. Sobre todo se advertía dicha diferencia en la materia relativa

al derecho de las personas, cuyo supuesto indispensable era la existencia de un derecho positivo del ciudadano. Y vale esto en especial por lo que al matrimonio respecta. El matrimonio entre hermanos que solo tenían el padre común era permitido en Atenas, y el matrimonio entre hermanos en general fue permitido en Egipto hasta el siglo II después de Jesucristo. También se encontraban reglamentados con independencia de influjos extraños el derecho de potestad del padre, la manumisión, el testamento y la tutela. Y esta situación de cosas, lo mismo que se hizo extensiva a las demás esferas jurídicas, se hizo extensiva también a la penal. El Areópago de Atenas todavía en los tiempos del Imperio impuso pena a un falsario; aun en tiempo de la dominación romana se aplicó en Esparta la legislación de Licurgo, y en Sicilia, hasta el sistema penal de las ciudades sometidas. No puede menos de haber existido diferencias sustanciales entre unos y otros sistemas penales, si bien nosotros es poco lo que sabemos acerca del asunto; es de presumir, no obstante, que con respecto a las infracciones contra la religión se aplicara el derecho local greco-oriental o las costumbres jurídicas que respondían al intenso fanatismo allí dominante, como también que se traspasase en esta materia la moderación propia del derecho del Reino. Lo que tocante a este particular nos ha transmitido la tradición, esto es, tanto el derecho penal ateniense como el espartano, y otros datos y noticias de igual especie que encontramos en lugares varios, no pertenece al estudio del derecho penal romano.

La misión que tenían las autoridades romanas frente a esta multiplicidad de legislaciones reconocidas dentro del Reino era la de hacerlas valer todas ellas igualmente, cada una dentro de su propia circunscripción. Bajo este respecto no existía diferencia alguna, al menos en principio, entre las autoridades del Reino y las locales; la validez de un testamento romano podía reclamarse ante un tribunal ático, y, a la inversa, la de un testamento ático ante un tribunal romano, y el legítimo ejercicio o invocación del derecho personal producía dificultades de hecho al tribunal que había de dar la sentencia, mas en teoría no las engendraba.

Ahora, en las demás esferas del derecho, y, sobre todo, en la tocante a los delitos, los tribunales, a causa de la diferente condición jurídica que a menudo acompañaba a las partes, necesitaban con necesidad imperiosa un orden jurídico que pudiera aplicarse lo mismo que el derecho civil positivo, pero que pudiera aplicarse, no exclusivamente a los ciudadanos romanos, cual sucedía con el derecho civil, sino a todos los individuos que formaran parte del Reino; este orden jurídico fue lo que los romanos llamaban «derecho de los pueblos», *ius gentium*. El cual tuvo sus orígenes en la pretura de la ciudad de Roma, y adquirió probablemente su sustantividad cuando, a la época de las guerras

de Aníbal, se concedió al tribunal de la ciudad un segundo presidente o funcionario, con lo que pudieron encomendarse al conocimiento del primero de ellos los asuntos de Roma y los de los latinos, y al último los que se ventilasen entre no ciudadanos o entre partes que disfrutaran de igual derecho personal. Esta división externa no se repitió en los tiempos posteriores, pues exceptuando la ciudad de Roma, en los demás sitios ambas clases de negocios se encomendaban al conocimiento y resolución del mismo magistrado. Pero la evolución que posteriormente experimentó el derecho romano sintió el influjo de la división dicha de una manera esencial, aun en lo que respecta a las relaciones jurídicas sustantivas. No pertenece a este sitio el investigar cuál fuese la esfera de asuntos reservada al puro procedimiento civil (al de los ciudadanos), ni cuál la transformación y amplitud que experimentaron las instituciones romanas al ser extendidas a un horizonte más dilatado que aquel en que dominaban antes; aquí no hemos de hacer otra cosa sino sacar la consecuencia correspondiente del principio, en virtud del cual, el concepto del delito, tanto del público como del privado, no se refería al ciudadano, sino al hombre. Aun en el caso de la perduelión, el derecho trataba al ciudadano de la misma manera que al no ciudadano (p. 72); el homicidio, el incendio, el hurto, el daño en las cosas se castigaban también con arreglo al elemento de la culpabilidad ética, no con arreglo a la condición personal del agente. Ciertamente es que la legislación, al hablar del delito, del procedimiento y de la pena, tomaba en consideración preferentemente al ciudadano; pero también lo es que solamente en casos excepcionales necesitaban los correspondientes preceptos una adaptación especial para poder aplicarlos a los no ciudadanos. Difícilmente pasaron al edicto del pretor peregrino el precepto tocante al registro de la casa en caso de hurto y las excepcionales acciones enlazadas con el mismo; y si en algún tiempo el pretor urbano nombraba siempre no solo jurado o *iudex* para encomendarle la resolución de los asuntos litigiosos, y el pretor peregrino nombraba siempre *recuperatores* para dicho fin, lo cual no pasa de ser una simple conjetura, en tal caso tenemos que pueden muy bien haber existido también entre los juicios en que intervenía uno y otro pretor diferencias sustantivas enlazadas con las diferencias procesales que acabamos de mencionar. En lo que hasta nosotros ha llegado, no se advierten semejantes desigualdades. Aun en aquellos casos en que el derecho penal se ocupaba de instituciones que pertenecían exclusivamente al derecho personal, tales como el testamento y el matrimonio, estas instituciones se encontraban representadas, lo mismo que en la legislación romana, en las demás legislaciones del Reino, y por lo tanto, era fácil efectuar una generalización en la materia de los correspondientes delitos. No sabemos si el delito de falsificación

del testamento se limitó en un principio a la falsificación del testamento romano; en las fuentes jurídicas que han llegado hasta nosotros se habla en este caso del testamento en general. Cuando del adulterio se trata para castigarlo criminalmente, el concepto a que en el mismo se hace referencia no es el del matrimonio del ciudadano según el derecho civil romano, sino un concepto más amplio que incluye todos los matrimonios de los peregrinos. Las tradiciones que conocemos no aplican el *ius gentium* a la materia penal; pero sucede esto únicamente porque los rigurosos preceptos del derecho civil formal no eran aplicables en general a este orden. Lo cual se confirma teniendo en cuenta aquella excepción, según la cual, el incesto no se consideraba como delito dondequiera vigente, según el derecho común de todos los pueblos (*iuris gentium*), sino cuando la pena tenía un fundamento ético.

La diversidad de preceptos existentes como derecho dentro de los límites del Reino romano, preceptos concedidos a veces por las mismas autoridades romanas o aplicados por ellas, fue un hecho esencialmente consentido por el gobierno romano durante largos siglos. No carecía este gobierno de atribuciones para inmiscuirse, con propósitos igualitarios, en las legislaciones locales por medio de disposiciones generales aplicables a todo el Reino, y en las demás esferas jurídicas hizo uso efectivamente de tal facultad; pero preceptos semejantes, verdaderamente decisivos tocante a las materias penales, encontramos pocos en la época de la República; y aun en los tiempos del Principado, en los cuales fueron, por lo regular, tan numerosas las prescripciones dadas para todo el Reino, no nos las tropezamos de índole penal sino con escasa frecuencia. Merced a la labor combinada de una sabia auto-limitación de las facultades soberanas con un regular temor a hacer reformas sustanciales y hondas, el pensamiento regulador y predominante del gobierno, así durante la República como durante el Principado, fue el de que la conversión de la ley moral en ley política, o lo que es lo mismo, el derecho penal, no debía tener necesariamente un carácter tan unitario como el Reino mismo, y que, por ejemplo, un matrimonio punible según el derecho romano, podía ser permitido como matrimonio ateniense. Sin embargo, el gobierno hubo de injerirse en la esfera de las legislaciones penales locales, probablemente con mucha mayor extensión de lo que nosotros podemos inferir por los datos que la tradición, que se calla aquí más aún que en otros puntos, nos ha trasmitido. A esta circunstancia es a lo que debe atribuirse en parte las limitaciones que experimentó la jurisdicción capital de los municipios autónomos, efecto del derecho de confirmar sus fallos que se arrogaron los depositarios romanos del *imperium*, limitaciones cuyo origen hay que referir, cuando menos, a los comienzos del Principado,

y las cuales mencionaremos al ocuparnos del tribunal de los presidentes de las provincias. Así hay que explicar, seguramente, la extensión del concepto del homicidio a los sacrificios humanos permitidos por el derecho local, extensión que se realiza en las Galias en la época de la dinastía Julio-Claudia, en Chipre a la época de Adriano, y en Africa, según parece, en el siglo II después de Jesucristo; así hay que explicarse también el que en tiempos de Antonio Pío se negara al propietario del hombre no libre el derecho de matarlo, aboliendo para ello las leyes locales o particulares que lo consentían. En tiempo de Diocleciano parece que se prohibió la poligamia a todos los súbditos del Reino. Los jurisconsultos posteriores a Adriano explicaban la constitución de este emperador, que prohibía los enterramientos dentro de la ciudad, diciendo que la misma derogaba los estatutos locales que se oponían a ella, porque el derecho local cede ante el derecho general del Reino. Este principio tuvo vigencia en todos los tiempos; sin embargo, hasta Teodosio I, con la introducción del cristianismo como religión del Estado, no se entronizó en la legislación la tendencia a hacer que todos los individuos pertenecientes al Reino, del propio modo que habían de tener iguales creencias, habían de tener también, como cosa íntimamente relacionada con ellas, igual concepto de la moralidad, lo que requería que se trasformase el derecho penal, y hasta que los súbditos del Reino no cristianos se sometieran en cuanto fuera posible a las prescripciones cristianas. Las consecuencias de este sistema se proyectaron especialmente en el derecho matrimonial, y ante todo en el nuevo delito de herejía, que se incluyó en el número de los delitos contra el Estado.

Pero no fue la legislación general del Reino —que se ejercía en extensión bastante limitada, y por medio de la cual solo se regulaban en época posterior cuestiones singulares— lo que convirtió esencialmente al derecho romano de los tiempos avanzados en un derecho general para todo el Reino, sino que este cambio fue debido a la circunstancia de irse extendiendo cada vez más el derecho del ciudadano romano, hasta el punto de venir a disfrutarlo, finalmente, las ciudadanas de todas las ciudades del Reino.

En el libro siguiente, al tratar de la jurisdicción municipal, veremos de qué manera los romanos, aunque tarde y no de muy buena gana, dieron el paso de incluir la ciudad de los ciudadanos en el Estado de ciudadanos. Mientras la institución de tribunales extratálicos era cosa que no ofrecía dificultades esenciales, en cambio, el constituir una parte de la ciudadanía y organizarla conforme al modelo del Estado total, con atribuciones jurisdiccionales independientes, con Comicios especiales, y por consecuencia, con un poder propio y sustantivo, les

parecía a los romanos que era fundar un Estado dentro de otro Estado; es decir, les parecía desde el punto de vista jurídico una contradicción interna, y desde el punto de vista político un peligro. Por espacio de largos siglos, el Reino no se extendía sino en una doble forma: de un lado, incorporando a la ciudadanía romana las ciudadanía que se iban conquistando, cosa que en un principio se hacía, la mayor parte de las veces, demoliendo las murallas de la comunidad disuelta y conduciendo su población a Roma, y posteriormente constituyendo agrupaciones locales de ciudadanos privados del derecho de la ciudad; de otro lado, formando un Estado federal, en la manera anteriormente mencionada (p. 81), dotado de un propio derecho de ciudadanía y de una soberanía limitada. Hasta que no aconteció la guerra social entre los miembros de la confederación, al gobierno romano no se le había ocurrido el pensamiento de permitir la existencia de comunidades autónomas de ciudadanos romanos y de tomarlas como base para organizar sobre ellas el nuevo Estado. La consecuencia necesaria de este hecho tenía que ser la nivelación del orden jurídico. Claro está que semejante nivelación no excluía la existencia y conservación de diversos derechos locales; antes bien, esta conservación era en parte indispensable, aun en el derecho penal. La organización de un municipio de ciudadanos, tomando como modelo a Roma, exigía análogas disposiciones a las que en esta regían sobre el peculado cometido en el patrimonio común y sobre el *ambitus* para la adquisición de las magistraturas municipales. Tocante a otras materias de menor importancia, hubo de dejarse cierta amplitud al libre arbitrio de las respectivas ciudadanía; para lo relativo a los enterramientos y a los asuntos religiosos, podían conservarse las disposiciones especiales que cada localidad tuviese o introducir otras nuevas, sin perjuicio de que en principio siguiera existiendo la igualdad jurídica. Pero esta misma era indefectible. Los sacrificios humanos fueron ya prohibidos en las Galias por Augusto a los ciudadanos romanos, pero hasta tiempos posteriores no se prohibieron en general. De aquí, pues, que toda inclusión en la colectividad de ciudadanos romanos de una comunidad que tuviese ya antes existencia, del propio modo que toda fundación de una nueva comunidad de ciudadanos, llevaba consigo la revisión del derecho municipal vigente, o la formación de unos nuevos estatutos locales. En el siguiente libro, al tratar de la jurisdicción municipal, volveremos a ocuparnos de los límites dentro de los cuales era permitido a esta separarse del derecho común del Reino; en general, podemos decir que era muy propio del sistema y del orden de ideas dominantes en Roma el que siempre que se hacían grandes fundaciones de comunidades municipales itálicas después de la guerra social, se les hiciese perder

su derecho latino tocante al matrimonio, y sobre todo, la posibilidad de hacer reclamaciones judiciales por causa de esponsales.

En esta exposición podemos llamar transformación del derecho romano en derecho del Reino al hecho de hacer extensivo el derecho de los ciudadanos romanos a todas las ciudades del Reino romano, extensión decretada por el gobierno imperial a principios del siglo III. Claro está que aun después de este hecho tuvieron que existir desigualdades, sobre todo, porque la disposición de referencia se publicó en una época de mal gobierno y de desorganización; pero es difícil que esas desigualdades fueran muy profundas. Por tanto, quedaron abolidos el derecho penal ateniense y el espartano, y se prohibieron legalmente en todos estos países el matrimonio entre hermanos y la poligamia. Verdad es que en la Heliópolis siria continuó existiendo esta última hasta los tiempos de Constantino I; pero es porque las antiguas necesidades del culto sirvieron de estorbo a la ley. Con razón, pues, se considera y se llama, por lo regular, al derecho romano, desde la época de Alejandro en adelante, el derecho unitario del Reino.

Ahora, este derecho es necesario limitarlo, según ya hemos indicado, a aquellos individuos pertenecientes al Reino que gozaran del derecho de ciudadano en alguna de las ciudades de este último. Desde la época de la guerra social, formaron las comunidades municipales de ciudadanos una unidad dentro de la ciudadanía romana, y desde que todo derecho municipal empezó a llevar anejo el derecho de ciudadano romano, dichas comunidades formaron una unidad para los fines administrativos del Reino. Pero aun continuaron existiendo súbditos del Reino que no vivían con arreglo al orden jurídico greco-romano municipal, libertos que solo gozaban el derecho de latinos o el de dediticios, y los cuales no fueron equiparados a los ciudadanos hasta que lo hizo Justiniano; aun continuaron existiendo individuos que formaban parte de las ciudades, y los cuales no eran ciudadanos con arreglo a los diferentes órdenes jurídicos municipales; aun siguieron existiendo agrupaciones que no eran comunidades de ciudad, tales como los gentiles de Africa y los armenios subyugados; además, existían los extranjeros, singularmente los que vivían dentro del Reino en concepto de soldados mercenarios, con residencia estable, y también bárbaros que servían sencillamente en el ejército romano, y los cuales se hallaban también sujetos a las leyes romanas. Para todos estos individuos, el derecho que regía era, en general, el derecho nacional; pero es muy posible que, dada la tendencia predominante en estos momentos a la nivelación jurídica, se hiciera sentir más fuertemente que antes sobre tales personas, aun en la esfera del procedimiento penal, el influjo del gobierno supremo que pesaba sobre el derecho propio o indígena de cada una de ellas.

CAPÍTULO XI

SOBRE LA LEGISLACIÓN PENAL ROMANA

Si no existía un derecho penal romano como un todo independiente, mucho menos puede hablarse de una historia del mismo. Las grandes secciones que en él se nos presentan, v. gr., la antiquísima dualidad de delitos públicos y privados, el procedimiento por *quaestiones*, la suprema jurisdicción exenta de trabas que correspondió al Senado y al emperador, el abandono del procedimiento por jurados, el procedimiento penal por medio de los magistrados, existente en los tiempos posteriores, todo ello, en cuanto su estudio nos compete y puede hacerse en la presente obra, será objeto de nuestro examen en el libro siguiente, cuando nos ocupemos de las autoridades que tenían jurisdicción penal. Ahora, para dar fin a este libro introductorio, vamos a hacer algunas observaciones relativas a la legislación penal romana.

Si en general puede decirse que el orden jurídico del Estado es más antiguo que la ley formulada, esta afirmación es aplicable, ante todo, al derecho penal, que toma su base en la moralidad de la naturaleza humana. La traición a la patria y el hurto quizá nunca estuvieron sujetos, entre los romanos, a una formulación legal externa; la ley, que se publica de un modo fijo y como regla concreta, suponía esencialmente estos conceptos y se limitaba, por lo tanto, a organizar los procedimientos que habían de seguirse en tales delitos y a graduar las penas, tomando en consideración la singularidad de los distintos casos. En los tiempos posteriores, en que ya la legislación no se asentaba sobre fundamentos éticos con la misma sencillez e incondicionalidad que antes, es seguro que se atendió en mayor proporción que hasta entonces a las fórmulas positivas; así, por ejemplo, el concepto de adquisición deshonrosa de los cargos públicos no fue posible hacerlo valer en el derecho penal práctico sin que mediara semejante formulación previa. Pero tampoco la ciencia jurídica de época posterior olvidó jamás que no era la letra de la ley lo que había de

tenerse en cuenta para la administración de justicia, sino su espíritu, y que era posible, y aun necesario, extender la letra cuanto fuese preciso para acomodarse a los propósitos de la legislación, o lo que es igual, hacer que aun siendo imperfectas las expresiones legales, el contenido de la ley resultase completo por su espíritu, sobreponiéndose a aquellas.

No obstante, así como la formulación positiva de la ley representaba en general un gran progreso desde el punto de vista de la evolución política, también lo representaba, y con mayor motivo aún, dicha formulación en el derecho penal, singularmente cuando dicha ley era fijada también exteriormente por medio de la escritura. El magistrado podía ejercer su libre arbitrio para lo sucesivo con respecto al orden jurídico no determinado legalmente; sobre todo para el caso de que el magistrado se excediese en sus atribuciones, la fijación de los preceptos legales positivos hacía posible el empleo de la inspección y el exigirle responsabilidad penal. Los comienzos de semejantes limitaciones puestas al libre obrar de los magistrados hay que referirlos a la época antehistórica, y son seguramente más antiguos que el instante desde el cual se consideró necesario reducir a escritura los acuerdos del pueblo; sin embargo, no existe tradición alguna digna de crédito referente a leyes particulares de esta clase dadas en los primeros tiempos de la República, y menos aún en la época de los Reyes.

Por el contrario, en los tiempos de las luchas de clase entre patricios y plebeyos apareció el Código de las Doce Tablas, primera y única codificación completa del derecho de la ciudad de Roma, codificación que abarcaba lo mismo el derecho público que el privado, que ponía trabas al ejercicio del *imperium* por parte de los cónsules, y que, en lo tanto, por lo mismo que a estos les correspondía todavía entonces la plenitud del poder, hubo de comprender dentro de sí al mismo tiempo las dos esferas del procedimiento penal, el público y el privado, o sea el procedimiento ante los Comicios con el magistrado y el procedimiento por jurados. Este derecho de ciudad, cuyo origen fue debido a influjos griegos, no puede ser estudiado, así desde el punto de vista histórico como desde el punto de vista jurídico, más que en totalidad, en su conjunto, y por consiguiente, no puede ser examinado aquí al tratar del derecho penal; acerca de la esfera de delitos establecida por el mismo, esfera que hasta cierto punto podemos determinar, aun cuando no sea factible conocer cuál fuese su organización y trabazón originarias, hablaremos en la introducción al libro IV.

Tampoco podemos hacer en este sitio un estudio general de las leyes dadas en los Comicios y que contenían reglas tocante al derecho penal, leyes muy numerosas, pero de las cuales no conocemos seguramente sino una mínima parte, ni de las disposiciones o reglas pre-

torias, que igualmente modificaban el derecho referido. Las primeras eran todas ellas preceptos singulares; hasta el nuevo esquema del procedimiento por *quaestiones*, como igualmente las disposiciones dadas por el dictador Sila para una serie de delitos, a pesar de ser las unas esencialmente correlativas de las otras, todas ellas fueron publicadas como leyes enteramente especiales, y sobre todo, como instrucciones dadas a las diferentes magistraturas particulares. Pero la ingerencia del pretor de la ciudad en la esfera de los delitos privados era de una naturaleza tan análoga a la función creadora del derecho que tal magistrado ejercía en general, que no parece el derecho penal el sitio más propio para tratar de esta materia. La introducción al libro IV es también el sitio más a propósito para exponer cuanto cabe decir acerca de la extensión de la competencia pretoria a este círculo de delitos y acerca del lugar que los delitos ocupaban en el edicto del pretor.

Mas debemos hacer aquí una excepción por lo que respecta a la doble ley dada por el dictador César antes todavía que por Augusto y relativa a la regulación del procedimiento criminal y del civil. Estas dos leyes generales, paralelas entre sí, suelen denominarse, ora con los nombres de *lex (iudiciorum) publicorum* y *lex (iudiciorum) privatorum*, o también con la denominación común de *leges iudicariae*, ora con los nombres de *lex Julia de vi publica* y *lex Julia de vi privata*, por el motivo de que las mismas, si no introdujeron en el derecho penal el concepto de la violencia o coacción, por lo menos lo extendieron de una manera esencial y le dieron la doble forma que posteriormente revistiera, sirviéndose al efecto de una serie de preceptos y reglas que colocaron junto a las disposiciones procesales de índole general. Prescindiendo de esto, encontrábase en ellas prescripciones sobre vacaciones de los tribunales, sobre delegación de la jurisdicción, sobre la extinción de la acción o demanda, sobre las condiciones para ser jurado, sobre los medios para excusarse del desempeño de este cargo, sobre la prohibición de tratos entre los jurados y las partes, sobre la formulación de la demanda, sobre la sustanciación simultánea de varias demandas, sobre la introducción del procedimiento privado y otros puntos relativos al mismo, sobre el número de procuradores, sobre la cesación del término señalado y el aplazamiento, sobre la no admisión de testimonios y el derecho de recusarlos, sobre la punición de los delitos de lesa majestad y de otros delitos, sobre la prevaricación en el juicio criminal y sobre la prescripción del procedimiento. Esta organización general del procedimiento criminal y del procedimiento civil es la que continuó vigente por todo el tiempo que se siguió haciendo uso de las formas procesales antiguas, y si en las fuen-

tes jurídicas que han llegado hasta nosotros no ocupa ya el primer lugar, débese ello a que, una vez que ya no se hacía uso de los jurados en lo criminal ni en lo civil, dejó de tener existencia el fundamento del antiguo orden jurídico.

En los tiempos del Principado, mostróse la legislación en el terreno del derecho penal todavía más infructífera que lo había sido bajo la soberanía del Senado. Después de las leyes sobre el matrimonio dadas por Augusto, no encontramos ni siquiera disposiciones generales para los delitos en particular. Hacíase uso de la única combinación que daban de sí las condiciones políticas de la época; es decir, que miradas las cosas desde el punto de vista político, se consideraba que continuaba correspondiendo la facultad de legislar a los Comicios de la ciudadanía, y había, en efecto, posibilidad legal de convocarlos, pero de hecho no se les convocaba ya nunca; se consideraba que lo único que podían hacer los más altos funcionarios del Estado, el Senado presidido por el magistrado autorizado al efecto, y también el jefe del Estado —aun cuando este último sin tener que atenerse a las instituciones republicanas, como había de hacerlo el Senado para dar sus leyes— era ejercer el derecho que la ley les concedía para establecer alguna excepción a la misma en casos concretos, o todo lo más, para modificar alguna disposición determinada de la misma ley. Por lo tanto, lo que en realidad sucedía, sobre todo en materia penal, era que las leyes existentes quedaban modificadas de vez en cuando por medio de acuerdos del Senado, y todavía sucedía con mayor frecuencia que el emperador resolviera algún caso singular fuera o en contra de lo mandado por las leyes vigentes, disponiendo además, directa o indirectamente, que su resolución fuese aplicable y obligatoria en lo sucesivo con carácter general. Pero al siglo de grandísima actividad legislativa, que comprende desde la dictadura de Sila hasta la muerte de Augusto, siguieron otros tres siglos, a los que dieron comienzo los gobiernos de los violentos sucesores de aquel, gobiernos que hicieron imposible todo movimiento libre, en los cuales no se permitió otra cosa que atenerse a las disposiciones e instituciones vigentes y respetarlas de un modo rígido y hasta desconsiderado. En el libro v, al tratar de la medida penal, exponremos las funestas consecuencias a que tal sistema condujo.

Resulta, pues, que por todo el tiempo que duró el Principado cesó por completo de funcionar la actividad legislativa sistemática y persistente. Pero el Principado, o sea aquella maravillosa organización política, que no era ya la organización republicana, pero que tampoco era todavía monárquica, se convirtió en una monarquía pura a virtud de la transformación que introdujeron en el Reino Diocleciano y Cons-

antino. Ahora, que en este nuevo Estado volvió a existir una legislación formalmente general, como la que había existido durante la República, nos lo demuestran, por lo que al derecho penal se refiere, las nuevas categorías de delitos de rapto y herejía, y nos lo demuestra también, acaso de una manera exterior y visible, el hecho de que la colección teodosiana de constituciones imperiales comience por las de Constantino del año 312; pero del cuerpo débil del antiguo Reino había huído el espíritu, y no era posible que en él se formaran nuevas instituciones capaces de dominar todo el campo del derecho. Claro está que las compilaciones de constituciones imperiales y de decretos jurídicos que llegó por fin a sancionar legalmente la función legislativa general, comprendieron también el derecho penal; en la introducción al libro IV veremos cuál fue el lugar que este derecho ocupó dentro de dichas colecciones.

LIBRO SEGUNDO
LAS AUTORIDADES PENALES

CAPÍTULO I

LOS MAGISTRADOS Y EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO

La jurisdicción penal, o sea la facultad de castigar los delitos, ya públicos, ya privados, que cayeran dentro del círculo jurídico de acción de la comunidad romana, era una parte —igual que la administración de justicia en general— de los derechos y obligaciones correspondientes a la magistratura, pero exclusivamente de aquellos individuos que, perteneciendo a ella, gozasen de la plenitud del poder, esto es, del *imperium*, o de lo que al *imperium* equivaliese, como sucedía, v. gr., en el orden penal, con el poder de los tribunos de la plebe y con el de los ediles curules y plebeyos. Toda sentencia era, en sentido jurídico, una decisión tomada por el magistrado, ya la hubiese pronunciado este con arreglo a su discrecional arbitrio, y siendo lo mismo que se hubiese convertido en definitiva en el mismo momento de darla, o que la ciudadanía pudiera invalidarla luego, ya el referido magistrado no tuviera facultades más que para dar una resolución condicional y dependiente del fallo que después pronunciase el jurado, ya diese la sentencia conforme al juicio discrecional de los jurados fijado por él mismo. Los actos oficiales de los magistrados no competentes por ministerio de la ley para dictar sentencias quedaban fuera de la jurisdicción, lo mismo que quedaban también fuera de ella el arreglo o conciliación extrajudicial de las partes hecho por un árbitro aceptado por estas, a pesar de que una y otra cosa se parezcan mucho exteriormente al ejercicio de la jurisdicción. La misma resolución del magistrado no era una sentencia jurídica, en el sentido estricto de la palabra, sino cuando se pronunciaba en virtud del poder de coacción regulado por la ley al magistrado; la coercición de este no regulada por la ley, de la cual nos hemos ocupado en el capítulo IV del libro primero, se hallaba, sí, dentro del orden jurídico, pero era extraña al derecho penal propiamente dicho, no obstante que los medios utilizables para el ejercicio de ella fuesen en parte los mismos de que se servía el poder penal. Pero como quiera que el procedimien-

to penal público fue un resultado que la coercición produjo, merced a las limitaciones que a la misma se fueron poniendo, según se ha visto en el libro precedente (p. 24 y ss.), nos encontramos obligados a no excluir de este nuestro estudio la coercición, o sea el procedimiento penal en que no intervenía nadie más que los magistrados, que es como lo llamaremos de aquí en adelante, y de tal procedimiento penal en que solamente los magistrados intervenían trataremos en el capítulo siguiente, sobre todo porque la jurisdicción de los Comicios con el magistrado fue una derivación del mismo.

La competencia penal de los magistrados romanos, igualmente que la de los Comicios y jurados que además de aquellos, y a su lado, tomaban participación en la administración de la justicia de esta clase, no puede ser estudiada en el derecho penal sino dando por supuesto que se conoce el derecho político. La característica y singular organización del Estado romano, sobre todo las instituciones engendradas por la contraposición entre la ciudadanía originaria y los plebeyos, que de dediticios que antes eran llegaron a convertirse en ciudadanos, y además en tiempos posteriores el Principado, no pueden ser estudiadas como tales instituciones políticas en este lugar; lo único que cabe hacer aquí es un resumen sintético de aquellas materias a que hay que estarse refiriendo a menudo en el derecho penal. Expondremos, por tanto, en los siguientes capítulos de este libro:

- En el II, el procedimiento penal público en que solo intervenían los magistrados.
- ” III, el procedimiento penal ante los Comicios con el magistrado.
- ” IV, el procedimiento privado aplicable a los delitos.
- ” V, el tribunal de jurados presidido por un magistrado.
- ” VI, el procedimiento penal municipal.
- ” VII, el procedimiento penal ante los gobernadores de las provincias.
- ” VIII, el procedimiento penal ante los cónsules con el Senado.
- ” IX, el procedimiento penal ante el príncipe y sus delegados.
- ” X, el tribunal de funcionarios de Diocleciano.
- ” XI, autoridades penales de clase.

A estos capítulos añadimos otros dos, el XII y el XIII, en que se traza un bosquejo del servicio de seguridad en Roma y de los medios coercitivos que se empleaban para incoar y sustanciar las causas criminales.

Si en este libro nos ocupamos de las autoridades con jurisdicción penal, y en el siguiente nos ocuparemos del procedimiento penal público, es porque el procedimiento penal público podía ir acompañado de una cierta regulación legal bastante amplia, ante la cual desaparecía la diversidad de autoridades penales, por lo que parece perfectamente posible y conveniente hacer una exposición unitaria de todo el procedimiento penal, con excepción del relativo a los delitos privados. Claro está que, al hacer el estudio de las autoridades penales, nos vemos obligados muchas veces a penetrar en el procedimiento penal; de la propia manera que al exponer el procedimiento penal en el siguiente libro, tendremos que remitirnos con frecuencia al libro presente.

No es cuestión que corresponda al derecho penal, como tal, el averiguar hasta qué punto es posible la conciliación efectiva entre la necesidad de conocer el derecho, requisito indispensable para la administración de justicia, y el carácter unitario del poder de los magistrados, carácter que este poder conservó en principio hasta los mismos tiempos de Diocleciano y Constantino. Sobre todo, es difícil conciliar la necesidad dicha con el ejercicio de las funciones que tenían a su cargo los magistrados, las cuales abrazaban al propio tiempo la práctica del mando militar y de la administración de justicia. Además, en la materia del procedimiento penal intervenía menos la ciencia jurídica propiamente tal que en el procedimiento por hechos no delictuosos. Con todo, no debemos prescindir completamente de dicha cuestión en este sitio.

Si en los comienzos de la comunidad romana a ningún magistrado que cumpliera satisfactoriamente su función pudo faltarle el conocimiento del derecho indígena (los niños aprendían de memoria en las escuelas las Doce Tablas, lo mismo que lo hacían los griegos con la Ilíada), sin embargo, ya en los siglos posteriores de la República se había producido y desenvuelto una ciencia jurídica romana, y es también probable que en el Estado militar acostumbraran desde bien pronto y con frecuencia los magistrados competentes para administrar justicia servirse del auxilio ajeno. Este auxilio no se lo prestaban ni funcionarios auxiliares, ni la servidumbre de los magistrados. Los funcionarios auxiliares estaban sometidos, lo mismo que los propios magistrados, a la ley mencionada, según la cual, la función de los magistrados era una función unitaria; y los oficiales subalternos continuaron estando alejados de la administración de justicia hasta en los tiempos más avanzados. Sin que el Estado interviniera directamente, se procuraba lo necesario para el buen desempeño de la administración de justicia penal por dos conductos: de una parte, gracias al nacimiento y desarrollo de una alta clase de ciudadanos que, dejando a un lado las

ocupaciones privadas, se consagraban a estudiar los negocios públicos como tales, y en la que cada individuo se dedicaba a una rama de las funciones públicas, a aquella por la que sentía inclinación, y que la mayoría de las veces era el conocimiento de la guerra o el de la ciencia del derecho; de otra parte, merced a una institución que, sin haber sido creada por el Estado, dominaba por completo toda la vida pública romana, es decir, merced a la institución del consejo (*consilium*), cuyo origen tuvo lugar por vía privada, y que solía nombrarse siempre que se trataba de algún negocio de importancia. Jamás se consideró que el conocimiento del derecho por el propio magistrado no fuera cosa esencial para el desempeño de las funciones de este, pero jamás tampoco dejó dicho magistrado de estar «en consejo», o como se decía en época posterior, de tener «consejeros» (*consilarii, σύμβουλοι*), de rodearse de hombres competentes para administrar justicia. Como esta función consistía principalmente, y en los tiempos primitivos casi exclusivamente, en que el magistrado que la desempeñaba apreciase y resolviese verbal y públicamente en el tribunal las pretensiones y alegaciones de las partes interesadas, haciendo interrogatorios e investigaciones cuando lo creyese necesario, y en los tiempos posteriores, en dirigir de igual modo el tribunal del jurado, es claro que la forma como generalmente tenía lugar el consejo era la de que el magistrado permitiese que otras personas se sentaran junto a él en audiencia del tribunal; de suerte que lo que sucedía casi siempre era que el magistrado pedía a sus consejeros que le sirvieran de asesores (*adseores, πάρεδροι*), y así lo que el tribunal resolvía era con suma frecuencia lo mismo que habían propuesto el asesor o asesores.

Esta participación libre de los particulares en la administración de la justicia pública no podía ser rehusada en la ciudad de Roma, y hasta en los mismos tiempos de la guerra con Cartago, exclusivamente en Roma es donde había un verdadero tribunal, según el derecho romano. En las ciudades itálicas debieron suceder las cosas de una manera aproximadamente igual. Ni allí ni aquí se encuentran instituciones especiales para este fin. Pero tan luego como comenzó la administración de justicia romana en los territorios ultramarinos, no hubo más remedio que tener en cuenta que al gobernador o presidente de una provincia no le era necesario, como al magistrado de la ciudad de Roma, aquel libre auxilio; y si tocante al particular no poseemos datos ciertos, sabemos seguramente que el gobierno de las provincias estaba de tal modo organizado, que el magistrado llevaba consigo al campo de batalla los auxiliares que le eran necesarios así para la administración de justicia como para el ejercicio del mando militar, auxiliares a que solía dárseles aquí el nombre de acompañantes de viaje, *comites*. La

denominación que tales individuos recibían en esta época no da a conocer el destino o fin de cada uno de ellos. Algunos fueron dedicados por los gobernadores de las provincias en la época republicana y en los primeros tiempos del Imperio cabalmente a ejercer la jurisdicción en concepto de representantes o lugartenientes suyos, cosa que dejó de acontecer en los tiempos posteriores.

Esta institución, cuyos comienzos acabamos de señalar, hubo de desarrollarse mucho posteriormente, hasta el punto de que, en la época del Principado, todas las autoridades de alguna importancia encargadas de administrar justicia, así en la capital como en las provincias, se servían de consejeros doctos en derecho (*consiliani* o *adseores*). Tal desarrollo fue debido, por una parte, a haber aumentado el conocimiento del derecho, de tal manera que ya estaba formalmente establecido el estudio del mismo, y por otra parte, a que poco a poco se había ido introduciendo en el Estado la burocracia, la cual adquirió un predominio completo en los tiempos posteriores. Aun después de haber sido separados los cargos civiles de los militares, cosa que tuvo lugar en tiempo de Diocleciano, con lo que se presuponía que los funcionarios encargados de administrar justicia tenían los conocimientos técnicos indispensables para el buen desempeño de su misión, aun después de esto siguió la institución de los asesores sin experimentar alteraciones esenciales. En los tiempos del Imperio monárquico, el asesorado era uno de los cargos permanentes que existían, pero los asesores eran libremente elegidos por los correspondientes magistrados para un período fijo de tiempo, y estos conservaron la facultad de libre elección de aquellos hasta los últimos tiempos del Imperio. Los asesores no eran en modo alguno magistrados. No se exigía para ser asesor las condiciones que para ser magistrado; el asesor no tenía atribuciones para firmar con carácter oficial, ni en general se le permitía la ejecución de actos oficiales; no se le enumeraba tampoco en la serie de los individuos que componían la magistratura, tal y como la encontramos indicada en los monumentos honoríficos. Conforme al sistema primitivo, la función de los asesores y consejeros tenía que practicarse gratuitamente; de hecho, sin embargo, introdújose desde un principio una verdadera remuneración de los servicios prestados por los auxiliares que el presidente de las provincias llevaba en su séquito, remuneración que revestía la forma de suministros y de gratificaciones. En la época del Principado, magistrados y asesores se concertaban contractualmente acerca de los honorarios que debían recibir estos últimos. Pero este procedimiento tenía que producir necesariamente inconvenientes, y por eso, en el siglo III se asignó a todo funcionario un cierto número de asesores pagados. En la época de JUSTINIANO este

número era de uno regularmente para los gobiernos de provincia. Tampoco dejó de haber preceptos que pusieran trabas a la elección de los asesores; sobre todo a los presidentes de las provincias se les negó la facultad de poder nombrar asesores a personas que perteneciesen al territorio de su mando. Con muchísima frecuencia, los puestos privados de que se trata formaban el grado preparatorio para el ingreso posterior en los altos cargos del Estado; y esta expectativa de ulterior colocación que ofrecía de hecho el asesorado, más aun que los emolumentos que inmediatamente se obtenían por ejercerlo, era lo que determinaba a los jóvenes de las clases superiores a ingresar en tales puestos tan pronto como daban fin a sus estudios jurídicos.

CAPÍTULO II

EL PROCEDIMIENTO PENAL PÚBLICO EN QUE SOLO INTERVENÍAN LOS MAGISTRADOS

El procedimiento penal público por causa de daño inferido a la comunidad coincidía con la coercición de los magistrados, de la cual vemos tratado en el libro I; menos en el caso de que la comunidad misma interviniera en él. Ahora, si volvemos a ocuparnos de tal procedimiento en este sitio, es debido a que, de hecho, el procedimiento criminal se verificaba en esta forma en su mayor parte durante la época republicana, y a que del procedimiento penal de los Comicios con el magistrado no se puede tratar sino considerándolo como el término opuesto a este otro procedimiento.

La base del procedimiento penal público era el *imperium* del magistrado: dentro de la ciudad de Roma, el *imperium* regulado por la ley; fuera de la ciudad de Roma, el *imperium* libre y discrecional. Dentro de la ciudad poseían ese *imperium* los cónsules, estando presentes en ella, y cuando no había cónsules o estos se hallaban ausentes de Roma, correspondía ejercer tal *imperium* al *interrex*, al prefecto de la ciudad del antiguo sistema y al pretor, que venía en casos tales a ser el representante de los cónsules. Este *imperium* no podía ejercerse, con relación a los ciudadanos romanos, sino con las limitaciones impuestas a la coercición, conforme a las reglas relativas al asunto estudiadas en el libro I (p. 26 y ss.). Por el contrario, el *imperium* no reconocía trabas de ninguna clase, y por tanto, implicaba la plena libertad jurisdiccional en los casos de delitos públicos, aun dentro de los propios muros de Roma, con respecto a las siguientes clases de individuos:

1º.—Los ciudadanos, a quienes no les estaba reconocido el derecho de provocación por causa de delitos militares.

2º.—Las mujeres, cuando no se les concediera la facultad de provocación contra los fallos de los ediles, de lo cual trataremos en el libro III al ocuparnos de los medios y recursos jurídicos.

3º.—Los extranjeros, con excepción de los latinos a quienes, por privilegio singular, se les hubiera concedido el derecho de provocación ante los Comicios romanos.

4º.—Los individuos no libres.

A la pregunta, que puede muy bien hacerse, relativa a saber cómo es que el magistrado podía por sí mismo llevar a término definitivo el procedimiento penal encaminado contra las personas que acabamos de mencionar, mientras que no podía hacerlo tratándose de ciudadanos que hubiesen tenido participación en los mismos hechos punibles, contestaremos en el capítulo siguiente. Esta administración de justicia dentro de la ciudad pertenecía a la administración de justicia ordinaria; el magistrado que la ejercía era el juez penal legítimo de las personas correspondientes a las clases dichas.

Contra el ciudadano romano, solamente en casos excepcionales gozaba el depositario del *imperium* de una potestad penal ilimitada dentro de la ciudad; esa potestad ilimitada correspondía a los magistrados contra los que no podía interponerse la provocación (p. 28). En las fuentes que nosotros conocemos, y de cuyo estudio se ha derivado la abstracción jurídico-política llamada realza o potestad de los reyes, podemos ver en forma de paradigma la plenitud de poder a que nos estamos refiriendo, por la narración que se nos hace del juicio criminal celebrado por el primer cónsul antes que se hubiese establecido la provocación obligatoria; podemos verlo en su manera más primitiva, teniendo en cuenta cuál era la forma antiquísima de la dictadura, forma que pertenece sin la menor duda a los elementos orgánicos de la originaria constitución republicana; podemos verla conservada todavía de un modo esencial, hasta donde ello era posible tratándose de tribunales excepcionales, en las magistraturas extraordinarias que no estaban sujetas en su obrar a preceptos legales predeterminados, sino entregadas a su libre arbitrio, a saber: en el decemvirato, en las dictaduras de Sila y de César, en el triumvirato postcesariano, y en cierto modo también en el Principado, como veremos luego.

Fuera de los muros de la ciudad, el *imperium* implicaba, de derecho, el ejercicio ilimitado del procedimiento penal; de un lado, en cuanto derecho de la guerra propiamente tal, contra todas las personas que estuviesen prestando servicio militar en el ejército romano (p. 18 y ss.); de otro lado, contra todo otro individuo, ora fuese, ora no fuese ciudadano.

Este *imperium*, al contrario de lo que acontecía con el *imperium* de dentro de la ciudad:

1º.—No estaba sometido a la ley de la anualidad, a la cual estaba sujeto el ejercicio del *imperium* dentro de la ciudad. Mientras

que dentro de esta, solamente el magistrado era el que podía dirigir y fallar el procedimiento penal, fuera de ella tenían también competencia los promagistrados, siempre que los mismos funcionasen constitucionalmente.

2º.—No tenía las trabas que, por lo que a la delegación respecta, se habían puesto al *imperium* de dentro de la ciudad. Mientras que al cónsul presente en Roma le señalaba la ley los auxiliares de que había de servirse para la práctica del procedimiento penal, sobre todo los dos cuestores, en cambio, el jefe militar o presidente de una provincia podía conceder a su arbitrio semejante delegación o mandato a su cuestor o a su legado, y también podía no concederlo a nadie. Mientras que, para el caso de que el cónsul se ausentase de Roma, era la ley misma quien nombraba su representante, el pretor provincial, cuando saliese de su provincia, podía nombrar por sí mismo su representante y confiarle el ejercicio de la potestad penal.

3º.—No estaba sujeto a las limitaciones impuestas al *imperium* de dentro de la ciudad por lo que toca a los medios penales de que podía hacerse uso contra los ciudadanos; únicamente hay que decir que en los últimos tiempos de la República el depositario del *imperium* no tenía facultad de coercición capital contra los ciudadanos (p. 21 y 22).

Mas el empleo del *imperium* para fines penales fuera de la ciudad tenía siempre, excepto en el derecho de la guerra en sentido estricto, carácter extraordinario. El Reino romano era una confederación de ciudades más o menos autónomas, y la administración de justicia fuera del territorio de Roma correspondía ordinariamente, igual en Italia que en las provincias, a las autoridades municipales; los casos de guerra y de necesidad o defensa eran, ante todo, como hemos demostrado en el capítulo IX del libro primero, los que provocaban la injerencia en los asuntos de Italia y de las provincias de los depositarios del *imperium* romano, y esta injerencia no llegó nunca a constituirse en sistema fijo en Italia, de manera que hubiese un puesto creado para realizarla, y en cuanto a las provincias, lo que puede decirse es que se enviaban a ellas principalmente tan solo jueces civiles para que entendieran en los procesos romanos. Para mayor esclarecimiento de la evolución que los principios experimentaron en este punto, vamos a hacer una enumeración de los principales casos en que los depositarios del *imperium* romano intervenían en el derecho penal de Italia y las provincias, sobre todo de aquellos que se remontan a los antiguos tiempos de la República. Del ejercicio del *imperium* ultramarino, que era de la misma índole jurídica que el otro, volveremos a tratar cuando nos ocupemos de los procedimientos ante los presidentes de las provincias.

1º.—Podemos considerar como verdaderos casos de perduelión el procedimiento incoado contra los miembros de la confederación que hubieran sido infieles o se hubiesen sublevado; las medidas tomadas contra los esclavos levantiscos o poco seguros; el castigo de la ofensa inferida a un magistrado romano o a sus acompañantes. En realidad, y por razón de la forma, estos actos eran considerados como procedimientos penales.

2º.—Cuando se cometieran delitos colectivos, en forma tal, que con ello se pusiera en peligro la seguridad pública, y la justicia local no lograra mantener el orden, entonces el gobierno romano se hacía cargo de la justicia penal y la ejercía por sí mismo en virtud del estado de necesidad y fundándose en su derecho de soberanía; y acontecía así sobre todo, aun cuando no exclusivamente, cuando semejantes delitos se propagaban en dirección a la propia ciudad de Roma. Dadas las condiciones de aplicación territorial que acompañaban al procedimiento penal ordinario, y los estrechos límites en que muy a menudo tenía que encerrarse por razón del territorio, no había más remedio que acudir con frecuencia al recurso dicho, tanto en Italia como en las provincias; así que muchas veces se hacía uso de tal procedimiento excepcional, bien por efecto de una orden del Senado, lo que acontecía singularmente con respecto a Italia, bien por la misma iniciativa del magistrado romano con *imperium* que hubiera intervenido primeramente en los hechos. Este procedimiento excepcional fue el germen que vino a dar origen después, en tiempos del Imperio, a la potestad y justicia penal de los presidentes de las provincias.

3º.—También parece que procedió el gobierno romano por la vía penal contra los abusos de la autonomía, sobre todo contra la mala o injusta administración de las cajas municipales y de los bienes municipales; mas, con relación a la época republicana, no puede demostrarse con seguridad que así aconteciera.

El procedimiento penal en que solo intervenía el magistrado se llamaba la «cuestión», *quaestio*; además, se le aplicaba también la denominación general de *iudicium*, la cual se usaba, sin duda, con preferencia, para la judicación propiamente dicha, pero que se empleaba también igualmente, sin la menor dificultad, para esta coercición. Era un simple procedimiento inquisitivo, en el que no intervenían partes en sentido jurídico, procedimiento del cual tenemos un ejemplo que no ofrece la menor duda histórica, y que se nos presenta rodeado de colores vivos, en el juicio de las bacanales del año 568-186; lo estudiaremos en el capítulo siguiente. Según la tradición, el denunciante desempeñaba con frecuencia el papel de demandante; y dada la carencia de formalidades que legalmente acompañaba a este procedimiento

penal, no había estorbo alguno que impidiera al magistrado llevarlo a cabo en realidad de esa manera, cosa que aconteció multitud de veces —bajo el influjo del procedimiento acusatorio que tenía lugar en Roma posteriormente— con los juicios o causas sustanciados por los gobernadores provinciales del último siglo de la República. Mas no tenemos prueba ninguna de que se aplicaran nunca en este procedimiento las formalidades prescritas por la ley para el procedimiento acusatorio.

El procedimiento penal en que solo intervenía el magistrado no estaba sujeto a regulación legal de ninguna clase; solo la costumbre general es lo que servía de norma al mismo, de hecho por lo menos.

La costumbre exigía que la sustanciación del juicio revistiese publicidad, hasta donde esta publicidad fuese compatible con el sistema inquisitivo; por tanto, la exigía sobre todo en el fallo. Sin embargo, no se violó ninguna ley cuando el dictador César condenó en casa, a puerta cerrada, al rey Deyotaro. El tribunal podía también celebrar audiencia aun fuera de Roma, como lo hizo el propio César celebrándola, como cónsul, en Alejandría.

El procedimiento penal contra los ausentes, en el sentido que de él trataremos en el capítulo último de este libro, estaba expresamente permitido a los gobernadores de provincia, al revés de lo que acontecía en el orden jurídico de la capital. Mas no puede haber duda alguna de que era siempre considerado como un caso impuesto por la necesidad, y por eso, cuando el estado de las cosas lo permitía, el magistrado tenía la obligación de conceder audiencia al inculcado para oírlo.

El magistrado no podía dar comienzo a las causas que se siguieran por el procedimiento legal, de otro modo que señalando un plazo que había de darse a conocer al demandado; y que así sucedía nos lo prueba la frase técnica *diei dictio*, según veremos más extensamente en el capítulo próximo; ahora, lo opuesto a la *diei dictio* significa que el procedimiento en que no intervenía nadie más que el magistrado podía tener lugar siempre que el individuo de quien se tratara, o sea el reo, se encontrase ante el magistrado. La ampliación del asunto, esto es, la contemplación y el estudio del mismo bajo multitud de aspectos y la suspensión de la resolución hasta que el juez estuviera mejor informado, eran cosas que acontecían a menudo, pero ni jamás estuvieron prescritas ni tampoco había limitaciones de tiempo fijadas para su concesión y ejercicio.

Un hecho importante era aquel que se mostrará con claridad perfecta en los capítulos siguientes, a saber, que la defensa, la cual únicamente se negaba aun en este procedimiento en los casos de necesidad, se consideraba esencialmente como autodefensa. También podía

permitirse en este procedimiento el empleo de patrocinadores o defensores, y de representantes o procuradores; mas por regla general, el procedimiento en que solo intervenía el magistrado, y que se verificaba dentro de la ciudad, no consentía dichos auxiliares, como tampoco los consentía el procedimiento doméstico ni el que tenía lugar con arreglo al derecho de la guerra.

La costumbre exigía que se pidiese el auxilio de asesores o consejeros, y esta costumbre llegó hasta tener expresión legal con respecto a la pronunciación de la sentencia; también es posible que se introdujera pronto la costumbre de votar esta. Pero el nombramiento de los asesores y el número de estos eran cosas dependientes del arbitrio del magistrado, el cual no tenía obligación de atenerse al voto de la mayoría.

Finalmente, tanto la forma de la sentencia como la cantidad o medida de la pena, y la ejecución de esta última, eran cosas que no dependían más que del arbitrio del magistrado.

El procedimiento penal propio de los magistrados en tiempo de la República no lo conservó esta en su forma originaria; sin embargo, en los juicios penales que tenían lugar ante los presidentes de las provincias, y más todavía en los tribunales superiores de la época del Imperio, no sujetos a trabas legales en su funcionamiento, se administraba la justicia en lo esencial en la forma dicha; por otra parte, el procedimiento por *cognitio* de los tiempos del Principado, del cual nos ocuparemos en el capítulo primero del libro siguiente, no venía a ser sustancialmente otra cosa más que la inquisición realizada sin que interviniera en ella nadie más que el magistrado.

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO PENAL EN QUE INTERVENÍAN EL MAGISTRADO Y LOS COMICIOS

El procedimiento penal en que intervenían el magistrado y los Comicios, procedimiento del cual se hacía uso en los tiempos de la República romana, tenía lugar, conforme a lo que dejamos dicho en el capítulo anterior, cuando se inculpaba de un hecho delictuoso determinado en alguna ley penal positiva a un ciudadano romano; en casos tales, la sentencia pronunciada por el magistrado, lo mismo si se impusiera en ella pena de muerte que si se impusiera pena patrimonial superior a un minimum dado, no podía llevarse a ejecución sino después que hubiese sido confirmada por la ciudadanía. De esta suerte la coercición se convertía en judicación, en verdadero juicio, aplicándose las ideas fundamentales y características del derecho penal en su sentido propio, o sea la idea de la necesidad de una ley penal, sin cuya existencia previa no podía tener lugar el procedimiento que nos ocupa, la idea de un concepto del delito fijado legalmente, la idea de una medida penal determinada por la ley y la idea de un juicio penal regulado por esta misma ley.

El procedimiento penal en que intervenían magistrados y Comicios se verificaba en tres formas esencialmente distintas. A los delitos públicos en general, o sea al horizonte del derecho penal encomendado a los cónsules, se hizo extensivo el procedimiento en que tomaban parte los mandatarios de estos últimos, a saber, los duumvros nombrados para la perduelión y los cuestores, en caso de que se tratara de juicios capitales, y probablemente solo cuando se tratara de tales juicios. Las ofensas a la plebe, y en tiempos posteriores todos los delitos en general contra el Estado, se sometían al procedimiento penal encomendado a los jefes de aquella, especialmente a los tribunos, lo mismo si se trataba de juicios de pena capital que si se trataba de juicios en que se impusieran multas. Finalmente, existía toda una serie de juicios en que se imponían penas reguladas de esta manera especial

por la ley, juicios que se sustanciaban como aquellos en que los ediles imponían multas, y a los cuales puede referirse el procedimiento ante los Comicios en que el sumo pontífice imponía también multas.

I. Dentro de la ciudad de Roma, no ya tan solo tratándose del procedimiento penal público que se verificaba sin sujeción a limitaciones legales, conforme a las reglas tocantes a la coercición que hemos estudiado en el anterior capítulo, sino en general en todo procedimiento penal encomendado a los cónsules, o, cuando no los hubiera, a sus representantes legales, podía utilizarse el apoyo de los auxiliares que por la Constitución correspondían a tales magistrados, esto es, de los dos cuestores urbanos, y posteriormente, de los triumviro y de los demás funcionarios y agentes de seguridad de la ciudad, de los cuales hablaremos en el capítulo XII de este libro. Así como los cónsules estaban obligados a conducir a los ciudadanos todos los años a ejercicios militares ante las puertas de la ciudad, así también era preciso que vigilaran continuamente por la seguridad interior de esta y que castigaran o promovieran el castigo de las faltas que se cometieran. Pero, de la propia manera que solían recibir con frecuencia instrucciones del Senado tocante al empleo que habían de hacer del ejército de los ciudadanos, no pocas veces también el mismo Senado les diputaba a ellos mismos, de una manera especial, o a otros depositarios del *imperium* de que se pudiera disponer, para que instruyeran algún juicio criminal. Este procedimiento instructorio verificado por los cónsules podía dirigirse lo mismo contra los ciudadanos que contra los no ciudadanos. También los ciudadanos tenían que contestar a la «cuestión» que el cónsul les pusiera, a menos que el tribuno del pueblo les prestase en este respecto su auxilio; y no es de creer que hubiera distinciones entre los inculpados, por razón de clase social ni del sexo, en lo relativo a la instrucción de los procesos de referencia. Cuando esta instrucción hubiera llegado a su término, y el magistrado instructor declarase la existencia de un crimen capital, no se seguía en adelante igual procedimiento para todos los declarados culpables. En efecto, si se trataba de mujeres, de extranjeros o de personas que careciesen de libertad, el mismo magistrado instructor les podía condenar a pena de muerte y hacer ejecutar la sentencia; mas si se trataba de un ciudadano, era preciso abrir un proceso formal y solemne, cuyas particularidades vamos a exponer. Era, por tanto, este, sin duda, el principal y más importante de los procedimientos; pero, según lo indican ya las imposiciones establecidas para la mayor parte de los magistrados más humildes, y lo confirman además otros vestigios que conocemos, se trataba por lo regular de un procedimiento solemne dirigido contra aquellos acusados que se hubiesen encontrado ser efectivamen-

te culpables. Este procedimiento penal público, de suyo importante, como es fácil comprender, pudo ser suficiente para lograr de hecho la conservación de la paz en los primitivos tiempos, cuando las relaciones sociales eran aún muy escasas y pobres, cuando funcionaban los depositarios del *imperium*, los magistrados, cuyo cargo era anual, apoyados y protegidos por el Senado. Mas no debe olvidarse tampoco que a los cuestores no se les concedía ningún oficial subordinado que hubiera de auxiliarles en la inquisición, y los que se concedían a los cónsules eran en número bastante limitado y con destino principalmente a otros fines. Además, debe recordarse que en un principio difícilmente se hizo extensivo el procedimiento penal público al homicidio y al incendio (p. 40 y 41); y aun después que esta extensión vino a efectuarse, hubo de tenerse de hecho en cuenta, para perseguir el delito y detener al autor del mismo, la intervención que en este hubieran tenido otros particulares ciudadanos, y especialmente los que más directamente hubiesen participado en él; en los delitos contra la propiedad se hacía así de derecho, por disposición legal. Pero en los tiempos posteriores de la República no funcionaba ya todo el procedimiento penal de una manera adecuada y conveniente, como, sobre todo, nos lo demuestra sin la menor duda el hecho de que los cónsules, en vez de conducir a los ciudadanos al servicio militar fuera de la ciudad, como antes sucedía, acaso hasta para someter por medio de las armas a alguna de las comunidades vecinas, lo que hacían era ejercer el mando militar, durante el año de sus funciones, en España y en Africa, por lo que el representante legal de ellos, o sea el pretor que residía en la ciudad de Roma, no podía atender, además de al ejercicio de la jurisdicción civil y a otros numerosos asuntos que se le encomendaban, al desempeño de la administración de la justicia penal con toda la solicitud y energía que la misma requiere; sin embargo, las facultades del pretor tenían fuerza bastante para hacer callar y retroceder por completo las funciones más formales del cuestor. A esta circunstancia es a la que se debe la introducción del procedimiento acusatorio, el cual era en lo esencial una apelación a los particulares ciudadanos para que se hicieran ellos cargo libremente de la persecución de los criminales, y a la misma circunstancia débese igualmente la obligación que en su reforma constitucional impuso Sila a los cónsules de residir en Roma durante el año de sus funciones oficiales, cosa que vino seguramente demasiado tarde.

Todos los negocios oficiales que realizaran dentro de la ciudad los depositarios del *imperium* los realizaban por representación, regulada por la ley. Mas con respecto al procedimiento penal, esta representación se hallaba prescrita: el depositario del *imperium* no debía po-

nerse aquí en colisión con la asamblea de los ciudadanos, y la sentencia dada por el mismo no debía ser casada por los Comicios. Por tanto, en el caso de que hubiera de ser condenado a una pena capital un ciudadano romano (según todas las probabilidades, los representantes de los cónsules no llevaban jamás ante la ciudadanía las sentencias en que condenasen a multas en dinero), el magistrado que hubiese instruído la causa encomendaba el juicio solemne y la defensa de su fallo a magistrados auxiliares nombrados por él mismo.

a) Cuando la perduelión no se sometía al procedimiento capital instruído y fallado por los cónsules —cosa que acontecía siempre que se trataba de procesados no ciudadanos, y podía también hacerse con los ciudadanos si el delito en cuestión fuese un delito militar (p. 29)—, no existía una magistratura permanente para que diera cuenta del procedimiento ante los Comicios, lo que era debido probablemente a que se consideraba inconveniente y superfluo instituir tal magistratura para los casos de traición a la patria. Por tanto, siempre que se cometieran delitos de esta clase, los cónsules nombraban dos individuos, *duumviros*, a quienes encomendaban el correspondiente procedimiento; uno de estos *duumviros* lo sustanciaba y fallaba, y luego de fallado, los Comicios confirmaban o casaban la sentencia. Eran dos los nombrados, con el objeto de respetar el principio republicano de la colegialidad, y el nombramiento lo hacían sin duda alguna a su arbitrio los cónsules en los tiempos antiguos, pero en los posteriores tuvieron que atenerse a la propuesta que les hicieran al efecto los Comicios.

b) En los casos de homicidio, e indudablemente también en los de robo, incendio, sacrilegio, peculado, y en general en todos los delitos (excepto el de perduelión) que según la ley habían de castigarse de oficio, como delitos públicos, se encomendaba la sustanciación de los mismos a los *cuestores*. Ahora, si las buenas noticias y referencias de los anales no nos dicen que así aconteciera en la época de los reyes, y en cambio nos encontramos con que sucede de esta suerte ya desde los comienzos de la República, débese el hecho a que el nombramiento de *cuestores* para que entendieran en los delitos referidos era una consecuencia de haber introducido la provocación con carácter obligatorio, introducción que la tradición coloca precisamente en los albores de la República. Pues, en efecto, para que la provocación pudiera tener lugar, era necesaria la existencia en el procedimiento penal de un funcionario de cuya resolución pudiera apelarse para ante la ciudadanía, y este funcionario era cabalmente el *cuestor*. Los *cuestores* aparecieron desde un principio como *auxiliares permanentes* de los cónsules, y eran nombrados primeramente por estos con entera libertad; pero después, acaso ya en la misma época de los *decemviros*, comen-

zó a hacerse su nombramiento previa propuesta de los Comicios. Como quiera que sus funciones penales no tenían carácter político, y en general eran de índole subordinada, no es extraño que la tradición apenas nos diga nada de ellos; sin embargo, el procedimiento penal público ordinario continuó estando confiado, hasta el último siglo de la República, a los dos cuestores de la ciudad; entre las obligaciones propias de su cargo se contaba esta.

II. La potestad penal de los tribunos de la plebe fue un producto de la lucha de clases entre patricios y plebeyos, y singularmente de la constitución de una ciudadanía no patricia frente a la antigua nobleza de ciudadanos, o sea frente a la ciudadanía patricia. De esta manera se formó un Estado dentro del Estado, un Estado que tenía sus jefes y autoridades propios, y el cual castigaba las infracciones de los derechos que le habían sido reconocidos legalmente, o que se consideraba que le habían sido reconocidos, y las ofensas causadas a las personas de sus jefes, de igual manera como el Estado o comunidad general castigaba las ofensas inferidas a su constitución o a sus magistrados. Luego que terminaron las luchas entre patricios y plebeyos y que, por consiguiente, quedaron legalmente equiparadas la ciudadanía total o general y la plebeya (*populus plebesve*), el procedimiento de que acabamos de hablar, esto es, el procedimiento penal de los tribunos, el procedimiento plebeyo por perduelión, que es como realmente merece ser llamado, porque esto es lo que era, hubo de hacerse extensivo a todos los delitos en general contra el Estado; y atendiendo sobre todo al motivo de que no existía una magistratura patricia permanente para el desempeño de tal función procesal, nos encontramos con que en los tiempos posteriores, hasta que se introdujeron las *quaestiones* para los casos de delitos de majestad y de peculado, siempre que se trataba de causas políticas, se hacía uso de la forma dicha de procedimiento tribunicio o plebeyo, y esto por todos los partidos. Por eso es por lo que a esta forma de procedimiento penal es a la que las noticias contenidas en los anales de Roma dan mayor importancia, y hasta casi exclusiva; una importancia mucho mayor seguramente que la que en realidad tuvo en la administración de justicia penal, por cuanto la referida forma de enjuiciar no se hizo extensiva a los delitos comunes, los cuales correspondían a la competencia de los cuestores.

En cuanto a las atribuciones penales propias de los ediles y no pertenecientes a las clases que vamos a estudiar, es poco lo que sabemos. Los ediles plebeyos —los cuales fueron instituidos al mismo tiempo que los tribunos del pueblo, tomando para ello como modelo a los cuestores, de la propia manera que los tribunos se modelaron tomando por tipo a los cónsules— parece que en un principio des-

empeñaban funciones auxiliares en el procedimiento penal tribunicio; sin embargo, estas funciones debieron tener menos importancia que la que tenía la intervención de los cuestores en el procedimiento penal patricio, debido a que los tribunos, al revés de lo que pasaba con los cónsules, sometían sin dificultad sus fallos judiciales a la decisión última de la ciudadanía, y eran ellos mismos quienes los defendían ante esta. Además, los ediles de la plebe tenían facultades para dictar por sí mismos sentencias penales y defenderlas ante la ciudadanía, a lo menos cuando se tratara de ofensas inferidas a su persona, facultades que continuaron teniendo aun después de terminada la lucha de clases, y que se hicieron extensivas a los ediles patricios que se crearon más tarde al lado de los plebeyos. Por lo demás, el derecho penal edilicio independiente juega en el procedimiento criminal romano un papel subordinado, si no legalmente, a los menos de hecho. Si en los juicios patricios de pena capital era difícil que el juez sentenciador pudiera sustituir la condena a pena de muerte por la condena a una multa en dinero, parece en cambio que en el procedimiento tribunicio era permitido al tribuno prescindir de la pena de muerte y condenar a una multa cuya cuantía fijaba a su arbitrio el mismo tribuno; la tradición refiere que acontecía de esta manera desde un principio, y de todos modos, es lo cierto que empezó a practicarse desde bien temprano. Como la pena de muerte política o por delitos políticos solía de hecho quedar anulada por sí misma, claro está que esta anulación contribuyó esencialmente a convertir los procesos políticos en procesos en realidad tribunicios. El procedimiento penal de los ediles no dio lugar nunca, hasta donde nosotros sabemos, a una condena capital. Con lo cual puede hallarse conexión el hecho de que los delitos que se hallaban formulados por la ley y comprendidos en ella, tal como el hurto de cosechas de que tratan las Doce Tablas, en lugar de ser sustanciados por el procedimiento capital en que intervenían los cuestores, se llevaban ante el tribunal del pueblo por la vía del procedimiento edilicio en que se imponían multas.

III. Encuéntrase a menudo en las leyes penales romanas una petición dirigida a los magistrados en general, para que estos hicieran uso del derecho que les correspondía de imponer a los autores de hechos punibles una multa pecuniaria en favor de la Caja de la comunidad o en favor de un templo perteneciente a esta última; pero se les invitaba a que lo hiciesen de manera que, por traspasar la multa los límites dentro de los cuales podía emplearse la coercición, se dejase libre el campo al multado para ejercer si quería el derecho de provocación ante la ciudadanía. Esta invitación alternaba frecuentemente con otra, que examinaremos en el capítulo IV, para que se pidiese ju-

dicialmente, por vía del juicio pretorio, una suma penal fija en favor de la comunidad. Semejante invitación no podía ser cumplida por los magistrados con *imperium*, ni por los censores, ni por los cuestores: no por los primeros, porque sus decisiones no debían ser sometidas a la aprobación de la ciudadanía; tampoco por los segundos, porque los censores no tenían facultades para convocar los Comicios, y tampoco por los cuestores, porque estos carecían, no solamente del derecho de convocar a los Comicios, sino también del de imponer multas. Quedaban, por tanto, como magistrados a quienes la invitación era aplicable, los tribunos del pueblo y los ediles curules y plebeyos. Se correspondían con estas disposiciones: de un lado, la lista o censo de individuos peligrosos y de mala fama formada en los tiempos medios de la República por los triumviros capitales, lista que, según todas las apariencias, era la que ofrecía a los magistrados el material necesario, los datos sobre que apoyar las correspondientes acciones o querellas; de otro lado, las numerosas demandas de grandes multas pecuniarias entabladas ante la ciudadanía por los ediles de ambas clases, así por los curules como por los plebeyos, demandas cuyos fundamentos jurídicos no estaban definidos en parte alguna. Los hechos punibles que lo eran por los motivos que acabamos de decir respondían a la mentada concepción. Encontramos la indicación de referencia en una ley penal contra el establecimiento de pesas y medidas falsas por parte de los magistrados. Las acciones penales edilicias se refieren principalmente a la usura de dinero, a la usura de grano y a la deshonestidad. El fondo de las medidas que nos ocupan lo constituían en general, no abusos políticos, sino abusos que entrañaban un peligro común, abusos que se incluyeron en las leyes criminales en época relativamente tardía. El ejercicio de las funciones de que tratamos —funciones subordinadas si se las pone en parangón con los procesos propiamente políticos, pero las cuales han de comprenderse, sin embargo, dentro del concepto general del procedimiento por causa de delitos contra el Estado— podía corresponder seguramente tanto a los tribunos del pueblo como a las dos clases de ediles; no obstante, estos últimos debieron ser los únicos que regularmente lo practicaron, lo cual se concilia muy bien con las observaciones que anteriormente quedan hechas acerca de las facultades penales que tribunos y ediles tenían, además de que muchas veces los delitos en cuestión eran referentes a la policía de vías y mercados, policía que entraba en la competencia de los ediles. De la propia manera que acontecía con las leyes mencionadas, en que se invitaba a la magistratura a imponer penas pecuniarias por ciertos hechos punibles, las cuales penas debían traspasar los límites legales dentro de los que se podía hacer uso de ellas por vía de simple coercición, a

fin de que quedara abierto el campo para entablar contra las mismas la provocación ante los Comicios, de la propia manera concedióse también al pontífice máximo, que ejercía no obstante funciones de magistrado, el derecho de imponer fuertes multas a los sacerdotes sometidos a su especial potestad disciplinaria, cuando no cumplieran sus obligaciones religiosas, pero se hizo bajo la condición de que pudiera apelarse contra semejantes multas ante los Comicios.

El principio de la colegialidad, que en todas las demás cosas tuvo completo predominio en la organización republicana, fue, sin embargo, vencido, en cuanto a la pronunciación de la sentencia, por el más antiguo y más fuerte de la indivisibilidad de la función judicial, por el de la indivisibilidad de la judicación. Muéstranos con la más evidente claridad este fenómeno en las formas antiquísimas del juicio; tal sucede con los *duumviro*s para la *perduelión*, uno solo de los cuales daba el fallo, y con los *cuestores*, uno solo de los cuales también era el que dirigía el asunto, aunque con asistencia de los otros colegas, según el esquema de los Comicios. Pero no puede haber duda de que también emplearon regularmente este procedimiento penal los colegios de los tribunos del pueblo y de los *ediles*, sobre todo si se tiene en cuenta que, aun cuando cada uno de estos podía dejar sin efecto el acto del colega por medio de la intercesión, sin embargo, el fallo formal era pronunciado por uno solo.

El tribunal del pueblo, *iudicium populi*, y la ley del pueblo, la *lex populi* o *publica*, correlativa de aquel *iudicium*, pero rigurosamente distinta de él, diferenciábanse entre sí aun exteriormente, porque mientras el primero recibía por lo regular su nombre del magistrado que lo dirigía, a la segunda no se le daba jamás el nombre de dicho magistrado; ahora, uno y otra, tribunal del pueblo y ley del pueblo, fueron las dos manifestaciones primitivas del principio romano, según el cual, el conjunto de los ciudadanos era lo que representaba a la comunidad y donde residía la soberanía. Según la tradición, el tribunal del pueblo para asuntos penales se remonta a la época de los reyes, puesto que la misma nos enseña que quien concedía la gracia era la ciudadanía, no el magistrado. Lo de que la magistratura empezó a tener limitaciones en su obrar, puestas por el tribunal del pueblo, a partir del momento en que la soberanía de los reyes se cambió en un Estado libre, puede no ser más que una leyenda; lo único que hay de cierto es que con ese cambio se acentuó mucho más la unión necesaria del principio democrático con la potestad exclusiva de la ciudadanía para disponer de la vida de los ciudadanos.

El tribunal del pueblo podía ser convocado para que entendiese contra cualquiera de las sentencias penales pronunciadas en juicio pú-

blico en que estuvieran interesados ciudadanos, siendo indiferente el delito sobre que hubiese recaído el fallo apelado y siéndolo también el que hubiera pronunciado este un juez de los de la ~~perduelión~~, o un ~~cuestor~~, o un tribuno del pueblo, o un edil, o el pontífice máximo, y no importando tampoco nada para el caso el que la sentencia en cuestión condenase a pena de muerte o a fuertes penas pecuniarias, a partir del instante en que estas últimas fueron consideradas como medios de los cuales podía hacerse uso en general en el juicio público. Como veremos más detalladamente en el siguiente libro, cuando nos ocupemos en un capítulo especial de los medios o recursos jurídicos, la provocación no se les concedía a los no ciudadanos ni a las mujeres, excepción hecha de los pocos casos que allí mismo expondremos; tampoco se admitía contra ninguna sentencia dada fuera del procedimiento penal público; por tanto, estaba prohibido utilizarla contra los fallos dados con arreglo al derecho doméstico y contra los daños con arreglo al derecho de la guerra, igualmente que contra las sentencias dictadas en el procedimiento privado y contra las que pronunciasen las *quaestiones*.

Según la tradición, la ley consular *valeria* fue la que estableció, al comienzo de la República, como queda dicho, la provocación obligatoria en el procedimiento penal, establecimiento que luego vinieron a sancionar de una manera fija y determinada las Doce Tablas; más tarde las leyes *porcias*, del siglo VI probablemente, y la ley de C. Graco, del año 631-123, insistieron de nuevo sobre la misma institución, impidiendo, sobre todo la última, el que la provocación fuera eludida, haciendo que el procedimiento penal seguido ante el magistrado envolviera la pérdida del derecho de ciudadano lo mismo que la envolvía el procedimiento por *perduelión*.

El procedimiento penal en que intervenían el magistrado y los Comicios se componía de cinco partes, a saber: el emplazamiento o señalamiento de un término (*diei dictio*), la instrucción sumarial (*anquisitio*), la pronunciación de la sentencia por el magistrado (*iudicatio* y *multae irrogatio*), la interposición de la apelación para ante la comunidad (*provocatio*) y la decisión final dada por los Comicios (*iudicium populi*).

1º.—Al emplazamiento del inculpado (*diei dictio*) precedía, claro es, por regla general, la instrucción sumarial verificada por el magistrado y de la cual hemos hablado en el capítulo anterior, instrucción que cuando iba dirigida contra ciudadanos romanos determinaba al magistrado a hacer el emplazamiento, y era lo que constituía la base del procedimiento en que intervenían el magistrado y los Comicios. Pero jurídicamente no había necesidad de la instrucción sumarial previa, y de hecho no se hacía uso de la misma cuando el juez penal po-

día prescindir de ella, como sucedía, por ejemplo, cuando se tratara de un hecho punible cometido contra él mismo o cuando le bastara con apoyarse en la opinión pública para ejercer acción contra una persona determinada. El emplazamiento del culpable para un día fijo era lo que daba su nombre a este trámite del procedimiento, y se diferenciaba el mismo del procedimiento en que no intervenía nadie más que el magistrado, en que si bien este último permitía semejante emplazamiento, sin embargo, podía dejar de hacerse uso de él y pasar inmediatamente a la sustanciación. De la importante y difícil cuestión tocante a saber hasta qué punto el magistrado, con el objeto de estar seguro de que el emplazado comparecería en el día señalado, podía proceder al arresto del mismo en el momento de emplazarlo, o cuando menos exigirle una fianza (*vadimonium*), así como de las consecuencias jurídicas que produciría la no comparecencia, trataremos en el último capítulo de este libro. Parece que no era legalmente necesario designar de un modo directo y próximo el fundamento de la acción.

2º.—La instrucción sumarial, *anquisitio*, la cual, tanto por su nombre como por lo que realmente era, se correspondía con la *quaestio* del procedimiento en que solo intervenía el magistrado, se diferenciaba de esta última, principalmente, porque cuando se tratara de resoluciones inminentes, pero definitivas, que habían de ser tomadas por los ciudadanos, claro es que no había más remedio que hacer tal instrucción o *anquisitio* en presencia de la misma ciudadanía avisada y congregada al efecto (*in contione*), y además, porque no bastaba con que hubiese llegado el primer término para continuar el procedimiento, sino que en este caso el magistrado tenía que diferir el juicio por segunda vez, señalando un nuevo día (*prodicere*), de suerte que la anquisición del asunto se verificaba en tres días diferentes, separados unos de otros, cuando menos por el espacio de otro día. En este procedimiento, el magistrado había de exponer ante la ciudadanía los elementos constitutivos del delito. Tocante a las modalidades de la prueba, nada exacto nos ha transmitido la tradición; pero el examen o interrogatorio del acusado, para hacer el cual no puede menos de haberse reconocido derecho al magistrado, y las pruebas testifical y documental, de que nos ocuparemos en el libro siguiente, fueron cosas que, en lo esencial, probablemente pasaron desde esta forma de procedimiento que ahora nos ocupa al procedimiento de tiempos posteriores. Sobre todo, por esta vía hubo de venir a tener existencia, al lado de la defensa que de sí mismo podía hacer el reo en el procedimiento en que solo intervenía el magistrado (p. 105 y 106), autodefensa que también aquí era lo que ocupaba el primer lugar, el patrocinio jurídico y la defensa por medio de tercera persona. El defensor, tal

y como hoy existe, fue sin duda tan desconocido en el procedimiento en que intervenían el magistrado y los Comicios como lo fue en el que solamente intervenía el magistrado; pero como durante la *contio* todo ciudadano que no estuviera tachado de mala conducta podía pedir la palabra, y el magistrado que dirigía la reunión tenía facultades legales para negársela, si bien cuando se tratase de las reuniones de la ciudadanía que iba a resolver definitivamente el asunto era preciso que el magistrado hiciera un uso moderado y discreto de semejante derecho, es claro que nos encontramos con una forma de abogar por otro necesariamente ligada con el procedimiento de que se habla.

3º.—Terminado el trámite de la prueba, el magistrado pronunciaba la sentencia, la cual, si no absolvía al reo, o había de condenarlo a muerte (*iudicium*), o a una pena pecuniaria, cuya cuantía fijaba el juzgador a su arbitrio, siendo indiferente para el caso que tal multa fuera destinada a la caja de la comunidad (*multam inrogare*) o a un templo de esta última (*in sacrum iudicare*). El magistrado no tenía obligación de atenerse a las peticiones de penas hechas cuando se habían señalado los plazos, es decir, en los emplazamientos, sino que podía aumentarlas o disminuirlas. No era posible combinar e imponer a la vez los dos medios penales de que se acaba de hablar, como se verá claro por lo que vamos a decir acerca de la diversidad de instancias de apelación.

4º.—El condenado por esta sentencia podía oponerse a la ejecución de la misma invocando contra ella una decisión última y definitiva de la ciudadanía soberana; es decir, que podía interponer la provocación contra el magistrado, ante los Comicios. Esta apelación producía efecto suspensivo; pero si el magistrado no la atendía y ejecutaba la pena de muerte no obstante la provocación interpuesta, en tal caso su acción se consideraba lo mismo que si la hubiera realizado un simple particular, y por consecuencia, se le condenaba a muerte; de nada le servía para estos efectos desempeñar un cargo oficial. El tribunal del pueblo era, esencialmente una instancia de gracia, como se verá en el correspondiente capítulo. La sentencia dada por el magistrado no podía ser modificada por los Comicios, agravándola o atenuándola; los Comicios no podían hacer más que confirmarla o anularla. Las leyes que tenía que respetar el juez penal no obligaban a la ciudadanía soberana, y por consiguiente, cada uno de los miembros de esta era libre para votar porque la justicia siguiera su curso y se cumpliera, o por que se perdonase la pena al condenado; el asunto se resolvía por mayoría de votos.

5º.—Una vez que se hubiera interpuesto la provocación, el magistrado debía convocar a la ciudadanía, siendo de advertir que en los

tiempos históricos no era ya la asamblea por curias la que intervenía en este asunto. En los primeros tiempos de la República, el magistrado patricio convocaba a las centurias patricio-plebeyas, y el magistrado plebeyo a las tribus plebeyas, teniendo una y otra asamblea, o pretendiéndolo cuando menos, plena igualdad de atribuciones. Sin embargo, en el Código de las Doce Tablas se atribuyeron los juicios penales capitales exclusivamente a la competencia de la «mayor asamblea del pueblo», esto es, a los Comicios centuriados, y se privó de tal competencia a la asamblea de los plebeyos, en la cual no tenían intervención los patricios. Este mismo sistema se conservó por todo el tiempo que estuvo vigente la República. Había la dificultad, con respecto a la convocación de referencia, de que los Comicios por centurias no podían ser convocados más que por algún depositario del *imperium*, y los tres magistrados con facultades para presentar la acción capital, o sea los duumviros de la perduelión, los cuestores y los tribunos del pueblo, no poseían el indispensable *imperium*. Mas es de presumir, con respecto a las dos primeras clases, que los cónsules, al mismo tiempo que los nombraban para el fin determinado de la administración de justicia penal, les trasfiriesen los auspicios consulares de que habían menester para poder convocar a los Comicios centuriados; y por lo que toca a los tribunos del pueblo, está demostrado que el pretor urbano les prestaba los necesarios auspicios para que pudiesen presentar ante las centurias los procesos capitales. Háblase, además, en los casos de acción capital, de una interrogación previa al Senado; y como el magistrado, una vez interpuesta la provocación, podía dejar a un lado el proceso, claro es que hay que referir lo dicho a la costumbre de nombrar consejeros para pedirles dictamen en los casos en que hubiera que tomar resoluciones importantes (p. 97 y 98), y en el caso de que se trata debe suponerse que el magistrado se dirigía al Senado, en cuanto *consilium publicum*, para pedirle su opinión. Sin duda alguna, el magistrado que hacía la pregunta no estaba jurídicamente obligado a atenerse al dictamen que se le hubiera dado. Es probable que las acciones que hubieran de dar lugar a multas no pudieran ser llevadas ante los Comicios por centurias. En el procedimiento penal tribunicio pudo ocurrir esto desde un principio con relación a la plebe; a lo que parece, las Doce Tablas no dispusieron nada tocante a este particular, y por lo tanto, permitían tácitamente el trámite en cuestión. A partir de entonces, la resolución final en el procedimiento de que se trata correspondía a la asamblea de las tribus patricio-plebeyas en los casos de provocación contra los ediles curules y contra el pontífice máximo, y a la asamblea de las tribus meramente plebeyas en los casos de provocación contra los tribunos del

pueblo y contra los ediles plebeyos. La convocación de los Comicios, la cual se llamaba también «cuarta acusación» (*quarta accusatio*) cuando se la consideraba en sus relaciones con los tres términos o plazos de la *anquisitio*, estaba, por su parte, sometida a las mismas reglas que se aplicaban a todas las asambleas de la ciudadanía reunidas para tomar acuerdos, y por tanto, había que anunciar por escrito la acción o acusación penal de que se tratase, y la ciudadanía tenía que ser avisada *in trinum nundinum*, esto es, con veinticuatro días de anticipación. Pero el juez penal o, cuando se tratara de un juicio capital tribunicio, el pretor a quien correspondiera fijar el plazo, podían señalar uno más corto si así lo pidiera el acusado. Una particularidad del tribunal del pueblo consistía en que si por cualquier motivo trascurría este plazo sin utilizarlo, no se señalaba uno nuevo, sino que la acusación quedaba abolida por este solo hecho. Respecto del procedimiento mismo, las noticias que tenemos son insuficientes; no está demostrado, pero tampoco es inverosímil, que en este trámite final no se realizase discusión contradictoria alguna, sino que se procediese inmediatamente a la votación. Esta se verificaba, aun en el último siglo de la República, verbalmente; pero con el objeto de facilitar la emisión del voto por parte de los ciudadanos conforme a los deberes y a las convicciones de los mismos, aun en el caso de que los acusados fuesen personas poderosas, se introdujo el voto escrito y secreto, introducción que se llevó a cabo, gracias al partido reformista aristocrático, primeramente por la ley de L. Cassio, el año 617-137, para todos los demás juicios populares que no fueran causas por perduelión, y después, por la ley de C. Celio Caldo, el año 647-107, aun para los procesos por perduelión.

El tribunal de la ciudadanía romana era la expresión jurídica y plena de la libertad que correspondía al ciudadano romano. Si el derecho penal público representaba en general la prepotencia de la colectividad sobre los particulares ciudadanos, es decir, si de esta manera se daba forma exterior al concepto del Estado, singularmente concediendo a los magistrados facultades discrecionales ilimitadas, en cambio, cuando se hacía uso del tribunal de la ciudadanía, el magistrado quedaba subordinado a esta última, y su arbitrio discrecional, que precisamente de este modo venía a ser encerrado dentro de límites legales, era sustituido por el arbitrio de la comunidad soberana de los ciudadanos, superior a la ley. La coercición se convertía de esta suerte en juicio, en judicación. Pero este poderoso hecho, mediante el cual se ponían trabas al *imperium* de los magistrados, llevaba también impresas las huellas de lo que le había servido de germen. En efecto, aquella potestad en virtud de la cual el magistrado era quien

daba la primera sentencia en el procedimiento penal en que intervenían los Comicios, no era otra cosa sino aquella misma potestad que le daba facultades para juzgar sin limitación de ninguna clase a las mujeres y a los extranjeros. Y si el depositario de esa potestad tenía la obligación de justificar en ciertos casos ante la ciudadanía el fallo que había dado, y hasta podía dejarse tal fallo sin efecto por la asamblea popular, eso no significaba que dicha potestad cesase de tener carácter arbitrario, sino únicamente que sufría restricciones en el mismo. Además, el arbitrio que acompañaba a toda resolución última y definitiva no se cambiaba porque el asunto se remitiese a la ciudadanía; no hacía más que variar de sitio. Hoy mismo no se halla sometido a la ley este procedimiento de igual manera que la potestad penal que corresponde al órgano de la misma en el tribunal del Jurado. El procedimiento penal por causa de perduelión y el por causa de parricidio no llegaron nunca a adquirir aquella fijeza legal que revistieron los procedimientos penales por hurto e injuria. En aquellos, había mayor libertad e independencia que en estos para determinar judicialmente el concepto del respectivo delito; mientras en los primeros se permitía la reunión de diversos hechos punibles como formando uno solo, en los segundos no se permitía; mientras allí se consentía la abolición o extinción de la pena por vía de gracia, en el procedimiento por jurados no se conocía trámite alguno de gracia o indulto. Era un hecho importante de autocorrección por parte del Estado, el de que la omnipotencia de los Comicios tuviera que callarse y contenerse cuando el magistrado hubiese absuelto al reo, y el de que ningún ciudadano pudiera ser condenado a grave pena pública sino mediante acuerdo entre la magistratura y la ciudadanía; sin embargo, también la gracia era una manifestación del arbitrio, y las absoluciones indebidas una manifestación de la injusticia. El derecho penal romano era, sin duda, la expresión más fuerte y genuina y el más alto reconocimiento de la libertad de aquellos ciudadanos; pero también demuestra la falta de sus virtudes, aquel duro egoísmo que no consentía extender los privilegios del ciudadano a las mujeres y a los no ciudadanos, aquella débil lenidad que se usaba en favor de los conciudadanos delincuentes, y aquel arbitrio, aunque domado, no abolido.

A pesar de todos los defectos e inconvenientes inseparables de tal institución, el tribunal de la ciudadanía arraigó de un modo notable, y de hecho subsistió hasta la caída de la República, con la cual desapareció. La historia de la República romana nos enseña cuán escasísimas veces se hizo uso durante ella de tribunales criminales *excepcionales*; *durante los primeros tiempos de la misma*, no se sabe de ningún caso en que se nombraran tribunales especiales suspendien-

do el derecho de provocación, y aun en los tiempos posteriores se acudió muy pocas veces a ellos. Los tribunales de perduelión establecidos para condenar a los defensores o partidarios de los Gracos y de Catilina vinieron, en realidad, a ser esto; pero la forma elegida al efecto, forma que estudiaremos al ocuparnos del tribunal consular-senatorio, demuestra, con sus obscuridades y subterfugios jurídicos, la enorme fuerza que conservaban el pensamiento y el sentimiento del derecho aun en los instantes en que se disgregaba el Estado verdaderamente libre. Como ya hemos visto (p. 27, 28 y 102), en Roma, si se exceptúan la dictadura, con la plenitud absoluta de poder que en su forma antigua le correspondía, y el decemvirato, no hubo hasta la época de Sila magistratura alguna que, por su propia y constitucional esencia, excluyese el funcionamiento del tribunal del pueblo. Claro está que la descomposición interna de la República trajo también consigo la desaparición del tribunal del pueblo; pero los hombres que gobernaron el Estado durante los últimos tiempos republicanos no buscaron el medio de suplir la falta con los tribunales excepcionales. La nueva forma de enjuiciar que se introdujo con las *quaestiones* permanentes no limitó tampoco en sus comienzos la esfera de acción del tribunal del pueblo. Más bien, lo que hizo la aristocracia partidaria de las reformas, y a la cabeza de ella el joven Africano, pocos años antes de la aparición de los Gracos, fue pedir y lograr la introducción del voto secreto (p. 119), para de este modo dar verdadera eficacia al tribunal del pueblo; había, pues, todavía entonces una poderosa palanca política, y los que anhelaban reformas no pensaban en suprimirla, sino en fortalecerla. Aun en estos tiempos continuó ejerciéndose y teniendo valor este resorte político; en efecto, la ley sobre las votaciones en las causas de perduelión, ley publicada treinta años después, había de hacer posible el ejercer la acusación capital contra el autor de la catástrofe cimbrina, y cuando menos, la existencia del mismo como ciudadano quedó reducida a la nada. Tres años después, todas las personas que hubieran sido condenadas por el tribunal del pueblo quedaban privadas, por disposición legal, de tener un puesto en el Senado. Al atribuir las causas por homicidio a la competencia de los jurados, lo que probablemente aconteció ya antes de la época de los Gracos, el homicidio del prójimo, del semejante, quedóle reservado al tribunal del pueblo, según veremos en el libro IV al ocuparnos del homicidio, y al tribunal del pueblo se llevó el conocimiento de tal delito todavía en el período de tiempo que va desde el año 649-105 a 652-102, igualmente que se llevó ante el mismo en el año 654-100 el conocimiento de un proceso por causa política. Sila fue quien real y verdaderamente

abolió el tribunal de los Comicios, y quien transfirió al tribunal del jurado la resolución de los asuntos penales que hasta entonces habían sido de la competencia de la ciudadanía. Pero la abolición legal del tribunal del pueblo tampoco la hizo él. De vez en cuando, y aisladamente, lo encontramos aplicado, o cuando menos en perspectiva de aplicación; v. gr., contra Q. Lutacio Catulo y L. Cornelio Merula, durante las revueltas de Mario el año 667-87, contra L. Rabirio el año 691-63, contra Milón en 698-56, y contra Cicerón. El último vestigio que encontramos del tribunal de la ciudadanía es la proposición de ley de Antonio para hacer extensiva la provocación a ciertas *quaestiones*; legalmente, el tribunal de referencia subsistió mientras hubo República. Augusto fue quien lo abolió y quizá sea más exacto decir que lo que hizo fue transformar el tribunal de los Comicios en tribunal consular-senatorio.

CAPÍTULO IV

EL PROCEDIMIENTO PRIVADO POR CAUSA DE DELITO

El *imperium* romano abarcaba a la vez, en punto a materias penales, el procedimiento penal público y el penal privado: del primero se hacía uso cuando se trataba de daños inferidos a la comunidad, y la forma en que se realizaba era la de la inquisición; el segundo se utilizaba en los casos de daños contra los particulares individuos, y era un procedimiento contradictorio entre dos partes, dañado y dañador, bajo un pie de igualdad, sometidas ambas al arbitraje de un magistrado. Como el procedimiento privado por causa de delito coincidía en lo fundamental con el procedimiento privado por causa de hechos no delictuosos, podemos remitirnos en general al procedimiento civil, y consagrar, por lo tanto, el presente capítulo a exponer aquellas observaciones especiales que puedan servirnos para explicar e ilustrar el procedimiento por *quaestiones*, o sea aquella nueva forma de procedimiento penal público, que no era otra cosa más que una transformación del procedimiento privado por causa de delito.

El procedimiento penal público y el procedimiento privado contradictorio por causa de delito estuvieron encomendados ambos en unas mismas manos hasta el año 387-367; el último de estos procedimientos lo dirigían también y lo fallaban los cónsules, o, en caso de ausencia de estos, o a falta de los mismos, aquellos otros magistrados que los representaban (p. 101). En el año citado es cuando por vez primera fue instituído un tercer puesto de magistrado supremo, al que se reservó el conocimiento de los asuntos judiciales privados; este puesto fue el de pretor. Más de un siglo después, o sea en el año 512-242, se dio a este pretor otro colega, destinado en todo caso a la administración de justicia dentro de la misma ciudad de Roma, pero para cierto género de asuntos; con lo que hubo dos pretores, encargados: el uno, llamado pretor urbano, de regular los pleitos y negocios contenciosos entre romanos, o entre romanos y latinos; el otro, el pretor para los peregrinos, de regular todos los demás asuntos entre partes cuando una de estas, o ambas, careciesen del derecho de ciudadanos romanos, o del derecho latino. En la ciu-

dad de Roma no se conocieron otros depositarios del *imperium* a quienes estuviese encomendada la dirección de los procesos privados propiamente dichos que a los magistrados correspondía. Los pretores eran los funcionarios destinados por la Constitución para el ejercicio de la jurisdicción, y según hemos ya observado anteriormente (p. 44 y 45), no correspondía a los mismos potestad coercitiva sino en tanto en cuanto sin ella era imposible administrar justicia. Del derecho de representar a los cónsules ausentes de Roma, derecho que competía singularmente al pretor urbano, y de la aplicación que para fines militares se hacía en casos excepcionales de estos magistrados, instituidos para funcionar precisamente dentro de la capital, podemos muy bien prescindir en este sitio.

La concepción jurídica de Roma, así en lo relativo al procedimiento penal privado como al público, partía del supuesto fundamental de la ilimitada potestad del magistrado (p. 18 y ss.), no en el sentido de que la inquisición y la punición pública de los delitos estuvieran confiadas a las mismas personas que la instancia contradictoria y la pena privada, sino en el sentido de que al rey Rómulo y a sus inmediatos sucesores se les reconoció la facultad de resolver por sí mismos, conforme a su discrecional arbitrio, los asuntos contenciosos, o de encomendar la resolución de los mismos a representantes libremente elegidos por ellos. Pero la misma tendencia democrática que puso limitaciones al derecho penal público mediante la provocación obligatoria, hízose valer también en la materia de delitos privados, y en general en todo el procedimiento privado, y a ella fue debido el que se impusiera la obligación de encomendar la resolución definitiva de los asuntos que revistieran tal carácter a jurados; este cambio lo introdujo el rey Servio Tulio, el precursor de la organización republicana. Desde aquel momento en adelante, el magistrado era, sin duda, quien de derecho resolvía las contiendas jurídicas; pero para que la condena fuese eficaz, era necesario que la misma se fundase en un veredicto cuya pronunciación se encomendaba a uno o más jurados.

A la incoación de los procedimientos que tenían lugar ante el pretor (*in iure*) eran aplicables en todo caso las normas generales relativas a los procesos privados por causa de delito: no cabe duda alguna de que también aquí se empleó, por regla general, en un principio, la forma del *sacramentum*; además, nos encontramos en este punto la forma agravada de las demandas, consistente en la imposición de manos, *manus injectio*, lo propio que nos la encontramos como medio de ejecución de las sentencias. Posteriormente, el lugar de la *legis actio* pretoria, vino a ocuparlo la *fórmula* que el pretor daba.

El sistema de encomendar la pronunciación del veredicto o fallo a tercera persona consistía primitivamente en confiar tal encargo a un solo individuo, al *iudex unus*, nombrado por el magistrado; el nombrado de esta suerte solía desempeñar su cometido pidiendo luego dictamen a un *consilium*. Como toda la administración de justicia hay que hacerla remontar hasta la organización originaria del Estado, la cual estaba calcada sobre la organización doméstica, es claro que en el más antiguo procedimiento por jurados no había nada que significase que el voto de la mayoría era el que debía prevalecer. Pero ya las Doce Tablas permitieron también otra forma de procedimiento, organizado conforme al modelo del anterior, o sea el juicio ante tres árbitros; también eran bastante antiguos los «recobradores», *recuperatores*, es decir, otro tribunal análogo al de los árbitros, que siempre funcionó como *collegium*. Entre los jurados y los recobradores había una diferencia de rangos; pues, en efecto, el ejercicio de la función de jurados correspondía a los senadores, de suerte que la misma lista de estos últimos era la que servía de lista de jurados, y de ella es de donde el magistrado había de sacar el *iudex* que daba a las partes, mientras que, por el contrario, el nombramiento de los *recuperatores* podía hacerlo dicho magistrado con entera libertad, y en los casos en que encontramos una lista de semejantes funcionarios, esta lista la formaba el mismo magistrado a su arbitrio. Cuando la ley no estableciera cuál de las dos formas de tribunal había de emplearse, el magistrado que dirigía el pleito podía elegir la que mejor le pareciese de entre ambas; por eso, aun en asuntos por motivo de delitos, nos encontramos a veces con un solo jurado; sin embargo, es de presumir que en las causas por delitos se hiciera uso preferentemente del procedimiento de los *recuperatores*, que se dice en algunas fuentes era el más rápido, y que además se hallaba a menudo expresamente prescrito para los casos de acciones penales ejercidas por los municipios; este procedimiento fue también el que dio origen a que se hiciera uso ordinariamente, para llamar a la sentencia, de la denominación «fallo colectivo», *condemnare*. Además de los jurados individuales y del tribunal de los *recuperatores*, ambos los cuales se nombraban y establecían únicamente para cada caso particular que hubieran de resolver, y no como tribunales permanentes, funcionaron también en concepto de jurados, y probablemente para fallar asimismo los delitos singulares cuya decisión se les encomendaba, algunos colegios. Así como las causas de libertad no se sometían al fallo de jurados, sino que las resolvían unos decenviros nombrados conforme a la regla de la anualidad que regía para el funcionamiento de los magistrados, y así como para las causas de herencia se introdujo una insti-

tución semejante a la anterior, que fue el tribunal de los centumviro, así también parece que, a mediados de la República, el procedimiento por el delito de usura, delito que tenía señalada la pena del cuádruplo, se encomendaba para su resolución a los triumviros carcelarios, instituídos hacia el año 465-289, los cuales habían de atenerse para dictar sus veredictos a las reglas procesales que el pretor les hubiese dado. Este procedimiento pudo hacerse extensivo después a otros delitos análogos.

El procedimiento penal que preferentemente debemos tener en cuenta, por ser el que más influjo tuvo en la evolución posterior del derecho criminal romano, es el establecido en interés de la comunidad, y cuya sustanciación tenía lugar ante el pretor, con las formalidades de los juicios civiles, pero agravadas; nos referimos al *iudicium publicum*. No se tomaban aquí en consideración las pretensiones jurídicas originadas por causa de la administración del patrimonio de la comunidad, ni las provenientes de contribuciones e impuestos, ni aquellas otras que tuviesen su fundamento en contratos celebrados por la comunidad. Las controversias que nacieran sobre estos asuntos eran reguladas por los magistrados correspondientes, sobre todo por los censores y sus representantes y por los cuestores; y si aun aquí se verificaba de hecho un verdadero juicio, la verdad es que tanto aquellos magistrados como estos carecían de *imperium* jurisdiccional y que, por tanto, la lucha o procedimiento contradictorio que al efecto se verificase trascendía de los límites propios del derecho privado. Pero tampoco tratamos aquí de los derechos de la comunidad, que esta hiciese valer por medio de acciones civiles, tales, v. gr., las demandas por daños causados en los campos públicos o en los acueductos públicos, u otras demandas de la comunidad por motivos análogos; estos derechos se hacían valer en lo esencial lo mismo que todos los otros. Es difícil que en el antiguo derecho privado se conociera en general este concepto de acciones civiles privilegiadas en interés público. Pero durante los últimos siglos de la República se dieron varias leyes especiales, que si por un lado establecieron, con relación a las multas señaladas por las mismas para ciertos hechos punibles y en beneficio de la comunidad, la limitación de que no habían de ser los administradores de los bienes públicos quienes debían decidir la cuestión tocante a saber si se había cometido un acto y si se había hecho efectiva la multa, sino que esto había de resolverlo el tribunal civil, lo mismo que cuando se trataba de obligaciones o deudas en dinero, de suerte que hasta que no tuviese lugar semejante resolución, no podían las autoridades administrativas percibir el importe de las multas de carácter penal; por otro lado, concedieron una posición privile-

giada al demandante que interpusiera estas acciones por multas. Y lo que se acaba de decir se hizo después extensivo también a algunas acciones civiles que no se entablaban en beneficio de la comunidad, singularmente a las procedentes de la usura y a las acciones pretorias por causa de defraudación a los menores de edad, por cuanto en estos casos se consideraba que tenía interés también la comunidad. El *iudicium publicum*, como correlativo del *iudicium privatum*, era, lo mismo que este, una acción civil, hasta el punto de que ni siquiera en los tiempos posteriores, cuando se dio una organización distinta al procedimiento criminal, originándose el tribunal del jurado presidido por un magistrado, ni siquiera entonces fueron excluidas las acciones privilegiadas que se hacían valer ante el pretor civil del círculo de los *iudicia publica*, como quedará demostrado en el capítulo siguiente.

Los privilegios otorgados a los *iudicia publica*, la mayor parte de las veces con motivo de los juicios celebrados por causa de hechos delictuosos, privilegios cuya extensión se regulaba sin duda alguna en cada caso particular, y que, por consecuencia, consentían multitud de modificaciones, dieron por resultado la aproximación de los pleitos civiles a los procesos penales públicos. Tales *iudicia publica* vinieron a convertirse en el moderno procedimiento criminal, que hasta tenía igual denominación técnica que ellos; pero aquí nos referimos a aquellos *iudicia publica* que precedieron a la evolución de este procedimiento criminal, y como no pertenecen a él, no deben ser estudiados en él.

1º.—Mientras que la acción civil por causa de delito únicamente correspondía en general al perjudicado por este, esa acción venía por fuerza a coincidir con el procedimiento penal público en los casos en que era la misma interpuesta en interés de la caja de la comunidad. Del derecho de entablar la acción en estos casos, derecho cuyo ejercicio, ora lo limitaban a la magistratura ciertas leyes especiales, ora se permitía a todo ciudadano, nos ocuparemos nuevamente en el libro v. Mas la existencia del oficio o industria de los cuadruplicadores nos demuestra que la acción por causa de usura podía ejercerla alguien más que el deudor usurario; y del propio modo, es cuando menos muy probable que en los casos de fraude cometido contra los menores de edad, no estuviera limitado tan solo a estos mismos el derecho de demandar.

2º.—Mientras que en las demandas civiles por causa de delito, el actor mismo era quien en general había de proporcionarse y alegar los medios de prueba, y singularmente él era quien había de preparar la comparecencia de los testigos necesarios, en el procedimiento penal público, al revés, el magistrado tenía facultades ilimitadas para citar a

quien bien le pareciese. En el *iudicium publicum* se adoptó como criterio una vía intermedia, consistente en conceder al actor el derecho de obligar a comparecer a los testigos, pero solo a un número máximo de estos, número que fijaban las distintas leyes especiales correspondientes, y que era diverso de unas a otras; este privilegio lo encontramos con frecuencia reconocido en la leyes que prescribían multas pecuniarias en favor de la comunidad.

3º.—Mientras que en casos de demandas civiles por causa de delito, lo general era que en la sustanciación de las mismas ante los jurados no tuviese el actor facultades para interrogar al demandado, de suerte que de la «pregunta», de la *quaestio* — la cual era el criterio distintivo del procedimiento penal público, tanto en la realidad como por parte del lenguaje—, no se permitía hacer uso en el juicio por acciones privadas, al revés, en los *iudicia publica* por multas debidas a la comunidad en virtud de disposiciones legales, el ejercicio de la facultad de interrogar era un derecho reservado con frecuencia al magistrado, reserva que en los tiempos primitivos fue acaso la regla general; en el caso de que se trata no puede haber carecido tampoco el magistrado del derecho de preguntar delante de los jurados. De aquí que, en general, y hablando con todo rigor, la *quaestio* era lo que diferenciaba el procedimiento penal público del *iudicium publicum*, o sea del procedimiento privado privilegiado; sin embargo, también se daba el nombre de *quaestiones* cuando menos a aquellos juicios penales en los que un magistrado era quien desempeñaba el papel de demandante privado. Mas no por eso se debe creer que dicho procedimiento se hizo extensivo a aquellos *iudicia publica* en los que el actor no era magistrado, es decir, a aquellas acciones penales que entablaba un particular en beneficio de la comunidad, igualmente que a las acciones por causa de usura y a las ejercidas por fraude causado a un menor de edad; todo *iudicium publicum* tenía su fundamento en leyes especiales, y podía participar con mayor o menor amplitud de los privilegios reconocidos a los juicios de su clase.

4º.—También en otros respectos nos encontramos con privilegios procesales que acaso pertenezcan a la categoría de los que ahora estudiamos: tales como la celebración de audiencia por el tribunal en virtud de la simple petición del actor y sin que precediera la litiscontestación, y la remisión del asunto a los jurados para que lo fallasen dentro de un plazo corto. A todos estos particulares es aplicable, con mayor razón aún que a la obligación de ser testigo, lo que dijimos al hablar de esta, o sea que se trata aquí de privilegios enteramente singulares, que si podían acompañar a algunas acciones, no se concedían en general a todas las de la misma especie.

CAPÍTULO V

EL JUICIO POR JURADO BAJO LA PRESIDENCIA DE UN MAGISTRADO

El procedimiento penal ordinario de los tiempos posteriores de la República y de la época del Principado era un procedimiento por jurados bajo la presidencia de un magistrado revestido de *imperium*, y fue originado por efecto de una combinación de las dos antiguas formas del procedimiento penal, o sea de la combinación del procedimiento inquisitivo que sustanciaba el magistrado por sí solo, sin intervención de partes, y del procedimiento privado por causa de delitos, seguido ante jurados, pero con la limitación de ser el magistrado quien regulaba formalmente el juicio. Este procedimiento fue una novedad, en cuanto que reunió y trasformó los sistemas procesales vigentes, aquellos de que se hacía uso. En primer lugar, debemos hacer el examen de la terminología empleada en este procedimiento, por donde vendremos en conocimiento de que, más bien que la transformación de las antiguas formas, lo que aquí se nos ofrece con toda claridad es el apartamiento de ellas.

Llamábase dicho procedimiento, de conformidad absoluta con su verdadera índole, ora *iudicium publicum*, ora *quaestio*, ora *accusatio*, siendo de advertir que se hacía uso indistintamente de cualquiera de estas denominaciones, porque en sustancia todas significaban lo mismo.

Iudicium publicum era, según queda explicado en el capítulo anterior a este, el proceso seguido con arreglo a las formalidades del derecho civil, en beneficio de la comunidad, y por lo tanto, privilegiado bajo diferentes conceptos. De esta clase eran todos los juicios por jurados que se celebraban bajo la presidencia de un magistrado, y también, como anteriormente hemos dicho (p. 126), otros en que no se hacía uso de tal presidencia; Cicerón emplea todavía muchas veces la referida denominación en este sentido amplio. Sin embargo, ya en esta época parece que el concepto de *iudicium publicum* se apli-

caba con preferencia a los procesos de la primera clase; en la evolución posterior del derecho se fijó dicho concepto con un rigor y una precisión grandes, que no daban lugar a dudas, y tal fue la denominación que se conservó como técnica y oficial. Basta recordar, para convencerse de ello, las prescripciones procesales de las leyes julias para los *iudicia publica* y los *iudicia privata* (p. 90), y las obras jurídicas de *iudiciis publicis*, las cuales serán por nosotros examinadas en la introducción al libro IV.

Una cosa análoga sucedía con la voz *quaestio*. La «cuestión» significa que el proceso lo rige el magistrado, y por consiguiente, tal denominación era perfectamente adecuada para designar todos los juicios por jurados bajo la presidencia de un magistrado; mas no se aplicaba solo a estos, sino también, y muy singularmente, a todo proceso penal público en que no intervenía más que el magistrado, o en que intervenían el magistrado y los Comicios, y además, a los juicios civiles que no se verificaban bajo la dirección del magistrado, pero en los cuales era este quien tenía el derecho de hacer las preguntas. Ahora bien, la adquisición del procedimiento en que intervenían magistrado y Comicios fue desapareciendo gradualmente (p. 116 y ss.), y en aquel otro en que no intervenía más que el magistrado, el uso de la palabra *cognitio* fue proscribiendo el de la palabra *quaestio*; por otra parte, los juicios en que solo el magistrado tenía facultad para hacer las preguntas, pero sin que a él mismo le correspondiese la presidencia, hubieron de tener en general escasa importancia. De manera que la voz *quaestio* —juntamente con *quaerere* y *quaesitor*— vino a ser la segunda de las denominaciones técnicas de aquella actividad que ejercían los magistrados que presidían los tribunales de jurados, y la significación que el uso le daba era equivalente a la de *iudicium publicum*. En la literatura jurídica de los tiempos posteriores cayó dicha palabra en desuso, y es de creer que el hecho fuese debido a la circunstancia de que lo que con ella se designaba entonces era ante todo la presidencia de los altos tribunales de justicia, y estos tribunales estaban agonizando o habían ya desaparecido en la época a que pertenecen los principales vestigios que han llegado hasta nosotros de esa institución.

Otra cosa sucedió con la *accusatio*. *Accusare*, voz derivada de la ambigua *causa*, causa, y por lo tanto, también carga, significaba en el lenguaje antiguo, lo mismo que *incusare*, la inculpación, por lo que *excusare* significaba lo contrario, la exculpación, sobre todo en el sentido moral. En los antiguos tiempos, la palabra *accusare* no era una expresión de valor jurídico; Plauto y Terencio, que la emplean a menudo, no le dan nunca una significación procesal. En general, el actor

en el procedimiento privado no se servía de ella, por lo mismo que no tenía que lanzar necesariamente un reproche, una censura moral contra su adversario; y aun en los casos en que se interponía acción por causa de un delito privado, era frecuente que este no se imputara personalmente al demandado. En el procedimiento inquisitivo en que intervenían los magistrados y los Comicios, no era pertinente la *accusatio* en la primera instancia, porque el magistrado no entraba en esta, o al menos no debía entrar, con la convicción de que el procesado era culpable; pero sí era perfectamente oportuna, y por eso solía hacerse uso de ella cuando el encargado de hacer la inquisición comparecía ante los Comicios luego de haber puesto en claro la culpabilidad del reo. En el procedimiento por jurados con intervención del magistrado, procedimiento que tenía su base en el principio ético del derecho penal, lo mismo que el juicio en que intervenían el magistrado y los Comicios, la demanda significaba no solamente demanda sino, necesariamente, inculpación moral, y como inculpación moral, una *accusatio*. Esta palabra no llegó a adquirir un valor técnico, como lo adquirieron las de *iudicium publicum* y *quaestio*. Verdad es que en los acuerdos del pueblo se hacía referencia al *iudicium publicum*, lo cual implicaba siempre también una *accusatio*; pero ni siquiera en el lenguaje jurídico se limitaba el uso de la voz a este solo caso, sino que se extendía además a otras inculpaciones que entraban bajo el dominio de la ley ética, como cuando se trataba de juicios en que se imponían multas, de la querrela por inoficiosidad, de peticiones encaminadas a la deposición o remoción de los tutores infieles. La *accusatio* era, por otra parte, un *iudicium publicum*, por cuanto el llamado procedimiento extraordinario, contrapuesto al *iudicium publicum* de las leyes penales, era un procedimiento acusatorio, dado caso que en él se requiría y se permitía la existencia de partes. La palabra *accusator* no implicaba en general censura alguna, como la implicaba la palabra *delator*, que realmente significaba lo mismo que aquella; del *delator* nos ocuparemos en el libro siguiente.

La voz *accusator* se refería al procedimiento penal, a lo menos preferentemente; en cambio, no se conocía en este mismo procedimiento palabra alguna que sirviese para designar en general al demandado o acusado. *Reus*, por razón de su procedencia etimológica, no significaba más sino la parte en el procedimiento privado, cualquiera que fuese la forma de este y el papel que en el mismo correspondiera desempeñar a cada una de las partes; en efecto, *res*, de donde *reus* se deriva, era una palabra que se aplicaba frecuentemente, igual que nosotros lo hacemos con la palabra cosa, a las cosas jurídicas con especialidad. El nombre de *reus* dejó de usarse muy pronto con aplicación

al demandante y quedó solo para el demandado, por regla general, pero sin distinguir, a lo menos en el uso jurídico, entre el demandado del juicio civil y el del juicio penal.

El tribunal del jurado bajo la presidencia de un magistrado tenía siempre por base algún acuerdo del pueblo, por cuanto no podía constituirse sino alterando la competencia legal de la magistratura o instituyendo nuevos magistrados. Pero no hubo ley general ninguna sobre procedimientos que diera origen a semejantes tribunales. Introdújolos, veinte años antes de la aparición de los Gracos, L. Calpurnio Pizón, a quien se llamó por sobrenombre el creador del derecho, hombre honrado y sobrio (*frugi*), cónsul en el año 621-133, censor en 634-120, que también trabajó como historiador, uno de los mejores hombres de Roma, adversario resuelto, así de la corrupción aristocrática como de la prepotencia democrática. Al hacer su primera aparición en la vida pública, como tribuno del pueblo, el año 605-149, creó, por plebiscito, esta nueva forma de procedimiento para los cohechos cometidos por los magistrados. Después, esta misma forma se fue extendiendo, por medio de leyes especiales, a toda una serie de delitos, aunque con bastante variaciones y modificaciones en los detalles. El Estado romano no llegó a formar un código penal; sin embargo, a Sila debe atribuírse una compilación de los delitos que habían de ser perseguidos en la forma a que nos venimos refiriendo, con lo que, y con la adición hecha luego del parricidio por una ley de Pompeyo, y del adulterio por otra ley de Augusto, quedó perfectamente deslindado de una vez para siempre el campo de acción de los tribunales de jurados presididos por magistrados, de manera que empezó a existir así una denominación y una lista fija de los varios delitos sometidos a tal procedimiento. La ley julia sobre la organización del procedimiento criminal, esto es, la *lex Julia iudiciorum publicorum* (p. 90 y ss.), reguló de una manera definitiva el círculo de estos delitos. En tal concepto, el *iudicium publicum* se consideraba tener su base en la ley, no en el sentido en que podía decirse esto de todo procedimiento jurídico en general, sino en el sentido de que existía un acuerdo del pueblo tomado en consideración especial al delito de que se tratara; la manera de designar esto técnicamente en un principio era el considerar tales delitos como propios de la competencia del pretor, *qui ex lege illa quaerit*. En la época del Principado se juzgó perfectamente lícito el ampliar el concepto de los elementos constitutivos de los delitos regulados por la ley, y se hizo perfectamente así bastantes veces, no solo por vía de la interpretación extensiva, sino también traspasando los propósitos del legislador por medio de acuerdos del Senado o de constituciones imperiales al efecto. Mas, adicio-

nes de otras categorías de delitos a los anteriormente comprendidos en las leyes, no las encontramos hasta los tiempos posteriores a Constantino, y aun entonces solo se adicionan al rapto, y sobre todo la herejía.

Si concebimos el *iudicium publicum* como un juicio ante los jurados con el magistrado, que es como debe ser considerado en sus orígenes, según todas las probabilidades, advertiremos que esta definición es de hecho, y bajo el aspecto procesal, aplicable a la vez que a toda reclamación, ya por delitos, ya por motivos no delictuosos, a todo delito que hubiera de ser castigado con solo que el lesionado por el mismo lo pidiera. En realidad, la acción *de repetundis*, que es la que dio origen a esta forma de proceso, no era en sus comienzos, según el sistema romano, una *condictio* fundada en hechos delictuosos; y que el procedimiento a instancia de parte no era incompatible con el concepto de *iudicium publicum*, nos lo demuestran, además de las acciones por cohecho de los magistrados, las acciones por injurias, las cuales indican claramente que el concepto de *iudicium publicum* no tenía otro valor que el meramente procesal, dado caso que tal forma de procedimiento no era aplicable sino a las injurias graves. Ahora bien; la ciencia jurídica romana, tal y como nosotros la conocemos, o sea como ciencia que corresponde esencialmente a una época en la que la institución del jurado se estimaba ser ya una cosa antigua, en vez de atribuir al *iudicium publicum* el indicado sentido meramente procesal, le atribuyó un concepto real, considerándolo como el procedimiento utilizable contra aquellos delitos que estaban comprendidos en una ley positiva y regulados por ella y en los que se consentía que cada uno de los demandantes privados desempeñara en cierto modo funciones de ministerio público voluntario. Esta concepción no tuvo, sin embargo, todo el desarrollo que pudo haber tenido. Luego justificaremos que la acción *de repetundis* adquirió carácter de acción por causa de delito, en cuanto demanda por cohecho y prevaricación, con lo que tenemos ya restringidas las *quaestiones* al campo de los delitos. Pero la posibilidad general de demandar a juicio no se reconoció tampoco en esta forma a la acción *de repetundis*, y con mayor motivo debe decirse esto de la acción a causa de injurias graves, la cual, según los mismos maestros del derecho romano, era realmente una acción privada, si bien por su forma era *iudicium publicum*. También queda sin contestación la pregunta relativa a saber por qué, según esta concepción, no eran consideradas como *iudicia publica* las acciones pretorias por causa de delito que se ejercían como populares, acciones que no eran muchas, y singularmente las que se referían al homicidio y a los diferentes casos de daños causados en las cosas. Ahora, la sustitución del concepto procesal del *iudicium publicum* por el concepto real del mismo fue

causa de que poco a poco remplazase una definición que en el derecho de los tiempos posteriores no era ya aplicable por una definición aplicable, y así, cuando en época bastante adelantada fueron incluidos entre los *iudicia publica* el rapto y la herejía, eso nos demuestra que semejantes hechos no eran considerados como delitos de los que se persiguen a instancia de parte, sino que a todo el mundo se le permitía ejercer la acción procedente de ellos.

El orden jurídico-criminal establecido por la legislación de Sila y Augusto, orden jurídico en que se definen los delitos, se regula el procedimiento y se determinan las correspondientes penas, fue el *ordo iudiciorum publicorum*, que vale tanto como decir, el derecho penal legislado de los tiempos posteriores de la República y de los tiempos del Imperio: las desviaciones de este orden jurídico legislado fueron las que constituyeron el procedimiento *extra ordinem*: Esas desviaciones podían consistir, ora en el contenido de la pena, ora en el del delito, ora en el tribunal que administrase la justicia. Pertenecían, pues, a esta esfera los casos, no numerosos, en que se cambiaban las penas que señalaban las leyes hechas por el pueblo, sobre todo aquellos en que se imponía una pena de privación de libertad en lugar de una pena pecuniaria; además, aquellos hechos punibles que no estando contenidos en las dichas leyes, habían sido conminados con penas públicas por preceptos o por usos posteriores, siendo indiferente para el caso el que los mismos pertenecieran legalmente al número de los delitos privados, y, por lo tanto, se hallasen sometidos al procedimiento ordinario por causa de delito, o que no se les pudiera considerar y tratar, según las antiguas leyes, como se consideraban y trataban los delitos; finalmente, las resoluciones de todas aquellas autoridades que no estaban mencionadas en las leyes de referencia, de modo que, propiamente, solo las de los tribunales de la ciudad de Roma continuaron sujetas al procedimiento ordinario, mientras que las del tribunal del emperador, así como las de todos los funcionarios imperiales, pertenecían al procedimiento extraordinario. De manera que ya en la época del Principado solamente una pequeña parte de juicios penales quedaban dentro del procedimiento ordinario, y después que Diocleciano transformó la organización del Estado, dejaron de existir por completo los tribunales ordinarios, cosa que se dice de un modo expreso en algunos pasajes de las fuentes. Mas no debe olvidarse que la carencia de bases legales solamente se refería, por lo que toca a la clase de hechos últimamente mencionada, al sistema de enjuiciar, y que, por lo tanto, seguían en todo su vigor las prescripciones de las leyes en lo relativo a los conceptos de los delitos y a la fijación y medida de las penas, prescripciones que eran también aplicables a las autoridades

establecidas y designadas como extraordinarias, en cuanto ellas no estuvieran por encima de las leyes y pudieran obrar como mejor les pareciese. Claro está, sin embargo, que la desaparición de los vínculos legales en el procedimiento penal favoreció grandemente el desarrollo del arbitrio, sobre todo en la aplicación de las prescripciones de las leyes tocantes a la materia criminal; de este arbitrio nos ocuparemos extensamente en el último capítulo del libro v.

Las leyes reguladoras del procedimiento penal podían ser dadas para casos concretos, o bien podían formularse de un modo general a fin de que fuesen aplicables a todos los hechos futuros que pudieran ser sometidos a la eficacia de las mismas. Menos se oponía a la ley singular en que se ordenara la punición de un acto realizado anteriormente a ella, el principio según el cual era imposible dar efectos retroactivos a un precepto que crease un delito nuevo —principio que raras veces hubo de invocarse—, que no la prohibición admitida en el antiguo derecho de ciudad, conforme a la cual, los privilegios no podían redundar en perjuicio de los particulares individuos para quienes se habían dado. Esta sana regla de derecho se conservó realmente sin interrupción, hasta el siglo último de la República, y aun en este siglo solo encontramos leyes singulares algunas veces, sobre todo, durante la agonía republicana, mientras que el arbitrio que en la época del Principado se entronizó en la administración de justicia hacía supflua la aplicación de leyes excepcionales. Los casos de leyes excepcionales criminales que conocemos, o sea de *quaestiones* para casos concretos, que es como los romanos las llamaban, leyes de cuyo conocimiento no puede prescindirse por lo que respecta a una multitud de cuestiones generales de derecho criminal, son: el plebiscito mucio del año 613-141, dado contra el pretor C. Hostilio Tubulo a causa de cohecho cometido por el mismo en un proceso de homicidio cuya dirección como magistrado le correspondió, delito que, según parece, no estaba comprendido en ninguna ley penal; el plebiscito peduceo, del año 640-114, dado contra varias vestales y sus amantes a causa del incesto cometido por las mismas, delito que no se había reprimido por el poder doméstico de castigar que al pontífice correspondía (p. 13-14), y el cual no estaba incluido en las leyes del Estado; el plebiscito mamilio, del año 644-110, dado a causa de la inteligencia que para hacer traición a la patria existía entre Yugurta, rey de Numidia, y cierto número de ciudadanos romanos; el plebiscito appuleyo, probablemente del año 651-103, relativo a los hechos punibles realizados los años inmediatamente anteriores, durante la guerra de la Galia, y sobre todo a la pérdida del tesoro del templo de Tolosa, verificada el año 648-106, a la toma de esta ciudad por el cónsul Q. Servilio

Cipión; el plebiscito vario, del año 663-91, dado para reprimir los tratos que para hacer traición a la patria existían entre las comunidades itálicas confederadas con Roma y cierto número de ciudadanos romanos; el plebiscito fufio, del año 693-61, dado a consecuencia de la profanación que poco antes había tenido lugar, de las fiestas de la Bona Dea, delito para el cual no había una ley penal positiva; el plebiscito vatinio, del año 695-59, plebiscito que solamente fue propuesto y cuyo objeto era castigar un supuesto plan de asesinato dirigido contra Cn. Pompeyo; la ley del cónsul Pompeyo, del año 702-52, dada contra los hechos violentos realizados entonces delante de la ciudad y dentro de la misma; la ley consular pédica, del año 711-43, dada con motivo del asesinato del dictador César. Todos estos acuerdos del pueblo eran anticonstitucionales; pero la omnipotencia de la ley derogaba hasta los preceptos de la constitución, y por eso, aun cuando tales leyes eran viciosas, jamás fue atacada ni puesta en duda la eficacia y validez jurídica de las mismas.

Antes de exponer las disposiciones tocantes a la presidencia de los magistrados y a las reuniones de los jurados, es conveniente, en primer término, que examinemos las limitaciones que experimentaban las facultades penales de los mismos, tanto por parte de las personas como por parte del espacio y en lo relativo a la medida penal, y, en segundo término, que echemos una ojeada de conjunto a los juicios penales sometidos a este sistema de jurados.

Aquella particularidad del antiguo juicio criminal público, en virtud de la cual este solo se aplicaba a los ciudadanos romanos varones, sirviéndole de complemento necesario la coercición de los magistrados, no se transfirió al juicio por jurados presidido por un magistrado, sino que más bien este juicio, por lo mismo que era una derivación del procedimiento privado, se organizó con arreglo al principio siguiente de derecho civil, aplicable también a los delitos privados, a saber: que la mujer, el extranjero y el individuo no libre eran en todo caso capaces para cometer delitos, y que, por lo mismo que la representación de la comunidad dejaba de estar vinculada a la magistratura, se permitía a las mujeres y a los no ciudadanos el desempeñar en ciertas circunstancias el papel de demandantes cuando se empleara esta forma de procedimiento. Por ejemplo, estaba prescrito expresamente que la acción del homicidio según la ley cornelia pudiera ejercerse aun contra las mujeres y los no ciudadanos, y la acción *de repetundis*, la cual, como hemos advertido, era por su propia índole una acción civil sin duda alguna, que se interponía por causa de enriquecimiento o adquisición ilícitos, no podían establecerse en algún tiempo los ciudadanos romanos, siendo una acción reservada a los no

ciudadanos. No pueden darse reglas generales acerca de la competencia de los grandes tribunales de jurados que funcionaban en la capital; esta competencia dependía en lo esencial, por una parte, de la que tuvieran los tribunales municipales y provinciales que funcionaban además de aquellos, y por otra parte, de la naturaleza de los particulares delitos y de las prescripciones de las leyes especiales dadas al efecto; por lo cual dejamos este problema para tratarlo de nuevo y con toda la extensión conveniente en los capítulos del libro III, donde nos ocuparemos de la competencia de los tribunales y del papel de las partes en el juicio, así como también en el libro IV, cuando estudiemos los delitos en particular.

La aplicación del tribunal del jurado presidido por un magistrado a los juicios capitales no encontró dificultad alguna, por cuanto ese tribunal fue establecido por medio de una ley especial, y como esta ley autorizó plenamente al magistrado para hacer uso de la *quaestio* capital del antiguo procedimiento penal, concedióle la misma competencia que antes tenía, pero sin que su resolución quedara sujeta, como antes lo estaba, a la aprobación de la ciudadanía, de suerte que podía prescindir de semejante aprobación o remplazarla por la intervención de los jurados y la obligación por parte del magistrado de atenerse al voto de la mayoría de estos. De hecho, este poder penal concedió a los *quaesitores*, según ya se ha advertido (p. 135 y ss.), muchas de las *quaestiones* singulares de que arriba se habló (*loc. cit.*). El tribunal del homicidio, introducido por Sila, tenía también facultades para condenar a la pena de muerte por las más graves formas de este delito, como se demostrará en el capítulo correspondiente. Pero la tendencia dominante en los tiempos posteriores de la República a limitar, y aun a abolir en cuanto fuese posible, la pena de muerte, donde principalmente se manifestó y ejerció su influjo fue en el tribunal del jurado presidido por el magistrado; así que, mientras en el primitivo procedimiento penal en que intervenía el magistrado no fue propiamente conocida ninguna otra pena más que la pena capital, en el nuevo procedimiento, por el contrario, dicha pena solo se aplicaba en casos excepcionales. Este cambio fue debido, no solo al influjo de la creciente civilización y al apartamiento de la antigua rigidez de costumbres, a menudo bárbara, sino también a la circunstancia de que el derecho de provocación, o sea la necesidad reconocida por la constitución de que toda condena de muerte impuesta por el magistrado había de ser confirmada por la ciudadanía, era una institución arraigada en la conciencia de los romanos como un dogma político, y claro es que la sustitución de la mayoría de los Comicios por una mayoría de jurados particulares era cosa que repugnaba al

referido dogma; también cooperaría esencialmente a semejante resultado en el proceso capital del año 640-114 el carecer las mujeres del derecho de provocación. El hecho en sí está fuera de duda, porque para los delitos contra el Estado se conservó, junto a la nueva forma procesal, aquella otra en que intervenían el magistrado y los Comicios, y porque, con relación al homicidio, el conocimiento de las clases más graves de él, del homicidio de los parientes, les estuvo reservado por espacio de mucho tiempo a los Comicios. Hasta qué punto se aborrecía a fines de la República la pena de muerte, nos lo demuestra el hecho de haber sido la misma abolida por Pompeyo aun para el parricidio, y también el que dicha pena ni siquiera les fue impuesta a los asesinos del dictador César en el juicio por jurados celebrado al efecto, juicio que precisamente había sido agravado por medio de una ley, singular. Al examinar cuál fuese el lugar de la pena de muerte en los tiempos del Imperio, nos ocuparemos de la cuestión tocante a si al ser la misma restablecida en la época del Principado se concedió mayor extensión a la competencia del tribunal del jurado de la capital.

Si la pena capital fue en un principio la pena exclusiva, y siempre fue la pena principal del antiguo procedimiento penal público, mientras que en los tribunales de jurados presididos por un magistrado no se aplicaba sino excepcionalmente, en cambio, tenemos que, una vez abolida la pena capital privada y el talión, el principio dominante en el procedimiento privado por causa de delito, según el cual no podía condenarse a pena pecuniaria ni a pena de aminoración del honor, no era aplicable a los *iudicia publica*. El aumento de los medios penales disponibles, con la adición de las penas de privación de libertad, verificóse, en primer término, en la forma decisiva de proscripción de Italia de por vida; pero como esta pena se trasformó después en la de deportación y en la de trabajo obligatorio, el procedimiento criminal de donde gradualmente había ido naciendo en la época republicana el verdadero concepto de la pena recobró nuevamente un contenido apropiado; y con respecto a los tiempos mejores del Principado, es preciso volver a llamar los *iudicia publica* un procedimiento penal que, en su conjunto, estaba convenientemente organizado.

Según hemos mostrado ya anteriormente, la esfera de las acciones sometidas al procedimiento de los jurados con el magistrado no remplazó desde luego al juicio penal público, y ni aun siquiera tomó su punto de partida de un concepto singular del delito; más bien, en sus comienzos no fue otra cosa que un juicio privado, al cual se reconocieron privilegios por causa del gran interés público que revestía, un juicio privado que solo se distinguía de los numerosos *iudicia publica* antiguos, porque la dirección del mismo encomen-

dada al magistrado abarcaba todo el juicio. Mas, al lado de esta concepción formal de la acción *de repetundis*, se hallaban seguramente desde antiguo la concepción ética y la política; la aceptación de donaciones o presentes por parte de los magistrados era, en realidad, un cohecho; la acción debía servir para ayudar al particular a obtener su derecho en contra del magistrado cohechado. De hecho, la institución fue desde un principio una forma del procedimiento penal, y bien pronto llegó a serlo también de derecho. Muy pocas son las noticias que tenemos respecto a la ulterior evolución de este juicio, en la época anterior a Sila. Pero si las que poseemos no mienten, semejante tribunal fue aplicado a los juicios por homicidio, apenas un decenio después de Pisón, y luego penetró de una manera enérgica, seguramente, en el campo del derecho penal público; sin embargo, el procedimiento en que intervenían el magistrado y los Comicios siguió existiendo al lado del anterior para las causas por homicidio. No puede caber la menor duda de que la poderosa capital, Roma, tuvo que verse grandemente necesitada de la institución que nos ocupa, por la razón de que generalmente su gobierno se hallaba encomendado a un débil representante del magistrado ausente. Las leyes de los años 644-110, 651-103 y 663-91, antes mencionadas, y las cuales no tuvieron probablemente carácter de leyes generales, fueron las que señalaron y abrieron el camino para hacer extensivo a las causas políticas el tribunal de los jurados presididos por el magistrado; después se allanó este camino en tiempo de Sila, el cual arrebató de tal suerte al tribunado del pueblo su más importante palanca. Sila, sin abandonar el sistema de las leyes especiales y de los tribunales especiales para los delitos, introdujo en estos cierto orden general, y aun cuando no abolió propiamente el procedimiento penal público en que intervenían magistrados y Comicios, sin embargo, sustancialmente vino a sustituirlo por esta otra nueva forma de procedimiento penal.

Según la organización de Sila, existían siete tribunales dirigidos por el magistrado:

- 1º Para las causas *de repetundis*.
- 2º Para las de sacrilegio y peculado.
- 3º Para las de homicidio.
- 4º Para las de *ambitus*.
- 5º Para las de lesa majestad.
- 6º Para las de falsedad.
- 7º Para las de injurias graves.

Con seguridad, o probablemente al menos con respecto a la época republicana, hay que añadir otros dos:

8º Para las de coacción.

9º Para las de robo de hombres.

Y en tiempo de Augusto, otros dos:

10. Para las de adulterio.

11. Para las de usura de dinero y de grano.

La usurpación del derecho de ciudadano fue un delito llevado ante el tribunal del jurado presidido por un magistrado, gracias a la ley papia del año 689-65; mas no pertenecía a los *iudicia publica* por causa de delitos, por cuanto probablemente la resolución del tribunal no implicaba, como tampoco lo implicaba el *praeiudicium* del derecho civil, una condena, sino tan solo la afirmación, el establecimiento de un hecho.

Para cada uno de los once delitos mencionados antes se había organizado un propio sistema penal y un propio sistema procesal: una ley especial, la ley cornelia, lo organizó para el 3º, y con la posterior ley pompeya para los delitos 5º, 6º y 7º; una ley julia, para los delitos 1º, 2º, 4º, 8º, 10 y 11, y una ley fabia, para el 9º; consiguientemente, cada una de las acciones penales tenía su fundamento en uno de los once sistemas organizados por la ley, y se ventilaba con arreglo al mismo. La separación de los tribunales impedía que se acumulasen varias acciones. Estas disposiciones criminales representaron un progreso esencial, así bajo el aspecto teórico como bajo el práctico, lo mismo frente al procedimiento en que no intervenía más que el magistrado que frente al procedimiento en que podían intervenir magistrado y Comicios, pues cuando estos últimos no intervenían, la omnipotencia del magistrado no dejaba que prosperase el fundamento legalmente determinado de la acción, y cuando los Comicios intervenían, la omnipotencia de ellos producía el mismo efecto. Como el nuevo sistema criminal fue un derivado del derecho civil, se hizo en aquél lo que en este se había hecho, o sea determinar de un modo fijo la esfera de las acciones, y hasta la función que ejercían los pretores civiles, consistente en establecer derecho por medio del edicto, hubieron de ejercerla aproximadamente los pretores que presidían y dirigían los tribunales penales de jurados. En los tribunales de tiempos del Imperio, los cuales no conocían trabas en su obrar, comenzó nuevamente a existir, con gran extensión y grandes facilidades, la carencia de regulación jurídica que caracterizaba al antiguo procedimiento penal.

Los magistrados a quienes principalmente correspondía la dirección de estos tribunales de jurados de que tratamos eran los pretores. La ley calpurnia, que dio esta forma acentuada a la acción de repetición de los peregrinos contra los magistrados romanos, y que de esta suerte llamó a la vida los *iudicia publica*, no alteró la competen-

cia del tribunal, sino que lo único que hizo fue encomendar la dirección del mismo al pretor de los peregrinos, al cual continuó estándole confiada, hasta que en la época de los Gracos se instituyó una pretura *ad hoc* para las causas *de repetundis*. Lo propio aconteció quizá, no mucho tiempo después, con las causas de homicidio. Cuando Sila elevó a ocho el número de los pretores, dos de los cuales quedaron encargados de ejercer la jurisdicción civil, destinó los otros seis a los seis primeros tribunales especiales anteriormente enumerados, y al propio tiempo dispuso, con carácter constitucional, que todos estos, igual que los dos pretores civiles, hubieran de permanecer en Roma mientras durase el año de sus funciones judiciales. Por lo que a la delegación hace referencia, se aplicaba aquí como en general a las diferentes magistraturas de la ciudad, la regla en virtud de la cual, esa delegación no dependía del beneplácito de los magistrados, sino que únicamente debía o podía tener lugar cuando la ley la prescribiese o la permitiese. Pero con los pretores no había suficiente para las presidencias de los tribunales de que se trata. ~~Sobre todo, las causas por homicidio, incuestionablemente las más frecuentes y las más importantes de todas las causas criminales públicas durante los tiempos republicanos, era imposible que fueran dirigidas por una sola persona.~~ En el capítulo correspondiente del libro IV, demostraremos que una vez que se encomendó el conocimiento de las causas por homicidio a los jurados, fue posible, en los comienzos, que se atribuyera a uno de estos el carácter de *quaesitor*, de manera que él mismo ejerciese el *imperium* jurisdiccional lo mismo que lo ejercía el pretor, y que posteriormente, pero todavía antes de Sila, los directores cuasi-magistrados de las causas que habían sido ediles, cuando se les nombrara *iudices* de la *quaestio*, presidieran, en el año posterior al del desempeño de su cargo oficial como tales ediles, las causas por homicidio, con igual potestad que aquella con que las presidían los pretores. Como se demostrará igualmente en el libro IV, la dirección de las causas por injurias y por coacciones correspondía también al pretor de la ciudad, pero este podía encomendar la de cada caso concreto a un *quaesitor* elegido de entre los jurados, en forma análoga a como acontecía en un principio en las causas por homicidio. Para la elección pudo emplearse el sorteo; sin embargo, acaso no constituyó este la regla general. En las demás *quaestiones*, lo regular era que desempeñase personalmente la presidencia el pretor a quien la misma correspondía; pero es también probable que le estuviera permitido nombrar un *quaesitor* que le auxiliase. Es de presumir que el notable aumento del número de pretores decretado por César y por Augusto ejerciese su influjo opresor sobre el sistema republicano de que aca-

bamos de hablar; pero la tradición no nos da noticia alguna tocante al asunto. Como todos y cada uno de estos tribunales debían su existencia a las leyes o acuerdos especiales del pueblo, y como podían o debían presidirlos individuos particulares, es claro que el *imperium* jurisdiccional de que carecían los presidentes privados y que no se les comunicaban tampoco por el mero acto de la delegación, era preciso conferírsele por medio de cláusulas de ley. Lo mismo acontecía con respecto a las *quaestiones* especiales enumeradas anteriormente; al menos, así resulta de las noticias que sobre sus directores y presidentes tenemos. En el caso más antiguo de todos, el del año 613-141, caso el más próximo al de la ley marcia de 582-172, la ley mucia transfirió al Senado el derecho de nombrar el director del tribunal, y el Senado encomendó el asunto al cónsul. En las causas posteriores acontecía casi siempre, y así aconteció en primer término en el renombrado proceso de las vestales, del año 641-113, que el pueblo elegía uno o varios *quaesitores*, de conformidad con la ley que había organizado la *quaestio*, y claro es que a estos *quaesitores* se les confería por dicha ley el *imperium* de que tenían necesidad. Por medio de oportunas cláusulas legales se cuidaba también de que la causa de que se tratara no subsistiese o dejase de existir según subsistiese o dejase de existir la función oficial del magistrado encargado de dirigirla; a este efecto se disponía, por medio de las referidas cláusulas, que cuando un magistrado cesase en sus funciones, la dirección de las causas que él tuviese pasara a su sucesor; a no ser por esta previsión, hubiera sucedido lo que indicamos antes.

De entre los magistrados directores de las causas, solamente se daba un título oficial, aparte de a los pretores que intervinieran en ellas, a los que después de haber sido ediles el año anterior, fueran nombrados presidentes de una causa por homicidio; ~~al encargado de tal presidencia se le denominaba entonces con perfecta exactitud~~ *iudex quaestionis rerum capitalium*. A los demás directores, hubieran sido establecidos para alguna causa particular o para un grupo de ellas, no se les daba título oficial alguno; a todo director, lo mismo oficial que no oficial, se le aplicaba la denominación enunciativa de *quasitor*.

Ya quedó dicho (p. 130) que la voz *quaerere*, con sus derivados, voz técnica y característica de este procedimiento en general, era la que servía para designar a la presidencia. Mas también se hacía uso de las palabras *iudicare* y *iudex*, no solo con aplicación a los jurados, sino con aplicación al presidente, y lo mismo se atribuían a los magistrados menores que dirigían las causas de homicidio, los cuales habían llegado a adquirir un título propio, que se aplicaba en los comienzos del funcionamiento de la institución a los pretores presiden-

tes; el motivo de ello es de presumir fuera que el presidente de estos tribunales tenía voto: lo tenía de seguro en una porción de casos, y probablemente lo tenía también en todos.

Desde el procedimiento privado, en donde les correspondía de largo tiempo antes la resolución efectiva de los asuntos, fueron transportados los jurados a esta otra forma de procedimiento. Nada se varió en un principio tocante a las condiciones de capacidad de los mismos; no hubo más que en estas importantes causas se dejó a un lado el sistema de los *recuperatores*; de modo que en los comienzos solamente podían ser jurados aquí como en el procedimiento privado, los senadores, y aquí únicamente se empleaba la denominación *iudex*. Así como para el nombramiento de los jurados que habían de conocer de las demandas entabladas ante los pretores civiles en Roma se utilizaba la lista normal de senadores, donde se incluían 300 puestos, así también esta misma lista normal es la que se utilizó hasta la época de Graco el joven para elegir los jurados que habían de conocer de las causas criminales en aquellos casos en que procedía, siendo de advertir que para este efecto se aprovechaba la división del Senado en diez secciones o decurias. C. Graco hizo que el catálogo de poseedores de caballo del Estado, compuesto normalmente de 1.800 lugares, y del cual estaban excluidos los senadores, sirviera de lista de jurados, en vez del antiguo catálogo de senadores, y este sistema siguió en vigor hasta la época de Sila, no obstante las varias tentativas que para modificarle hizo la antigua aristocracia. De secciones o divisiones de la lista de los caballeros no se habla en parte alguna. Sila devolvió al Senado, en 673-81, el derecho que anteriormente le había correspondido, con lo que entró también de nuevo en vigor la antigua división en diez partes, pero a la vez fue elevado el número de los senadores al doble próximamente. Por la ley aurelia, del año 684-70, se introdujo una lista propia de jurados, compuesta de 900 puestos, que se renovaba todos los años y que se colocaba al público en los lugares donde funcionaban los tribunales; una tercera parte de esos 900 puestos, es decir, la primera decuria, que es el nombre con que se designaban ahora estas divisiones, había de componerse de senadores; otra tercera parte, la segunda decuria, de poseedores de caballos del Estado, y otra tercera parte, o tercera decuria, de los llamados tribunos del Erario; estos últimos no poseían, ciertamente, caballo del Estado, sin embargo de lo cual formaban parte, al menos por regla general, del censo de los caballeros, de suerte que en este compromiso entre los partidos vino a predominar la tendencia de los Gracos. El dictador César abolió los tribunos de que acaba de hablarse; no obstante, se conservó la denominación dada a las tres decurias, compuestas de igual número de

miembros, sin que podamos decir de qué manera quedaron ahora organizadas las mismas. A partir de este momento, los puestos de jurado fueron cubiertos exclusivamente con senadores o con poseedores de caballos del Estado, por lo regular terratenientes; sin embargo, los emperadores Augusto y Gayo añadieron a las decurias anteriores dos decurias más de jurados, para formar parte de las cuales se exigían menos condiciones de rango que para las otras; de estas dos decurias se sacaban los jurados que habían de entender en los asuntos jurídicos de menor importancia. El número normal de jurados de las dos categorías superiores de ciudadanos se elevaba, en tiempo de Augusto, a 1.000 por cada una de las tres decurias; de derecho, quizá todos los de la lista eran senadores; pero después que Augusto redujo el número de puestos del Senado, a lo sumo la tercera parte del número total referido eran tales senadores. Puede demostrarse que en esta forma subsistió la lista de los jurados hasta fines del año segundo de Jesucristo. El derecho que desde la publicación de la ley aurelia correspondía al pretor de la ciudad para formar anualmente el catálogo general de los que podían ser jurados pasó a manos del gobierno en los tiempos del Principado.

Esta lista general servía, principalmente, para el funcionamiento de los jurados ante el pretor de la ciudad y ante el pretor de los peregrinos, y en cuanto imponía la observancia de los *iudicia publica* al pretor de la ciudad, dicha lista se utilizaba igualmente para las causas por injurias graves y por coacciones. Otra cosa sucedía probablemente, por regla general, en aquel juicio que la ley de los Gracos prescribió para las causas *de repetundis*; aquí, el pretor que dirigía el tribunal *de repetundis* elegía de la lista general de jurados —en aquel entonces de los 1.800 poseedores de caballos— 450 nombres para que entendieran en las causas de esta clase que a él le correspondiesen durante el año de sus funciones, y la lista con ellos formada la ponía al público en el local de su tribunal. Claro es que a fin de que entre el servicio de los jurados conforme a estas listas especiales y el servicio conforme a la lista general no hubiera colisión, debieron tomarse algunas medidas, pero nada sabemos respecto del particular. Para algunas causas especiales se formaron listas también especiales de jurados, con independencia de la lista general, como aconteció con las causas que habían de sustanciarse con arreglo a la ley varia, para las cuales la ciudadanía formaba, conforme al plebiscito del año 663-91, una lista de 525 puestos de jurado, supuesto que cada una de las 35 tribus nombraba 15 jurados, sin tener en cuenta condición alguna de clase o rango social; así aconteció también con la ley pompeya del año 702-52, que facultó al cónsul Pompeyo para nombrar 120 jura-

dos de cada una de las tres clases o rangos sin necesidad de tener en cuenta el catálogo o lista general de jurados; la ley fufia, del año 693-61, hizo asimismo una tentativa análoga, pero esta falló. Es posible; igualmente, que se formaran listas especiales semejantes para algunos tribunales de clase; pero la tradición no nos ha transmitido ningún caso de este género.

Aparte de los requisitos de clase o rango que se exigían para ser jurado, como acabamos de ver, las leyes prescribían algunas condiciones de capacidad para el desempeño de tal cargo, condiciones establecidas, ora en las leyes especiales que regulaban las diferentes *quaestiones* particulares, ora en la ley aurelia, que regulaba el modo de formarse la lista general. Tocante a las causas de incapacidad para ser jurado, regían aquí, en general, las mismas reglas que en lo relativo al procedimiento civil; las prescripciones que sobresalían entre todas eran las que establecían límites de edad y las que excluían del cargo a los extranjeros. En cuanto a lo primero, en la época republicana se exigió en un principio tener más de treinta años, y la ley aurelia exigió después tener más de treinta y cinco; Augusto restableció de nuevo la primitiva edad. El otro límite de edad, el de los sesenta años, ha de entenderse en el sentido de que una vez cumplido podía el individuo excusarse del desempeño del cargo. Y por lo que respecta a los extranjeros, estos, en la época republicana, solamente podían ser incluidos en la listas de los jurados cuando tuviesen su domicilio en Roma y se hallasen en Italia a la época de la formación de aquella. En los tiempos del Imperio se prescindió del domicilio, y gran número de itálicos, y aun de provinciales, sobre todo de las comarcas cercanas a Roma y pertenecientes al territorio donde se hablaba la lengua latina, fueron incluidos en las listas de los jurados y llamados a prestar el servicio de tales en los tribunales de la capital. Mas aquellos que no hubiesen nacido ciudadanos estaban imposibilitados para ser jurados.

La resolución de cada causa concreta se encomendaba, sin excepción, a un *collegium* numeroso de jurados, al revés de lo que acontecía originariamente con el procedimiento privado, el cual se confiaba, para que lo resolviese, a un jurado individual. En este respecto, la nueva forma procesal no se parecía formalmente al juicio por *recuperatores*, sino al tribunal doméstico y al procedimiento privado y público derivado del mismo, en el cual procedimiento el magistrado, como juez que era, nombraba a los jurados que en él intervenían para pedirles «consejo», *consilium*. En el procedimiento acusatorio estaba regulada legalmente la intervención de tales consejeros, limitándose por tanto el magistrado, en lo esencial, a dirigir el juicio, y quedando encomendada la resolución, tanto de la cuestión principal como de las inci-

dentales más importantes que pudiesen surgir, tanto como al presidente, a cada uno de los jurados. El haberse conservado para esta institución la denominación de «consejo» fue sencillamente una reminiscencia y un efecto de la consideración respetuosa en que se tenía el nuevo puesto de la magistratura.

Al constituir el *consilium* para cada juicio en particular, se excluían los parientes del procesado, así como también aquellas personas que mantuvieran con él vínculos de colegialidad o de cosociedad; tampoco debían funcionar como jurados en un mismo asunto varias personas pertenecientes a la misma casa. Al *quaesitor* correspondería la obligación de impedir que se pidiera el consejo de semejantes personas, y en su caso, de apartarlas del mismo. También podía el jurado excusarse de serlo por un motivo suficientemente fundado, siendo el *consilium* el que había de apreciar la validez de tal motivo.

La constitución del *consilium* mismo se verificaba regularmente formando una lista reducida de jurados, sacados del número total de aquellos de que podía disponerse para el juicio de que se tratara, lista que después se reducía más aun por virtud del derecho de recusación (*reiectio*) que correspondía a las partes sobre el número de votos fijado para cada juicio por la ordenanza de tribunales; este derecho de recusación no se podía ejercer frente al número total. La recusación podía tener lugar de muy diversas maneras: es indudable que hubo gran diversidad en cuanto al asunto, según los casos, y no todas las indicaciones que acerca del particular tenemos, sobre todo en los discursos de Cicerón, pueden explicarse de un modo seguro. Pero podemos advertir que la lista reducida se formaba en atención a un doble principio, a saber: ya por sorteo o por otro procedimiento independiente del arbitrio del demandante, y esto debía ser la regla general, ya por un procedimiento riguroso en que el actor designaba a su discreción un número determinado de personas para el *consilium* que iba a constituirse (*editio*). Luego que la ley aurelia introdujo en la lista de jurados las tres clase dichas de personas, esta tripartición hubo de aplicarse a todo juicio en particular, de modo que, si se prescindía acaso del *quaesitor*, todo *consilium* se componía de senadores, caballeros y tribunos del Erario, por partes iguales. No sabemos si después de ser abolida esta última clase, los consejos siguieron componiéndose de diferentes decurias, o si hubo alguna modificación y se procedía de otra manera.

Es lo probable que para formar la lista de propuesta se acudiera en un principio siempre al sorteo, y que este mismo sistema constituyera la regla general en los tiempos posteriores. Mientras los miembros de los tribunales de jurado fueron senadores, parece que se sor-

teaba para el fin dicho una de las decurias del Senado. Las dos partes interesadas en el juicio gozaban del derecho de recusación frente a la decuria sorteable, derecho que, según el sistema establecido por Sila, se ejercía de tal manera, que el demandado tenía facultades para señalar definitivamente un número determinado de jurados de los que habían de componer el tribunal, y de los restantes podía recusar definitivamente a otro número determinado de ellos —que era de tres individuos cuando el demandado no era senador y de más cuando lo era—; después, de los que quedaran podía el demandante seguir recusando hasta que no quedaran más que los jurados necesarios para el juicio. Este procedimiento, que se empleaba para los consejos compuestos de senadores, y que se introdujo evidentemente en favor de los demandados o procesados, no se aplicaba a los tribunales compuestos de caballeros ni a los mixtos; ahora, sobre la manera como se formaban los consejos ordinarios en estos tribunales, carecemos de las suficientes noticias. Es probable que se constituyeran sacando también sus componentes de la lista general, extrayendo al efecto un gran número de nombres por sorteo y dejando que luego ambas partes ejerciesen libremente su derecho de recusación hasta un cierto límite mínimo de nombres, formando luego el *consilium* los que hubieran quedado sin recusar. De lo único que tenemos datos exactos es del procedimiento según la ley pompeya del año 702-52; aquí, en lugar de la lista de propuesta del procedimiento ordinario, se hacía uso de la lista de 360 nombres, formada especialmente para este juicio; pero lo particular y anómalo era que el trámite o período probatorio tenía lugar ante estos 360 individuos, y luego, terminado este trámite, se descartaban de esos 360 individuos 3 por 93 por sorteo, 3 por 5 por recusación del demandante y muchos otros por recusación del demandado, y de los restantes se tomaban, para votar y sentenciar la causa, 17 senadores, que con el *quaesitor* eran 18, 17 caballeros y 16 tribunos del Erario: total, 51 jurados.

Más sencilla era, y mejor conocida es para nosotros, la formación del tribunal del jurado por la edición del demandante. Esta edición hallábase prescrita por la ley *de repetundis* dada por los Gracos. Luego que el demandado había señalado al demandante cuáles de entre las 450 personas de la lista hecha para conocer de las *quaestiones* no podían entender en el asunto de que se trataba, por motivo de parentesco o por alguna otra causa, el demandante elegía a su arbitrio ciento de las que quedaran; de estas ciento recusaba el demandado la mitad, y las restantes, juntamente con el *quaesitor*, formaban el *consilium*. Este procedimiento apareció modificado en la formación del *consilium* establecido por la ley licinia, el año 699-55, para el delito de *ambitus*

grave. Dispuso esta ley que de la lista general de jurados hecha sobre la base de las treinta y cinco tribus, el demandante pudiera recusar cuatro secciones, y que después que el demandado hubiere recusado otra de estas, los jurados de las tres restantes diesen el fallo; sin embargo, después de terminada la constitución del tribunal, todavía se le consentía al demandado la recusación personal de los jurados restantes, hasta un cierto número.

Si aconteciese que alguno de los jurados dejara de pertenecer al tribunal después de haber comenzado a funcionar este y antes de haber concluído, era preciso cubrir el puesto vacante, y al efecto, cuando se trataba de consejos compuestos de senadores, se hacía uso de un sorteo suplementario (*subsortitio*) en alguna de las otras decurias. No tenemos noticias de lo que se haría en tal caso en los tribunales de caballeros y en los tribunales mixtos, pero es de presumir que se adoptase un procedimiento análogo al anterior. Que el presidente dejara de ser magistrado o no pudiera continuar el juicio, era cosa sin importancia en el procedimiento por jurados; el sucesor del que cesara ocupaba el puesto de este.

El número normal de los componentes del *consilium* era regularmente mayor que el que encontramos en el juicio por *recuperatores*; probablemente, en la determinación de ese número influyó el de los consejeros invitados que formaban los verdaderos y efectivos consejos de los magistrados antiguos, número que casi siempre lo fijaban estos a su arbitrio, pero que, por lo regular, parece haber sido muy considerable. Ese número era diferente, según la organización de los distintos tribunales; pero quizá fue regulado posteriormente de un modo general por la ley julia sobre el procedimiento criminal. Los consejos compuestos de senadores es de presumir que estuviesen en relación estrecha, en cuanto a su número, con la organización del Senado por decurias, y que la lista de la decuria del Senado sorteada para el juicio fuese la que sirviera como lista de propuesta. Por consiguiente, esta lista de propuesta se componía aquí, en un principio, de 30 nombres aproximadamente, y después de la organización de Sila de unos 60, de cuyo número se restaba después por la recusación una parte bastante considerable. En una causa de los tiempos de Sila votaron 32 jurados. Ya queda advertido que en la época de los tribunales compuestos de caballeros, la ley *de repetundis* dada por los Gracos fijó en 51 el número de los jurados. Esta cifra misma es la que se encuentra esencialmente en la época de los tribunales mixtos; según la organización de estos por clases, 17 miembros de cada una de las tres (3×17), cifra aplicable lo mismo al juicio ordinario por homicidio y coacción que a los procesos especiales de la ley pompeya. Según la

ley especial fufia, parece que votaron 57 jurados, o sea 19 de cada una de las tres (3×19); en las causas *de repetundis* y en las de lesa majestad, aparecen en esta época $3 \times 25 = 75$ jurados. De los tiempos del Principado no tenemos noticia alguna tocante a este particular.

Luego que quedaba constituido el *consilium*, se leían públicamente los nombres de sus miembros y se ponían en la sala de audiencia, lo mismo que la lista de las *quaestiones*. A lo que parece, los jurados tenían que prestar por dos veces el juramento de cumplir a conciencia sus deberes, una vez antes de comenzar la sesión, y otra antes de constituirse en consejo para dar el veredicto.

Todo lo demás que hay que decir tocante a esta forma de enjuiciar, debida a Pisón, y singularmente la introducción de las partes, o sea la lucha contradictoria, en el juicio penal público; la interposición de la acción, en un principio bajo la forma de *sacramento*, propia de los juicios civiles, y posteriormente por medio de la *nominis delatio*; la división del procedimiento instructorio entre el magistrado presidente y el actor, sobre todo mediante la citación de testigos por cuenta del Estado; la no admisión de la intercesión de los tribunos contra la incoación del *publicum iudicium*; la ejecución de la sentencia por el magistrado, aun en el caso de que no apareciera siendo demandante la comunidad romana, cual acontecía en las causas *de repetundis*; todas estas cosas existían en el procedimiento por jurados presididos por el magistrado; pero, o no eran exclusivas del mismo, o se hallaban tan estrechamente unidas al juicio penal en general, que mejor es reservar su estudio para el libro siguiente.

Este procedimiento criminal, propio de la capital, de Roma, subsistió hasta fines del siglo II de nuestra era, y subsistió no solo sin que el horizonte de su competencia fuese disminuído, sino probablemente ensanchándolo (p. 139); por lo que luego diremos, parece que tuvo su influencia en el aumento y exacerbación de la penalidad que se efectuó a los comienzos del Principado, y posteriormente también se condenaba en él a la pena de muerte. Pero todavía Plinio el viejo designa a los jurados como los competentes para imponer el destierro, y, por regla general, difícilmente se llevaban las causas capitales ante el jurado. Estos tribunales — a los que hacían sin duda competencia de un modo sensible, y la mayor parte de las veces hasta predominante, inmediatamente el libre tribunal de los cónsules con la cooperación del Senado y del emperador, mediatamente y sobre todo el prefecto de la ciudad, puesto por el emperador— subsistieron, sin embargo, y afirmaron su independencia, hasta cierto punto, junto a los últimos, singularmente librándose de la apelación de sus fallos ante

el emperador, pues a dicha apelación solamente se sometían los actos de los magistrados, no el fallo de los jurados. Los documentos escritos relativos al nombramiento para el cargo honorífico de jurado existen en abundancia hasta la época del emperador Marco. El cual privó nuevamente del conocimiento de las causas capitales a los tribunales de la capital, y desde entonces la importancia de los mismos fue escasa. Desde Alejandro en adelante ya no puede mostrarse la existencia de estos tribunales.

CAPÍTULO VI

EL PROCEDIMIENTO PENAL MUNICIPAL

En la primitiva época de Roma, privaba sencillamente la concentración del *imperium* jurisdiccional en la ciudad, por cuanto fuera de esta podía, sí, hacerse uso del *imperium* militar con su coercición (p. 20 y ss.), pero en manera alguna podía un magistrado romano entender fuera de Roma ni en un juicio civil ni en un proceso criminal. Pero la creciente extensión de los límites del poderío romano, y acaso más todavía el aumento incesante del comercio, hicieron necesaria la institución de puestos **jurisdiccionales** fuera de la ciudad, ante los cuales llevaran y ventilaran sus asuntos los habitantes de los territorios muy alejados de la capital y los mismos ciudadanos que tuvieran precisión de promoverlos fuera del recinto de la ciudad. Estos puestos fueron **establecidos en primer término** para la administración de justicia civil; pero posteriormente las autoridades que los desempeñaban llegaron a convertirse también, en parte, en importantes magistrados penales. Eran semejantes tribunales romanos de fuera de la ciudad de tres clases: las **prefecturas locales itálicas** de la época republicana; los **gobiernos de las provincias**, y, por último, los **tribunales municipales** de las comunidades de ciudadanos romanos existentes en Italia y en las provincias. Toda prefectura instituída para la administración de justicia, todo gobierno de provincia y toda magistratura municipal eran investidos de jurisdicción por virtud de un acuerdo de la ciudadanía romana, y se trataba en tales casos de desviaciones del principio, teóricamente mantenido y muchas veces practicado en efecto, de la concentración de la jurisdicción romana en los magistrados de la ciudad de Roma; desviaciones sancionadas en todo caso por medio de leyes especiales. En este capítulo vamos a estudiar la competencia de los prefectos de las ciudades de Italia y la de las autoridades municipales, y en el siguiente examinaremos la de los presidentes o gobernadores de las provincias.

Los representantes itálicos nombrados para la administración de justicia, *praefecti iure dicundo*, eran funcionarios romanos que ejercían sus facultades jurisdiccionales dentro de una circunscripción determinada, ora esta existiese todavía, ora hubiese existido anteriormente con límites territoriales fijos. Dichos *praefecti* eran nombrados, bien por el pretor de la ciudad, de acuerdo con las indicaciones que las correspondientes leyes le hubieran hecho, bien por los mismos Comicios, y su misión era ejercer en su circunscripción —o también en cada una de las diversas circunscripciones, según el turno de antemano establecido, en el caso de que hubieran sido nombrados varios colegas para desempeñar el cargo en varias circunscripciones— las funciones jurisdiccionales que se hallaban confiadas en Roma a los dos pretores de la ciudad. Cuando se hallaban al lado de autoridades autónomas, decidían los juicios que tenían lugar entre ciudadanos romanos, y quizá también aquellos otros en que intervenían ciudadanos y no ciudadanos; pero la mayoría de las veces parece que se les enviaba a localidades que carecían de autonomía jurisdiccional. Puede presumirse, con bastantes probabilidades, que la competencia de estos funcionarios era limitada en comparación con la que correspondía a los pretores de la ciudad; que el juicio cuya resolución les correspondía era posible enviarlo también a Roma para que allí lo resolviesen, y que quizá tuviera que hacerse de este modo siempre que se tratara de asuntos importantes. En los procesos criminales intervendrían en los casos en que los mismos correspondieran a los pretores civiles.

Las localidades habitadas por ciudadanos romanos no tuvieron reconocido, hasta los tiempos posteriores de la República, el derecho de gozar de una jurisdicción privativa suya, sino que a lo más se les concedieron facultades para tener ediles locales sin derecho a intervenir en la administración de justicia; esas localidades no eran miembros de la confederación de ciudades que constituían el Reino romano, como lo eran las ciudades más o menos autónomas; solo eran partes dependientes de la ciudad que gozaba de la hegemonía. Pero después de la sublevación violenta, no vencida propiamente, sino arreglada por medio de un compromiso, de los itálicos contra dicha hegemonía de Roma, todo territorio itálico, ora se tratase de una comunidad que hubiese sido hasta aquel momento autónoma, o de una prefectura, o de cualquier otra forma de agregación a Roma, todo territorio itálico, decimos, se constituyó en Estado autónomo, pero debiendo advertirse que esta autonomía fue sin duda mucho más limitada que lo había sido la de las ciudades confederadas autónomas de la organización o sistema anterior. Con esto empezaron a ser considerados como autoridades judiciales romanas los magistrados municipales, así los de

Italia como los provinciales que habían ido estableciéndose gradualmente a medida que se extendía el derecho de ciudadano romano a los territorios ultramarinos; de modo que, dentro de su propia circunscripción, ejercía cada una de dichas autoridades el *imperium* jurisdiccional en general con el mismo valor y la misma extensión con que lo ejercían en Roma los pretores. La división que en Roma existía de la magistratura suprema en consulado y pretura, y dentro de esta después entre los diferentes círculos o esferas de la administración de justicia, no pasó a la constitución municipal; aquí, cuando existía *imperium* jurisdiccional, este *imperium* lo ejercían las autoridades locales superiores, llamáranse *duumviros* o se llamaran de cualquier otro modo.

No puede caber duda alguna de que la competencia de los magistrados municipales en general se extendía también al conocimiento de los delitos privados. Pero la diferencia más importante que existía entre la antigua autonomía efectiva de las ciudades confederadas y la moderna cuasiautonomía de los municipios de ciudadanos, o sea el haber dado a las atribuciones jurisdiccionales de estos últimos la forma de una jurisdicción de segunda y subordinada clase, excluyendo de ellas todos los más importantes asuntos jurídicos, debió penetrar también en este orden, si bien nuestras escasas noticias tocante a la organización municipal de que tratamos nada nos dicen respecto del particular.

La traslación del procedimiento penal en que intervenían los magistrados y los Comicios a los municipios de ciudadanos, o lo que vino a ser lo mismo, la conservación de tal procedimiento después de haberse concedido el derecho de ciudadano romano, era posible según los estatutos locales, pero difícilmente se dio a este hecho una extensión de importancia, por la razón de que ya en la época de la gran guerra el procedimiento a que nos referimos estaba en decadencia aun en la propia Roma.

Por el contrario, puede demostrarse que la elevación del procedimiento privado a *iudicium publicum* hízose extensivo a los municipios. Si los tribunales municipales no pudieron ocuparse jamás de los delitos de lesa majestad, de peculado y de *ambitus*, en cuanto estos delitos se referían a la comunidad romana, en cambio, no faltan documentos que nos prueban que semejantes tribunales conocieron de peculados municipales y de *ambitus* municipales, y hasta ciertos casos de delitos políticos eran sometidos, por la constitución municipal, a un tratamiento análogo al que se empleaba por las leyes generales del Estado. Además, la ley de Sila sobre el homicidio limitó la competencia del tribunal de la capital a los delitos cometidos en la ciudad de

Roma y en un radio de mil pasos, lo cual exigió, naturalmente, como complemento indispensable, la instalación de un tribunal análogo en cada territorio municipal. Igual limitación era aplicable a los delitos de falsedad, coacción, rapto de hombres, injurias graves, adulterio y usura, y en efecto, probablemente se aplicaba cuando menos a una parte de estos delitos. Ahora, si por otra parte puede pensarse en *iudicia publica* municipales en tiempo de César, que tenían una competencia análoga, no igual, a los *iudicia publica* de la capital, esos *iudicia* eran incuestionablemente estos tribunales municipales instituidos para el conocimiento de las causas referidas. ~~Que este iudicium publicum municipal no era un juicio por jurados presidido por el magistrado, sino un iudicium publicum en el antiguo sentido, o sea un juicio por recuperatores con un demandante magistrado, o también con un demandante que se equiparaba a los magistrados sobre todo en lo respectivo a la denuntiatio de los testigos, es cosa que se ve clara teniendo en cuenta, no solo que carecemos de testimonios que nos indiquen que el procedimiento por cuestiones pasó a los municipios, sino también, y en primer término, que el proceso de peculado del derecho municipal tarentino se designa como un juicio por recuperatores.~~ Si en las no frecuentes menciones de procesos penales municipales aparece algunas veces como autoridad judicial el consejo comunal, esto puede conciliarse perfectamente con el indicado sistema, puesto que el derecho, o más bien, la obligación que al magistrado correspondía de desempeñar el papel de demandante, se ejercía, por regla general, después de interrogar al consejo comunal y en nombre y por comisión de este. Ciertamente se resiste uno a admitir que el juicio municipal por causa de homicidio no existiera ya en los últimos tiempos de la República más que como un juicio privado ante *recuperatores*, y que en el mismo no se pudiera condenar más que a penas pecuniarias y a penas que recayesen sobre el honor; pero es preciso tener en cuenta que tampoco el tribunal de la capital podía imponer mayor pena que el destierro fuera de Italia. Este mismo medio penal, la más importante exacerbación que experimentara el *iudicium publicum* del sistema de Sila frente a la anterior acción privada, solo pudo aplicarse al procedimiento municipal, cuando mucho, bajo la forma de destierro del territorio municipal.

En la época del Principado, el conocimiento de los casos penales de mayor gravedad, en cuanto ese conocimiento correspondía, según lo dicho, a la competencia de los magistrados municipales romanos, se trasladó probablemente, en seguida, en Italia, a los prefectos de la ciudad o a los del pretorio, y en las provincias a los presidentes de estas; a los magistrados municipales —aparte de las funciones auxi-

liares en la administración de justicia penal, de las cuales trataremos en el último capítulo de este libro— no les quedó más que la coercición, y aun tocante a la coercición, es de notar que no podía consistir en privar de la vida a nadie, ni aun siquiera a los individuos no libres.

Como hemos demostrado en el capítulo x del libro primero, la competencia penal de las autoridades que se hallaban al frente de las comunidades o ciudades que, no obstante formar parte del Reino romano, estaban desprovistas del derecho de ciudadanos romanos, no tenía lugar alguno dentro del derecho penal de Roma.

CAPÍTULO VII

EL DERECHO PENAL DE LOS GOBERNADORES DE LAS PROVINCIAS

El gobierno de provincia romano, o sea la institución de tribunales romanos fuera de Italia, tuvo principio con el acuerdo del pueblo, del año 527-227, relativo a Sicilia, y fue extendiéndose poco a poco a todo el «orbe» romano. Italia, que lo mismo durante la República que durante el Principado formaba la antítesis, el término opuesto de las provincias, fue incluida después por Diocleciano en la forma de régimen aplicable a estas últimas, y a partir de entonces solo quedaron fuera del régimen provincial las dos capitales, o sea la antigua Roma y la nueva Constantinopla. Fuera del círculo de las provincias estaban los Estados clientes y las ciudades libres extraitálicas, a las que se había permitido celebrar pacto de alianza con Roma, tales, v. gr., Atenas y Esparta. Los reyes de aquellos Estados y los ciudadanos de estas ciudades se hallaban sin duda sometidos a la jurisdicción del Reino, pudiendo exigírseles responsabilidad (p. 73), durante la República por los cónsules, y durante el Principado por los altos tribunales del Reino; pero en estos territorios no existía ningún tribunal romano, y ni los Estados ni las ciudades de referencia estaban de derecho sometidos a la jurisdicción de los presidentes de las provincias. Con todo, en los tiempos del Principado, y por cierto ya desde la primera dinastía, se abolieron los privilegios que gozaban las ciudades libres y se las sometió a la jurisdicción penal de los gobernadores de las provincias, en tanto que para los asuntos civiles continuaron gozando, probablemente por largo tiempo, de su independencia.

Los presidentes de las provincias llevaban originariamente, por regla general, el mismo título que los dos funcionarios encargados en Roma del ejercicio de la jurisdicción civil, esto es, el título de *praetores*, con el cual se expresaba, no solo su principal carácter de magistrados consagrados a la administración de justicia civil, sino también el mando militar supremo, el *imperium*, que regularmente no lo ejercían,

pero que tenían siempre el derecho de ejercerlo. Cuando el gobernador de la provincia; una vez trascurrido el año de sus funciones, seguía sin embargo, ejerciéndolas, y también cuando, según la organización dada Por Sila, después de concluir un magistrado el desempeño de su cargo en Roma, era enviado a gobernar una provincia, el título que se le daba era el de *pro praetore*, y a menudo también se le concedía la denominación *pro consule*, de más alto rango que la anterior. Esta denominación última se hizo durante el Principado la general y permanente para todo gobernador de provincia; sin embargo, solo se aplicaba a las provincias que habían sido adjudicadas al Senado, por cuanto en las del emperador era este mismo considerado como el presidente de ellas, aunque por lo regular sin llevar el título de procónsul. En estas provincias del emperador funcionaban de hecho como gobernadores, subjeses militares de carácter imperial, los cuales, en cuanto oficiales del ejército se denominaban *legati Augusti*, y en cuanto depositarios del *imperium, pro praetore*. El *imperium* militar de los presidentes de las provincias senatoriales era en la época del Principado meramente nominal; el de los representantes del emperador en las provincias de este era efectivo, pero subordinado, claro está, al *imperium* del mismo emperador; en cuanto al *imperium* jurisdiccional, ambas categorías eran iguales, y ambas exigían pertenecer al rango de senadores. Aquellos Estados clientes que, sin haberse llegado a incorporar propiamente al Reino romano, habían quedado permanentemente sometidos a la administración de Roma, como acontecía durante el Principado con Egipto y con cierto número de pequeños territorios o comarcas, eran gobernados por representantes romanos de la clase de caballeros, los cuales llevaban el título militar de *praefecti*, o el financiero de *procuratores Augusti*; en todas estas regiones se instituyó también un tribunal romano, y para ello se revistió de *imperium* a los representantes, de manera que estos tenían, bajo el respecto de la administración de justicia, iguales atribuciones que los gobernadores de las provincias. Posteriormente, sobre todo después que Diocleciano redujo la extensión de las circunscripciones territoriales y privó a los gobernadores de las provincias del mando militar, estos gobernadores descendieron en rango y perdieron en fuerza. Los títulos que se les daba en esta época no eran iguales: a algunos de ellos siguió llamándoseles *proconsules*; otros, en vista de la denominación atribuída, como título que designaba su rango, a los altos *legati Augusti pro praetore*, fueron llamados *consulares*, y otros, *correctores* o *praesides*. Esta última manera de designarlos era frecuentemente enunciativa, y se hacía uso de ella para nombrar en general a los referidos gobernadores, y también, desde el momento en que quedaron separados

el mando militar y las funciones civiles, se les daba, en cuanto presidentes del tribunal, la denominación usual y general de *iudex*, añadiéndole con frecuencia el calificativo *ordinarius*. El propio y verdadero *imperium* que servía de base a este cargo perdió su importancia posteriormente, y entonces el poder de los gobernadores de provincia —igual puede decirse de todo cargo cuando la constitución vino a cambiarse en monárquica declarada— no era más que el de un delegado del emperador, si bien es verdad que el puesto mismo de gobernador no había perdido del todo su independencia y sustantividad en esta época, como lo prueba la manera que tenían de ejercer la jurisdicción voluntaria. El cargo de presidente de provincia en Roma abraza una duración de ocho siglos, y desde el magistrado independiente de los tiempos de Aníbal hasta el presidente de tribunal de la época justiniana media una distancia inconmensurable; sin embargo, a lo menos por lo que toca a la administración de justicia, no es tan grande la diferencia que sea imposible el estudio en globo del cargo dicho, como tal. El funcionario ordinario encargado de toda la administración de justicia que no fuese la de la capital, lo fue en todos los períodos el gobernador de la provincia; y si aun en este respecto decayó también la importancia del cargo en los tiempos posteriores, debióse el hecho principalmente al sistema de las apelaciones introducido en la época del Principado, pues ese sistema hizo descender al presidente de la provincia, de juez único que antes era, a juez de primera y subordinada instancia.

El puesto de gobernador de provincia tenía su base en el concepto de la circunscripción territorial, lo mismo que tenía también su base en este concepto el cargo de prefecto para la administración de justicia en las ciudades itálicas, cargo que es el que principalmente sirvió de modelo para constituir el de gobernador provincial (p. 152). El nombre de esa circunscripción, *provincia*, esto es, «campo vencido», se empleaba originariamente para designar la extensión territorial de la competencia del jefe del ejército, competencia limitada a un territorio determinado, que variaba según los casos; luego se aplicó a la circunscripción de cuyo mando se encargaba al gobernador, y en cuanto tal, solo se diferenciaba del campo propio de la ciudad autónoma, del *territorium*, en que la *provincia* abarcaba un conjunto de territorios, o bien, en caso de que en la soberanía romana no se hubiesen encontrado organizaciones municipales al efectuar la conquista, el territorio de un Estado que anteriormente había sido independiente. El gobernador de provincia adquiría su *imperium* como magistrado, por regla general, el día que legalmente entraba en posesión de su cargo; el *imperium* militar no lo adquiría hasta el momento en que trasponía los límites

de la ciudad de Roma para ir a encargarse de su gobierno; y sucedía así, porque, según la organización de Sila, no se podía ejercer el *imperium* militar sino después de haber trascurrido el año legal de funciones dentro de la ciudad, y después de haber salido de Roma el que iba a ser gobernador, el cual, conforme a lo dispuesto en la misma ley, continuaba siendo promagistrado hasta el momento que volviese a entrar en la ciudad. Pero por eso no tenía capacidad para funcionar sino como gobernador.

Ahora, la función de estos estaba sometida a las siguientes reglas:

1ª.—El gobernador no podía realizar actos oficiales como tal gobernador, y sobre todo administrar justicia, sino cuando y en tanto que residiera dentro de su circunscripción. Sus funciones comenzaban, en lo tanto, el mismo día de su ingreso en esta, concluían el día que saliera de ella y quedaban en suspenso durante las ausencias.

2ª.—El gobernador no podía realizar actos de tal gobernador, y sobre todo no podía ejecutar penas, sino cuando dicha ejecución hubiera de verificarse dentro de su provincia; por tanto, solamente podía imponer por vía de pena el destierro de su propia provincia o la residencia forzosa en alguna localidad de su propia provincia.

3ª.—Aquellos actos oficiales que no tuvieran una relación indivisible con el lugar de la residencia de las correspondientes personas, solamente podía practicarlos el gobernador cuando hicieran referencia a los individuos que habitasen dentro de su provincia o que gozaran de los derechos propios de los habitantes de su provincia. Pero en determinadas circunstancias, cuando la seguridad pública lo exigiese, los gobernadores podían extender su potestad penal, por virtud de instrucciones imperiales, a delincuentes que no fueran de su provincia.

Las atribuciones jurisdiccionales que correspondían al gobernador están ya suficientemente indicadas en el título que originariamente se daba a estos. El conocimiento de los asuntos civiles que en Roma se atribuía a los dos pretores, al urbano y al peregrino, a la época de la creación de los gobiernos provinciales, se encomendó en Sicilia, y después en las otras provincias, a los pretores puestos al frente de las mismas, los cuales, por consiguiente, entendían igual en los pleitos seguidos entre ciudadanos romanos que en los seguidos entre un romano y uno que no lo fuera y que en los seguidos entre ciudadanos de diferentes municipios. Estas atribuciones jurisdiccionales están indicadas en la institución misma, y es sabido, además, que se concedieron al pretor de la más antigua de todas las provincias, al de Sicilia; ahora, aun cuando a veces se introdujeron variaciones del principio general, sobre todo en lo relativo a la tercera categoría de los juicios

mencionados, sin embargo, en lo esencial, el esquema trazado es aplicable a casi todos los casos. El espíritu y la tendencia de la institución fueron determinados por el hecho de haberse extendido mucho los negocios mercantiles y el cambio de dinero romanos; pues, en efecto, el predominio de Roma se manifestó en los territorios ultramarinos, ante todo y principalmente, por la circunstancia de que los romanos, ni como demandantes ni como demandados, comparecían ante los tribunales locales, sino que comparecían ante los tribunales romanos, y, además, porque los tribunales locales se limitaban a entender de los asuntos que tenían lugar entre los ciudadanos de sus respectivas localidades. A los tribunales de la ciudad de Roma no les estaba en absoluto vedado conocer de estos juicios cuando las acciones interpuestas en ellos afectaban a ciudadanos romanos, y así los gobernadores de provincia tenían facultades para abstenerse de entender en semejantes juicios y remitirlos a Roma, y aun el romano demandado pudo tener también idéntica facultad en algunas circunstancias. Por lo demás, parece que los gobernadores no tenían limitada su competencia y que esta incluía sobre todo el conocimiento de los delitos privados.

El sistema procesal de los pretores provinciales era el mismo romano-italico. Seguramente que no existía en la provincia un solo lugar destinado a la celebración de los juicios de toda la circunscripción; lo probable es que, a ejemplo de lo que acontecía respecto a los juicios seguidos en las prefecturas itálicas, la ley de organización de la provincia designase los lugares en que los ciudadanos romanos comerciaban con frecuencia y ordenase al gobernador ir celebrando en todos ellos, sucesivamente, las audiencias de su tribunal, siendo citados los ciudadanos romanos del distrito para que compareciesen en tales sitios en tiempo oportuno. Los ciudadanos romanos disfrutaban el privilegio de que de los romanos residentes en cada distrito se formase una lista de jurados recuperadores para juzgar los asuntos del mismo distrito; el pretor podía formar libremente esta lista, igual que acontecía en Roma (p. 125). La costumbre de consagrar el gobernador el verano a este viaje por toda la circunscripción de su provincia se conservó hasta los tiempos últimos, no obstante que ya entonces se había reducido la extensión de las provincias.

El pretor provincial no tenía atribuciones judiciales penales, como no las tenía tampoco el pretor de Roma; el procedimiento general público no pudo sustanciarse originariamente en las provincias de distinto modo que se sustentaba en la capital. Pero el gobernador de provincia tenía, sin duda, facultad para ejercer dentro de esta la coercición en toda la extensión y plenitud que hemos expuesto en el capítulo II de este libro; hasta podía ejercer la coercición capital contra

los no ciudadanos, siempre y como quisiera; contra los ciudadanos, pudo ejercer también esta coercición capital hasta la época de los Gracos (p. 103). Sin embargo, aun en este respecto, su posición era diferente de la del depositario del *imperium* en Roma, pues mientras este tenía en primer término la obligación de cuidar de la seguridad pública y de proceder contra los más graves delitos, en cambio, en las provincias, el servicio de seguridad y la justicia criminal, sobre todo con relación a los indígenas, estaba a cargo de las autoridades locales, y el pretor no funcionaba sino supletoriamente, como representante del gobierno central y de los intereses generales. Tocante a los hechos punibles cometidos por ciudadanos romanos, es de recordar, ante todo, que en la época republicana no había, o poco menos, en las provincias municipios de ciudadanos, y, por consiguiente, a lo único que se atendía respecto de este particular, era al domicilio romano, el cual era variable en tales casos y de carácter predominantemente mercantil; pues las autoridades municipales de las provincias, solo excepcionalmente podían tener potestad penal sobre los ciudadanos romanos (p. 77). A este estado de cosas responde lo que sabemos acerca del modo como procedían en asuntos penales los presidentes de las provincias en la época republicana. De una verdadera administración de justicia penal no puede hablarse; ni siquiera la introducción en Roma del procedimiento por *quaestiones* pudo originar un juicio penal verdadero en las provincias. La misión de los gobernadores de estas era, y continuó siendo siempre, matener obedientes a los súbditos, y muy en especial no consentir que los esclavos levantaran cabeza, así como reprimir toda falta cometida contra el gobierno; ya lo hemos dicho más arriba (p. 104 y ss.). La pretura, como tal, envolvía, sí, el derecho de ejercer la jurisdicción, tanto sobre los ciudadanos como sobre los peregrinos, pero en modo alguno correspondía a los pretores la función de presidentes de las varias *quaestiones*; esta función se le encomendaba por medio de las correspondientes leyes especiales a magistrados determinados, a cuyo número no pertenecían seguramente, en la época de su constitución, los gobernadores provinciales. Además, en las provincias apenas se dejaría sentir la necesidad de acudir a semejante medio. Para los casos en que se tratara de individuos cuyo domicilio romano variase a menudo, bastaría en la época republicana con hacer uso de la inquisición y coercición por parte de los pretores, juntamente con la facultad, que no pueden menos de haber tenido los gobernadores provinciales, de enviar a Roma a los culpables. Y para los habitantes de las provincias con domicilio fijo, existían los tribunales locales autónomos. Cuando luego se originaron los municipios provinciales o ultramarinos de ciudadanos, cosa que empezó a acontecer con alguna

extensión ya desde la decadencia de la República, estos municipios tendrían, como las tenían precisamente los itálicos, su ley municipal y sus propios *iudicia publica*. Lo que hicieron los gobernadores de provincia, que fue poco bueno y mucho malo, puédesse referir todo ello al uso o abuso que como magistrados hacían de su deber de cuidar la seguridad pública. El mejor gobernador de provincia que tuvo, en general, la comunidad romana, Q. Mucio Scævola, cónsul el año 659-95, no solo midió como juez civil, durante su proconsulado en Asia, a los contratistas romanos con el Estado con una medida justa, si bien lo hizo por modo excepcional, sino que también mandó crucificar al alto administrador de aquel por causa de sus fechorías y abusos, justamente cuando debía ser absuelto; hizo, por lo tanto, un uso bien serio de la coercición capital, y lo hizo precisamente en beneficio de los provinciales. Si en el ejercicio del cargo oficial de Verres en Sicilia prescindimos de sus funciones como pretor civil, advertiremos claramente que este miserable, cuyas indignidades es difícil que exagerara mucho Cicerón, de lo que abusó no fue propiamente de la administración de justicia penal, sino del ilimitado *imperium* romano, del derecho de soberana coercición. Las Verrinas, las cuales nos dan muchísimas noticias acerca de lo que eran los gobernadores de provincia en la época de Sila, no hacen referencia en ningún sitio a una institución orgánica, en virtud de la cual estuviera reservada a los gobernadores de las provincias la administración de justicia penal con ciertas formalidades y con algunas limitaciones.

Pero si los gobernadores provinciales de los tiempos de la República no eran otra cosa que, por una parte, jueces civiles romanos dentro de su circunscripción, y, por otra parte, representantes y depositarios del poder soberano dentro de la misma, en cambio, estos mismos gobernadores se convirtieron, durante el Principado, en verdaderos órganos de la justicia general del reino, sobre todo en el campo del derecho penal. El motivo esencial de esta transformación fue que al advenimiento de la Monarquía, la hegemonía de la ciudad de Roma se convirtió en soberanía del Reino; la tradición, sin embargo, no nos ofrece datos bastantes para demostrar al por menor de qué manera se efectuó semejante proceso evolutivo en que intervinieron los soberanos, y cuál fue determinadamente la intervención de cada uno de estos para ayudar ese proceso, que en tesis general se verificó por sí mismo. Probablemente, las innovaciones más importantes, como la limitación de la autonomía de los municipios para entender y resolver los asuntos penales y la transformación del derecho de provocación, hay que hacerlas remontar hasta Augusto, en cuyo reinado parece que ya administraban la justicia penal en toda su extensión los presidentes de las

provincias. Bajo los emperadores flavios, así como también en los libros de derecho de los tiempos posteriores, dicha administración de justicia penal provincial se nos presenta, sin duda alguna, ocupando un puesto preeminente. El carácter que ofrece es siempre el de la coercición verificada por el magistrado, cuyo ejercicio no excluía la intervención de un demandante, ni tampoco el empleo del *consilium*; sin embargo, en el juicio penal ante los gobernadores de provincia no era forzoso hacer uso de la institución del jurado, como lo era en el juicio civil ante los mismos gobernadores y también en el juicio criminal de la ciudad de Roma en los tiempos de que se trata. Era permitido emplear distinto procedimiento con los ciudadanos romanos que con los no ciudadanos.

Como ya se ha dicho, el tribunal penal legítimo para los peregrinos, y principalmente también durante el Principado para la gran mayoría de los provinciales, lo era, conforme a la índole del Reino romano, el de las autoridades indígenas autónomas. Sin embargo, estos tribunales, considerados en general, difícilmente eran apropiados para tal fin, por cuanto en ellos dominaban muchísimo las dos exageraciones en que puede incurrir una mala administración de justicia, o sea la extremada lenidad y el extremado rigor. Las pequeñas ciudades y los pequeños Estados autónomos, que eran los que predominaban, no disponían con frecuencia de aquel poder político que permite obrar con moderación, y por eso, ora caían del lado de la indulgencia y las consideraciones, ora abusaban de la ciega crueldad y de las desenfrenadas pasiones; mientras que las pocas atribuciones de que disfrutaban, lo que traía a menudo peores resultados que la preponente y arbitraria administración de justicia del Reino, dificultaban por su frivolidad hasta el ejercicio de la alta inspección del poder público. Lo que pudo tolerar el laxo régimen republicano no se le arrancaría de igual modo al régimen del Principado, más enérgico que el anterior. No dejó de procurarse conseguirlo. El cuidado de la seguridad pública, tal y como estuvo encomendado a los gobernadores de provincia de la época republicana, era susceptible de extenderse grandemente, dado su carácter de vaguedad e indeterminación, a la administración de justicia criminal, y por eso pudo trasformarse, sin más que regularlo y generalizarlo, en una administración de justicia penal ordinaria. Con el fin de poner limitaciones al ejercicio de la potestad penal de los municipios, salvo a la de aquellos, no muy numerosos, a los que el Estado les había reconocido y confirmado por escrito su autonomía, el gobierno del Reino podía dar y daba disposiciones adecuadas, ora para los casos concretos, ora con carácter general. Lo que dice un escritor del siglo III, o sea que el gobierno romano se había arrogado

el derecho de vida y muerte, hay probablemente que referirlo, no solo a esta época, sino también ya a los primeros tiempos del Imperio, y aun acaso haya que buscar los comienzos del cambio en la época de la República. Precisamente los mejores gobernadores de provincia deben haber puesto limitaciones no pocas veces a las autoridades de Roma tocante al ejercicio de su jurisdicción capital. ~~Las autoridades municipales en general no tenían facultades jurídicas para imponer las penas de privación de libertad, que eran las que ocupaban el lugar inmediato a las penas capitales; no podían imponer la relegación grave, la deportación ni el trabajo forzoso, las cuales habían de ser impuestas exclusivamente por las autoridades del Reino. Tampoco existía fundamento bastante para dejar entregado al arbitrio de los municipios la imposición de la pena de confiscación de bienes, ni las altas multas, y, por otra parte, hubo de penetrar también aquí, sobre todo en los tiempos posteriores, el signo de la decadencia política, o sea el carácter fiscal. Por tales motivos, debemos creer que la justicia penal independiente que correspondía a las comunidades o municipios de población no romana vino probablemente a quedar reducida, en tiempos bastante tempranos, a la facultad de imponer penas de escasa monta. Es de presumir que, dentro de esta esfera, tanto la sustanciación del juicio como la pronunciación de la sentencia quedarían reservadas a las autoridades autónomas, y que tales causas solamente se llevarían ante el gobernador de la provincia para que las confirmase; pero como esta confirmación no podía existir sin facultad de revisar el proceso, y es, por otra parte, difícil que a los peregrinos se les reconociese derecho a una apelación formal, claro es que este procedimiento hubo de venir a convertirse esencialmente en un procedimiento en que quien daba la sentencia era en realidad el gobernador. Este tenía atribuciones para enviar a Roma a los peregrinos para que los juzgase el tribunal del emperador; mas tal envío no tenía lugar sino en casos excepcionales.~~

En la época del Principado, el número de los ciudadanos romanos que vivían en las provincias fue en aumento creciente, y sobre todo, lo que en esta época acontecía era que se concedía el derecho del ciudadano romano frecuentemente a todos los municipios, hasta que luego, a principios del siglo III, se hizo extensivo este derecho a todas las ciudades del Reino (p. 87). Ante todo, para estas ciudades de ciudadanos romanos se necesitaban autoridades penales, pues con la propia autonomía limitada que ellas tenían no les era bastante ni en las provincias ni en Italia (p. 87). Y así como la administración de la justicia penal de los asuntos importantes se confió en Italia a delegados del emperador, esto es, a los prefectos de las ciudades y al tribunal imperial inmediato dirigido por el comandante de la guardia imperial,

así también en las provincias se debió encomendar esa administración de justicia a los gobernadores, probablemente por la razón de que la coercición que envolvía el *imperium* de los pretores se hizo extensiva a los delitos que se cometieran en las ciudades conforme a las disposiciones criminales de las mismas, y por tanto, esa coercición se convirtió en justicia penal. Si el tribunal del jurado de los *iudicia publica* no pudo ser aplicado a las provincias, en cambio, en el procedimiento penal ante los gobernadores de estas, pudo sin dificultad hacerse uso de la clasificación de los delitos y de los preceptos penales que regían en Roma; y hasta el procedimiento acusatorio era adaptable a estos juicios, que eran dirigidos y resueltos por el magistrado, precisamente en virtud de la ley julia sobre los concursos y muchas otras leyes que fueron trasplantadas a las provincias por disposiciones de los emperadores.

El *imperium* del pretor no daba a este atribuciones para imponer al ciudadano romano las más graves penas, y por eso era necesario que el gobierno del Reino interviniera supletoriamente, por una parte, para imponer aquellas penas que no podían ejecutarse dentro de la provincia, lo cual acontecía la mayor parte de las veces cuando se trataba de penas graves contra la libertad; y por otra parte, a consecuencia de estar limitado el *imperium* militar, limitación que ya había comenzado en la época de la República, pero que fue aumentada por la ley julia tocante a la coacción; por causa de esta limitación, el poseedor del *imperium* militar no podía imponer al ciudadano romano ni la pena de muerte, ni la de castigos corporales ni el encadenamiento; y cuando se tratara de un juicio capital, debía hacerse uso de la provocación. Según esto, en los casos de las dichas penas contra la libertad, el gobernador de la provincia dirigía el proceso, mas solo daba el fallo en forma de propuesta presentada al emperador, y cuando este no se conformaba con la pena propuesta, había que sustituirla con otra, sustitución que hacía unas veces el emperador mismo, y otras el gobernador. Cuando se tratara de delitos capitales, el gobernador, una vez fijada la culpabilidad de las personas que en ellos hubieran intervenido, debía abstenerse de pronunciar formalmente sentencia, enviando a los procesados ante los tribunales de la ciudad, únicos competentes para imponer una pena de muerte a un ciudadano romano, y sobre todo ante el tribunal del emperador.

La concentración que así se producía de la jurisdicción capital sobre los ciudadanos romanos en la ciudad de Roma, y principal, aunque no exclusivamente, en el tribunal del emperador, es probable que solo pudiera llevarse a cabo desde un principio con limitaciones esenciales; y a medida que se fue después haciendo extensivo a las pro-

vincias el derecho de ciudadano romano, tuvo también forzosamente que ir adquiriendo mayor amplitud la potestad penal de los gobernadores. Y aconteció este cambio por la misma vía que se verificó en Roma y en Italia; así como aquí el prefecto de la ciudad ejercía la jurisdicción capital que al emperador correspondía por delegación permanente de este, así también el emperador mismo trasfería a cada uno de los gobernadores de provincia el «derecho de la espada», *ius gladii*, o también la «plenitud de potestad de los magistrados», el *imperium merum*. Los detalles de este asunto nos son poco conocidos. Ya Augusto hizo quizá uso de tales delegaciones, mas lo probable es que en un principio no se hicieron con carácter general, sino caso por caso. Posteriormente el derecho de la espada se presenta bajo determinadas formas y con ciertas limitaciones, de las cuales nos son conocidas las siguientes:

1ª.—El derecho de la espada no era una manifestación de la potestad general correspondiente a los gobernadores de provincia, sino una delegación especial del emperador, y por consiguiente, el poseedor del mismo no podía trasferírselo a su vez a otras personas.

2ª.—El derecho de la espada había sido concedido ya en el siglo III, aun cuando no sabemos a partir de qué momento, a todos los gobernadores de provincia del rango senatorial, y por lo tanto, lo llevaban estos no a manera de título; mientras que, por el contrario, a los procuradores que funcionaban de presidentes de provincia regularmente no les correspondía, y por lo tanto, cuando se les otorgaba, iba unido al título de los mismos.

3ª.—Parece que el derecho de la espada se concedía frecuentemente, o se ejercía cuando menos, con la limitación de que, si bien se permitía al gobernador sustanciar y fallar el proceso, sin embargo, para poder llevar a ejecución la sentencia, tenía que solicitar el beneplácito del emperador. Bajo esta forma se aplicó el derecho de la espada en tiempo de Marco en la provincia lugdunense.

4ª.—Probablemente, las concesiones del derecho de la espada se hicieron desde los comienzos con limitaciones relativas a las personas. Sobre todo, quedaban exceptuadas, por regla general, de la aplicación de tal derecho las personas pertenecientes a la nobleza senatorial hereditaria, de igual manera que los nobles que poseyeran por sí mismos caballos del Estado. En el capítulo consagrado al estudio de los tribunales de clase volveremos sobre esto.

5ª.—A partir del siglo III, quizá desde el instante en que se concedió el derecho de ciudadanos a todos los habitantes de las ciudades del Reino, la división de la ciudadanía por clases, o sea en personas de alto rango (*honestiores*), y gentes humildes (*plebeii*, o también

humiliores), división de que trataremos detalladamente en el capítulo último del libro V, así como servía de criterio para determinar la medida de la pena, así también tenía su influjo en lo tocante al derecho de provocación. Los humildes se hallaban sujetos incondicionalmente al derecho de la espada, igual que los no ciudadanos, en tanto que las personas de alto rango seguían gozando del derecho de provocación en la forma antes indicada, de suerte que, con respecto a ellas, aun cuando el gobernador sustanciaba y fallaba los procesos, sin embargo, salvo los casos de necesidad, estaba permitida la apelación al emperador. También de esto hemos de volver a ocuparnos, primeramente en el libro III, al tratar de los medios o recursos jurídicos, y después en el V, al estudiar la medida de la pena.

Réstanos hablar de los lugartenientes y auxiliares de los gobernadores en la administración de justicia penal.

Mientras que, respecto al ejercicio de la jurisdicción dentro de la capital, en cuanto la misma estuviera sujeta a formas jurídicas fijas, la regla general era que la delegación de ella, o había de estar prescrita por la ley, o había de estar prohibida legalmente, de suerte que aquí se dejaba muy poca amplitud al arbitrio del magistrado; en cambio, respecto al ejercicio de dicha jurisdicción fuera de la ciudad, valía en tesis general el principio contrario. Aquí tenemos que someter a examen, por lo que a los gobernadores de provincia se refiere, la facultad de delegar libremente su *imperium* jurisdiccional, delegación que se consideraba como un elemento esencial de la jurisdicción no limitada por mandatos legales especiales; esta facultad de delegar la encontramos ya en la época de la República, y a ella pertenece principalmente el *iudex pedaneus*. Mas no se reconocía esa facultad solamente a los gobernadores de provincia, sino que se hacía también uso de ella, aun prescindiendo de la jurisdicción civil, en el ejercicio de la jurisdicción de los cónsules y el Senado, y con grandísima extensión en el ejercicio de la jurisdicción imperial.

La delegación ha de concebirse en general como una orden, y por lo tanto, el delegado o mandatario no podía separarse de la misión que se le hubiese encomendado y devolver al mandante el despacho de los correspondientes asuntos. Pero claro está que no por eso se prohibía, sobre todo a los altos funcionarios imperiales, el que estos sometieran a la superior resolución personal del emperador, después de haberlos ellos fallado, aquellos asuntos penales para los que tenían competencia.

En la materia de jurisdicción delegada hay que distinguir, como las mismas fuentes lo indican, la delegación hecha a un funcionario subordinado de la hecha a un particular. Por lo que al gobernador de provincia respecta, es de advertir que el funcionario auxiliar que desde los comienzos de la institución le fue concedido, o sea el cuestor,

estuvo principalmente destinado a la dirección y al manejo de la caja y de las cuentas, a la administración financiera; pero además, así como dentro de la circunscripción de un pretor o gobernador correspondía a este el ejercicio de la jurisdicción civil pretoria que no afectaba a las materias penales, así también le correspondía a él, dentro de la misma circunscripción, el ejercicio de la jurisdicción civil no tocante al derecho penal que en Roma estaba encomendada a los ediles curules. Los demás auxiliares del gobernador pertenecientes a la clase senatorial, esto es, los *legati*, no pueden ser considerados, durante la época republicana, como magistrados, pero sí pueden ser considerados como tales durante el Imperio, porque entonces, en las provincias senatoriales, se concedieron, según reglas fijas, a todo procónsul consular tres legados adscritos a circunscripciones especiales (*dioeceses*), y a todo procónsul pretorio uno de estos legados, y a todos los legados se les atribuyó *imperium* de propretores. A los gobernadores de las provincias imperiales no se les adjuntaron cuestores ni legados propios, pero en la mayoría de tales provincias desempeñaron funciones auxiliares análogas a las de estos los legados legionarios, nombrados también por el emperador, y los legados para la administración de justicia (*iuridici*). Todos estos funcionarios intervenían en el ejercicio de la jurisdicción gracias al mandato o delegación que recibían del presidente de la provincia respectiva. El cuestor intervino con frecuencia de esta manera en la administración de justicia durante la época republicana; en cambio, no puede demostrarse que ya posteriormente aconteciera del mismo modo, debido probablemente a que su lugar habían venido a ocuparlo los legados de los magistrados. Los cuales, ya utilizados con igual carácter en los tiempos republicanos, pueden ser considerados posteriormente, no obstante su condición de mandatarios, como magistrados permanentes para auxiliar a los gobernadores en la administración de justicia. Es probable que en las provincias imperiales ejercieran también la jurisdicción, además de los gobernadores, los legados imperiales de inferior derecho, anteriormente mencionados.

La competencia de estos funcionarios auxiliares y agregados a los gobiernos de provincia era igual a la del gobernador, y suponía, sobre todo en los juicios civiles, la intervención de los jurados; pero era de inferior categoría, singularmente en los tiempos posteriores, a la de los magistrados supremos; y es de observar, especialmente por lo que toca a los legados de los presidentes de las provincias senatoriales, que no podía concedérseles el derecho de la espada, por cuanto este derecho no tenía su base en la competencia general pretoria, sino en la delegación hecha por el emperador (p. 166, regla 1ª), y que por regla general tenían que someter los casos penales de mayor gravedad a la resolución del correspondiente gobernador.

Como hemos visto, la delegación de la jurisdicción a un particular solo se diferenciaba de la hecha a un magistrado en que el magistrado, no obstante ser un mandatario o delegado, podía él a su vez delegar, mientras que el particular no tenía facultades para subdelegar, en cuanto mandatario, la jurisdicción que se le hubiese delegado a él. La delegación podía hacerla el gobernador a quien quisiera, pero solía hacerla especialmente en sus asesores (p. 98) y en los oficiales romanos que se hallasen en la provincia. El lugarteniente o delegado no disponía de toda la potestad del gobernador, sino solo de aquella sin la cual era imposible llevar a cabo un procedimiento jurídico; no perdía su carácter de simple particular y no celebraba audiencia como si fuese un tribunal verdadero. Sus funciones consistían, en los primeros tiempos, principalmente en constituir el tribunal del jurado, y después que este desapareció, en la *cognitio*, con todo lo perteneciente a la misma. Su situación, la cual no tenía como base un encargo hecho por las partes, sino la delegación verificada por el magistrado, no era la de un árbitro, pero se aproximaba a ella. En las antiguas fuentes no se emplea para estos delegados otra forma de designarlos que la denominación general de jueces, añadiendo a menudo la indicación del magistrado que los nombraba (*iudex datus ab illo* era la forma usual); pero desde principios del siglo III empezó a llamárseles «jueces inferiores», *iudex pedaneus* o *χαμαιδικαστής*. Esta representación, confiada a personas sin cargo oficial, tuvo, sin duda alguna, desde sus principios, un carácter predominante de institución auxiliar, de la que se hacía uso para los asuntos jurídicos de escasa importancia; sin embargo, no se conocieron límites establecidos al efecto por la ley, y los jueces inferiores no estuvieron privados de intervenir en la instrucción de los procesos criminales. Dada la gran extensión territorial de las antiguas provincias, no pudo menos de hacerse en ellas, antes de Diocleciano, un uso frecuentísimo de la delegación para el desempeño de la administración de justicia correspondiente a los gobernadores; y la subdivisión de las grandes provincias del Reino, verificada por el mentado emperador, no fue debida en poca parte al deseo de que la administración de justicia provincial fuera desempeñada de nuevo personalmente por los mismos gobernadores. Mas no por esto quedaron abolidos los juicios por delegación, sino que de ellos siguió haciéndose uso hasta los tiempos más adelantados.

Por regla general, lo mismo de los magistrados auxiliares que de los mandatarios privados, podía apelarse ante las autoridades que hubieran dado el mandato; este fue el punto de partida de la apelación reformatoria, de la cual se tratará en el libro siguiente.

CAPÍTULO VIII

PROCEDIMIENTO PENAL EN QUE INTERVENÍAN LOS CÓNSULES Y EL SENADO

Aquel procedimiento penal de los tiempos de la República en el que intervenían el magistrado y los Comicios, procedimiento del cual nos hemos ocupado en el capítulo III de este libro y que dejó de emplearse en los días últimos de la misma época republicana, fue resucitado por Augusto, haciéndolo extensivo a todas las personas pertenecientes al Reino y remplazando la obligación que el magistrado tenía de someterse a la resolución de los Comicios por la obligación impuesta a los cónsules de atenerse a lo que resolviera la mayoría del Senado del Reino, que desempeñaba las funciones de *consilium* del cónsul. La aplicación de este procedimiento con relación a los individuos pertenecientes al Reino y no sometidos a ningún tribunal romano ordinario, puede retrotraerse a la misma época de la República (p. 72 y siguientes). Ahora, la extensión de esta forma de procedimiento penal, que en sus orígenes era administrativa, a los ciudadanos romanos fue una consecuencia obligada de la traslación del poder soberano del Estado desde la ciudadanía al Consejo del Reino; la transformación del *senatus* en el *senatus populusque romanus*, transformación que sirvió de fundamento a toda la organización política de Augusto, es la que constituyó aquí también la base, y aquí más que en otras cosas, del supremo tribunal del Reino a que nos referimos. No existen testimonios históricos que acrediten la creación del mismo; mas es indudable que ese tribunal fue una de aquellas instituciones con las cuales terminó el período revolucionario el nuevo monarca. La institución que nos ocupa encontró también, sin género alguno de duda, un apoyo en el tribunal permanente de guerra, de que más adelante volveremos a hablar, formado por los cónsules y el Senado, establecido por el partido de los optimates en el último siglo de la República, y que en realidad contra quien se empleó fue contra los partidarios de los Gracos y los de Catilina; pero el procedimiento consular-senatorio de la época del

Principado, procedimiento organizado como una institución regular, no debe ser rechazado y envuelto en una censura común con este otro procedimiento, para casos de extrema necesidad, del que acabamos de hacer mención.

El tribunal consular-senatorio era competente para conocer de todos los asuntos penales sin distinción, exceptuando probablemente aquellos que estuvieran ya pendientes de proceso; podía conocer, tanto de los que se refiriesen a los individuos que pertenecieran inmediatamente al Reino, como de los que afectasen a aquellos ciudadanos de las ciudades libres y de los Estados clientes que no se hallasen sujetos a ningún tribunal romano ordinario (p. 73). Por lo que a los ciudadanos romanos se refiere, es de advertir que ninguna disposición jurídica limitaba la competencia del tribunal en cuestión a las personas de la clase senatorial; sin embargo, a estas es a las que preferentemente se aplicaba, como se dirá cuando volvamos a tratar del asunto al ocuparnos del procedimiento por clases. Este tribunal se hallaba de hecho debajo del tribunal análogo del emperador, pero jurídicamente era igual a él, de manera que cuando hubiera oposición o competencia entre ambos, se atendía para resolverla al que hubiera empezado a conocer primero del asunto. Las causas penales militares no se llevaron jamás al Senado, y difícilmente podían llevarse ante él conforme a las disposiciones militares vigentes en los tiempos del Principado; tampoco era frecuente que fueran juzgados por el Senado los funcionarios de nombramiento imperial, en las causas por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo. El juicio penal ante el Senado no era por su propia naturaleza un juicio de los pertenecientes al caso de estado de necesidad; sin embargo, era un procedimiento de excepción, supuesto que de la mayoría de los asuntos penales correspondía conocer a otros tribunales ordinarios, encomendándose al Senado tal conocimiento solamente en casos especiales; por otra parte, este tribunal no hubiera podido tomar a su cargo la justicia penal de todo el Reino; de consiguiente, en todos los casos podía denegarse la concesión de este procedimiento excepcional.

La iniciativa correspondía en estas causas al cónsul; a él se dirigían las denuncias y se presentaban las peticiones o demandas. El cónsul no estaba en manera alguna obligado de derecho a preguntar al emperador acerca de la admisión de la demanda, y el emperador no tenía tampoco facultades para negar dicha admisión; sin embargo, de hecho, el Senado se abstuvo desde bien pronto de la libre iniciativa en los asuntos de mayor importancia. En cambio, el emperador enviaba con frecuencia al Senado causas penales para que este las despachara y resolviera.

En este procedimiento penal, lo mismo que acontecía en el procedimiento primitivo de los cónsules y al revés de lo que pasaba en el procedimiento por *quaestiones*, no era necesaria la existencia de partes; tal procedimiento era una *cognitio*, según se lo llamaba técnicamente, y podía imponerse en él una pena, aun sin que existiese verdadero acusador. Pero como en todos los casos de *cognitio* el tribunal tenía atribuciones para dirigir la sustanciación del juicio lo mismo que si hubiera mediado acusación, lo ordinario era que aquí se hiciese uso de esta forma: es decir, que de hecho el cónsul no verificaba la inquisición; regularmente, se premiaba en estos juicios a los que ejercían la acusación.

La sustanciación del juicio por parte del magistrado, que era al propio tiempo el órgano de la potestad soberana del Estado, produjo también en este procedimiento las consecuencias que estudiamos al ocuparnos de las causas en que intervenían los Comicios (p. 119 y siguientes), o sea: el tribunal penal del cónsul y el Senado no estaba sometido a las leyes, sino que se hallaba sobre las leyes; no tenía que atenerse a conceptos del delito fijamente determinados de antemano, por lo que aquí se podían acumular varios delitos en un solo proceso y podían también imponerse penas por actos no prohibidos por alguna ley penal; además, el Senado tenía atribuciones para aumentar o disminuir a su arbitrio la medida penal señalada por las leyes.

Formalmente, dominaba en este procedimiento la organización o sistema establecido por acuerdos del Senado. No era un procedimiento público, si bien el gran número de los que en él tomaban parte hacía ineficaz en cierto modo la prohibición de la publicidad. Solo en casos excepcionales se tomaba juramento a los votantes. No se admitía la recusación. En cuanto a la presidencia, la discusión, la votación, el predominio de la mayoría de los votantes y la intercesión de los tribunos, se aplicaban las reglas vigentes en general para las sesiones y discusiones del Senado. Pero, como ya en el procedimiento en que intervenían magistrado y Comicios se había admitido, además de la autodefensa, la defensa o asistencia jurídica por medio de otra persona, igual permisión se hizo extensiva en todo caso al juicio ante el Senado, juicio que en este extremo se modeló en lo esencial por la *quaestio* derivada del procedimiento privado, al cual tomó tanto la institución de la acusación o demanda como la de la defensa. Este fue el elemento que especialmente imprimió carácter de procedimiento jurídico ordinario al juicio penal ante el cónsul y el Senado. El fallo, que aquí recibía preferentemente los nombres de *decretum*, *sententia*, *consultum*, tenía igual eficacia jurídica que el fallo dado en las *quaestiones*.

Tampoco se prohibía el hacer uso en esta forma de procedimiento de la pronunciación del fallo por medio de representantes o delegados, tal y como hemos visto acontecía en el tribunal del gobernador de provincia (p. 169); no solamente se encomendaba a los cónsules la instrucción preparatoria o sumario, a fin de que los mismos instruyesen al Senado y el Senado resolviera, sino que, además, en algunas causas se nombraban comisiones especiales para que diesen la sentencia. Así acontecía regularmente en la segunda parte del juicio *de repetundis*, como veremos al ocuparnos de él, pues no podía pretenderse que el Senado tasara las cantidades que se habían de indemnizar, y, por lo tanto, la tasación de las mismas se confiaba a un tribunal de *recuperatores*, igual que sucedía en la época anterior a la existencia de la *quaestio de repetundis*.

Puesto que la provocación había de dirigirse en el procedimiento penal al poder soberano del Estado, es de presumir que así como antiguamente se hacía ante la ciudadanía, así también, durante la diarquía del Principado, pudiera hacerse lo mismo ante los cónsules y el Senado que ante el príncipe. De hecho, en los asuntos civiles encontramos una doble apelación de esta clase, y es bien singular que no pueda decirse lo mismo con respecto a los asuntos penales.

La situación que ocupaba el Senado dentro del sistema político introducido por Augusto no fue conservada en el sistema político implantado por Diocleciano. El Senado de la ciudad de Roma, igual que el de Constantinopla —el último de los cuales ocupaba un rango inferior al otro en los comienzos de su existencia, hasta que el emperador Juliano lo equiparó al Senado romano— ya no desempeñaban funciones verdaderamente políticas; únicamente ejercían ciertas funciones municipales; el gobierno se servía de ellos, principal y esencialmente, como simples órganos de publicación de leyes. El tribuno consular-senatorio de los tiempos del Principado desapareció en esta época.

Distinto del juicio penal consular-senatorio de la época del Principado, introducido por Augusto, era el tribunal consular-senatorio permanente de guerra del siglo último de la República y de los tiempos del Imperio. En el primero, quien juzgaba, funcionando como autoridad penal suprema y no sometida a ley, sino libre, pero como autoridad permanente y regular, bajo la presidencia de los cónsules, era el Senado; en cambio, el segundo —que no hay que confundir con la defensa inmediata por el Estado en caso de necesidad, defensa que consistía en el empleo directo de la violencia por parte del órgano del poder público— era un procedimiento de excepción reclamado por el peligro que el Estado corría. Cuando el Senado declaraba hallarse en peligro la comunidad, el magistrado supremo, es decir, el cónsul

en la época republicana y el emperador más tarde, tenía atribuciones para imponer la pena de muerte a todo ciudadano, fuese cual fuese su rango; es de advertir que en semejantes casos no estaba prohibido hacer uso de la instrucción sumarial ni de la defensa del acusado, y que en ciertas circunstancias podía pronunciarse la sentencia aun contra los ausentes; además, en caso de que no fuese posible otro modo de ejecución de esta, todo ciudadano era llamado y autorizado para ejecutarla. Diferenciábase el juicio penal que nos ocupa del pleno poder correspondiente al magistrado, tal y como debemos pensar que lo era el del rey, y tal como lo vemos conservarse y reproducirse en la dictadura de los primitivos tiempos republicanos, en la dictadura de Sila y en otros análogos poderes excepcionales y extraordinarios (p. 28, 29 y 102): de un lado, en que el órgano que servía para el referido juicio era la magistratura regular y ordinaria, y de otro lado, en que si bien a esta correspondía la iniciativa, sin embargo, no tenía más remedio que someterse a la aprobación del Senado, que era quien, por consecuencia, resolvía en último término. Legalmente, este procedimiento se hallaba motivado y sostenido, ante todo, por el incuestionable precepto jurídico, en virtud del cual, la perduellión privaba al que la cometía del derecho de ciudadano en el momento mismo del delito, por lo que contra el autor de perduellión podía procederse lo mismo que se procedía contra los no ciudadanos, o más bien contra los enemigos de la patria; consecuencia de lo cual era también el quedar anulado el derecho de provocación desde el momento en que la sentencia declaratoria había dependido del arbitrio libre del magistrado, o también del arbitrio libre del Senado, y no era preciso al efecto un verdadero fallo judicial. Ya dejamos dicho (p. 101 y siguientes) que el no ciudadano estaba desprovisto de derechos enfrente del *imperium* del magistrado, y que el magistrado podía desterrar aun al que no se hubiera defendido y aun al ausente, sin que por ello se considerase que cometía una infracción legal del derecho. Pero este procedimiento era anticonstitucional, no solo desde el punto de vista del legitimismo o republicano, sino también desde el punto de vista de la aplicación concienzuda del orden jurídico. Por tanto, el poder soberano de la comunidad residía en la mayoría del Senado, mayoría no sujeta a inspección ni responsabilidad alguna y dependiente del arbitrio de los individuos que la formaban y del accidente o casualidad de que concurrieran o no al Senado los senadores. De donde resulta que, así en la teoría como en la práctica, lo mismo la magistratura que la ciudadanía se hallaban sometidas al Senado: la primera, porque, contra lo que acontecía en el antiguo sistema, el Senado no le servía de *consilium*, sino que más bien se había ella convertido en órgano ejecutivo de este;

la segunda, por haberse dejado arrebatarse el más antiguo y más importante de sus soberanos derechos, o sea el de decidir en última instancia acerca de la vida y la muerte de los ciudadanos. De hecho, este procedimiento, modelado sin contravenir al orden de ideas romano, sino más bien de acuerdo con el mismo, fue un procedimiento revolucionario, y a la vez el punto de partida de la transformación de la antigua ciudadanía en la soberanía, primeramente de unos pocos, y muy luego, en la soberanía efectiva de uno solo.

Hasta el último siglo de la República no podemos demostrar con documentos seguros la existencia y el empleo del procedimiento que nos ocupa. El cual empezó a tener vida como reacción contra la reforma constitucional emprendida por Tiberio Graco, reforma que se realizó en forma legal sin duda, pero que trastornaba la prepotencia del Senado. La posibilidad de estas leyes de excepción era, lo mismo desde el punto de vista teórico que desde el práctico, el principio cardinal del partido de los optimates, y hasta el final de la República lo combatieron los del partido popular. Gracias a un plebiscito presentado por Graco el joven, fue desechada la referida concepción de la perduellio, afirmándose de una manera expresa que este delito no podía ser castigado por otro procedimiento que por aquel en que intervenían el magistrado y los Comicios, y que toda ejecución capital que se llevase a cabo contraviniendo tal precepto debía ser castigada como homicidio. Esta lucha de principios encontró de hecho su expresión en las aplicaciones que del derecho de la guerra, según los optimates, hicieron los cónsules P. Popilio en 622-132, L. Opimio en 633-121, C. Mario en 654-100, y M. Cicerón en 691-63, y en las tentativas más o menos felices y fructuosas de llevar ante el tribunal penal, para que este las castigara como homicidios, las ejecuciones capitales verificadas en la forma dicha. La ley sempronia continuó subsistente, y es probable que un principio igual al suyo fuera contenido en la ley de Sila acerca del homicidio; en realidad, sin embargo, los vencidos fueron los del partido popular. Popilio fue castigado, pero su pena quedó de nuevo inmediatamente anulada; los propósitos de hacer lo mismo con Opimio naufragaron, como también naufragó la tentativa de exigir responsabilidad a uno de los supervivientes de las turbulencias del año 654-100; invocando la ley sobre la provocación, conforme a la interpretación dada a la misma por C. Graco, no pudieron los representantes del partido popular librar del suplicio a los cómplices de Catilina; logróse que Cicerón fuera castigado a consecuencia de este acto, pero el castigo fue puramente transitorio. Una vez terminadas las revoluciones, la monarquía conservó y empleó en provecho suyo el instrumento creado por los optimates. Cumpliéndose la ley de ironía de la

historia universal, sucedió que al estatuirse el nuevo régimen militar quedó legalizado el sistema político establecido por los partidarios del Senado en la época republicana, y el tribunal de excepción fundado y defendido por esos partidarios vino luego a utilizarlo la autocracia. Gracias a senadoconsultos de esta clase, dados en virtud de la soberanía que legalmente correspondía al Senado, fue posible deshacerse en los tiempos del Principado de algunas personas o de algunos grupos de personas, singularmente de pretendientes al trono y de partidarios de ellos, sin necesidad de faltar a procedimiento penal alguno jurídicamente organizado; y al efecto, el depositario del poder hacía que el Senado los declarase enemigos de la patria (*hostes*), y después mandaba someterlos a la forma jurídica de que tratamos, como condenados por perduelión. Desde el punto de vista jurídico, no había diferencia entre el caso en que el magistrado que dirigía la causa pronunciase personalmente la condena, apoyándose para ello en el correspondiente acuerdo del Senado, que es lo que acontecía por regla general en un principio, y el caso en que fuera el Senado mismo quien condenara a cada enemigo de la patria, que es lo que comenzó a hacerse en tiempo de Cicerón, y lo que desde ahora en adelante llegó a convertirse en costumbre. Todavía en la época posterior a Diocleciano se aplicó muchas veces este sistema.

CAPÍTULO IX

EL TRIBUNAL DEL EMPERADOR EN LA ÉPOCA DEL PRINCIPADO

La potestad penal del emperador se manifestó bajo cuatro formas distintas, a saber: la administración de justicia en primera y única instancia por el emperador en persona o por el tribunal áulico; la delegación de la potestad penal; la resolución en segunda instancia en virtud de apelación previa, y la resolución a petición de las autoridades correspondientes.

1º—*El tribunal del emperador en persona y el tribunal áulico*

Así como el juicio penal en el que intervenían los cónsules y el Senado no era otra cosa sino la reaparición del antiguo juicio en que intervenían el magistrado y los Comicios, así también el tribunal del emperador consistía sencillamente en la resurrección del antiguo tribunal de los magistrados, de aquel tribunal que podía proceder discrecionalmente y sin someterse a ley alguna, como vimos en el capítulo II de este libro. Era este tribunal la manifestación del pleno *imperium* primitivo, libre de las trabas que se ponían a su juicio dentro de la ciudad, y, sobre todo, libre de aquella limitación según la cual la condena a muerte, impuesta por los magistrados, necesitaba ser confirmada por los Comicios; la manifestación de aquel *imperium* que poseyeron los dictadores de la antigua República, así en la ciudad como en el campo de la guerra; pero no se le consideraba como un poder excepcional y transitorio, sino como un poder permanente introducido con tal carácter en el organismo constitucional. El fundamento legal del referido *imperium* del emperador era el habersele transmitido al fundador del Principado una potestad jurisdiccional ilimitada el año 724-30 después de la batalla de Actium.

Conforme a la naturaleza de la ~~disposición~~ ~~entonces~~ establecida, la jurisdicción consular-senatoria y la jurisdicción imperial fueron modeladas bajo un pie de igualdad. A esta última jurisdicción quedaron también sometidos desde luego y sin más los individuos pertenecientes al Reino, incluso los ciudadanos de las ciudades libres, y los súbditos de los principados sujetos a la clientela de Roma, sobre los cuales no ejercían potestad jurisdiccional los gobernadores de provincia (p. 157); igualmente quedaron sometidos a la jurisdicción imperial todos los ciudadanos romanos, incluso los de las clases privilegiadas de caballeros y senadores. La facultad de juzgar los delitos y faltas propiamente militares era una parte del mando militar confiado exclusivamente al príncipe, y por lo tanto, no entraba dentro de la judicación jurídico-penal; pero en virtud de esta llevó Trajano ante el tribunal del emperador aun los delitos comunes cometidos por los oficiales del ejército, lo que pudo luego convertirse en regla general. De igual manera las injusticias y delitos cometidos por los gobernadores de provincia nombrados por el emperador, y sobre todo los cometidos por los funcionarios de hacienda puestos por el mismo, se llevaban preferentemente ante el tribunal imperial, si bien no había disposición jurídica que los atribuyera a su exclusiva competencia; los anales sacados en primer término de los protocolos del Senado demuestran que este no era el encargado de administrar justicia en la mayoría de los casos en que acontecían los delitos de referencia, y todavía era más raro que los tribunales ordinarios entendiesen de las causas por delitos de los funcionarios públicos.

Cuando el Senado funcionaba como tribunal, hemos dicho que estaba por sobre la ley, no sujeto a esta; igual decimos ahora de la jurisdicción del emperador. El cual no tenía obligación de atenerse a los conceptos de los delitos que la ley formulaba, ni a las divisiones de estos prescritas por la ley misma. Podía el emperador condenar a su arbitrio, y por lo tanto, podía imponer lo mismo una pena mayor que una pena menor de la señalada por la ley. Si en los tiempos posteriores de la República los tribunales ordinarios fueron poco menos que desposeídos, igual en Roma que en las provincias, de la jurisdicción capital sobre los ciudadanos romanos (p. 138), exceptuando el juicio en que intervenían el magistrado y los Comicios, el cual había quedado anticuado de hecho, esa jurisdicción capital fue restablecida nuevamente, y restablecida en términos amenazadores durante el Principado, gracias a la instauración de los dos altos tribunales. El derecho de provocación, que en el último siglo de la República correspondía al ciudadano romano fuera de Roma, servía para recusar al tribunal del gobernador de provincia, incompetente para imponer pena capital; en la

época del Principado se conservó este derecho, a lo menos en teoría, pero en realidad hubo de trasformarse, sobre todo porque se empezó a hacer un uso muy frecuente de la facultad que los gobernadores tenían para enviar a Roma las causas capitales, a fin de que fueran juzgadas allí por los tribunales competentes para ello, facultad que si bien les estaba concedida desde bastante tiempo antes, sin embargo, no la habían ejercido efectivamente. A consecuencia de esto, la jurisdicción capital del Senado perdió su importancia, cuando menos de hecho, y así la facultad de imponer la pena de muerte a los ciudadanos romanos vino a ser en todo el territorio del Reino un monopolio del emperador. Gracias a estos cambios, a la omnipotencia para castigar que al emperador se le reconocía por la constitución, y sobre todo al restablecimiento de la pena de muerte en favor de la nueva monarquía, todo el procedimiento criminal quedó dependiente de derecho del arbitrio discrecional del soberano. Pero si esto es en teoría aplicable a todos los seis siglos que duró la Monarquía, sin embargo, la administración de justicia no pudo menos de ser diferente a través de los mismos, según la diversidad de las épocas y el distinto temple de cada particular soberano. A la administración de justicia por parte del emperador no podía hacersele la imputación de que infringía el derecho porque cometiera las extralimitaciones y crueldades que a menudo, y no pocas veces locamente, cometía, pues en este respecto, el soberano no hacía nada que no estuviera autorizado a hacer por la constitución.

El procedimiento penal imperial era, lo mismo que el consular-senatorio, un procedimiento excepcional, del que podía hacerse uso, no solamente cuando las necesidades políticas lo aconsejasen, sino también en cualquier momento; sin embargo, era un procedimiento destinado a suplir el procedimiento penal ordinario. Por lo tanto, el emperador podía, lo mismo que el Senado, rehusarse a conocer de todo asunto cuando lo creyera conveniente; solo es de añadir que el emperador tenía también atribuciones para remitir al Senado el negocio jurídico de que se tratara. Como quiera que era propio del Principado el ocultar las ideas e intenciones que guiaban sus actos, nos es imposible aducir verdaderos testimonios sobre cuestiones como esta de que se trata; pero es de presumir que Augusto, al propio tiempo que convirtió el Senado en un tribunal político para conocer de los juicios criminales que tuvieran interés político o personal, mantuvo reservada la verdadera intervención del nuevo monarca, tomando en cierto modo como modelo para ello la antigua dictadura, para aquellos casos en que, o no parecía conveniente hacer uso de formalidades procesales, o en que la Monarquía se veía obligada a emplear la propia defensa; sobre todo, los delitos de majestad y los complots y conspiraciones

contra el orden existente pudieron de esta manera, unas veces ser perdonados por medio de la indulgencia soberana, y otras veces ser reprimidos inmediata y violentamente. El tribunal del emperador fue poco a poco entrando en la categoría de los tribunales ordinarios, lo que fue ante todo debido a la institución de la apelación reformativa, de que trataremos después.

Bajo su aspecto formal, el juicio penal ante el emperador era una cognición, lo mismo que el juicio consular-senatorio; igual que en el juicio consular-senatorio no se hacía uso de partes, en el sentido propiamente jurídico, tales como las que intervenían en el procedimiento civil y en las *quaestiones*, tampoco se hacía uso de ellas en el juicio imperial, y lo que desempeñaba el oficio de petición o demanda resultaba ser más bien aquí una denuncia. Pero de este principio se sacaron en el particular que nos ocupa consecuencias esencialmente diferentes. Al paso que en el procedimiento ante el Senado era hasta cierto punto necesario respetar el orden de tratar los asuntos que en este cuerpo se seguía, y, además, en este juicio se permitió servirse de defensa o asistencia jurídica, permisión inherente al antiguo procedimiento en que tenían participación los Comicios, en cambio, el juicio ante el emperador era de hecho un proceso que se sustanciaba conforme al derecho de la guerra; y aun cuando en los procesos seguidos conforme al derecho de la guerra podía permitirse libremente la intervención de la defensa del procesado, aquí esa permisión se concretaba a la autodefensa. Claro está que aun en el tribunal del emperador no estaba prohibido servirse de defensores, y en época posterior lo usual era servirse de ellos, singularmente tratándose de asuntos civiles, donde estaba permitida la representación; pero el juicio penal, tal y como se sustanciaba ante el emperador mismo, y en su caso ante los delegados de su potestad penal, excluía por regla general el empleo de la abogacía.

La administración de justicia por el soberano mismo, personalmente, fue uno de los elementos constitutivos del cargo del príncipe, tal y como Augusto organizó el Principado, y los príncipes la administraron, por medio de los regentes que nombraban al efecto, hasta el siglo III; la administraban en Roma, públicamente, o en palacio, según las circunstancias, y cuando la administraban en palacio, lo hacían de ordinario en un local destinado al efecto, o sea el *auditorium* imperial, pero también la administraban fuera de Roma, en el sitio donde el emperador se hallase.

Pagando tributo a la costumbre general, ya conocida en el tribunal doméstico (p. 17), los emperadores, con el objeto de ilustrarse para dar sus fallos, solían nombrar consejeros que les asesorasen, y has-

ta les concedían el derecho de votar, ya verbalmente, ya por escrito, si bien no tenían necesidad de atenerse al voto de la mayoría de los consejeros, como la tenía el cónsul de atenerse a la mayoría del Senado. Hasta la época de Trajano, inclusive, estos consejeros imperiales se nombraban según las circunstancias y para cada caso concreto; pero desde Adriano en adelante parece que el *consilium* del emperador adquirió cierta constancia. Ciertamente es que, aun ahora, podía en realidad hacerse uso de él o no hacerlo; sin embargo, ya se nos presentan como elegidos para este fin, ora funcionarios determinados, ora cierto número de personas, singularmente de personas peritas en derecho, las cuales formaban parte del consejo judicial (*consilium*) del emperador, en concepto de miembros permanentes del mismo, pagados a veces. No faltan entre ellos senadores, pero lo que predomina es el orden de los caballeros, que era el plantel inmediato de los funcionarios imperiales y de los oficiales militares. En este tribunal áulico fueron adquiriendo, cada vez con mayor fuerza, una posición preeminente y directora los comandantes de la guardia imperial, los *praefecti praetorio*. Prescindiendo de que el juicio ante el emperador tenía en general su base en el derecho de la guerra, y de que los delitos que predominaron en él serían, por lo tanto, los delitos militares, podemos considerar como causa de la dicha posición preeminente de los *praefecti praetorio* el hecho de que a los procesados que se enviaban a Roma para ser juzgados por el tribunal imperial se les tenía sometidos a la vigilancia militar o se les arrestaba militarmente, y por eso eran consignados a los comandantes del cuartel imperial de la capital. Ahora, sin dificultad puede comprenderse que estos comandantes tendrían cierta intervención e influjo en el juicio de los procesados de que se trata; así, en tiempo de Nerón, el que desempeñaba dicha comandancia dirigióse al emperador para obtener una orden de proceder contra dos ladrones de caminos, presos, y costó trabajo determinarlo a expedir la sentencia de muerte. Pero el tribunal áulico no era aun representante del emperador en sentido jurídico; antes bien, el veredicto, que es en lo que vino a quedar convertido el *consilium*, significaba el veredicto o sentencia del propio emperador. Posteriormente, los más importantes asuntos civiles y criminales se encomendaron a este tribunal para su resolución definitiva, y en los siglos II y III convirtiéndose el mismo en centro de toda la administración de justicia del inmenso Reino, centro que hubo de adquirir la mayor importancia, así para la práctica como para la teoría jurídicas, por su carácter unitario y sólido frente al fraccionamiento de las preturas de la capital y de los tribunales de los gobernadores de provincia. La importancia del mismo puede medirse teniendo en cuenta que el emperador Marco concedió la comandancia

de la guardia tan frecuentemente por lo menos a juristas peritos, como a militares experimentados, y que el emperador Alejandro no promulgó ninguna disposición sino apoyándose en el parecer de una asamblea plena compuesta de setenta miembros cuando menos, de los cuales habían de ser, a lo menos veinte, peritos en derecho.

De lo expuesto resulta que la intervención personal del emperador en la administración de justicia fue haciéndose cada vez menor, y que, por regla general, lo que servía de hecho para resolver el asunto particular de que se tratara era el «proyecto» (esto es, el *periculum*) dado por el prefecto o director del tribunal áulico; no pocas veces también el emperador encomendaba la resolución de casos concretos a estos directores del tribunal. En el curso del siglo III empezó a vacilar, aun desde el punto de vista legal, la concepción del tribunal áulico como un tribunal por medio del que administraba personalmente justicia el emperador, concepción que, de hecho, puede decirse que ya había desaparecido largo tiempo antes, y por eso los comandantes de la guardia imperial se cambiaron, de meros auxiliares del emperador para el ejercicio de las funciones judiciales de este, en órganos de una jurisdicción delegada. Así nos lo demuestran singularmente la división de la jurisdicción itálica entre el prefecto de la ciudad y el de la guardia, la facultad concedida al último para delegar la cognición, y sobre todo, la controversia relativa a si era o no posible apelar de la sentencia del mismo al emperador, pues claro está que esta pregunta no podía menos de ser resuelta negativamente en el caso de que hubiera sido el emperador mismo quien sentenciase por boca del prefecto de la guardia, y afirmativamente, si dicho prefecto funcionara como delegado del emperador. Esta última concepción fue la predominante en los tiempos posteriores, y ella fue la que dio origen en la época de Constantino a la decadencia del tribunal áulico, o lo que es lo mismo, a que se organizase la administración de justicia por parte del emperador, personalmente, y a que para sustituirla se creara en tiempos posteriores el alto tribunal de funcionarios de que nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

2º.—Los delegados imperiales

Conforme a la concepción del poder público que hubo de originarse por el ejercicio de la jurisdicción de los gobernadores de provincia (p. 167), se llegó a considerar que el emperador podía desempeñar las funciones jurisdiccionales que le correspondían, bien personalmente, bien por medio de representante. Jamás se concedieron dichas

funciones a colegios, ni aun siquiera a delegados que ~~tuvieran~~ que atenerse a los informes de un *consilium*, sino que el delegado, ejercía la potestad que se le había entregado por delegación, con la misma libertad con que podía ejercerla el emperador delegante. En los tiempos anteriores a Constantino parece no haber existido una expresión oficial y general para designar esta delegación; pero sí parece que hubo limitaciones que circunscribían las facultades de los delegados, de donde se originaron más tarde las denominaciones corrientes de *iudex sacrarum cognitionum* y *vice sacra iudicans*. Cuando se trataba de delegaciones permanentes, como la hecha en el prefecto de la ciudad, se empleaba el título correspondiente al cargo oficial del delegado.

Podía también hacerse uso de la delegación en aquellos casos en que el emperador atraía a sí un asunto aun no terminado judicialmente, como cuando se había apelado contra una sentencia pronunciada; regularmente, se delegaba en globo la facultad para entender, lo mismo en los negocios civiles que en los criminales. El procedimiento en estos casos se sustanciaba, en conjunto, igual que se sustanciaban aquellos en que intervenía el emperador mismo, esto es, con las formalidades, o mejor, con la carencia de formalidades que caracterizaba a la cognición; sin embargo, cuando se tratase de apelaciones, era necesario oír a ambas partes en el caso de que el juicio en primera instancia se hubiera sustanciado con intervención de estas.

Pueden distinguirse las siguientes clases de delegaciones de la potestad general del emperador:

1.^a El caso más sencillo era el de la delegación por medio de mandato especial imperial, bien para un proceso determinado, bien para una cierta clase de ellos, sobre todo para las apelaciones que llegaran hasta el emperador desde un determinado territorio. De estos mandatos, que se conferían según todas las probabilidades caso por caso y no en general, se hizo mucho uso sin duda alguna, pero no se consideraban como cargos públicos, y rara vez se enumeraban y catalogaban entre estos.

2.^a Ya en el capítulo VII hemos tratado de las delegaciones del derecho de la espada, hechas por el emperador en los gobernadores de provincia del rango senatorial. Si bien no carecían estos gobernadores de *imperium*, en cuanto que eran procónsules o legados revestidos de la propretura, sin embargo, dicho *imperium* no les daba derecho a ejercer la jurisdicción capital sobre los ciudadanos romanos, y para los casos en que no era factible enviar a Roma a los acusados, acudió el emperador al expediente de transferir a los gobernadores, mediante la delegación, la facultad de conocer de los procesos capitales.

3ª El cargo de prefecto de la ciudad de Roma, cuyos orígenes se enlazaban con aquellos representantes que en la época republicana se nombraban para que sustituyeran a los magistrados supremos cuando estos se encontraban ausentes, por lo que se contaba entre las magistraturas, estaba destinado, según la organización política de Augusto, para suplir al soberano mientras este se hallara ausente de Roma y para ejercer las funciones de gobierno que a este personalmente correspondían. Pero en tiempo de Tiberio, a consecuencia de las ausencias prolongadas (duraban muchos años) de este, la prefectura de la ciudad se convirtió en un cargo en realidad permanente, y desde este momento empezó a funcionar aun hallándose presente en la capital el emperador. Así como en las delegaciones de funciones análogas a las del prefecto de la ciudad se consentía regularmente a los delegados ejercer las correspondientes funciones por sí mismos o por medio de representantes, así también sucedía con dicho prefecto. En un principio, la potestad de este se podía extender acaso más allá de los límites de la ciudad, hasta la línea donde comenzaban las provincias; de hecho, sin embargo, donde se ejerció siempre fue dentro de los muros de la capital y en sus más próximos contornos. Desde fines del siglo II hasta la época gótica sucedió de un modo regular que el resto de Italia (menos Roma) estuvo sustraído al mando y dirección de las autoridades generales del Reino y sometido inmediatamente al Senado y al emperador; por el contrario, lo que servía de límite hasta donde el prefecto de la ciudad podía extender sus funciones era la centésima piedra miliaria de las diversas vías que arrancaban de Roma. Por lo que a la competencia se refiere, el prefecto de la ciudad estaba destinado en primer término a hacer que los esclavos, y en general el populacho, no saliera del recinto de la populosa capital, y a ejercer más bien la coercición que la judicación, por lo que muchas de las penas impuestas por él, como la interdicción para los negocios y los palos, tenían el carácter de penas de policía; los soberanos avisados no encomendaron tampoco el procedimiento penal contra las personas de las clases superiores y privilegiadas al prefecto de la ciudad, sino al tribunal áulico. Pero todas estas disposiciones, más bien que carácter preceptivo, revestían el de reglas directivas; pues de derecho, tan competente era, probablemente desde el momento mismo de haber comenzado a existir, el prefecto de la ciudad a quien se hallaba encomendado el ejercicio de la libre potestad penal imperial, para conocer de todo negocio criminal y contra toda persona, como podían serlo las *quaestiones* y el tribunal áulico. Aquella concurrencia que se manifestó en los comienzos del Principado para conocer de los asuntos fue desapareciendo en el siglo III por lo que respecta a los juicios privados

por causa de delito y no menos también por lo que toca al procedimiento por *quaestiones*; es más, hasta parece que se podía apelar en esta época del pretor de las *quaestiones* al prefecto de la ciudad. En general, puede decirse no haber existido puesto alguno que tanto influyera para que el arbitrio del monarca interviniera en la administración de justicia como el de prefecto de la ciudad, que era un cargo de carácter intermedio entre de policía y de justicia. De aquí tomó origen la consideración y el tratamiento como casos penales de aquellos hechos en los que los preceptos legales, o no consentían ejercer acción alguna, cual acontecía cuando se trataba de relaciones entre el jefe doméstico y los siervos sometidos al mismo, o consintiendo ejercerla, dicha acción había de limitarse a pedir la imposición de multas, como sucedía en el hurto calificado y en el robo de hombres. Debido a esto, el poder del prefecto de la ciudad fue en aumento constante. No puede caber duda de que desde un principio se le concedió el ejercicio de la jurisdicción capital; el emperador Severo le reconoció competencia para imponer también las penas de condenación a las minas y de deportación. Para los asuntos importantes se hacía uso también, seguramente, en este procedimiento de un *consilium*. Pero del procedimiento sumario ante estos funcionarios, procedimiento que se dice haber sido introducido expresamente con el objeto de abolir la amplitud y prolijidad del procedimiento penal ordinario, nos dan una imagen no enteramente oscura y borrosa según todas las señales, las actas de los mártires, de Justino, del año primero de Marco. Es de advertir que ese procedimiento sumario se aplicó principalmente a los delincuentes cogidos infraganti y a los confesos.

4ª De los funcionarios de segundo rango que ejercían sus funciones en la capital, son de tener en cuenta, por lo que al derecho penal se refiere, el *praefectus annonae* y el *praefectus vigilum*. A los prefectos imperiales encargados de la materia de suministros y vigilancia de la capital se les encomendó, además del desempeño de las otras funciones propias de sus respectivos cargos, la sustanciación y fallo de los procesos criminales contra los usureros de granos, y en la época posterior a Constantino, estos funcionarios, o cuando menos algunos, tuvieron el derecho de la espada para lo relativo a sus personas. El prefecto de incendios tenía también a su cargo la policía nocturna y gozaba de facultades para imponer penas a los delincuentes aprehendidos durante la noche. La competencia de ambos funcionarios citados tuvo que ser equiparada, dentro del limitado círculo de sus atribuciones, a la más general administración de justicia que ejercían a su discreción y arbitrio los prefectos de la ciudad, y al menos el segundo de ellos estaba subordinado a este prefecto, por lo que el

conocimiento y resolución de los casos más graves se lo quedaba confiado al prefecto de la ciudad.

5º Los funcionarios imperiales para la gestión de los asuntos financieros, o sea los *procuratores* o *rationales*, que es como posteriormente se llamaron, no tenían, a menos que funcionasen al mismo tiempo como gobernadores de provincia, ni la coercición ni la jurisdicción; solamente eran competentes para reducir o suprimir las penas impuestas judicialmente, como se dirá en el libro v. Por excepción, el emperador Caracalla, con un fin fiscal, dio facultades a los dichos procuradores, para que pudiesen también condenar en los casos de los dos delitos de robo de hombres y de adulterio, de los cuales se hacían culpables frecuentemente personas ricas. Pero esta exorbitante disposición fue muy pronto abolida de nuevo.

3º—La apelación.

De los delegados imperiales podía apelarse al emperador mismo, por cuanto, según la regla expuesta cuando nos ocupamos del procedimiento ante los gobernadores de provincia (p. 170), del fallo dado por un mandatario o delegado podía apelarse en general ante el respectivo mandante; también hay datos que —prescindiendo de la ya examinada controversia tocante a la admisibilidad de la apelación de los prefectos del pretorio ante el emperador— indican que del fallo de los prefectos de la ciudad y del de los prefectos *annonae* y *vigilum* podía apelarse ante el funcionario supremo. Sin embargo, el mandato o delegación del emperador, cuyas facultades eran en este respecto ilimitadas, podía ser concedido de forma que no se diese apelación contra él, como resulta que se hacía expresamente siempre que se tratara de delegaciones imperiales especiales; y dado caso que lo que principalmente se buscaba con delegar el emperador sus atribuciones en otras personas era descargarse él mismo y descargar a su tribunal áulico de trabajo, es claro que se haría con frecuencia caso de las dichas delegaciones sin apelación; sin embargo, las fuentes jurídicas que hasta nosotros han llegado nada nos dicen tocante al particular. Lo propio se dice con aplicación a los jueces penales que funcionaban por delegación imperial, cuando quedaba al arbitrio de los mismos delegar o no sus facultades; si el prefecto de la ciudad o el de la guardia hacían uso de este derecho, podía, sí, apelarse de la sentencia dada en tal caso ante el emperador, pero difícilmente podía apelarse de la misma ante el mandante inmediato.

Prescindiendo de la delegación, tenemos que, durante la época republicana, se podían casar los decretos de los magistrados por me-

dio de la intercesión de los colegas y por la de los tribunos, intercesión a que podía darse origen por la apelación del agraviado; sin embargo, esta apelación no se interponía jamás contra la sentencia de los jurados, porque cuando menos el *iudicium legitimum* no era un decreto dado por un magistrado; tampoco implicaba nunca esta intercesión un fallo, o lo que es igual, era una intercesión, como solía decirse, puramente casatoria, no reformatoria, en el sentido de que el magistrado que la ejercía diera por sí otro fallo válido.

La primera de las limitaciones dichas era aplicable, según todas las apariencias, aun al poder penal del Principado, de modo que el juicio privado regulado por la ley, y a esta clase pertenecían todos los procesos por *quaestiones* que se sentenciaban en la capital, no estaba sometido a la apelación ante el emperador; ello era una consecuencia natural de los principios jurídicos vigentes, y por lo demás, no existe prueba alguna de que aconteciera lo contrario.

Al revés, el derecho de apelación tribunicia le fue concedido al emperador, habiéndolo hecho extensivo a los juicios de fuera de la capital y a todos los individuos pertenecientes al Reino; y no solo se concedió al emperador, sino que hubo de convertirse en tales casos de medio de casación del fallo en medio de reformarlo, por la razón de que al emperador le era absolutamente permitido —y cuando casaba la sentencia del inferior lo hacía siempre— dar un fallo nuevo y colocarlo en vez del anulado. Esta misma facultad se aplicó de derecho a todos los juicios, así civiles como criminales, que tenían lugar en todo el Reino, menos a los ya citados que se sustanciaban dentro de la capital; sobre todo, hízose aplicación de ella a aquellos juicios en que entendían los gobernadores de provincia, no por virtud de delegación imperial, sino por virtud de su propio *imperium* como procónsules o propretors. De todas las innovaciones introducidas por el Principado, la más duradera fue la apelación reformatoria; como que desde entonces hasta nuestros días ha seguido siendo posible alterar por medio de ella los fallos dados conforme al derecho.

No sabemos cuál pudo ser el sentido que originariamente tuviera esta institución; no sabemos si Augusto se propuso que la apelación creada nuevamente por él fuese un medio jurídico extraordinario, y con tal carácter se serviría él de la misma, o si se propuso dar vida a una instancia permanente; ahora, si su propósito no fue este último, lo cierto es que bien pronto adquirió la apelación recién instituída el carácter de verdadera instancia permanente. Que al nuevo monarca le fuera reconocida la facultad de inmiscuirse en la sustanciación y fallo de todos y cada uno de los juicios, así civiles como criminales, es cosa que puede presumirse causaría poco perjuicio a la admi-

nistración de justicia permanente, por cuanto la sustanciación de los negocios jurídicos por parte del supremo funcionario, con exclusión del tribunal y el procedimiento ordinarios, hubo por fuerza de ser siempre un caso excepcional. Pero más fácil y más generalmente posible era el impedir que se decidiera un asunto jurídico, sustrayendo su conocimiento al tribunal ordinario, que no el impedir el agravio de una sentencia injusta; una vez que el soberano se resolvía a entender en agravios de esta naturaleza, tenía que aparecer como denegación de justicia el rechazar los asuntos sin someterlos a examen.

De las resoluciones del Senado no podía, o cuando menos, no debía apelarse ante el emperador, como ya hemos dicho.

De la sustanciación de las apelaciones, cuando la misma no se delegaba, trataremos en el libro siguiente.

4º—*Peticiones al emperador*

Las peticiones al emperador a causa de condenas penales podían tener lugar por distintos motivos y de muy diferentes maneras:

1º Las penas de reclusión grave o de deportación y trabajo forzoso, introducidas por el emperador Tiberio, no podían ejecutarse, por regla general, sin la intervención de una autoridad que no estuviese subordinada al tribunal que hubiese impuesto la condena, y por lo tanto, estas penas, como también en ciertas circunstancias la de confiscación de bienes, solamente podían decretarse después que el emperador hubiera dado su aprobación al efecto. En el libro v hablaremos más al por menor de esta materia.

2º Sobre todo cuando se trataba del ejercicio de la justicia capital, lo mismo con jurisdicción propia que con jurisdicción delegada, el respectivo funcionario tuvo facultades desde un principio para preguntar al emperador, a quién correspondía el derecho de gracia, si debía o no ejecutarse la sentencia capital. En los tiempos posteriores, como ya hemos advertido al tratar del procedimiento ante los gobernadores de provincia (p. 165), el derecho de provocación fue limitado frecuentemente, en el sentido de que los gobernadores tenían, sí, atribuciones para condenar a la pena de muerte, pero reservando el derecho de gracia correspondiente al emperador.

3º En los tiempos anteriores a Constantino se permitía en general, lo mismo a las partes que a las autoridades, interrogar al emperador sobre la sustanciación de un juicio que iba a incoarse o que ya estaba incoado, y las contestaciones dadas por el emperador tenían, respecto a dicho juicio, validez jurídica, siempre que respondiesen a

los requisitos de la verdad efectiva. De esta manera se autorizó no pocas veces, sobre todo a las autoridades sentenciadoras, para apartarse del derecho vigente, y tales decretos o providencias imperiales, considerados como precedentes, fueron muchas veces utilizados, especialmente para sustanciar las llamadas causas penales extraordinarias. La tendencia, sin embargo, era restringir de hecho el uso de semejantes peticiones al magistrado supremo; los agravios que pudieran deshacerse por la vía de la apelación, no debían llevarse por este otro camino, y, por lo tanto, solo cuando se trataba de casos de verdadera gravedad, como lo era la aplicación del tormento por el tribunal inferior, era cuando se permitía dirigirse al emperador con una de las consultas a que nos referimos.

CAPÍTULO X

TRIBUNALES DE FUNCIONARIOS CREADOS POR DIOCLECIANO

La organización dada al Reino por Augusto en lo tocante a la administración de justicia solo se diferenciaba esencialmente de las instituciones republicanas en que aquel príncipe dio intervención en ella al gobierno del Reino, intervención que, según todas las apariencias, tuvo desde luego un carácter excepcional, pero que poco a poco vino engendrando una instancia suprema central, con carácter de regular y ordinaria. Este modo de administrar justicia el soberano con entera independencia fue gradualmente trasmitiéndoselo a auxiliares y representantes suyos, hasta que, con el tiempo, llegó a constituirse un verdadero tribunal áulico. Ahora bien; Diocleciano remplazó la organización dicha por un sistema de tribunales compuestos de funcionarios, sistema cuyos contornos y líneas generales no deben omitirse en este sitio, aunque sí es de advertir que las particularidades, detalles y múltiples vicisitudes de tal sistema no pueden tener cabida en este bosquejo, dado caso que es un sistema general que abarca todas las esferas del derecho y de la administración, y en lo que al derecho penal toca presenta poco de especial y característico.

El principio del sistema antiguo, según el cual el soberano tenía facultades para avocar a sí todos y cada uno de los asuntos judiciales, para resolverlos a su discrecional arbitrio, no fue en manera alguna derogado; es más, la nueva Monarquía concedió al soberano absoluto mayores atribuciones, si cabe, en la administración de justicia penal que la antigua le había reconocido al príncipe, y ahora como antes, el ejercicio mejor o peor de la jurisdicción criminal era cosa que dependía de las condiciones individuales y del beneplácito de quien a la sazón ocupara el trono. El soberano podía prescindir al efecto de toda formalidad; pero, por regla general, administraba justicia en formas varias. El desempeño personal inmediato de la misma, tal y como lo realizaron muchas veces los precedentes emperadores, cesó ahora de existir;

los emperadores de esta época ya no administraban justicia dando audiencia pública, constituyéndose en tribunal.

Lo más interesante de todo es la transformación que experimentaron las circunscripciones judiciales y el gran desarrollo que adquirió el sistema de las instancias.

La organización judicial que hasta estos instantes había tenido el Reino era la siguiente: Italia, dividida en dos mitades, una sometida al prefecto de la ciudad, y la otra tan solo al gobierno general del Reino; y de otro lado los extensos distritos que constituían las provincias, uno cada una. Ahora, en cambio, se redujo la extensión de todas las provincias del Reino, y esta reducción sirvió de base a la nueva división judicial. Italia quedó también ahora sometida al régimen de las provincias, como el resto del territorio, y gracias a la subdivisión de las anteriores grandes provincias en otras menos extensas, y a la separación de las comandancias militares del gobierno de las provincias, separación que se verificó también en esta misma época, se hizo posible que los gobernadores en persona ejercieran efectivamente la función de administrar justicia que les estaba encomendada. La ciudad de Roma siguió estando exenta de dicha organización general y sometida a su prefecto, pero la jurisdicción que este ejerciera fuera de la ciudad fue trasladada a los gobernadores de los distritos o circunscripciones con límites fijos; en igual posición que a Roma, se colocó también a la nueva capital del Oriente, a la que Constantino II y Juliano reconocieron una capitalidad de la misma clase que la que correspondía a Roma, con jurisdicción especial exenta. En lo demás, los tribunales de primera instancia no sufrieron cambios esenciales. El procedimiento penal que se empleaba siguió siendo el inquisitivo. Si es verdad que se organizó burocráticamente el nombramiento y uso del *consilium* bajo la forma de asesorado (p. 99 y 100), también lo es que, aun en esta época, continuaron interviniendo en los juicios criminales de gravedad los particulares individuos elegidos libremente.

Para lo relativo a la instancia de apelación, que siguió denominándose apelación imperial, pero suprimiendo el nombre personal del emperador y poniendo de relieve de un modo expreso el hecho de la representación (*vice sacra*), se abandonó el antiguo sistema centralizador. Los *praefecti praetorio*, que perdieron su carácter militar lo mismo que los gobernadores de provincia, continuaron siendo, o se hicieron, los funcionarios supremos del Reino en asuntos de justicia y de administración; pero se les agregó cierto número de funcionarios subordinados y de lugartenientes, el *comes* del Oriente, el *praefectus Augustalis* de Egipto, y los diferentes *vicarii praefectorum praetorio*; las doce diócesis del Reino nuevamente instituidas se distribuyeron en

cuanto a la apelación entre los diferentes prefectos y estos otros auxiliares de los mismos que acabamos de mencionar. Estos tribunales diocesanos de apelación fueron evidentemente un derivado de aquella delegación que hacían los primeros emperadores de su facultad de entender en las apelaciones que a ellos llegaban, delegación que tenía lugar por provincias. De esta jurisdicción de apelación quedaron exentos, además de los distritos de ambas capitales del Reino, los dos gobernadores de provincias que tenían más alto rango que ningunos otros, o sea los procónsules de Asia y Africa. No solamente no estaban sujetos ni el uno ni el otro a ninguno de los tribunales de apelación mencionados, sino que además había algunos gobernadores que, por virtud de especiales órdenes del emperador, no quedaban sometidos en cuanto a las apelaciones a las autoridades ordinarias, sino a los prefectos de la ciudad unas veces y a los procónsules otras.

Si la institución de la apelación, es decir, la repetición del juicio fallado por un tribunal inferior ante otro superior, aparte ciertos casos especiales, se había limitado hasta ahora a la existencia de una instancia inferior y otra superior, desde este instante, por el contrario, se introdujo una tercera instancia con el tribunal del emperador, instancia que funcionaba sin duda pocas veces, y cuyo principal objeto era descargar al emperador de la pesada molestia de tener que investigar él mismo, personalmente, cuál fuera el derecho aplicable. De los prefectos del pretorio no podía, en general, apelarse; a lo sumo, desde Teodosio II fue permitido apelar de los agravios inferidos por estos funcionarios a ellos mismos o a sus sucesores. Por el contrario, de las decisiones de los demás funcionarios, tanto de los que estaban al frente de los distritos en que se consentía apelación como de los que estaban al frente de los distritos exentos, podía apelarse ante el Consejo de Estado de esta época, igual si las decisiones de que se tratara hubieran sido dadas en primera instancia, que si hubiesen sido pronunciadas en apelación. El referido Consejo de Estado, sucesor de aquel tribunal áulico que existiera en otros tiempos, pero con distinto nombre y distinto carácter, asamblea de los *comites intra palatium* o *intra consistorium*, y por lo mismo denominado *consistorium*, se formaba, de un lado, por todos los funcionarios de primer rango o clase que ejercían su cargo en palacio, y de otro lado, por cierto número de miembros nombrados personalmente por el emperador. Podía este Consejo funcionar, lo mismo que antes funcionaba, como *consilium imperial*, sobre todo en las causas penales contra las personas de rango superior; pero el gobierno lo utilizaba en todo caso a su discreción para preparar y despachar los asuntos generales del Estado, singularmente para la preparación de leyes, y no era posible considerarlo

en modo alguno como un tribunal central palatino para todo el Reino, en el sentido que puede decirse lo era el antiguo tribunal áulico, no obstante que sus resoluciones alcanzaban el valor de interpretación auténtica. A este Consejo de Estado, que podía presidir personalmente el emperador cuando lo tuviese a bien, se llevaban las apelaciones contra los fallos de los demás funcionarios de primer rango, sobre todo contra los fallos de los prefectos de la ciudad; la forma que se empleaba al efecto era la de interrogación: el fallo dado en la anterior instancia, el acta de la misma y las manifestaciones que hicieran las partes que compareciesen acerca de tal fallo y tal acta, todo ello se enviaba al emperador, siendo luego fallado, por regla general, en el *consistorium*. Las apelaciones de los funcionarios de segundo rango, especialmente las del *comes* de Oriente o las de algún procónsul o vicario, se sustanciaban en esta misma forma, o bien se llevaban ante una o varios de los altos funcionarios palatinos; así, v. gr., según una disposición de Teodosio II, se llevaban ante el prefecto del pretorio y el cuestor de palacio, los cuales formaban parte de la corte imperial; en esta nueva instancia podía repetirse enteramente el juicio.

De las delegaciones especiales para los asuntos penales se hizo también muchísimo uso en tiempo de los emperadores de época posterior, lo mismo que se había hecho en tiempo de los emperadores anteriores. Regularmente, se apelaba de la resolución de los delegados para ante el tribunal imperial.

En esta época se hace mención pocas veces, relativamente, de que se consultase al emperador acerca de la ejecución de las penas graves, por el motivo de que en la mayoría de los casos se acudía para este efecto a la apelación. Pero esa consulta se hacía desde antiguo, por regla general, siempre que se tratase de acusados pertenecientes a la clase senatorial, y este privilegio, abolido por Constantino, fue de nuevo puesto en vigor por Valentiniano I. Teodosio II lo hizo extensivo a las personas del primer rango social, y en cuanto a las de rango inferior, dispuso que fueran presentadas al prefecto del pretorio. Análogas disposiciones regían respecto de los soldados y de los subalternos del emperador.

Por consiguiente, el procedimiento penal de estos tiempos, cuando el emperador no dispusiera otra cosa en algún caso particular, como podía hacerlo, era el que correspondía a una organización burocrática perfectamente desarrollada, siendo una de las principales características del mismo el que la competencia de los tribunales se determinase, en gran parte, por razón del rango o clase a que el acusado perteneciese; por otro lado, la abolición del antiguo régimen militar vino a dar por resultado, esencialmente, la burocratización de dicho procedimiento.

CAPÍTULO XI

AUTORIDADES PENALES DE CLASE

Puede decirse que, con pocas excepciones, la comunidad romana no reconoció tribunales especiales de clase. Si se prescinde de la diferencia entre ciudadanos y no ciudadanos, diferencia también de poco relieve en cuanto al particular, es de observar que la administración de justicia romana era igual para todo el mundo, sin distinciones esenciales de rango o clase social. Sin embargo, preciso es que examinemos aquí algunas limitaciones, ora aparentes, ora efectivas, de esta regla general, limitaciones que se refieren a los senadores, a los soldados, a los funcionarios subalternos y a los eclesiásticos.

Puesto que el senador, como tal, dejaba de formar parte de la comunidad municipal a que perteneciera y tenía su domicilio único y legal en la capital del Reino, los tribunales de la capital del Reino eran los que podían entender en sus asuntos. Ninguna duda puede haber sobre que en los tiempos del Principado podían ejercerse en Roma las acciones penales contra los senadores, tanto en el tribunal ordinario como ante el del Senado o el del emperador. Además, se muestra en estos tiempos la tendencia, derivada forzosamente de la organización diárquica del Estado, a emancipar al orden de los senadores del poder penal del emperador y a reservar al Senado, bajo la forma de juicio de los pares, la jurisdicción criminal sobre los individuos pertenecientes al mismo. A consecuencia de la reacción contra la autocracia ejercida por Domiciano, el emperador Nerva, al tomar las riendas del gobierno, se comprometió realmente, bajo juramento, a no imponer pena de muerte a ningún miembro del Senado, y lo mismo prometieron también los emperadores posteriores a él, Adriano y Severo, el último de los cuales llegó hasta confirmar su promesa por un senadoconsulto orgánico. Pero esta restricción al poder penal del emperador no llegó nunca a tener sino existencia efímera. Con todo, los gobernantes considerados y reflexivos no hicieron intervenir en su *consilium*, cuando se trataba de administrar justicia a algún senador, a individuos no se-

nadores. Como en el procedimiento penal público la competencia que predominó de un modo absoluto en todas las épocas fue la del domicilio, es claro que lo mismo durante la República que durante el Principado, difícilmente podían las autoridades de fuera de la capital ejercer su jurisdicción sobre las personas que perteneciesen al rango de los senadores. Por el contrario, Constantino dispuso que las personas de la clase de senadores pudieran ser también juzgadas en el lugar donde se hubiese realizado el hecho. Lo cual parece que continuó en vigor en Oriente, solo que, según un decreto del emperador Zenón, cuando se entablara acción penal grave contra algún senador de primer rango (*vir illustris*), había de hacerse la instrucción sumarial ante el Consejo de Estado por un apoderado especial que el emperador nombrase, y la sentencia había de pronunciarla el mismo emperador. Por el contrario, en Occidente, probablemente por disposición de Valentiniano I, la instrucción sumarial en las causas por delitos de los senadores correspondía a los gobernadores de provincia, pero no la pronunciación de la sentencia, funcionando como tribunal ordinario en tales causas una comisión, compuesta por el prefecto de la ciudad y por cinco miembros del Senado elegidos por suerte; este era el *quinquevirale iudicium*, el único tribunal que funcionaba por el procedimiento de los jurados en la administración de justicia de los tiempos posteriores, toda ella, por lo demás, ejercida por funcionarios imperiales.

En la época de la República y aun en la del Principado no tuvieron los soldados un fuero o jurisdicción especial. Ya hemos dicho (p. 20) que además del derecho penal de que aquí se trata, existía la disciplina militar, con su propio sistema de delitos y de penas. A este sistema de disciplina militar correspondía también la vigilancia sobre la conducta general de los soldados, por ejemplo, el castigo de estos por las injurias que hubiesen inferido a un particular; mas tal forma de punición no podía en modo alguno hacerse extensiva a todo delito cometido por un soldado. Ahora bien; como quiera que en la organización imperial vigente antes de Diocleciano, tanto el poder penal del tribunal áulico como el del gobernador de provincia se ejercían igual sobre los soldados que sobre los que no lo eran, es claro que en la mayoría de los casos, jueces civiles y jueces militares eran de hecho unos mismos. Por el contrario, desde el momento que se separaron la esfera militar de un lado, y la de la justicia y la administración de otro, es de presumir que todo delito que cometieran los soldados en el servicio de tales (y entre los soldados incluimos en este respecto los oficiales y los órganos o depositarios del mando militar) se llevaría ante el tribunal militar, si bien se hicieron algunas excepciones a esta regla. Las autoridades militares intentaron a menudo

llevar ante los tribunales militares el conocimiento de las acciones que los militares entablaran contra los paisanos, pero en las leyes se consideraba esto como una extralimitación.

El derecho penal correspondiente a los superiores sobre los subalternos entraba en general, o en la esfera de la coercición, y de esta clase eran sobre todo las multas de que vemos se hacía muy frecuente uso, o en la esfera de la jurisdicción general de dichos funcionarios superiores; este derecho penal no constituía en manera alguna un fuero o jurisdicción especial. Constituían, sin embargo, una excepción, más bien de hecho que de otra especie, aquellos individuos de la servidumbre imperial que prestaban sus servicios en los menesteres de palacio y en la administración, esto es, los *Caesariani*; no solamente los que de entre estos eran esclavos, sino también aun los libertos, estaban sometidos a la jurisdicción del tribunal áulico, que en cierta manera funcionaba como un tribunal doméstico, y el cual, según todas las probabilidades, ejercía su poder penal, no solo en los casos de delitos cometidos en el servicio, sino en todos los casos de delitos en general cometidos por la servidumbre. Esta justicia penal eminente ejercida por el emperador sobre su servidumbre hubo de desaparecer probablemente, cuando Diocleciano abolió la costumbre de cubrir con libertos los puestos subalternos de la administración. A partir de Teodosio II se ve existir una jurisdicción correspondiente a los funcionarios palatinos superiores para conocer en todo caso, no tan solo de los delitos cometidos con ocasión del servicio, sino también de todo asunto propiamente penal de dicha servidumbre; parece que la legislación posterior de Justiniano abolió este fuero especial.

En los correspondientes lugares hemos dicho que, en la época pagana, además del procedimiento piacular o expiatorio de los pontífices, en el cual es difícil que existiera coacción jurídica (p. 25 y ss.), había una coercición que ejercían los sacerdotes, la cual, en las causas penales contra las vestales, se extendía también a los cómplices de estas que no fuesen sacerdotes, con lo que trascendía de la esfera de la jurisdicción doméstica, y en las causas en que el sumo pontífice imponía multas a los sacerdotes a él sometidos, trascendía aun de la esfera de la jurisdicción de los Comicios: aquí nos basta, pues, ahora con remitirnos a los referidos lugares donde hemos tratado de estas cuestiones.

La potestad penal de la Iglesia cristiana tuvo su esfera de acción propia e independiente; y si es cierto que lo mismo cuando se hacía uso de ella como jurisdicción o fuero de clase que cuando se aplicaba a los legos puede considerársela relacionada con el derecho penal que aquí se estudia, también lo es que no puede decirse que formara parte

del mismo; sin embargo, el estudio del paralelismo que entre los dos procedimientos, secular y eclesiástico, existía, y el de la situación que el emperador ocupaba con relación a ambos, son de tal importancia para darse cuenta de la evolución del posterior orden jurídico, que no parece que podamos dispensarnos de exponer, siquiera sea solo en sus líneas generales, cuál era la manera como la Iglesia ejerció en esta época su potestad correccional.

Luego que el credo cristiano fue oficialmente reconocido en tiempos de Constantino I, y luego que fue declarada la Iglesia del Estado por Graciano y Teodosio I, la potestad correccional de la misma vino a convertirse inmediatamente en un elemento esencial del nuevo orden de cosas. Pero con la organización política romana no era compatible la reunión en unas solas manos de la plenitud del poder temporal y de la plenitud del poder espiritual, según había sucedido con el predecesor de la potestad sacerdotal cristiana, es decir, con el Sinedrín judaico, el cual poseía y ejercía ambos poderes reunidos; y por eso los jefes de la comunidad cristiana en el Reino romano no pretendieron la posesión de ambas potestades. No existía una jurisdicción sacerdotal; la Iglesia carecía de todo cuanto era necesario para el ejercicio del poder penal, carecía de leyes penales, de autoridades penales, de procedimiento penal. Pero esa Iglesia fue elaborando sucedáneos y sustitutivos de todo esto, y lo fue elaborando con la tolerancia y el reconocimiento del poder supremo de los emperadores.

Los fundamentos jurídicos del derecho penal de la Iglesia fueron los estatutos que la cristiandad toda reconoció como teniendo validez legal (*sacri canones*). La determinación de los mismos, su interpretación y en caso necesario la facultad de suplirlos correspondía al emperador, luego que el cristianismo llegó a convertirse en religión del Estado, pues ello era una consecuencia necesaria del concepto de la Iglesia del Estado dentro de un régimen absoluto. No dejan de encontrarse disposiciones dadas directamente por los emperadores sobre negocios eclesiásticos, pero en número reducido; quienes principalmente ejercieron esta facultad fueron los soberanos cristianos, apoyándose en la autonomía tolerada por ellos a los municipios cristianos y a la Iglesia cristiana en general; pues no solamente permitían el derecho de establecer cánones o estatutos a los sínodos provinciales, sino que, además, preparaban la celebración de asambleas de todos los obispos del Reino, y con ello hacían posible la existencia de una legislación eclesiástica general para todo el territorio. Los acuerdos tomados en estas asambleas, las cuales eran consideradas desde el punto de vista del derecho político como colegios consultivos compuestos de hombres doctos, adquirían frecuentemente validez legal mediante una ley imperial

que los confirmase; esto, cuando dichos acuerdos se tomaban con el propósito de que sirvieran de estatutos o cánones.

La constitución de la Iglesia era la que determinaba qué autoridades habían de entender en las cuestiones de corrección y disciplina eclesiásticas. Por regla general, quien las resolvía era el obispo; pero el sistema de instancias que posteriormente se introdujo en el orden jurídico del Estado se aplicó también aquí en lo esencial, produciendo la subordinación del prebitero al obispo y del obispo al metropolitano y al patriarca o al sínodo. No podemos ahora examinar la profunda oposición que esto trajo consigo. El emperador no ejercía inmediatamente la cuasijurisdicción que le correspondía, pero después de dado el fallo se remitía el asunto, para su resolución final, como en concepto de instancia de apelación, a una comisión que el emperador formaba de cierto número de obispos. La forma de proceder que había de seguirse quedaba entregada esencialmente al arbitrio de las autoridades eclesiásticas; la notoriedad y la confesión del acusado tenían en este procedimiento otra distinta importancia de la que tenían en el procedimiento criminal del Estado, y en él se encontraban menos dificultades que en este para condenar al ausente. Sin embargo, la base de este procedimiento eclesiástico seguía siendo el sistema acusatorio del procedimiento del Estado; después, por un decreto dado el año 411 de Jesucristo por el emperador Honorio, se hicieron extensivas a los juicios eclesiásticos las disposiciones que regían en dicho sistema acusatorio tocante a las demandas calumniosas, y el emperador Justiniano estableció también reglas en este sentido tocante a aquellos juicios.

El tribunal eclesiástico no tenía prescrito legalmente el uso de medios propiamente penales, de verdaderas penas; por lo general, en los juicios de esta clase lo que se hacía era imponer multas e indemnizaciones pecuniarias, o la ejecución de actos religiosos, o penitencias, o también la realización de obras útiles, mediante las cuales quedaba compensada y religiosamente expiada la injusticia cometida, de una manera análoga a como acontecía en el procedimiento piacular o expiatorio pagano. Pero la imposición de estos medios penales no era imperativa; el que no quisiera cumplirla no podía ser compelido a este cumplimiento por el tribunal eclesiástico, sino que lo que podía acontecer, en último caso, era que se le excluyese de la comunión cristiana. No obstante, el hecho de haberse congregado las comunidades locales o municipios cristianos, formando la cristiandad general, la Iglesia del Estado romano, cambió el carácter de esta excomunión, por cuanto la expulsión del acusado de la comunión cristiana, acordada por cualquiera de los tribunales eclesiásticos, empezó desde entonces a tener

fuerza obligatoria para todos los cristianos del Reino. Además, el poder de los tribunales eclesiásticos alcanzaba a los miembros de las comunidades que vivían sometidas a la disciplina del claustro, los cuales podían experimentar sensibles perjuicios empeorándoles sus condiciones de vida, y a los sacerdotes cristianos, que podían ser desposeídos de sus cargos; en estos casos, el procedimiento penal eclesiástico tomaba el carácter de un juicio de disciplina que se aproximaba mucho al juicio penal verdadero y efectivo. Esto pudo practicarse mientras los adeptos de las creencias cristianas formaban una comunidad libre; mas desde el instante en que el cristianismo se convirtió en religión del Estado, la facultad de expulsar de la comunidad cristiana a los miembros de esta, no obstante que desde luego y en primer término solo producía consecuencias de índole eclesiástica, y el derecho de privar de sus beneficios a los sacerdotes, vinieron a conferir a las autoridades eclesiásticas un poder muy a propósito para minar en sus fundamentos el poder del Estado. De hecho aconteció, acaso ya desde los tiempos del emperador Juliano, y sin duda ninguna después de la muerte de Honorio, en 423 de Jesucristo, reinando el efímero soberano del Imperio de Occidente, Juan, que se intentó hacer pasar a las autoridades seculares el poder disciplinario propio de la Iglesia; mas no llegó a ser una realidad tal tentativa, y las autoridades eclesiásticas continuaron en posesión de un arma tan temible.

En general, puede decirse que, en las leyes de los tiempos posteriores, el procedimiento penal civil o del Estado y el de la Iglesia se consideran como independientes el uno del otro; el tribunal secular no resolvía sobre las faltas eclesiásticas, y el tribunal eclesiástico no se mezclaba en la administración de justicia penal del Estado. Pero la posición que el Estado ocupaba era defensiva, y poco a poco fue haciendo concesiones a la Iglesia, que avanzaba invasoramente. La más importante de estas concesiones fue seguramente una derivada indefectiblemente de considerar al cristianismo religión del Estado, a saber: la inclusión de la herejía entre los delitos contra el Estado, castigándola con el destierro, la incapacidad para testar, y con penas aun más graves; sin embargo, el conocimiento y la condena de este delito se les encomendó a las autoridades seculares. Muéstrase ya en este tiempo la tendencia a sustraer a los sacerdotes en general a la acción de los tribunales seculares, y a encomendar exclusivamente a los tribunales eclesiásticos el conocimiento de todas las causas penales en que los sacerdotes estuviesen interesados; pero dicha tendencia no llegó a predominar. A los obispos se les confirió una potestad de árbitros para los asuntos civiles, mas no se les reconocieron facultades para juzgar y fallar las causas criminales. En el procedimiento penal secular se re-

conocieron bastantes privilegios a los sacerdotes, pero éstos siguieron estando sometidos a tal procedimiento. En caso de que un mismo hecho exigiera ser castigado a la vez como delito civil y como falta eclesiástica, entendían de él al mismo tiempo los tribunales de uno y otro orden. Pero desde Justiniano en adelante, el cual concedió a los obispos hasta un cierto poder de inspección y vigilancia sobre los gobernadores de provincia, el sacerdote que hubiera sido reconocido culpable por un tribunal secular debía comparecer nuevamente ante la autoridad eclesiástica para que esta determinase la responsabilidad; si la autoridad eclesiástica aprobaba el fallo, se privaba de su cargo al inculgado y se le castigaba judicialmente; si no lo aprobaba, había que remitir el asunto al emperador para que este lo resolviese, donde vemos bien claramente cómo en el emperador se había concentrado la suprema potestad de ambos órdenes.

Es también de observar que, como se consentía el libre ejercicio de la provocación aun a terceras personas contra las sentencias no ejecutorias, y como aun contra las ya firmes no estaba en general prohibido hacer uso de la súplica, los sacerdotes cristianos utilizaron muchísimas veces uno y otro medio; es más, entre sus obligaciones eclesiásticas ocupaba un lugar preeminente la obligación de intervenir en tales casos. La grandísima complacencia y facilidad con que las autoridades seculares permitieron que por esta vía se inmiscuyeran los sacerdotes cristianos en los procedimientos, fue muchas veces causa de que se crearan obstáculos injustificados al curso normal y regular de la justicia penal. Esta afirmación solo puede ser apreciada y juzgada mediante una oportuna exposición histórica; mas no debe tampoco olvidarse en el derecho penal que los sacerdotes cristianos, y en especial los monjes, no se limitaron siempre en este respecto a ejercer la súplica y la petición, sino que muchas veces protestaban contra las condenas penales firmes, y hasta impedían por modo violento la ejecución de las mismas, de suerte tal, que en el año primero de haber sido reconocido el cristianismo como religión del Estado, los emperadores de Oriente Teodosio I y Arcadio tuvieron que imponer graves penas pecuniarias a las autoridades del Estado y a sus oficiales por permitir semejantes intervenciones, mientras que el castigo de los sacerdotes mismos que ejercían la intervención se la dejaron encomendada al obispo, o en todo caso, se ordenó que expusieran lo ocurrido al emperador.

CAPÍTULO XII

EL SERVICIO DE SEGURIDAD

Dado lo indeterminado del fin este de seguridad, solo hasta cierto punto es posible deslindar el concepto de las instituciones establecidas por la comunidad en contra de los individuos peligrosos para la seguridad pública, instituciones que en modo alguno son propias del derecho penal, sino que pertenecen a la esfera administrativa del Estado. En la comunidad romana, y en general en los tiempos antiguos, estas funciones de seguridad pública eran más limitadas que lo que actualmente sucede, porque en la antigüedad se dejaba abandonada en grado mucho mayor al propietario la defensa de su propiedad que lo que ahora acontece; la acción del Estado se extendía a estas materias solo en cuanto era absolutamente necesario, y aun en los casos en que intervenía, no lo hacía obrando por su cuenta o independientemente del propietario, sino apoyando y defendiendo a este. A pesar de todo, el servicio de seguridad, que es como debemos llamarlo, formaba frecuentemente y en proporción grande la base del procedimiento penal, por lo que parece indispensable hacer aquí mención de los cargos e instituciones más importantes que funcionaban al efecto.

1º Por espacio de siglos, el servicio de seguridad de la ciudad de Roma estuvo encomendado exclusivamente a los magistrados que ejercían el *imperium* de la ciudad, o sea a los cónsules cuando se hallaban presentes en ella, y en ausencia de los mismos, en un principio, al prefecto de la ciudad, y más tarde, luego que fue creado el tercer puesto de magistrado supremo, al pretor urbano. Ya queda dicho (p. 102) que cuando los Comicios no intervenían en el procedimiento penal público de la ciudad, este procedimiento implicaba en sí, tanto la coercición ilimitada en cuanto al servicio de seguridad, como el derecho penal. Los tribunos del pueblo, creados para prevenir las extralimitaciones y abusos de los magistrados, solo por excepción y en casos de necesidad intervenían en esto del servicio de seguridad. Los ediles eran también, durante la época republicana, órganos regulares de la ad-

ministración de la justicia criminal inferior contra los individuos que ofrecían un peligro común (p. 111), y a ellos correspondía ejercer vigilancia sobre el comercio en general, pero no eran, en modo alguno, las autoridades principalmente encargadas del servicio de seguridad, como tampoco tenían atribuciones para arrestar a los individuos, ni nada tenían que hacer en materia de prisiones. En cambio, había funcionarios auxiliares destinados justamente a este fin, que eran los triumviros capitales (*tres viri capitales*), instituidos hacia el año 465-289, y cuyo nombramiento correspondía en un principio a los cónsules, mientras que más tarde eran elegidos por el pueblo como magistrados menores. Correspondíales ante todo la inspección de las prisiones públicas, de la cual volveremos a hablar inmediatamente, así como también la dirección de las ejecuciones capitales, ya tuvieran lugar dentro de las cárceles, ya fuera de ellas, y la conservación del orden, por la noche, en las calles de la capital (*tres viri nocturni*). No tenían coercición propiamente dicha, pero es muy probable que, en virtud de delegación ordenada por la ley, les estuviera encomendado el ejercicio de la amplia potestad de los cónsules y el de la potestad penal contenida en esta, sobre los no ciudadanos, y especialmente sobre los individuos privados de libertad. Cuando se tratara de causas de homicidio, las personas sospechosas eran llevadas ante dichos triumviros, los cuales las sometían a un primer interrogatorio que servía para abrir el camino al acusador que quisiera tomar el asunto a su cargo. Esos triumviros parece que eran los que llevaban la lista de los individuos de mala fama y peligrosos, y por consiguiente, ellos eran los que proporcionaban los materiales sobre que habían de ejercer luego los ediles la mencionada jurisdicción moral. Esta función de los tiempos republicanos, de carácter preparatorio, cuya actividad hubo de ser muy grande, a juzgar por las muchas veces que se la menciona, aun cuando incidentalmente, fue la precursora del cargo de prefecto de la ciudad en la época del Imperio y de los subordinados de este, pero no tenía carácter militar ni potestad penal, de derecho cuando menos, sobre los ciudadanos romanos. Durante el Principado, el cargo de que se trata siguió subsistiendo nominalmente, mas es difícil que funcionara de hecho.

2º Entre los romanos, el arresto correspondía a la esfera de la coercición, absolutamente, según hemos dicho en el libro primero (p. 32), pues es de advertir que en este pueblo, lo mismo que en la antigüedad en general, no se conoció la cárcel como pena. El arresto, por consiguiente, se hallaba sometido por su propia esencia al arbitrio del magistrado. Este arbitrio podía estar regulado por la ley, es decir, que podía prescribirse o prohibirse al magistrado, dentro de ciertos lími-

tes, hacer uso del arresto; pero por regla general, solo podía preguntársele por el motivo, no por el fundamento jurídico de tal arresto. En general, a causa del carácter discrecional del arresto, no se admitían tocante al mismo limitaciones obligatorias en cuanto al tiempo que había de durar; se decretaba siempre hasta nueva orden, y por lo tanto, podía cesar en cualquier momento, pero también podía dilatarse indefinidamente; lo regular era, sin embargo, que se hiciera uso de él como medida transitoria y provisional. Parece que en la administración de justicia penal —prescindiendo de la aplicación general que del mismo se hacía por causa de desobediencia— el principal empleo que al arresto se daba era el de medio de seguridad, ora para poder continuar el proceso, ora para llevar a ejecución las sentencias, o lo que es igual, como medio auxiliador para la instrucción del sumario y como arresto ejecutivo. Acerca de la admisibilidad o necesidad del mismo, hablaremos en los correspondientes capítulos; aquí solamente nos corresponde tratar de las formas en que se practicaba el arresto.

El arresto público era un derivado del encadenamiento (*vincire*) de los prisioneros de guerra; en el uso común del lenguaje, el arresto se denominaba también técnicamente «ligadura». El encadenamiento o ligadura no iba unido por fuerza con el encarcelamiento. Pero en la aplicación del arresto por los magistrados, el encadenamiento y el encarcelamiento se confundían, en cuanto que, si bien podían aquellos decretar el arresto sin encadenamiento, lo regular era que decretasen ambas cosas a la vez, por creer que así lo exigían razones de seguridad. También se hizo del encadenamiento sin aprisionamiento, pero, a lo que parece, solo excepcionalmente.

Cuando el aprisionamiento hubiera de tener un carácter permanente, era preciso disponer al efecto de un local. Ahora, si dentro del recinto doméstico se hacía uso para tal fin del lugar donde se sujetaba a los esclavos, del *ergastulum*, es probable que una prisión pública no existiese en Roma hasta tiempos relativamente tardíos. Cierto es que la tradición romana atribuye la construcción del edificio destinado a cárcel de la comunidad y emplazado en el mercado, esto es, del *carcer*, al rey Anco, y la del calabozo que en dicha cárcel había, o sea del *tullianum*, al rey Servio Tulio. Pero el *tullianum* recibió su nombre más bien del antiguo *tullius*, manantial, que primitivamente era una fuente en la roca; y la voz *carcer*, que era común a la lengua latina y a la griega de Sicilia, no fue probablemente una palabra trasladada de Roma a Sicilia, sino un vocablo feudal griego, del propio modo que las canteras que se hallaban no lejos de la prisión de la ciudad, y que servían para encerrar a los individuos, se llamaban *lautumiae*, lo mismo que la siracusana, y tomando manifiestamente su nombre de esta. El

tullianum servía principalmente como lugar para los suplicios, cuando estos no habían de ejecutarse públicamente. A la oposición entre el *carcer* y las *lautumiae* debe probablemente referirse la diferencia que más tarde se hizo en materia de prisiones en general, entre una «cárcel interna» para los prisioneros encadenados, atados, cárcel oscura y no accesible al público, y la cárcel externa, en donde los prisioneros se movían con libertad, y la cual era accesible a terceras personas. No es este el lugar de detenerse a dilucidar las numerosas cuestiones arqueológico-topográficas que con lo que acabamos de decir se relacionan. Ya hemos dicho que la cárcel de la ciudad se hallaba bajo la dirección de los triumviros que anteriormente hemos nombrado, que estos custodiaban en ella a los individuos sometidos a su inspección y vigilancia, y que las ejecuciones no públicas se verificaban dentro de dicha cárcel. En la época republicana se utilizaron también otros edificios para el encerramiento, y se utilizó asimismo el arresto privado en virtud de comisión pública, y en los tiempos del Principado se aplicó también el arresto militar; pero ni durante la República ni durante el Imperio hubo nunca más que una cárcel de la ciudad, una cárcel pública.

Añadiremos también aquí lo poco que puede decirse acerca del tratamiento de los presos. No cabe duda alguna de que este tratamiento hubo siempre de depender, por una parte, de las personas de los jefes o superiores, y acaso más todavía de las de los subalternos, y por otra parte, del grado de riqueza y de influencia de los reclusos en aquellas; por regla general, a los prisioneros acomodados o a los protegidos por sus amigos, no se les ponían limitaciones para que hicieran dentro de la cárcel la vida que tuviesen por conveniente, mientras que a los pobres y humildes se les tenía en una espantosa miseria. Fuera de la exención del ciudadano romano del arresto o prisión provisional, mientras se instruía el proceso, exención de la cual hablaremos en el capítulo siguiente, son pocas las disposiciones generales que conocemos relativas a la materia de prisiones, y estas pocas pertenecen casi exclusivamente a los tiempos posteriores. Hasta donde nosotros sabemos, la disposición de Constantino I, del año 320, fue la primera en que se prescribió tratar humanamente a los encarcelados; esta disposición se refiere, en primer término, a los procesados en prisión provisional, cuya separación de los reclusos que estuviesen sufriendo ya verdadera pena, ni aquí ni en ninguna otra parte se halla preceptuada. En este momento es cuando se estableció la separación de sexos, el encadenamiento sin torturas innecesarias, la facultad hasta cierto punto de moverse libremente en la cárcel externa, el pago del coste de sostenimiento de los presos totalmente pobres. Difícilmente fue más lejos la legislación, y aun las disposiciones mencionadas es seguro que solo se

aplicaron de un modo incompleto. Regularmente, aun en el caso de estar mandado hacer uso de las ligaduras, se desataban estas durante el proceso; pero también acontecía a veces lo contrario. De la inspección de las prisiones, así por los gobernadores de provincia como por el emperador y los funcionarios imperiales, trataremos más adelante.

3º Además del arresto en la cárcel pública, los magistrados podían ordenar el arresto en una casa privada, sobre todo en la casa de un magistrado, y el arbitrio de estos, al cual estaba sometida en general la materia de encarcelamientos, se manifestaba también en la circunstancia de que el magistrado que los decretaba podía determinar asimismo, como mejor le pareciese, las modalidades que habían de acompañarlo. El llamar «libre» a este arresto (*custodia libera*, φυλακή ἄδεσμος) dependía de que en el mismo, a los menos por regla general, no se permitían las ligaduras, aun cuando aquel que lo verificase había de disfrutar de atribuciones legales para adoptar las medidas necesarias a evitar la fuga. Del arresto privado se debió hacer uso, desde tiempos antiguos, para las personas de mejor condición, y hasta la época del Imperio continuó empleándose siempre como forma atenuada y a menudo conveniente de la reclusión, sobre todo cuando las malas condiciones de capacidad o las de inseguridad de la cárcel pública de la ciudad así lo exigían. La fianza que había que prestar al magistrado para que este concediese libertad provisional, fianza de que hablaremos en el capítulo siguiente, se asemejaba al arresto libre; pero, que nosotros sepamos, al ciudadano no se le reconocía medio jurídico alguno para estorbar la fuga del que hubiera prestado la fianza.

4º En lo tocante al servicio de seguridad, Roma no dejó nunca de ser la ciudad de Roma, no convirtiéndose bajo este respecto en un Estado; es más: como miembro y cabeza de la gran confederación de ciudades, no solo quedó encomendado a cada uno de los municipios o ciudades subordinadas a ella, juntamente con la autonomía en materia de justicia y de administración, el cuidado de la seguridad pública, sino que hasta se descargó todo lo posible, en favor de las ciudades itálicas, de parte de las facultades que en esta materia correspondían de derecho a la capital. Las autoridades, en materia de seguridad de las prisiones, se preocupaban en primer término de la seguridad de la prisión de la capital, y entregaban los presos, en los casos importantes, a la custodia de los municipios itálicos, los cuales, por no tener servicio militar, podían prestar mejor este otro. La misma organización dada por Sila, la cual redujo todo el territorio que originariamente había sido de la ciudad romana a los límites propiamente comunales o municipales, al menos por lo que hace a las causas de homicidio, de manera que solo atribuyó al tribunal establecido en la capital para los pro-

cesos de homicidio el conocimiento de los hechos punibles cometidos en la capital misma y en sus arrabales (p. 153), esa organización de Sila fue también influenciada, probablemente, por consideraciones análogas a las que acabamos de exponer. No hay noticias que expresamente digan que los magistrados de la capital instruyeran procesos por robos en los alrededores de esta, ni es tampoco cosa que pudiera acontecer con frecuencia, a pesar de que no dejarían de presentarse ocasiones para ello. Si, por el contrario, el derecho municipal de una colonia establecida por César en el Sur de España concedía a la curia o consejo municipal el derecho de llamar a los ciudadanos a las armas, y reconocía también al jefe municipal o a un representante especial nombrado por este mismo el derecho de salir mandando el ejército con las facultades que tenían los tribunos militares romanos, es claro que estas concesiones tendrían por objeto principal que la colonia dicha pudiese hacer expediciones contra los ladrones, como por señales análogas debe creerse que verificaría iguales correrías el municipio itálico de Minturna. Lo probable es que, en los tiempos del Principado, cuando menos a juzgar por las noticias que a nosotros han llegado, incompletísimas aun con respecto a esta época, en todos los municipios del Reino hubiese, bajo una u otra forma, autoridades municipales para el fin de la seguridad. Por lo que al Egipto se refiere, tenemos conocimiento de la existencia de una policía a cuyo cargo estaba tanto el servicio de día como el nocturno, compuesta de numerosas plazas, y que extendía sus funciones hasta las diferentes aldeas; verdad es que en esta parte del Reino no regía la organización municipal que era general en todo el resto del mismo, y que aquí los jefes de los distritos o circunscripciones, los estrategas, nombrados por el gobierno, y los cuales desempeñaban las funciones que en otros sitios correspondían a las autoridades municipales, gozaron desde un principio de una muy amplia competencia. En la mitad latina del Reino encontramos en ciertas localidades, con el carácter de cargo municipal, un comando militar instituido para perseguir a los ladrones de caminos; en la mitad griega, sobre todo en Asia Menor, existía un cargo permanente y general instituido con el mismo fin, la irenarquía. Según la organización existente aquí en tiempo de Pío, cada ciudad presentaba anualmente al gobernador de la provincia una propuesta formada de diez ciudadanos de los más importantes, para que el gobernador cubriera con uno de ellos el cargo dicho de jefe del comando municipal, a cuya disposición se hallaba la milicia local de los diogmitas. De estas instituciones se hacía uso, lo mismo que contra los bandoleros, contra los sectarios, y es lo probable que la policía local sirviera muy adecuadamente para las persecuciones colectivas y para los arrestos en masa de cristianos.

En la época republicana y en los primeros tiempos del Imperio, el servicio municipal de seguridad llevaba consigo la potestad penal municipal, que constituía una condición del mismo; pero aun cuando en los tiempos posteriores esta potestad sufrió primeramente limitaciones para ser por fin abolida, aquel servicio siguió correspondiendo a las autoridades municipales. El procedimiento que se seguía aquí resulta, en lo esencial, de lo dicho. A las autoridades municipales correspondía detener y apresar a los individuos sospechosos, organizar pesquisas para el mismo fin, tomarles declaración provisionalmente, pudiendo a este efecto aplicar el tormento a los esclavos. A las autoridades municipales correspondía, según esto, custodiar a las personas sometidas a procesos criminales. Luego que dichas autoridades dejaron de tener potestad penal propiamente dicha, lo que tenían que hacer era enviar a los procesados ante los magistrados competentes, acompañando los resultados que hubiera producido su interrogatorio o examen previo, y con la conveniente escolta. Este procedimiento podía haber dado origen a un juicio acusatorio, y en tal caso era preciso enviar ante el tribunal competente, a la vez que al procesado, al acusador; en caso de que no se hubiera presentado acusador alguno, es claro que el asunto se despachaba por la vía de la cognición. Exceptuando las militares, de que luego se hablará, en el Estado romano no se conocieron otras cárceles que las tantas veces mencionadas cárceles municipales. Pero el gobernador, sobre todo cuando viajaba por su provincia, tenía obligación de inspeccionar estas prisiones y de hacer comparecer ante sí a los penados; en los tiempos posteriores se encomendó también a los clérigos el tomar a su cargo la suerte de los presos. Por mucho que este servicio de seguridad pudiese dejar que de-sear, sin embargo, es lo cierto que la soportable organización que existió en el dilatado Reino durante los mejores tiempos del Principado, es probable que haya que atribuírla menos a los organismos e instituciones militares que a la administración autónoma de los municipios.

5º Para la conservación de la paz dentro de la capital y en el Reino, no se conoció ningún medio militar en la época republicana, y aun en la del Principado se hizo un uso relativamente limitado de esos medios. Como ya hemos advertido, el régimen militar no era aplicable, por disponerlo así la constitución, a la ciudad de Roma, razón por la cual, el gobierno de la República no pudo jamás hallarse en condiciones de instalar seguramente la cárcel pública en Roma. El Principado introdujo sin duda cambios en este particular, y bien pronto, instituyendo —a lo que parece tomando ejemplo de lo que pasaba en Alejandría— un cuerpo de incendios con servicio nocturno permanente, y además, dotando a la capital de un considerable número de

cuerpos permanentes de tropas, entre los cuales, aparte del encargado de la materia de incendios, se destinaban especialmente al servicio de seguridad las llamadas cohortes municipales, que estaban a las órdenes del nuevo prefecto de la ciudad y que se componían de un conjunto de 3.000 hombres primero, y más tarde de 4.500, cuyos puestos de vigilancia se hallaban repartidos por toda la ciudad. La reunión del servicio de seguridad, por una parte con la potestad penal, y por otra con el mando militar en manos de los ya mencionados prefectos de la ciudad (p. 184) y en las de los comandantes del servicio de incendios, era suficiente por su índole, aun cuando no lo fuese en la práctica, para satisfacer las necesidades corrientes. No puede haber duda de que todas las instituciones de policía activa, y especialmente la policía de las costumbres, se hallaban a cargo de los militares puestos a la disposición de estos prefectos, si bien es verdad que hasta nosotros no han llegado noticias suficientes del procedimiento que se empleaba. Aparte la ciudad de Roma, tenemos que el ejército de los tiempos imperiales se hallaba esencialmente destinado a la defensa de los límites del territorio, y que el servicio en el interior se estimaba solo como cosa secundaria, aunque sin abandonarlo por completo. Es posible que, al menos en Italia, existieran instituciones permanentes para tal fin. En los gobiernos de provincia, en tanto que el carácter principal de los mismos fue el de ser comandos militares, es claro que las tropas estaban organizadas para semejante objeto; pero cuando dejaron de tener un verdadero mando militar, se establecieron en ellos o cuando menos en los dos grandes centros de Lyon (*Lugdunum*), en las Galias, y de Cartago, en Africa, bajo una u otra forma, guarniciones permanentes sobre el modelo de las municipales de Roma, y además, en los puntos mercantiles de mayor importancia de todo el Reino, y por orden, no de los gobernadores, sino del poder central, fueron instituidos puestos militares cuyo mando se encargó a subalternos, hasta el grado de centurión. Los gobernadores, a quienes correspondía también el derecho de servirse, en caso necesario, de sus provinciales para que les ayudaran, fueron encargados por los emperadores de emprender, cuando hubiese necesidad de ello, persecuciones contra los perturbadores de la paz pública; es decir, que el mismo servicio encomendado a los irenarcas municipales hubo de realizarse en mayor escala en nombre del gobierno. Esta forma se empleó frecuentemente para perseguir a los bandidos, y también fueron de esta clase las persecuciones religiosas cuando las mismas partían del gobierno, persecuciones llevadas a cabo primeramente contra los cristianos, y más tarde contra los maniqueos y los herejes.

Si en este sitio no nos es posible hacer un estudio completo del ejército romano bajo su aspecto militar, sí debemos estudiarlo desde el punto de vista penal, a lo menos en sus grandes líneas. Había listas de los individuos de mala fama, formadas sin duda con el objeto de que sirvieran para el procedimiento que es de suponer se seguía en la prefectura de la ciudad (p. 207), listas que llevaban en Cartago, y con seguridad en todos los grandes centros de los gobiernos de provincia, los oficiales y los militares subalternos a las órdenes del gobernador; estas listas desempeñaron luego un papel muy notable, sobre todo en el procedimiento de oficio. Los documentos egipcios han demostrado que allí, además del procedimiento penal ordinario ante el estratega del nomos, y ante las autoridades de orden superior, existía, para los hechos penales de menor gravedad, un procedimiento extraordinario que se sustanciaba ante el comando militar antes mencionado; de la misma manera que en Roma, junto al procedimiento penal ordinario, existía el que tenía lugar ante los dos prefectos, que según todas las probabilidades era un procedimiento sumario y en el cual se ejercían atribuciones penales independientes. En todos estos casos, igual en las inquisiciones que hacían los gobernadores de provincia contra ciertas clases de delincuentes, que en las denuncias presentadas ante los comandantes de los puestos militares, se prescindía del procedimiento acusatorio, y por regla general la denuncia oficial (*notoria*) se sustanciaba por vía de cognición.

En la materia de prisiones es donde, ante todo, debió tener su expresión el sistema militar introducido por el Principado. La misma corte del emperador era en primer término no otra cosa que el cuartel principal, y por lo tanto, podían tenerse en ella presos, y más tarde, entre las obligaciones así del emperador como de los presidentes de las provincias se contaba la de visitar y hacer comparecer ante ellos de vez en cuando a tales presos. Para inspectores subalternos de las prisiones se utilizaron los oficiales del prefecto de la ciudad y los del prefecto encargado del servicio de incendios. Estos eran los que dirigían en la capital la materia de cárceles, en cuanto que la misma se hallaba en estrecha conexión con la policía urbana. La conducción y la custodia de los inculpados que se enviaban desde las provincias a Roma para que aquí los juzgase el tribunal del emperador, debieron corresponder en primer término a los destacamentos legionarios reunidos en los llamados *castra peregrina* de la capital, y estos mismos destacamentos se hallaban bajo la jefatura de los comandantes militares de la ciudad de Roma, o sea de los prefectos del pretorio. Estos prefectos, con relación a los cuales regía en primer término, desde el punto de vista penal militar, la separación entre los *statores* y los *evocati*, eran

también, sin duda alguna, los que gobernaban en última instancia las prisiones de la capital. Fuera de Roma, todo comando militar, que en cierta medida gozaba de independencia, como ya se ha advertido antes, tenía atribuciones para dar órdenes de arresto, que no se limitaban a los autores de delitos militares, sino que también se referían a la administración de justicia civil, no faltando testimonios directos que así lo demuestran. Por fin, a esta esfera pertenecía también la custodia militar, la cual se aplicaba ciertamente por modo extraordinario a los arrestados y condenados, pero de la que se hacía uso no pocas veces cuando se trataba de personas principales. De esta suerte, al lado del arresto civil, vino a desarrollarse el arresto militar, el cual, sin embargo, así en su valor como en la manera de ser aplicado, se parecía al «arresto libre»; era menos duro que aquel, y además no deshonraba a quien lo sufría. No pocas veces revestía la forma de internado o reclusión bajo la vigilancia de un soldado. Pero el quebrantamiento de tal arresto era considerado y castigado como un crimen capital.

6º En Roma no hubo en ningún tiempo policía política, si por tal se entiende una determinada clase de oficiales del ejército a disposición del poder central para los fines de la policía y de la política. Es claro, y así lo acreditan muchas veces los documentos históricos, que en los tiempos del Principado sobre todo, se usó y abusó con frecuencia, para informaciones y noticias de esta clase, de aquellos soldados pertenecientes a las guarniciones de la capital y que se distinguían por su inteligencia y fidelidad; pero los pretorianos montados, los *speculatores*, se llamaban así, no por ser espías policíacos, sino por ser averiguadores militares de noticias, igual que lo fueron más tarde los *explotadores*. Los centuriones y soldados legionarios, mencionados ya al tratar de la conducción de presos, ocupaban sin duda una posición en cierto modo política, correspondiéndoles servir de intermediarios entre la jefatura central militar y los cuerpos provinciales de ejército; estos eran los *frumentarii* o *peregrini*, nombres que se les daba, el primero, por razón de la función primitiva que habían desempeñado, relativa al abastecimiento de víveres, y el segundo, por ser gentes que iban y venían del extranjero; a estos funcionarios les estaba encomendado el llevar noticias al poder central de los acontecimientos y votaciones que tuvieran lugar en las tropas provinciales, y el vigilar, por medio de subalternos inteligentes y fieles, a los oficiales de alta graduación que fueran más o menos sospechosos, por lo que ellos, como denunciadores secretos político-militares no sometidos a ninguna clase de fiscalización, eran todavía más temibles u odiados que los delatores en general. En tiempo de Diocleciano estos oficiales fueron trasfor-

mados, cambiándoseles además el nombre. Los *agentes in rebus*, que a partir de esta época comenzaron a funcionar, esto es, los ejecutores imperiales, eran soldados como los *frumentarii*; pero mientras que estos últimos eran sacados de algún cuerpo de ejército, y aun en este servicio seguían estando subordinados a los comandantes de los mismos, los agentes formaban un cuerpo independiente de tropas, separado del ejército en general, y el servicio se distribuía entre todos, por grupos, asignando a cada grupo una clase de negocios. El mando de estas tropas se entregó al nuevo comandante de la corte, al *tribunus et magister officiorum*. Además, los *frumentarii* prestaban sus servicios dentro del ejército; los agentes, en cambio, estaban en general a disposición del poder central para ejecutar todas las órdenes del gobierno y para entender en todos los negocios públicos como especiales delegados del emperador; en los siglos siguientes se nos presentan siempre como órganos encargados de esta función. Las ocupaciones permanentes de los mismos encontramos que eran: de un lado, servir de jefes de *bureau* en las comandancias militares y en los altos empleos civiles, con lo que vino a generalizarse y a ser sancionada legalmente la inspección que de hecho ejercían los jefes militares por medio de sus subalternos; y de otro lado, el servicio de correos, el cual fue confiado enteramente a los *curiosi* o administradores postales, pertenecientes a la clase de agentes. Es probable que los comandantes de los puestos militares de los siglos anteriores empleasen también en este servicio la mayor parte de su actividad. Pero, hasta donde nosotros sabemos, no resulta que la administración de justicia penal por el procedimiento sumario, la cual correspondía a los *stationarii*, fuese trasladada a los *curiosi*; en las provincias, ya muy reducidas en extensión territorial, se hizo sentir ahora mucho menos que antes la intervención de las autoridades militares en la administración de justicia penal. La nueva institución de los agentes, que sirvieron para que los «ojos del emperador» estuviesen en todas partes y lo vieran todo, institución que hizo posible la continua vigilancia de aquellos funcionarios que no actuaban en la corte y la intervención ilimitada del emperador en el cambio y comercio de noticias, en la correspondencia y en todos y cada uno de los casos particulares que acontecieran, utilizando al efecto las comisiones especiales, es acaso lo que presenta, con más claridad que ninguna otra de las nuevas creaciones de Constantino y Diocleciano, el sello de la transformación que estos emperadores operaron en el régimen romano; así como cuando el emperador Juliano rompió con este sistema no hizo, ciertamente, otra cosa que hacer cesar temporalmente toda la institución para que se renovara luego, inmediatamente después de morir él. No puede decirse lo mismo de la policía, a lo menos de la

policía de seguridad, la esencia de la cual consistía más bien en que el poder central, valiéndose de órganos subalternos, interviniese inmediatamente en todas y cada una de las funciones públicas. Pero tampoco podía la misma haber desaparecido completamente en esta materia, pues a los agentes les correspondía, naturalmente, la obligación de recompensar las denuncias penales cuando hubiera lugar a ello, con lo que, lo mismo bajo los regentes que bajo el emperador Constantino II, se renovó como fácilmente se comprende, y se renovó sobre bases más amplias y más ciertas, el sistema de delaciones de los *frumentarii*, con todos sus graves abusos.

CAPÍTULO XIII

MEDIOS COACTIVOS EMPLEADOS PARA INCOAR Y PARA SUSTANCIAR LAS CAUSAS CRIMINALES

Hallábanse en estrecho parentesco con las medidas referentes a la seguridad pública, los medios coercitivos que la comunidad ponía a disposición de los magistrados para que estos pudieran incoar y sustanciar los juicios penales. En el procedimiento privado no acontecía así sino en la medida más modesta, por cuanto el mismo, aun después de haber llegado a adquirir su forma más desarrollada, no renegó nunca de su origen, que era el juicio arbitral, y además, la esencia de este juicio era que no podía promoverse sino a petición de ambas partes, siendo de advertir al efecto que cuando la intimación al demandado para que compareciese ante el magistrado no fuera suficiente a llevarlo ante él, el actor podía hacer uso del propio auxilio, echar mano a dicho demandado, llevarlo al tribunal y conseguir de este modo la cooperación del citado demandado para el juicio. Pero la manera como el magistrado intervenía en el juicio privado era la misma en aquellos casos en que se hiciera uso de acciones procedentes de delito que en aquellos otros en que se tratase de acciones no derivadas de tal fuente, y por consiguiente, en tal respecto, podemos referirnos al juicio o procedimiento civil. Por el contrario, era cosa propia del concepto del juicio penal público, lo mismo del antiguo, en que solo intervenía el magistrado, o en el que intervenían el magistrado y los Comicios, como del posterior procedimiento de la cognición, el que el mismo fuera dirigido únicamente por el magistrado, lo cual debe hacerse extensivo al procedimiento acusatorio, por la razón de que este procedimiento podía incoarse de dos maneras, ya a instancia de parte privada, ya también por citación y emplazamiento del magistrado. Ambas formas, la última de las cuales es la que predominó de un modo absoluto en la práctica, serán estudiadas en detalle, en su aplicación al procedimiento acusatorio, en el libro siguiente. Aquí solo hemos de examinar, en general, cuáles eran las atribuciones que a la ma-

gistratura correspondían para incoar y sustanciar el procedimiento penal público. Los medios que a este propósito se le preceptuaban eran: la citación personal (*vocatio*); la comparecencia forzosa, para lo que podía emplearse la captura (*prehensio*), y posteriormente, la busca o requisita (*requisitio*); el arresto, y en ciertos casos el auto de constitución de fianza (*praedes vades*); la citación no personal, verificada, sobre todo, por edictos; por fin, la incoación y sustanciación del procedimiento penal contra los ausentes.

1º La citación del acusado o inculpado para ante el magistrado no era una institución que perteneciera al derecho penal, ni tampoco al procedimiento penal en general, sino que era una manifestación de la facultad general que tenían los depositarios del *imperium* para mandar a toda persona sometida a su poder que compareciese ante ellos personalmente, facultad de que en el proceso penal se hacía aplicación con respecto a los testigos y a los acusados, al principio de dicho proceso, y a menudo en forma tal, que el mismo magistrado que citaba no podía prever con seguridad cuáles podían ser las consecuencias jurídicas que había de producir la citación. Se daba a esta el nombre de llamamiento, *vocatio*, porque se continuaba la tradición de los primitivos tiempos, cuando las relaciones de la vida eran muy sencillas y los mandatos de comparecencia se comunicaban verbalmente al interesado por medio de un alguacil, dentro del distrito de la ciudad; ahora, el carácter jurídico de tal llamamiento no cambiaba cuando había que hacerlo en algún lugar más apartado y utilizando al efecto algún funcionario intermedio, en cuyo caso la citación se llamaba *evocatio*. Tratabase de un acto administrativo dispuesto por el magistrado a su arbitrio, acto en el que era ante todo preciso determinar el sitio y el día de la comparecencia. Podía lo mismo ordenarse la comparecencia inmediata ante el magistrado que señalar al efecto un término posterior; esto último es lo que estaba prescrito, según ya se ha dicho (p. 115), para el juicio en que intervenían el magistrado y los Comicios, cuya apertura llevaba por eso el nombre de señalamiento de un término (*diem dicere*), y el aplazamiento de dicho juicio para un nuevo día fijo se denominaba señalamiento de un plazo ulterior (*diem prodicere*). Es claro que el mandato de comparecencia había de exigir una cosa que fuera posible, por lo que, si se dirigía a un individuo ausente del lugar del juicio, era preciso que se tomara en cuenta la distancia a que estuviese el citado. Pero en este particular no había más norma que el arbitrio del magistrado. En los tiempos posteriores se habla de señalamiento de plazos para las citaciones cuando se tratara de largas distancias; según una disposición de Teodosio I, del año 380, al citado debía regularmente, en este caso, concedérsele un plazo de treinta

días antes de comenzar el viaje para que pudiera ordenar sus asuntos. Por lo demás, ni en la época antigua, ni mucho menos en la posterior, había una forma determinada en la que debieran hacerse las citaciones; las leyes dejaban en esto libertad completa al magistrado.

2º En caso de que el citado no obedeciera la citación, podía el magistrado emplear contra él medios coercitivos; sobre todo los depositarios del *imperium* y los tribunos del pueblo podían hacer uso en este caso de sus *apparitores* para echar mano a los rebeldes y hacerles comparecer por fuerza; del propio modo, si el citado no se constituyera en el lugar fijado en el tiempo preciso, el magistrado repetía la citación y la hacía efectiva por medio de la coercición, con lo que la convertía en citación cualificada. Tampoco estos actos pertenecían propiamente al procedimiento penal, sino que eran la aplicación a un caso concreto de la facultad general que los magistrados tenían para reducir a los desobedientes, pues la intervención policíaca y los bandos, así de las autoridades subordinadas como de las coordinadas, fueron cosas permitidas en todo tiempo y de las cuales se hizo uso según las circunstancias.

El hecho de negarse a comparecer en el juicio criminal era un acto que caía dentro de la esfera del derecho penal, por cuanto fue constituido en delito independiente, lo cual aconteció acaso en tiempo de Severo, y a lo que parece, debido al creciente influjo de los intereses fiscales. Lo propio implicaba la tardanza en deferir a la citación, no ya a la primera y simple, sino a la repetida y cualificada: aquel a quien se citase como acusado en causa criminal, haciendo la citación el tribunal correspondiente por medio de cédula de requisición dirigida a las oportunas autoridades, ya del Reino, ya de la ciudad, y además por anuncio público, y sin embargo no acudiese al llamamiento, era incluido en la lista de los «buscados» (*requirendi*), sus bienes quedaban embargados, y si el buscado no se presentaba en el término de un año, a contar desde el día de esta citación cualificada, o si no justificaba su tardanza, dichos bienes pasaban al fisco, sin que, por lo demás, este hecho ejerciera influjo de ninguna clase en la sustanciación y tratamiento del asunto penal que hubiera motivado la busca o requisición.

3º Aquel a quien se citase en concepto de inculpado en el juicio penal público y compareciese ante el magistrado, o bien fuese conducido por la fuerza a la presencia de este, podía el magistrado constituirlo en arresto o prisión provisional, según el sistema antiguo. Y hasta puede dudarse si este arresto provisional no era la regla general para todos los casos de delito en los más antiguos tiempos. La circunstancia de que al actor privado le era consentido hacer uso del propio auxilio con el objeto de interponer la demanda; el haber que-

dado sin contestar la pregunta relacionada con esto, sobre si al acusado de hurto que era llevado ante el pretor debía necesariamente dejarse de nuevo en libertad hasta que se pronunciara la sentencia; el haber quedado también incontestada esta otra pregunta: ¿qué se hacía en el caso de que el procesado no prestara fianza de derecho civil o privado?, y por fin, el hecho de que a la absolución se le daba el nombre general de «solución», hacen sospechar con bastante fundamento que originariamente el pretor podía conceder que en los casos de juicios privados por causa de delito el actor pudiese tener arrestado en su casa al inculpado. Por lo que al juicio penal público se refiere, este juicio es probable que en los tiempos más antiguos fuese siempre capital, por lo que, según el orden jurídico primitivo, no debió ser posible dejar en libertad a semejantes procesados. Ahora, solo puede admitirse que la prisión o arresto provisional era un hecho permanente cuando se tratara del juicio penal público, en el sentido de suponer que el magistrado había de ordenarla en todo caso; no había, sin embargo, ningún medio coactivo para constreñirle a admitirla, por cuanto el arresto —de cuyas modalidades hemos tratado en el anterior capítulo—, lo mismo que toda coercición, dependía del arbitrio del magistrado. La tradición nos muestra que el arresto provisional en el juicio penal público dependía, además del arbitrio del juez penal, del de los magistrados que tenían derecho a ejercer la intercesión, sobre todo del de los tribunos del pueblo, los cuales podían obtener, sin más, que todo arrestado quedara libre, facultad de la que hicieron uso con no poca frecuencia por el motivo de que dejando libre al procesado era posible el destierro del mismo (p. 50); este fue el medio principal que se utilizó para ir poniendo limitaciones al ejercicio de la pena de muerte. En un principio, la liberación del arrestado pudo lograrse haciendo extensiva al procedimiento penal público la constitución de fianza (*vadimonium*), constitución de fianza que, a lo que parece, solo se empleaba primitivamente en el juicio privado; según una leyenda verdaderamente antigua, ya los magistrados patricios de la época anterior a los decemvros fueron constreñidos por los tribunos del pueblo a admitir una fianza pública (*praedes vades*) constituida por un acusado, fianza cuyas modalidades por cierto se convinieron con los tribunos, y a seguir el proceso contra aquel dejándolo en libertad. Parece que también se podía dejar sin efecto el arresto provisional aun no constituyendo fianza. Así parece que siguieron las cosas hasta la época de los Gracos. Esta protección tribunicia, que fue introduciéndose caso por caso, les era negada por regla general a los delincuentes comunes, por lo que cuando menos la administración de justicia penal verdaderamente tal continuó siendo posible ejer-

cerla. En el siglo último de la República empezó también a hacerse uso del nuevo procedimiento por *quaestiones*; los pretores que dirigían estos tribunales debían disfrutar del derecho de citar correspondiente a los magistrados, pero según parece, carecían del de imponer el arresto provisional; a los menos, se ve que aun los procesados por las *quaestiones* de homicidio estaban siempre en libertad. Finalmente, ya acaso desde los mismos tiempos de C. Graco, pero con seguridad a partir de la ley *Julia de vi*, los ciudadanos estaban libres, por prescripción legal, de sufrir arresto provisional, por lo que en ningún caso era necesaria la constitución de fianza. Desde este momento no puede hablarse realmente, con relación al ciudadano romano, ni de arresto provisional ni de fianza. Todavía en los tiempos primitivos del Imperio se hizo valer en las provincias este privilegio del ciudadano, tanto contra las autoridades municipales como contra los oficiales romanos.

Durante el Principado volvió a hacerse uso del arresto provisional y de la fianza, con respecto a los ciudadanos romanos. Si es que alguna vez habían llegado a perder su fuerza, no ya solo de derecho, sino también de hecho; y se volvió a hacer uso de ellos, quizá tomando precisamente como punto de apoyo la misma citada ley de César, mediante la interpretación extensiva de aquella cláusula de esa ley que concedía al magistrado el derecho de mandar arrestar a los individuos por causa de desobediencia y de desórdenes. La realización efectiva de tal precepto era incompatible con el envío, por ejemplo, a Roma, desde Italia y las provincias, de los ciudadanos romanos procesados por delito capital; y lo propio cabe decir de la menor aplicación efectiva de la pena de muerte. Quizá se inmiscuyera también en esto el poder excepcional del más alto tribunal, que no estaba sometido a las leyes, sino por sobre estas; sin embargo, a nosotros, al menos, no nos es dado establecer diferencia alguna sobre el particular entre la competencia de las varias autoridades penales, y más bien nos parece que en los tiempos del Principado la facultad de arrestar era una de las contenidas entre las facultades penales, en general, correspondiéndoles en dicha época, al menos en determinadas circunstancias, probablemente aun a los magistrados que dirigían las *quaestiones*. El modo de ejercicio de este derecho de arresto no se diferenciaba en principio esencialmente del modo como se había ejercido antes. La ley tenía prescrito el arresto para la ejecución de la pena, del cual nos ocuparemos en el libro V; no tenía ordenado el arresto provisional para la instrucción del proceso. El juez penal, cuando citase para un día determinado, podía a su arbitrio, o prescindir del arresto provisional, lo que no le estaba prohibido ni aun en las causas capitales, o admitir fianza de que el que se hallaba en libertad comparecería en el día fijado, y esta

fianza —que no se llamaba ya *vadimonium*, sino *satisdatio* o *fideiussio*— acaso pudiera ir acompañada de un arresto privado; o finalmente, disponer que el acusado fuera conducido a la cárcel pública: el propio juez era quien asimismo determinaba a su discreción las modalidades con que habían de aplicarse tanto la fianza como el arresto. Claro está que a este efecto se debían tener en cuenta, de un lado, la gravedad de la acusación, y de otro, la personalidad del acusado. A las personas de cierto rango y a las mujeres, se les tenían más consideraciones; en cambio, a los esclavos era preciso tenerlos en arresto provisional, si el señor no constituía fianza por ellos. Una consecuencia natural de la organización que posteriormente se diera al juicio por calumnia, fue la de que en el procedimiento acusatorio de los tiempos avanzados se pudieran imponer al acusador la obligación de la fianza y el arresto provisional, por el motivo de que, según se demostrará en el capítulo correspondiente, todo acusador quedaba sometido a una acción contraria semejante a la que él ejercía.

4º Sin embargo de que la citación era uno de los elementos esenciales del procedimiento penal, no consideraban los romanos que había tenido lugar esta cuando se hubiera encontrado efectivamente al acusado a quien la citación se hacía, sino tan pronto como la hubiere realizado el magistrado con derecho a hacerla. Con respecto al procedimiento en que intervenían los magistrados y los Comicios, procedimiento regulado del modo más riguroso, bastaba con que en el día señalado para tomar la resolución correspondiente, antes que votara la ciudadanía, se tocara el cuerno delante de la casa del acusado, el cual no era necesario que estuviese presente. En el procedimiento ordinario, la notificación se hacía, por lo regular, mediante nuncios o funcionarios al efecto; pero desde el punto de vista legal, bastaba con hacer la citación por medio de llamamientos públicos o de carteles públicos, igual para los acusados presentes que para los ausentes, advirtiéndoles tan solo que, en este último caso, como ya dejamos advertido, debía fijarse un plazo mayor para la comparecencia. A este acto de la citación se aplicaba también la concepción romana, según la cual todo el mundo estaba obligado a conocer el orden jurídico vigente, no aprovechando para nada el alegar la ignorancia del derecho (p. 64), si bien, claro está, con la reserva de que el magistrado podía otorgar excepciones en los casos concretos y conceder la restitución. Durante el Principado, cuando se introdujo en el derecho civil la citación por edictos en lugar de la citación personal, hubo de aplicarse también a los juicios penales la forma de esa citación por edictos, o sea la costumbre de citar por tres veces.

5º De lo expuesto resulta que, una vez que hubiera tenido lugar la citación en forma legal, el procedimiento penal público contra el ausente seguía su curso, importando poco que la tal citación se hubiera hecho directamente al interesado, o por edictos públicos, y sin tener en cuenta tampoco que el citado hubiese tenido conocimiento a tiempo de la citación, o que no lo hubiese tenido. El procedimiento penal público conoció solamente la citación del derecho civil; no conoció la litiscontestación de este derecho. Pero en la práctica, este principio experimentó esenciales limitaciones. El procedimiento penal fue siempre un procedimiento odioso y rodeado de dificultades cuando en él no se admitía la defensa, o cuando esta se hallaba mermada, aun en los casos en que el citado fuese culpable de dicha no admisión, y hasta en aquellos otros en que hubiera él mismo renunciado a la defensa. Estas dificultades y peligros se aumentaban a medida que aumentaba la gravedad de la pena. Con respecto a la de muerte, ha de añadirse también que, si no era antijurídico, era, sí, cuando menos, inconveniente decretar una penalidad cuya ejecución no podía asegurarse. Tocante a las penas pecuniarias, por lo mismo que en último caso se procedía al concurso de los bienes del condenado, y este no podía impedirlo, es claro que dicha ejecución estaba siempre asegurada. Por lo tanto, la regla general era que no se condenase a muerte sino cuando el procesado estuviera sometido a arresto provisional, lo cual se explica teniendo en cuenta, de un lado, que si se prescindía de los juicios que terminaban por el destierro del acusado y por la interdicción —la cual implicaba seguramente una condena condicional a muerte—, carecemos casi por completo de testimonios que nos acrediten haberse pronunciado condenas contra los ausentes en aquellos juicios capitales en que intervenían los magistrados y los Comicios, y de otro lado, atendiendo a que las condenas capitales recaídas aun en provinciales ausentes se consideraran durante los últimos tiempos de la República como un modo abusivo de ejercer el *imperium*. En los juicios de interdicción de la época de Sila, era la condena del ausente indispensable desde el punto de vista jurídico, por cuanto no presentándose los acusados, no quedaba otra vía que esta para resolver el asunto; así aconteció muchas veces. Pero también aquí se presentaron en ocasiones obstáculos. Si en procesos más o menos políticos, como los entablados a consecuencia de la conjuración de Catilina, en los que se incoaron por la muerte de Clodio, y sobre todo en los que tuvieron lugar por causa de la muerte del dictador César, los acusados renunciaron a defenderse, esta circunstancia fue siempre mal mirada; y si algo puede justificar la revocación de las condenas penales firmes, consideradas por los ro-

manos con razón como destructoras del Estado, es precisamente el hecho de que las mismas recayesen sobre procesados ausentes.

En el procedimiento penal ya modificado de la época del Imperio, aparte de haberse restablecido la pena de muerte, de haberse añadido la de privación de libertad y de haberse cambiado la de interdicción en la de deportación con pérdida del derecho de ciudadano, fue regulado con normas precisas, tanto positivas como negativas, el procedimiento contra los contumaces. Por regla general, en todo proceso que condujese a la pronunciación de sentencias contra la vida, la libertad o el derecho de ciudadano, no era posible dictar el fallo condenatorio sino en presencia del acusado, y si este se encontrara ausente, en cuyo caso, hasta donde nosotros sabemos, solo se atendía al hecho mismo de la ausencia y no a sus causas, el procedimiento se suspendía para hacer entonces uso de la requisición anteriormente mencionada. En los asuntos penales de escasa importancia, seguía permitiéndose condenar al ausente. No es este el momento de ver hasta qué punto se atuvieron a las reglas sentadas los tribunales de la época imperial.

LIBRO TERCERO
EL PROCEDIMIENTO PENAL

CAPÍTULO I

LAS FORMAS DE PROCEDIMIENTO PENAL

Había dos formas fundamentales de procedimiento: el juicio arbitral y la inquisición.

El Estado intervenía unas veces para resolver por un medio judicial arbitral las contiendas jurídicas entre dos particulares; entablábase entonces un procedimiento que requería la existencia de partes, las cuales exponían lo que a sus intereses creían oportuno ante el tribunal, y luego este decidía; la decisión podía darla, bien un tribunal de jueces profesionales o bien un tribunal de jurado. Este procedimiento era también aplicable a los delitos, si bien no era enteramente adecuado al carácter ético de estos últimos; sin embargo, como dicho procedimiento no se diferenciaba esencialmente del que se empleaba para los hechos no delictuosos, no es posible que en el derecho penal hagamos la exposición del mismo. Además, esta forma de proceder desapareció bien pronto del derecho penal, más todavía en la práctica que en los libros de derecho, y lo que de ella continuó practicándose, singularmente en el procedimiento por injurias, es mejor que lo dejemos reservado para el libro siguiente.

Otras veces, el Estado instruía proceso espontáneamente, sin excitación ajena, para ver si se había cometido un delito, y cómo, y para señalar la pena. Aquí no había partes en el sentido jurídico, sino que quienes se hallaban frente a frente en este procedimiento eran, de un lado, la comunidad por medio de su representante, y de otro lado el acusado. Así como la base del juicio arbitral era el auxilio que el tribunal prestaba en nombre del Estado al lesionado que lo había pedido, así también la base del procedimiento penal público, provocado principalmente por causa de daños inferidos a la comunidad, consistía en el ejercicio del propio auxilio por parte de esta; y si aquel juicio tenía como fundamento la equidad y la mediación, este, en cambio, era un modo de ejercer la defensa en estado de necesidad, apoyándose en el arbitrio que es inevitable en casos tales. De este último procedimiento penal es del que vamos a ocuparnos ahora; a pesar de la

diferencia de formas que en él hubo, podemos considerarlo como una unidad y como un solo y orgánico todo enfrente del procedimiento privado.

El procedimiento penal público revistió dos formas: la antigua y primitivamente única de la intervención de oficio, sin excitación de nadie, o sea la *cognitio*, y la más moderna de la inculpación o *accusatio*. La instrucción de todo procedimiento penal público se verificaba siempre en nombre del Estado y con intervención de este; pero, mientras que cuando se realizaba por cognición, el proceso lo instruía un magistrado representante de la comunidad, cuando se hacía uso de la acusación, por el contrario, esta quedaba entregada en manos de un particular, que podía desempeñar libremente tal función pública, y que no tenía nunca facultades para desempeñarla sino en el caso concreto de que se tratase.

Es imposible hacer un estudio científico-expositivo de la cognición en su forma pura, tal y como se verificaba en el procedimiento primitivo en que solo intervenía el magistrado, tal y como se verificaba también en el procedimiento ante el emperador y sus mandatarios, procedimiento que fue una resurrección del anterior, y tal y como se verificaba durante el Principado en el llamado procedimiento extraordinario, que puso en práctica en esta época al lado del acusatorio. Y es imposible dicho estudio, porque la esencia de la cognición consistía en la carencia de formalidades establecidas legalmente. La ley no señalaba ninguna forma fija ni para la apertura del juicio, ni en rigor tampoco para su terminación. El magistrado podía sobreseer, y abandonar la causa en todo momento, y en todo momento también podía renovarla; la cognición no consentía, por su propia naturaleza, que se diese una absolución tal, que impidiera abrir de nuevo el mismo proceso. El interrogatorio del inculpado, interrogatorio que ya no se conoce en el juicio penal de época posterior, debió constituir el punto central del procedimiento primitivo, por cuanto ningún interrogado podía negarse a contestar al magistrado que le preguntaba. A este, al depositario del *imperium*, le era permitido recibir denuncias, esto es, testimonios anticipados, de todas las maneras y por cualquier conducto, y su derecho a citar y examinar testigos no podía tener limitaciones, como más tarde se le impusieron al acusador particular. Se admitía en este procedimiento la defensa en tanto y hasta donde lo consintiese el magistrado que verificaba la inquisición; y si no tan solo el sentimiento del derecho, sino también la costumbre se oponían a que se dejase de oír al acusado, es claro que en el procedimiento que nos ocupa, derivado del derecho de la guerra, tuvo sin duda que estimarse como admisible la defensa por medio de tercera persona, y en algunas

circunstancias se mandaba que esa defensa tuviese lugar. Las limitaciones puestas al poder del Estado, ya por costumbre, ya por ley; la prohibición de las mutilaciones corporales, y la imposibilidad de aplicar el tormento más que a los individuos no libres, sirvieron seguramente de contención al obrar de los magistrados; pero otras reglas que se presentan como criterio regulador de la conducta de estos, a saber: que no debían tomarse en consideración aquellas denuncias cuyo autor rehusaba dar su nombre; que el testimonio del esclavo contra su propio señor no debía apreciarse, y que a los testimonios de los esclavos dados en otras causas no debía prestárseles crédito sino cuando los dieran previa la aplicación del tormento o cuestión penal; estas reglas, decimos, no tenían el carácter de preceptos propiamente positivos, sino que eran tan solo normas directivas dadas por la sana inteligencia de los hombres y por las relaciones de la vida, y las cuales, por lo mismo, no fueron aplicadas nunca de un modo indefectible, sin excepción.

Es evidente que este procedimiento penal público en su más antigua forma, o sea la primitiva coercición correspondiente a los magistrados, como podemos también llamarlo, dejaba a los individuos entregados al arbitrio sin límites de los órganos del *imperium*; y si toda la evolución interna de la comunidad romana vino a parar a que el ejercicio del *imperium* hubiera de verificarse en la forma ordenada por la ley, la expresión más antigua de esta limitación legal del *imperium* la tenemos en las ligaduras puestas al ejercicio de la potestad penal con respecto a los ciudadanos, y debidas a la transformación ante todo del procedimiento penal capital público en un procedimiento en el cual intervenían los Comicios juntamente con el magistrado. Sin embargo, no por esto quedó abolido el principio de la cognición, es decir, el principio de que la instrucción de los procesos penales fuera cosa entera y exclusivamente encomendada al poder del magistrado, ni tampoco sufrió por ello limitaciones la competencia de este; lo único que sucedió es que empezó a permitirse a los ciudadanos apelar ante la ciudadanía del fallo dado por el magistrado, quedando mientras tanto en suspenso el mismo y pudiendo después ser anulado por la ciudadanía ante la cual se apelaba. A este efecto, tuvo una importancia grande en el desarrollo del procedimiento penal la circunstancia de que para hacer posible una decisión respecto de los ciudadanos, era preciso dar, no solo la sentencia, sino también los fundamentos de la misma, las pruebas de la culpabilidad del condenado; por lo que, al lado y después de la inquisición que sin formalidades legales había llevado a cabo el magistrado, se hacía uso de un procedimiento preparatorio, llamado *anquisitio*, en el cual estaba fijamente determinada la

citación y fijamente determinados los plazos, y en donde se admitía, además de la autodefensa, la defensa por medio de tercera persona (p. 116 y siguientes). Si en el procedimiento penal en que no intervenía nadie más que el magistrado, este se nos presenta como juez de la causa, en cambio, el puesto que le correspondía en la adquisición era esencialmente el de ministerio público. Lo poco que sobre esto puede inferirse de los insuficientes documentos que han llegado hasta nosotros, lo hemos expuesto ya. No puede haber duda alguna de que si el derecho romano llegó a construir en general un procedimiento penal regulado por la ley, las bases para este procedimiento las echó la adquisición.

Por lo expuesto puede inferirse cuán grande fuese la energía que acompañaba a la instrucción sumarial de la época republicana, y los informes detallados que tenemos tocante al proceso de las bacanales nos demuestran con cuánta extensión y en qué formas tan severas pudo ejercer sus funciones la inquisición de esa misma época. Cuando el círculo de las relaciones de la vida pública era en Roma muy reducido, cual acontecía en los primeros tiempos, y el Senado apoyaba constantemente a los particulares magistrados, fue posible que estos, no obstante su carácter de anuales, ejerciesen su *imperium* con eficacia para mantener la paz dentro de la ciudad. Pero la insuficiencia del antiguo procedimiento penal público se mostraba ya en el hecho de que, si el mismo servía para restringir el arbitrio del magistrado, su protección —con excepciones que fueron desapareciendo— solo se extendía a los ciudadanos, a los ciudadanos varones, y aun a estos solo dentro de la ciudad de Roma. Pero, sobre todo —por lo mismo que en la evolución política romana no se tomaron en cuenta esencialmente ni las mujeres ni los no ciudadanos—, los magistrados a quienes se hallaba encomendada la dirección del derecho penal público rehusaban sus servicios para los delitos comunes; mientras que, por otra parte, los procesos políticos llegaron a ser en manos de los tribunos del pueblo una palanca utilizable y a menudo utilizada por ambos partidos, pero que principalmente favorecía a la democracia. Lo cual dio como resultado que en el siglo último de la República se verificase una transformación radical en el procedimiento penal público, convirtiéndolo en el procedimiento acusatorio ya mencionado al principio de este capítulo.

La concepción del procedimiento penal acusatorio como una trasportación de la forma procesal propia del derecho privado, esto es, del juicio arbitral entre demandante y demandado, al juicio penal público, era una concepción muy acomodada a los orígenes del nuevo sistema, y la cual encontramos sirvió de criterio legalmente, aun después

de hallarse desarrollado dicho sistema, para muchas e importantes cuestiones; así lo demostraremos luego. En teoría, sin embargo, el sistema acusatorio se atenía más bien al principio de derecho penal público, según el que el Estado mismo era el que procedía por sí tanto a instruir el proceso como a la pronunciación de la sentencia. En cambio, se dio un nuevo paso en lo relativo a las limitaciones de los derechos de los magistrados, pues se privó a estos de una vez para siempre de las facultades de instruir las causas, trasladándose a un representante de la comunidad que no fuese magistrado. A estos siguió estándoles confiada la facultad de pronunciar sentencias, ora la ejerciesen en concepto de presidentes de algún *collegium*, como acontecía en el juicio por jurados dentro de la capital y en aquel otro en que intervenían los cónsules y el Senado, ora resolviesen personalmente la cuestión de la culpabilidad del procesado, previo el nombramiento de un *consilium* que les diera su dictamen, como acontecía de un modo predominante en los juicios penales de la época del Imperio. Si en este procedimiento no se atribuía a un magistrado el papel de acusador, como aconteció con el *advocatus fisci* en los juicios fiscales de los tiempos del Imperio y como acontece actualmente con los funcionarios del ministerio público, debióse sin duda a que, si la opinión de los magistrados podía ser rectificada por una resolución de los Comicios, no podía serlo, en cambio, por la de un jurado, y a que el nuevo sistema acusatorio comenzó a practicarse en la forma de juicio por jurados. De aquí que en la *anquisición* el puesto de la instrucción preparatoria o sumarial viniera a ocuparlo la interposición de la acción del mismo modo como se interponía esta en el juicio privado.

Si en este estudio solo podemos hacernos cargo de la cognición incidentalmente, a causa de la ausencia de formalidades que la caracterizaba, y lo mismo de la *anquisición*, por faltarnos datos en cuanto a la misma, en cambio, debemos intentar hacer una exposición completa del procedimiento acusatorio en este tercer libro de nuestro examen del derecho penal. Seguramente que se introdujo ese procedimiento por vía legislativa, por un conjunto de disposiciones especiales tocantes a diversos tribunales pretorios por jurados acomodados a los varios delitos (p. 139); pero todas estas disposiciones especiales tenían de común el principio según el cual las ofensas causadas al derecho común, al de todos, se castigaban por un representante libre y con arreglo a un procedimiento judicial que fue adquiriendo importancia frente al procedimiento privado, y la doble ley dada por César sobre los *iudicia publica* y los *iudicia privata* autorizaba también de una manera sistemática para hacer uso de un procedimiento penal distinto

del procedimiento propio del derecho privado y constituido como un todo unitario y orgánico.

Al procedimiento penal público de los tiempos posteriores vino a darle forma fija la circunstancia de que dicho procedimiento había tenido por largo tiempo como punto de apoyo y como criterio director el sistema del procedimiento privado. Advertíase esto ante todo en la división de los delitos y en la determinación de las clases de ellos. En el antiguo procedimiento no podía haber, tocante al particular, más que principios directivos generales; se ve de un modo expreso que lo mismo en los juicios en que solo intervenía el magistrado que en aquellos otros en que intervenían magistrados y Comicios, podían reunirse en un solo proceso penal delitos diferentes (p. 140); y es muy probable que aun en el procedimiento acusatorio sean supervivencias de este defecto radical, inherente al procedimiento penal antiguo, la circunstancia de estar comprendidos legalmente en un mismo grupo el homicidio, el salteamiento y el incendio, y la circunstancia de que la persecución y el tratamiento de la perduelión se llevaban a cabo eludiendo toda suerte de restricciones legales. Desde el punto de vista procesal, era necesario que la acción interpuesta se fijara bien determinadamente, al modo de la litiscontestación del derecho civil; pero además, cuando el que interpusiese aquella, esto es, el acusador, fuera un representante de la comunidad, se le concedía la facultad —como se ve sobre todo bien claramente en la materia de citación de testigos— de suministrar las pruebas del hecho, facultad que no se le reconocía al demandante en los juicios privados, pero que acompañaba a los magistrados siempre que se tratase de juicios penales públicos. Si cuando el magistrado abusase o hiciera mal uso de su potestad penal, lo más que podía acontecer era que se casara su sentencia, en cambio, según el nuevo sistema penal, al acusador que abusara o hiciera mal uso de su derecho de interponer acción se le castigaba, lo mismo que de largo tiempo antes venía aconteciendo en los casos en que se entablase acción privada calumniosa; por el contrario, ahora se hizo necesaria una cosa que no había tenido lugar nunca con respecto a los magistrados para excitarles a perseguir los delitos, o sea establecer en la ley la perspectiva de recompensas para los acusadores victoriosos que, sin obligación oficial de erigirse en tales acusadores, prestasen servicios de esta naturaleza a la comunidad.

Si a nuestras concepciones, habituadas a la maquinaria política reglamentada, repugna el que se haga depender la intervención del Estado en la persecución de los delitos públicos de la denuncia voluntaria hecha por un particular con el objeto de que el ministerio público proceda a la realización de un acto tan grave como odioso, en Roma

no sucedía así, y el que estudia la vida de aquella sociedad se convence de que en los tiempos de la decadencia de la República el sistema mencionado contribuyó a aumentar y fortalecer, más bien que a disminuir, la represión de los delitos por parte del Estado. Es seguro que los depositarios del *imperium* y sus auxiliares, no solamente tenían facultades para castigar los delitos que caían dentro de la esfera de su competencia, sino que estaban obligados a hacerlo de oficio; pero esta obligación no estaba sometida a más vigilancia que la de la conciencia del mismo funcionario; y cuando se introdujo el nuevo sistema penal, el procedimiento que nos ocupa era, según todas las probabilidades, un procedimiento realmente excepcional, que si se aplicaba a los delitos de los bandoleros y a otros actos semejantes que pusieran en peligro el orden público, en cambio, lo general y ordinario era que no se aplicase, sin que tal omisión se estimara como jurídicamente punible; es más, teniendo en cuenta toda la manera de ser de la comunidad romana, no podía ser oportuno el someter a pena semejante omisión. Por el contrario, cuando se permitió que todo el mundo pudiera entablar libremente las acciones penales, y singularmente los que en algún modo fueran lesionados por el delito; además, y en primer término, cuando la juventud esforzada de la clase superior fue invitada al desempeño de las funciones de acusadora y denunciadora de los delitos; cuando el pretor de las *quaestiones* no podía rechazar sin fundamento jurídico las acciones penales que se entablaran ante él, de la propia manera que el pretor de la ciudad no podía rechazar tampoco sin motivo legal las acciones privadas que se interpusieran ante su autoridad —pues una vez que se cumplieran los requisitos legales, estaba obligado a admitir tales acciones, cuando no por declaración expresa del edicto, que es probablemente lo que acontecía con respecto a las mentadas acciones penales, a los menos por razón del mero ejercicio de su cargo—; cuando sucedió lo que acabamos de decir, debe suponerse que se aumentarían las demandas penales y que hasta se desencadenarían la fiebre y el prurito de las venganzas privadas y de los embrollos, con lo que resultó no ser fácil combatir el mal político sino por medio de otro mal. Ya se comprende que no tardarían en presentarse las detestables consecuencias de tal sistema. En el libro anterior se ha hablado del caso que se presentaba en la época de Sila, de que no se siguiera proceso contra un homicida llevado ante las autoridades encargadas de la seguridad y confeso ante ellas, cuando estas autoridades no dieran curso al asunto y no hubiera tampoco nadie que lo tomase a su cargo; lo cual era sin duda reprobable, pero, hasta donde nosotros sabemos, en los tiempos de la República no existía remedio alguno contra este mal. La regla era invariable: el procedimiento pe-

nal público, a partir de la época de los Gracos, debía tener lugar, lo mismo que el procedimiento civil, en forma acusatoria, y las obligaciones legales de los magistrados puestos para administrar justicia se limitaban a tener que admitir las correspondientes acciones y peticiones.

En la época del Principado, se hicieron más tirantes, también por este aspecto, las riendas del gobierno. Ciertamente, que desde el punto de vista legal continuó manteniéndose el principio de que para el procedimiento penal ordinario era preciso que hubiese un acusador voluntario; pero de hecho, lo que aconteció fue que comenzó a considerarse tal procedimiento como cosa propia y exclusiva del magistrado, y poco a poco este criterio es el que vino a prevalecer. Los derechos del juez penal de la clase de magistrados fueron en este respecto más amplios que sus obligaciones. Tenía que admitir las demandas que se le presentasen; pero conforme a su discrecional arbitrio, no sometido a limitación legal de ningún género, podía resolver los asuntos por la vía de la inquisición, lo mismo que acontecía en el derecho civil cuando las leyes no concedían acción; y esto tenía lugar ante todo en los asuntos penales, donde las leyes determinaban las acciones privadas de que había de hacerse uso, o no daban ninguna acción, y donde además, una vez hecha la inquisición, se condenaba a penas públicas. Tal fue la base del procedimiento penal extraordinario de que hablan las fuentes jurídicas, o sea la *cognición penal*, cuyo criterio y norma directriz eran el dar facultades al magistrado para sustanciar el procedimiento sin que mediara acusación formal, al revés de lo que sucedía cuando estaba legalmente obligado a admitir las acciones que se interpusieran ante él, y sobre todo, el darle facultades para otorgar a los denunciantes la protección jurídica que pedían, a pesar de que no estuviera prescrita legalmente; además, si el que tenía derecho para entablar acción civil solicitaba la imposición de pena pública, el magistrado tenía facultades para remitirle a aquella vía jurídica o para permitirle hacer uso de la acusación criminal. Este auxilio jurídico, que era extraordinario por su origen y que de extraordinario se calificaba, vino poco a poco a convertirse en ordinario en buena parte; y en los tiempos del Principado, efecto, por un lado, del estancamiento de la legislación (p. 91 y 92), y por otro lado, de los *praejudicia* de las autoridades y de los rescriptos especiales del emperador, hubo multitud de casos delictuosos en que el hacer uso de la cognición, de la rápida y meticulosa cognición, se consideró no menos obligatorio para las autoridades que el permitir la acusación.

Además de la generalidad que por ley acompañaba a esta última, comprendía la cognición penal una esfera amplia, que cada vez fue

extendiéndose más. Los juicios que tenían lugar ante los cónsules y el Senado solamente pertenecían al género de las cogniciones por cuanto las autoridades no tenían obligación de admitirlos y cuanto no era legalmente forzoso someterlos a la forma del procedimiento acusatorio; sin embargo, lo general era que se les aplicase esta forma. También en los juicios penales ante los gobernadores de las provincias, si bien se hallaba excluída la posibilidad de hacer uso del procedimiento por jurados, hubo de emplearse ya en los tiempos de la República la forma acusatoria aun contra los no ciudadanos, y en la época del Principado esta forma acusatoria se convirtió en regla general, a lo menos para los ciudadanos, igual que pasaba en la ciudad de Roma (p. 163). Por el contrario, en el procedimiento penal ante los delegados del emperador, no solo era posible prescindir de la forma acusatoria, sino que lo regular fue que se prescindiera, por cuanto el hecho mismo de emplearla llevaba consigo ciertas restricciones, difícilmente conciliables con la posición y el cargo del monarca. Mas, dejando a un lado los altos tribunales, aquellos que podían proceder libremente y sin trabas, en los demás tuvo que emplearse la cognición con gran frecuencia. Así lo prueba, aparte de que no había obligación de emplear el procedimiento acusatorio, el hecho de existir gran número de individuos, a quienes no se permitía ejercer este procedimiento, o solo se les permitía en casos excepcionales; pues era prácticamente imposible el rechazar sin más y no hacer caso ninguno, sobre todo de las denuncias presentadas por los individuos no libres, y por otra parte, no había posibilidad de tenerlas en cuenta sino por vía de procedimiento de oficio. Es seguro, no obstante, que en la admisión de este procedimiento, en aquellos casos en que estaba prescrito el empleo de la acusación, pero no se presentaba acusador, así como también en otros muchos casos penales no excluídos legalmente de la forma acusatoria, es seguro, decimos, que en estos casos la práctica hubo de ir bastante más allá de lo que fueron las leyes. Vamos a enumerar los casos en que, según estas, se permitía la cognición, casos que, aun siendo, como decimos, menos de los admitidos prácticamente, eran, sin embargo, bastante numerosos.

1º Cuando se tratara de delitos cometidos por individuos no libres, estaba, ciertamente, permitido por la ley hacer uso de la acusación, pero también podía emplearse el procedimiento de oficio (p. 57); y como para estos casos no era fácil que hubiera acusador, es claro que, de hecho, el procedimiento que predominó fue este último, a no ser cuando el derecho penal doméstico hiciera innecesario el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Sobre todo, y a lo que parece ocurría esto ya en la época republicana, cuando en un caso de homici-

dio se sospechara de la servidumbre del muerto, contra esta servidumbre se dirigía el procedimiento en la forma de cognición, según veremos en el libro IV.

2º Lo propio se dice con relación a los delitos de los no ciudadanos. Contra estos podía muy bien emplearse el procedimiento acusatorio, pero lo probable es que nunca llegara el mismo a convertirse en regla general, singularmente ante los tribunales de los gobernadores de las provincias.

3º En los casos en que, como se verá en el tercer capítulo, se permitía la denuncia a las mujeres, estas, según después diremos, no quedaban sometidas a la acción contraria de calumnia, y en rigor, toda denuncia de esta clase se consideraba como caso de cognición.

4º Cuando a un hecho que en el sistema penal estaba considerado como simple delito privado, o que no estuviera previsto de ningún modo en dicho sistema, se le imponía una pena pública, semejante imposición se verificaba regularmente por vía de cognición, de modo que toda acusación que pudiera interponerse en este caso era estimada meramente como una denuncia. Pero ya hemos advertido que, en tanto no se convirtió de hecho este auxilio jurídico extraordinario en ordinario, los magistrados eran libres para denegar la cognición y para remitir al denunciante a la vía civil o al procedimiento acusatorio.

5º Como se ha dicho al tratar del servicio de seguridad (p. 209), no estaba prohibido hacer uso del procedimiento acusatorio en los casos de persecución de sujetos peligrosos y delincuentes llevada a cabo por las autoridades de la ciudad (p. 209 y ss.) o por las del Reino (p. 206 y ss.), ni tampoco en los casos de denuncias de delitos hechas de oficio por los subalternos o por las autoridades de orden inferior; pero lo regular era que en semejantes casos se hiciera uso también de la cognición. Lo propio se dice del caso en que un salteador hubiese sido aprehendido por un particular y consignado a las autoridades.

6º Había una serie de delitos, los cuales, en los tiempos posteriores, se perseguían por el procedimiento de oficio, a falta de acusador: tales eran, sobre todo, los delitos de lesa majestad, pero también la falsificación de moneda, ciertas faltas religiosas, el homicidio alevoso, y en ciertas circunstancias el homicidio en general, la magia, la coacción, el incesto, el rapto, el comercio carnal de una mujer con su esclavo, las falsedades, la usura de grano y el libelo difamatorio. Pero es difícil que tal procedimiento se concretase a los casos que acabamos de mencionar a la ventura, del propio modo que el hecho de hallarse rigurosamente excluidas del mismo la denuncia anónima y la denuncia del esclavo contra su señor, obliga a suponer que, singularmente en

los tiempos posteriores, hubo otras denuncias con respecto a las cuales no se negaba, de hecho, en general, el magistrado a hacerse cargo de ellas y a proceder de oficio, si bien semejante negativa pudiera presentarse para algunos delitos, como, por ejemplo, el adulterio.

En el procedimiento penal de los tiempos posteriores, se admitieron por lo regular en la práctica ambas formas de enjuiciar, o sea, tanto la cognición como la acusación; sin embargo, la que predominó fue la primera. En medio de la lentitud, flojedad y ausencia de cooperación, que son propias de toda burocracia, la obligación que el Estado tiene de perseguir penalmente a los que cometen delitos, quedó hasta cierto punto reconocida en el hecho de dar mayor amplitud al horizonte de la cognición; pero además, no solo hubo de conservarse la facultad de acusar libremente en los *iudicia publica*, sino que esa facultad se hizo extensiva aun con respecto a aquellos delitos que estaban excluidos de ella y que eran amenazados con penas públicas, siendo de advertir que, para evitar en alguna manera los innegables peligros de la libre acusación, se aumentaron en proporciones desmedidas los procesos por calumnia y las penas contra estas. El procedimiento acusatorio de esta época era ya poco más que un medio para restringir las peligrosas y odiosas denuncias, haciendo que el denunciante se convirtiera en acusador siempre que fuera posible, con lo que se facilitaba la responsabilidad por el ejercicio abusivo del derecho de acusar; por otro lado, este procedimiento acusatorio sirvió para librar a las autoridades de la incomodidad de la instrucción sumarial verificada por su propia cuenta. El sistema no era acaso conveniente, pero sí era, con toda seguridad, cómodo.

CAPÍTULO II

COMPETENCIA, LUGAR Y TIEMPO EN QUE SE CELEBRABAN LOS JUICIOS

Se sometía al procedimiento penal romano todo acto ejecutado por una persona con voluntad determinada de realizarlo, cuando al mismo le fuera aplicable el concepto que del delito se tenía en Roma, y pudiera aplicársele la ley romana. El orden jurídico no consintió que hubiese actos de esta naturaleza, sustraídos de una manera constante al procedimiento. Pero como el poder penal del Estado no se manifestaba sino por medio de la magistratura, resulta que el magistrado romano solamente podía quedar sometido a un poder penal, en cuanto este fuese ejercido por otro magistrado distinto, al que estuviera sometido el magistrado en cuestión. Por consiguiente, el más alto magistrado estaba, sí, sujeto a la ley penal, pero mientras se hallara desempeñando su cargo, no era posible entablar procedimiento penal contra él. Y en el caso de que sus funciones durasen de por vida, cual acontecía en un principio con el rey y más tarde con el *princeps*, solo era posible seguir proceso contra él e imponerle pena después que se le hubiera depuesto del cargo, o también después de su muerte, en el caso de que aquella pudiera aplicarse a los muertos, como se dijo en el libro I (p. 59). Cuando se trataba de cargos temporales, la acción penal contra el que los desempeñase quedaba en suspenso hasta que cesase en sus funciones el mismo, siempre que al que había de ser acusado no pudiese forzársele a obedecer la citación del tribunal correspondiente. Dejando a un lado este derecho del magistrado superior a considerar como no verificada la citación que le hiciera el inferior, diremos que el procedimiento se suspendía regularmente cuando el inculpado estaba impedido para acudir al llamamiento por estar ocupado en negocios públicos. Tal acontecía, sobre todo, cuando se trataba de personas ausentes de Italia por causa del servicio militar, o por causa de algún otro servicio público; en los tiempos del Principado fueron equiparadas a estas personas, aquellas otras que ser-

vían militarmente en Roma. Los magistrados presentes en los lugares donde se administraba la justicia, es posible que no gozaran de la exención que nos ocupa por disposición general de la ley; sin embargo, lo regular era concedérsela, a lo menos cuando se trataba de organismos especiales para causas criminales, de modo que desde que se tomaba posesión del cargo, y aun desde que se estaba próximo a tomarla, hasta que se cesaba en él, no era admisible la acción contra dichos funcionarios. No sabemos con seguridad en qué tanto se haría extensiva la exención de que se trata a los funcionarios que desempeñaban los asuntos en tiempos del Imperio. No se aplicaba a los miembros que componían los dos más altos tribunales de la época del Principado, y se limitaba en el caso de adulterio y en el del delito *de repetundis*; tampoco se aplicaba por los delitos cometidos durante el ejercicio del cargo.

El fuero aplicable a cada delito, o sea las facultades de los jueces penales para citar a los inculcados y la obligación en estos de acudir a la citación, se determinaba en general conforme a lo dicho en el libro precedente sobre las autoridades penales y su competencia; aquí, ahora, vamos a exponer en conjunto las ideas directivas fundamentales.

Los tribunales generales del Reino, esto es, aquellos que en tiempo de la República estaban confiados a magistrados con *imperium*, y también, en la época imperial, el tribunal del cónsul con el Senado y el tribunal del emperador, eran competentes para conocer de todos y cada uno de los delitos, a no ser que la condición personal del acusado impidiese el aplicarle el procedimiento, como acontecía, sobre todo, con los peregrinos, que no podían ser sometidos al procedimiento en que intervenían los Comicios. Estos tribunales estaban ligados a la ciudad de Roma solo en cuanto la constitución prescribía que en Roma es donde habían de funcionar los Comicios y el Senado; pero los cónsules (p. 105) y el emperador tuvieron también fuera de Roma semejantes tribunales. De aquí se seguía, además, la facultad que tenían todos los que ocupasen los puestos de referencia para hacer que comparecieran ante ellos los acusados que bien les pareciese, facultad de que se hizo un uso muy frecuente, sobre todo en la época del Imperio (p. 165 y 166).

Igual competencia general correspondía primitivamente al pretor, por lo que toca al procedimiento privado romano; todo ciudadano romano estaba, en principio, obligado a hacer uso de su derecho como querellante ante el pretor, como también lo estaba el no ciudadano, a lo menos cuando residiese en Roma. Posteriormente, cuando el ciudadano romano podía tener una doble patria, la amplia de Roma y la especial del municipio a que perteneciese, y cuando empezó a ejercer-

se en general la jurisdicción romana fuera de la ciudad de Roma, adquirió predominio en esta materia el sistema de la división en circunscripciones territoriales, con lo que, fuera de ciertas excepciones de índole sustancial (p. 151), al tribunal de Roma solamente quedaban sujetos aquellos individuos que tenían su domicilio en esta, o que se hallaran en ella, fuesen ciudadanos o no lo fuesen; y aun este fuero se limitaba, cuando la estancia en la capital la hubieran determinado las obligaciones hijas del cargo u otras obligaciones análogas. No puede saberse con seguridad de qué manera estarían organizados en este respecto los *iudicia publica*, con tanta mayor razón cuanto que las leyes especiales que sobre esto se dieron contenían sin duda alguna disposiciones diversas, y, por otra parte, la tradición apenas nos dice nada acerca del asunto. Lo probable es que la universalidad que en principio caracterizaba al procedimiento privado, que fue el que sirvió de modelo para estos organismos, se hiciera extensiva a ellos, puesto que todo hecho punible podía llevarse al conocimiento del correspondiente tribunal de la ciudad, a lo menos cuando se tratara de causas de cohecho, de peculado, de ofensa a la majestad, de *ambitus*, de falsificación de moneda romana o de algún testamento romano, sin atender al lugar en que el delito se hubiera cometido, y en parte, acaso tampoco a la condición o fuero personal del agente. Esto no quiere decir, en modo alguno, que la competencia de semejante tribunal fuese la exclusiva, aun cuando el concepto de muchos de los delitos mencionados la implicase. Pero también habría excepciones legales. Por lo que al homicidio se refiere, tenemos, por una parte, que se reconocía la competencia del tribunal de la ciudad para conocer de los hechos punibles cometidos dentro de esta y dentro de los arrabales, y, por otra parte, que hay testimonios seguros de que ese tribunal ejercía su jurisdicción aun fuera de aquellos límites; es posible que la competencia del tribunal de la ciudad fuese exclusiva dentro del círculo primeramente mencionado y que fuese obligatorio para el magistrado el hacerse cargo del correspondiente proceso por homicidio, pero que, además, la ley reconociese al tribunal en cuestión una competencia general potestativa. Tan evidente es la imposibilidad práctica de que las causas por homicidio se llevasen todas en general ante el tribunal de la ciudad, como lo es la imposibilidad de que, dada la naturaleza y el modo de ser del Reino romano, se encomendasen sencillamente y en todo caso a los tribunales del lugar donde se hubiera cometido el hecho.

Junto a las autoridades penales de la ciudad de Roma y a las del Reino romano, las cuales no fueron nunca completamente distintas las unas de las otras, fueron gradualmente adquiriendo importancia los tribunales que funcionaban dentro de las circunscripciones territo-

riales, o sea las prefecturas itálicas (p. 151), los gobiernos de provincia ultramarinos (p. 158), los tribunales municipales (p. 152 y ss.) y los delegados del emperador que solo funcionaban dentro de una circunscripción determinada (p. 182 y ss.). Nos es imposible fijar de una manera exacta los límites de la competencia de estas autoridades, y en especial el poder penal que a las mismas correspondía, porque la tradición está poco menos que muda tocante al particular. Sin embargo, por lo que toca sobre todo al tribunal de los gobernadores de provincia de la época posterior, es posible conocer hasta cierto punto cuáles eran las atribuciones penales que se le habían confiado.

En principio, las autoridades encargadas de una circunscripción solamente tenían potestad sobre las partes sometidas a ellas por razón del derecho indígena o por razón del domicilio (p. 158); el gobernador podía citar a su discrecional arbitrio a las partes, y de no haber especiales restricciones que se lo estorbasen, podía citarlas para aquel lugar de su circunscripción que más le pluguiese; por tanto, el tribunal competente, legítimo, con respecto a las partes, lo era el tribunal de la circunscripción. Estos principios no eran aplicables a la coercición, ni en general a la cognición, porque con mucha frecuencia las autoridades no conocían al agente, sino que solo conocían el hecho mismo delictuoso; pero en el procedimiento acusatorio se consideraba conveniente atenerse a la regla del domicilio para interponer la acción penal, igual que pasaba en el juicio privado, que es el que sirvió al efecto también aquí de modelo, y, sobre todo, podía uno dirigirse al tribunal de la circunscripción y luego utilizarse el auxilio que podían prestar la requisición y la traslación del reo. En este caso, debieron admitirse sin duda excepciones muchas veces, sobre todo cuando había varias personas acusadas al mismo tiempo. Dado el silencio de las fuentes, no nos es posible hacer indicaciones más precisas y exactas sobre el asunto.

Pero al lado de los procesos penales por razón del domicilio del acusado, desempeñó seguramente desde antiguo un papel muy importante la persecución de los delitos en atención al lugar donde hubiesen sido cometidos. Con respecto a las personas no domiciliadas en el Reino, no puede caber duda de que la regla para determinar la competencia fue siempre la del lugar del hecho. Tocante a los delitos cometidos por los no libres, el emperador Pío dispuso que debían ser juzgados, no en el domicilio del señor, sino en el lugar del hecho. Según las palabras que hemos citado anteriormente de la ley de Sila sobre el homicidio, parece que la *quaestio* relativa a este último se juzgaba preferentemente también en el lugar del hecho. Ya se ha advertido que la cognición, por su misma esencia, se ejercía en atención al

lugar del hecho; la amplitud que adquirió la misma en su evolución posterior vino a dar el predominio a la competencia por razón del lugar del delito. Así sucedió en primer término con respecto a los delitos cometidos violentamente y a mano armada, pero luego se dio a este principio un valor general. Es verosímil que aconteciera a menudo que el procedimiento penal se siguiera, no en el lugar del hecho, sino en aquel donde el delincuente fuera aprehendido; sin embargo, por las noticias que nos dan los textos no puede quedar suficientemente fundada esta conjetura.

Claro está que, conforme a lo que se acaba de decir, muchas veces acontecía que fuesen competentes para conocer del mismo hecho varios tribunales, v. gr., el tribunal de los cónsules con el Senado y el tribunal del emperador; acaso también, cuando se tratara de un homicidio cometido fuera de Roma, el tribunal de la capital y el del domicilio del homicida, así como era igualmente posible que compitiesen el tribunal del domicilio del acusado y el del lugar del hecho. No tenemos datos bastantes acerca de los detalles referentes a la materia para detenernos más en ella; a falta de leyes determinadas tocante al particular, lo que decidiría las luchas de competencia entre varios tribunales sería la prevención, o sea la prioridad en comenzar a conocer del hecho.

De lo expuesto acerca de la competencia, puede inferirse hasta qué punto estuvieron los tribunales ligados territorialmente a la ciudad de Roma, y más tarde a las correspondientes circunscripciones. Vamos ahora a estudiar lo relativo a los lugares donde aquellos funcionaban.

El procedimiento penal romano en sentido estricto, es decir, como judicación, como juicio, exigía el requisito de la publicidad, requisito por igual aplicable al procedimiento en que intervenían los magistrados y los Comicios, y al posterior procedimiento criminal encomendado a los pretores. Por el contrario, aun cuando el juicio penal en que no intervenían los Comicios ni los jurados se verificaba regularmente a la vista de todo el mundo (p. 105), es imposible considerar como legalmente necesaria en él la publicidad; el dictador César resolvió procesos penales en su misma casa (p. 105). En la época del Principado, el tribunal de los cónsules con el Senado excluía en principio la publicidad, por excluirla las normas que regían las deliberaciones del Senado (p. 172). La sustanciación pública puede considerarse que sería la regla en el tribunal del emperador y en los de todos aquellos funcionarios que tenían un poder penal derivado del de este; los emperadores de la época posterior llegaron hasta ordenar esta publicidad expresamente; sin embargo, podía hacer uso tanto de una como de otra forma, y en todas las épocas fue frecuente el funcionamiento de estos tribunales en locales cerrados.

En la ciudad de Roma, podía verificarse la administración pública de la justicia en cualquier sitio, con tal de que estuviese dentro del perímetro formado por las piedras miliarias; sin embargo, el lugar propio para ello era el gran mercado, el gran foro, y posteriormente, cuando este no bastaba ya, los dos foros agregados al anterior por César y por Augusto, de quienes recibieron su nombre. También las basílicas, cubiertas, pero accesibles a todo el mundo, servían tanto de lugares para el mercado como de pórticos para celebrar audiencia los juzgadores. En dichos mercados y en dichos pórticos se colocaban tribunales, o sea estrados de cierta elevación, donde tomaban asiento, en sillas, los depositarios del *imperium* encargados de administrar justicia, hallándose también al lado de los mismos sus consejeros y demás asesores, igualmente que el personal auxiliar. Aquellos magistrados que funcionaban al mismo tiempo, sobre todo los pretores para lo civil y los pretores para lo criminal, tenían sus tribunales, unos al lado de otros, en el gran mercado, hasta que las mencionadas ampliaciones hechas por César y por Augusto pusieron remedio a la angustia del espacio. Cuando los jurados actuaban en el juicio bajo la dirección de un magistrado, se sentaban en bancos, más abajo que el tribunal, pero sin embargo, probablemente, en sitio elevado; en tierra ya, estaban los bancos para las partes, los testigos y para el público en general. De un modo análogo a este como acaba de decirse estaban dispuestos los sitios para el funcionamiento de los tribunales en la capital, lo estaban también para el funcionamiento de los mismos en los municipios y para el funcionamiento del tribunal del gobernador de la provincia en los viajes que a tal efecto hacía este por ella. A lo que parece, era usual, mas no se hallaba prescrito por la ley como condición necesaria, que el magistrado celebrase sus audiencias solemnes sentándose en el tribunal de la manera dicha; y al menos en los tiempos posteriores, acontecía a veces que, tratándose de asuntos de poca importancia, los sentenciase públicamente estando en el mismo suelo (*de plano*), sin que exista limitación alguna legal relativa a este modo de proceder con respecto a la acción deducida ante el tribunal.

Cuando la justicia se administraba de una manera no pública, esta administración tenía lugar regularmente en la propia casa o en el local oficial del magistrado, excepto cuando se trataba del Senado. La sala en que el magistrado daba oídos a las partes se llamaba *auditorium*, y posteriormente *secretarium*, porque estaba cerrada por una cortina, no permitiéndose la entrada libre en ella más que a los oficiales y a las personas de cierto rango; en los tiempos posteriores, no podía pronunciarse el fallo más que en esta sala y con asistencia y consejo de los oficiales. Pero también podía celebrarse audiencia pública en este local

oficial descorriendo la cortina y dejando entrar al público, y esta forma de publicidad llegó a suplantar a la administración de justicia por medio del tribunal en los últimos tiempos del Imperio.

Por lo que hace al tiempo en que había de administrarse la justicia, diremos que al juicio privado pretorio y al procedimiento público ante los Comicios se aplicaba el tradicional sistema del calendario, según el cual, los días del año se dividían en tres clases: unos, en los que debía administrarse justicia (*dies fasti*); otros, en los que no se debía administrar (*dies nefasti*), y otros, en los que podía administrarse (*dies comitiales*); esta división con dificultad se aplicó al procedimiento penal en que intervenía solo el magistrado, no los Comicios. En los tiempos posteriores, se prescindió de este carácter que a los días daba el calendario; sobre todo, se prescindió de él con relación a los grandes tribunales de jurados; por el contrario, para la administración de justicia ordinaria se tenían en cuenta los días feriados de esta época. Parte de estos días tenían su origen en la antigua organización del culto, sobre todo los tres días de las Saturnales (17-19 de dic.), pero la mayor parte de ellos consistían en las fiestas populares fijadas por el calendario, y eran, a fines de la República, setenta y seis días al año. A los cuales hay que añadir las no numerosas fiestas móviles, así como también las extraordinarias, que se establecían con frecuencia. La evolución ulterior de los días de vacación judicial estuvo conexiónada con la de la lista de jurados, especialmente con la inclusión en la misma de muchas personas que no tenían su domicilio en Roma (p. 145); es probable que las leyes julias relativas al procedimiento fijaran largos intervalos, durante los cuales no funcionaría la administración de justicia ordinaria. En tiempo del emperador Marco, se contaban 230 días al año hábiles para celebrar asuntos, y 135 feriados. También cesaba la administración de justicia durante las suspensiones de la misma, que se ordenaban a veces en épocas de calamidades públicas (*cestitium*). Estas interrupciones no eran completas; sobre todo, podía tener lugar, aun en días feriados, el juicio por causa de coacción, que se sustanciaba ante la pretura de la ciudad. Tocante a los domingos y días de fiesta de la época cristiana, basta con que nos remitamos a las disposiciones referentes al procedimiento civil.

Regularmente, los tribunales no celebraban audiencia, según el sistema antiguo, antes del alba, ni tampoco pasada la hora undécima del día. Pero este precepto se refería tan solo a las actuaciones continuas, no a las interrumpidas; las verdaderas horas hábiles para los negocios eran las de la mañana, anteriores al medio día, y la hora de que los funcionarios cesaran de actuar era, cuando menos en los tiempos posteriores, la del medio día.

CAPÍTULO III

LAS PARTES Y LA ASISTENCIA JURÍDICA EN EL PROCEDIMIENTO ACUSATORIO

La base del procedimiento acusatorio consistía en lo siguiente: en que llevaba en él la representación de la comunidad, por causa de los daños inferidos a esta, una persona que echaba sobre sí tal carga y asumía la correspondiente responsabilidad, no de oficio, es decir, por razón de su cargo, sino por propia y libre resolución suya; esta persona era el acusador o demandante. Dicha concepción vino a encontrar apoyo más tarde en la denominación expresa del *iudicium publicum*, la cual es insostenible léxicamente hablando. El hecho de no ejercer la acción o demanda por causa de delito podía originar desventajas jurídicas al que no la ejercía, mientras que el ejercicio de la misma podía producir ventajas jurídicas al acusador; sin embargo, no existía en derecho medio coactivo alguno para obligar a nadie a interponer la acción, de modo que si ninguna persona acusaba por su propia voluntad, el delito quedaba impune, salvo los casos en que intervenía la *cognitio* (p. 230). Como quiera que el actor ocupaba en este sistema el lugar del magistrado que en el antiguo procedimiento penal dirigía la causa, no solamente ejercía aquí funciones de cuasimagistrado, según mostraremos más adelante, sobre todo al tratar del período de prueba, sino que tenía atribuciones hasta para demandar la intervención del magistrado, por cuanto la simple oferta que él hiciese de ejercer la acción no era suficiente para comenzar el proceso, sino que era menester que el magistrado la aprobase y que ordenase la formación de la causa.

La regla dominante era, sin duda alguna, que en este procedimiento el actor no representaba su particular interés, sino el interés de la comunidad, salvo ciertos casos de excepción, aparentes o reales, en que solo se permitía que acusaran los individuos que personalmente hubieran sido lesionados.

1º La *quaestio de repetundis* se sustanciaba ciertamente con arreglo a las antiguas formalidades procesales; es más, ella es la que fue

determinando la forma toda del procedimiento; pero, según ya queda dicho (p. 133 y 139), ella misma, especialmente en su antigua forma, era una acción privada cualificada, más bien que una acusación. Aquí, los lesionados eran los que interponían la demanda, y a ellos es a quienes se entregaba, aunque por intermedio de la comunidad, el importe de la indemnización del daño. Para estos efectos, se permitía que el actor o los actores estuvieran auxiliados jurídicamente por otras personas, cosa no consentida por lo regular en la *quaestio*. Hasta sucedía que el tribunal designase, a petición del actor o actores, la persona o personas que habían de prestar la asistencia jurídica; esto mismo acontecía también no pocas veces en los litigios privados. La posición jurídica de estos patronos era una posición que oscilaba entre la del procurador forense y el cargo político del que voluntariamente se constituía en representante de la comunidad. Nunca estuvo este delito completamente sometido a las reglas generales.

2º La acción introducida por la ley cornelia *de falsis* para los casos de suposición de parto, solo se concedía a los interesados personalmente en el asunto; pero estos tales no podían ser considerados como perjudicados en el sentido del derecho privado.

3º La acción de adulterio contra el adúltero no se concedía más que a los parientes próximos, mientras subsistiera el matrimonio cuya fe se suponía violada. Una vez disuelto este, el marido y el padre tenían un derecho privilegiado para interponer la demanda, pero sin exclusión del general que correspondía a todo el mundo, como se verá más extensamente en el capítulo donde tratamos del adulterio.

4º La acción concedida por la ley cornelia para perseguir las injurias cualificadas no se daba más que al lesionado; de hecho, era una acción privada que se sustanciaba por el procedimiento de la acusación.

5º Aquellos delitos que en el antiguo derecho no fueron conocidos, o que no lo fueron sino con el carácter de delitos privados, pero que en los tiempos posteriores se llevaron al procedimiento penal público por la vía del procedimiento extraordinario, se sustanciaban la mayoría de las veces por la *cognitio*; pero también se permitía ejercer en ellos la acusación, si bien solamente se reconocía el derecho de ejercerla al lesionado.

Fuera de estos pocos casos importantes, no se requería que aquel que quisiera ejercer la acusación demostrara haber sido personalmente lesionado por el delito; antes bien, la facultad de acusar se consideraba como una función permitida a todo el mundo. Lo cual no quiere decir, en modo alguno, que se reconociera un derecho general de acusación. Por el contrario, esta forma de representar a la comunidad, que daba al que la ejercía el carácter de cuasimagistrado, estaba some-

tida, así en lo relativo a la admisión como a la no admisión, a reglas análogas a aquellas que regían tocante a la magistratura propiamente dicha, con lo que el círculo de personas que podían acusar quedaba notablemente aumentado, sobre todo por la circunstancia de que en los delitos cometidos contra la comunidad no era posible limitar el derecho de interponer la acusación, ante todo a aquel a que personalmente y en primer término afectara el delito en concepto de víctima.

1º El no ciudadano debía tenerse por excluído absolutamente del derecho de acusar en estos casos, por cuanto no podía representar a la comunidad romana; así tenía que ser si se procedía ateniéndose rigurosamente a la ley, y no se aplicaba la misma por pura analogía.

2º El menor no podía acusar sino cuando el delito le afectase a él mismo o afectase a sus parientes, y en tal caso era necesaria la aprobación del tutor. Igual se dice por lo que toca al ejercicio de la acción de adulterio por los menores.

3º Como la mujer estaba excluída de las funciones de la comunidad, tampoco se le reconocía el derecho de ejercer acciones criminales más que cuando fuese acusadora por delitos cometidos contra ella misma o contra sus parientes. Pero aun en este caso se la consideraba propiamente como denunciante y no quedaba sometida a las rigurosas obligaciones de todo acusador. Reconocíasele el derecho de acusar sin limitación alguna en los delitos de lesa majestad y en los de usura de grano.

4º Aquel que ejercía el derecho de la comunidad en concepto de acusador era preciso que gozara de la completa independencia del ciudadano. Como aplicación de este principio, deben considerarse los siguientes casos:

a) Al hijo de familia no se le concedía, en general, el derecho de interponer acusación más que cuando el padre lo consintiera, salvo si aquel ejerciera en su propio nombre la acción de adulterio.

b) Al liberto se le negaba, en general, el derecho de interponer acusación cuando no tuviera un hijo o un patrimonio de 30.000 sestericios; y aun en este caso, se le negaba también tal derecho si lo hubiera de ejercer contra el patrono, excepto cuando se tratara de acción por adulterio o por injurias graves. Sin embargo, en los delitos de lesa majestad, todo liberto podía acusar aun a su patrono.

c) De análoga manera, se negaba también, en general, a los colonos la facultad de acusar al dueño de la tierra; su derecho de interponer acusación contra otras personas se limitaba a los delitos cometidos contra ellos mismos o contra sus parientes.

d) Después de Constantino, solo se permitía el ejercicio de la acción a aquellos que poseyeran un patrimonio de más de 50 monedas de oro.

5º La infamia impuesta por el pretor, así como privaba del derecho de representación en los litigios privados, impedía también el derecho de acusación, salvo en los asuntos propios y en los de los parientes, y además en los delitos de lesa majestad y en los de usura de grano.

6º Al magistrado en funciones, por regla general, se le negaba en los tiempos del Principado el derecho de interponer acusación. Lo propio debe decirse de los soldados en servicio activo, excepto en los casos en que se tratara de delitos que les afectasen a ellos mismos o que afectaran a sus parientes, o de delitos de lesa majestad o de usura de grano.

7º Cuando se ejercieran acciones recíprocas, se sentenciaba y resolvía primeramente la más grave, y en caso de igual gravedad, la que se hubiese inferido primero, quedando mientras tanto en suspenso el procedimiento de la otra.

8º Aquel que hubiera interpuesto dos acciones no podía interponer una tercera, salvo que se tratase de un delito que le afectara personalmente o que afectara a sus parientes.

9º El que se hallara bajo el peso de una acusación no podía acusar.

10. Cuando por la interposición de una acusación grave apareciesen violados los deberes de piedad, la autoridad podía denegar la acción, y hasta castigar al acusador.

Cuando el acusado negara al acusador el derecho de acusar era necesario que se ventilara este asunto de un modo especial delante del magistrado, el cual lo había de fallar, previo dictamen, en algunos casos, de un jurado sin juramentar.

Más clara y determinadamente que en estas prescripciones generales relativas a las personas a quienes se negaba de oficio o a petición del demandado el derecho de acusar, resalta la cualidad de magistrado que revestía el demandante o acusador cuando eran varios los actores que se presentaban en un mismo proceso. Es de suponer que en los litigios privados propiamente dichos no se permitiera la concurrencia de varios actores, concurrencia que pudo muy bien tener lugar ya en el más antiguo *iudicium publicum*, o sea en el proceso por multas ante el pretor, de donde luego se tomaría para el procedimiento acusatorio. En el cual podían unirse varios acusadores para ejercer su acción en común; no obstante, en este caso existía entre ellos cierto orden, designándose al primero de ellos con la denominación de actor principal, y a los restantes con la de *subscriptores*. Cuando los diferentes actores no se unían entre sí, el juez penal tenía facultades para resolver definitivamente,

tanto sobre la admisión o no admisión de la acusación como sobre el orden de los actores, debiendo advertirse que el primer lugar tenía que ocuparlo aquel que mayor interés tuviera en el asunto y de quien era de esperar que mantuviese la acusación de un modo más enérgico. Cuando el magistrado tuviera, por prescripción legal, que servirse de jurado, el mismo magistrado era el que, a su arbitrio, lo mismo que cuando se discutía sobre el derecho de ejercer la acción, había de resolver quién era de presumir que fuese la persona más apta para el caso, de entre un cierto número de ellas elegidas al efecto; la decisión tenía lugar sin hacer uso de medios probatorios propiamente dichos, aunque sí después de oír a las partes contendientes.

Con respecto al acusado, el procedimiento acusatorio no ofrece particularidad alguna. Tocante al asunto, nos remitimos, por una parte, a las manifestaciones generales que hemos hecho en el libro I de esta obra (p. 46 y ss.), donde se dilucida especialmente la cuestión relativa a saber hasta qué punto estaban sujetos a este procedimiento los individuos no libres (p. 56), y al segundo capítulo de este mismo libro (p. 234 y ss.), donde se trata de las personas que estaban temporalmente exentas del procedimiento penal, y por otra parte, a las explicaciones que damos al tratar de cada uno de los delitos en particular.

La representación, que el derecho civil concedía tanto al actor como al demandado de una manera incondicional, aun en los casos en que se ejercieran acciones privadas infamantes, no se permitía en el procedimiento criminal ni al acusador ni al acusado; y esta prohibición se refería igual a la primera instancia que a la de apelación. Por lo que al acusado toca, debemos decir que la responsabilidad personal, sin representación, era de esencia del procedimiento criminal. Y en cuanto al actor, si de actor puede propiamente hablarse en este procedimiento, la representación era inadmisibile, porque él mismo era ya un representante de la comunidad, siendo esto aplicable aun en el caso de que obrase ante todo en su propio interés. Las excepciones que experimentaba el principio, así por respecto al acusador como por respecto al acusado, no eran de gran importancia:

1º La acción del manumitente contra el manumitido, por causa de ingratitud, podía ser ejercida, tanto activa como pasivamente, por medio de representación. Claramente, no había de exigirse al manumitente que él mismo en persona expusiera ante el tribunal las ingratitudes o injusticias para con él, de quien había sido su esclavo, y consiguientemente, también al liberto había de serle permitido comparecer ante el tribunal por representación.

2º En las acciones penales que solo tenían por objeto obtener una reparación pecuniaria, se permitía la representación al demandado, especialmente en la instancia de apelación y para las personas de rango elevado.

3º En las acciones por injurias, sometidas en otro tiempo a la regla general, se permitió por una constitución de ZENÓN que las personas pertenecientes a la clase primera, la más elevada en rango, fuesen actoras o demandadas, una vez que hubieran intervenido ellas personalmente en los comienzos del proceso, se hicieran representar durante la sustanciación propiamente dicha de este. JUSTINIANO llegó a prescribir como obligatoria la representación para estas personas, permitiendo hacer uso de ella a las demás personas de rango, hasta el clarisimado.

Regularmente, para ejercer las acciones no se valían los actores de la asistencia jurídica de otras personas. La acción *de repetundis* constituía, sin embargo, una excepción en este punto (p. 241), y del propio modo podía hacerse otra excepción de la regla en los casos en que acusatan mujeres o menores. En otros tiempos, solo permitía el derecho hacer uso de la palabra al que podía intervenir en el proceso como actor; de igual modo, es indudable que en el antiguo procedimiento criminal, los magistrados podían utilizar la asistencia jurídica de sus colegas, pero no el auxilio de esta índole que les pudieran prestar los simples particulares. De hecho, funcionaban, sin embargo, en concepto de actores la mayoría de las veces aquellos mismos individuos que servían de auxiliares para las defensas.

La defensa originaria fue, a no dudarlo, la autodefensa, y esta autodefensa, sin asistencia jurídica ajena, y sobre todo, como concurrente con la asistencia jurídica ajena, fue cosa que se conoció en todas las épocas. Pero, además de ella y al lado de ella, apareció desde bien temprano el procurador o agente, el *patronus*, de una manera esencialmente idéntica como apareció en el procedimiento civil. Esta asistencia dependía de la libre elección y voluntad de las partes; por lo menos, no era usual que al demandado se le reconociera la condición de magistrado. Las reglas generales sobre incapacidad y sobre la prohibición, o cuando menos la limitación de los honorarios, reglas vigentes en materia de representación jurídica, eran también aplicables a la que ahora nos ocupa.

Durante el último siglo de la República, la defensa en el procedimiento penal adquirió un desarrollo desmesurado, alterando de mala manera la naturaleza de la institución: lo propio que hubo de suceder con los aspirantes a los cargos públicos. Mientras que en un principio lo regular era que hablara un solo procurador por el inculpado, en esta época llegó a hacerse costumbre el que intervinieran varios en la defensa de este último, siendo frecuente que peroraran por él hasta cua-

tro; en el año 700-54 vemos aparecer seis defensores, y más tarde hasta doce. La represión provocada por este abuso hubo de encaminarse principalmente a señalar un tiempo máximo de duración a los discursos, habiéndose de pronunciar estos durante el período de prueba; sin embargo, también se dieron preceptos legales que determinaron el número máximo de procuradores que podían intervenir. Además de estos, intervenían en el proceso los consejeros, *advocati*, los cuales, sin tomar participación en la sustanciación y discusiones del asunto, ayudaban a la defensa dando consejos y dictámenes, singularmente sobre las cuestiones de derecho, y a menudo prestando una asistencia muda. Con el Principado perdieron los procesos penales su interés político, y la elocuencia forense su importancia, innecesaria para la comunidad; la ley y la costumbre hicieron, que tanto la acusación como la defensa recobrasen su carácter meramente forense, y los auxiliares jurídicos, a quienes se daba ahora regularmente la denominación de *advocati*, eran en esta época, ante todo, procuradores, agentes o gestores.

Para dar fin a este capítulo, debemos tratar el problema de la acumulación de acciones, o sea, en qué tanto era permitido sustanciar juntos, en el mismo proceso, los varios delitos que hubiera cometido una misma persona o los delitos que hubieran perpetrado personas distintas.

La acumulación de acciones penales, es decir, la reunión en un mismo proceso de varios delitos para tratarlos todos ellos a la vez era jurídicamente posible en el antiguo procedimiento penal, en el que intervenía solo el magistrado, y en aquel otro en que intervenían el magistrado y los Comicios; y tenía lugar cuando el magistrado que había de fallar el asunto o el que había de dirigir su sustanciación, según del procedimiento de que se tratase, la permitiese; pero es de advertir que para que tuviera lugar era preciso que todas las acciones fueran dirigidas contra el mismo acusado, ora fuesen acciones conexas, ora no, semejantes o desemejantes. Lo propio cabe decir, por consiguiente, de este procedimiento cuando vuelve a resucitarse durante el Principado, bien ante el Senado, bien ante el emperador y ante las autoridades que derivaron de este su derecho penal; y por igual motivo, cabe decir lo mismo del procedimiento penal en general de los tiempos posteriores del Imperio. Por consecuencia, en estos casos de acumulación de acciones la sentencia recaía, no sobre un delito singular, sino sobre varios, y la pena señalada para cada uno de ellos podía ser remplazada por una pena cumulativa única. En estos procesos, únicamente haciendo una especial adaptación a ellos es como podían aplicarse los principios penales prescritos por las leyes, por lo cual la acumulación de acciones contribuyó esencialmente, tanto durante los antiguos tiempos de la República como du-

rante los posteriores del Principado, a transformar el procedimiento penal, convirtiéndolo en un procedimiento arbitrario, que se extendía a todos los hechos puestos a cargo del acusado.

Claro está que los hechos punibles de diferentes personas no podían ser fallados definitivamente con una sola sentencia; sin embargo, la acumulación no encontraba obstáculo jurídico alguno para verificarse en el amplio círculo antes mencionado, y los delitos conexos, en especial los de cuadrilla y los religiosos, se sustanciaban a menudo de esta manera cuando lo creía conveniente el magistrado que intervenía en el proceso.

Por el contrario, el procedimiento acusatorio seguía también aquí, en general, las normas del derecho privado. Según este, era, sí, preciso que los delitos semejantes cometidos por la misma persona contra la misma persona fuesen reunidos en un mismo proceso; pero ni las acciones desemejantes que una misma persona ejerciese contra la misma persona, ni las acciones que, aun cuando semejantes, ejerciesen diversas personas contra un mismo inculpado, eran acumuladas en el mismo proceso, aun cuando en realidad hubiera circunstancias que favoreciesen semejante acumulación, singularmente la de ser dirigidas varias acciones al mismo juez. El proceso por acción *de repetundis* constituía una excepción en el derecho penal, en cuanto que aquí únicamente se verificaba la controversia de la causa ante el gran tribunal del jurado cuando los diferentes perjudicados se ponían de acuerdo para tener una representación común. Pero la comunidad de la acción o demanda limitábase a la primera instancia, pues en la segunda, cuya sentencia era la que prevalecía para la ejecución, había de hacer nuevamente uso de su acción singular cada uno de los perjudicados. A los demás delitos públicos no era aplicable la acumulación, por el motivo de que sus acciones respectivas no tenían por base el perjuicio causado a un particular en el sentido de perjuicio privado, sino que aquí el actor demandaba en nombre de la comunidad. Parece que ni siquiera en los delitos conexos hubo de ser permitido reunir en un solo proceso las acciones entabladas contra distintos individuos; en las causas de adulterio, hasta estaba legalmente prohibido interponer la acción al mismo tiempo contra los dos culpables. En el procedimiento por *quaestiones* era desde luego imposible la acumulación de delitos desemejantes, o sea de delitos que no caían bajo el imperio de la misma ley penal, puesto que ninguna *quaestio* podía sentenciarse sino con arreglo a la ley especial que la regulaba. La práctica forense, haciendo que, a la vez que del hecho punible sobre el cual había de recaer sentencia, se tratase, con igual extensión que del mismo y como para describirlo mejor, de todas las demás irregularidades e injusticias que se ponían a cargo del acusado, hubo de oscurecer este principio jurídico, que legalmente no fue abolido.

CAPÍTULO IV

EL COMIENZO DE LA ACUSACIÓN

Una vez fijado el papel de cada una de las partes, el comienzo del procedimiento por *quaestiones* exigía la interposición de la demanda (*petitio, accusatio, postulatio, nominis delatio, inscriptio*), la intervención del demandado (*in ius vocatio, sacramentum, interrogatio in iure*) o el emplazamiento legal del mismo, la regulación del procedimiento de la instrucción, en cuanto este procedimiento necesitaba que el magistrado diera órdenes especiales, y el señalamiento del día fijo en que había de comenzar la controversia. Estos actos del comienzo del proceso son los que vamos a estudiar en el presente capítulo. No debe prejuizarse el orden de los mismos por la enumeración que de ellos acabamos de hacer; mejor será que tratemos de este orden según vayamos haciendo el examen circunstanciado de cada uno de tales actos.

La interposición de la demanda la designaba la ley *de repetundis* del tiempo de los Gracos con la expresión técnica usada en el procedimiento civil para las acciones personales, o sea *petere*; pero semejante denominación no cuadraba ya en el procedimiento por *quaestiones*, muy desarrollado, que no se limitaba a una simple condena pecuniaria, y por eso hubo posteriormente de desaparecer y ser remplazada por otras.

Accusare, palabra que en los tiempos posteriores llegó a remplazar en el uso corriente a la de *petere*, no era, como ya queda indicado (p. 130), voz característica de ninguna forma determinada de demanda, sino que designaba la acción acentuando únicamente su aspecto ético, de suerte que no es posible deducir las modalidades del procedimiento fijándose en esta denominación que, hablando en general, no es propiamente técnica.

Postulare significa «proponer», «pedir», y se empleaba procesalmente para designar toda propuesta o petición que hacía alguna de

las partes al magistrado director de la causa; muy frecuentemente se usaba para designar la propuesta o petición hecha para que se permitiera la demanda; pero lo regular era que se añadiese determinadamente la acción que se pretendía ejercer, v. gr., *postulare de pecuniis repetundis*. Por lo que a la forma respecta, solo es posible deducir, cosa que más adelante quedará confirmada, que este acto no se verificaba entre las partes contendientes, sino entre el actor de un lado y el magistrado de otro.

La manera técnica de designar la interposición de la demanda en el procedimiento por *quaestiones* era, por parte del actor, *nomen referre*, y correlativamente, por parte del magistrado, *nomen recipere*. *Deferre* significa literalmente denunciar, siendo por eso *delator* aquel que hacía una denuncia. Por lo tanto, resulta claro que aquí, lo mismo que en el *postulare*, el acto tenía lugar entre el magistrado y el actor, sin intervención del demandado. *Nomen* indicaba en este respecto la inclusión de la persona sobre quien recaía la denuncia en la lista de las demandas. Esta denuncia, con inclusión de la persona que había de ser demandada en la lista, era cosa desconocida en el procedimiento privado; la incoación del litigio por denuncia era contraria a la esencia del juicio arbitral, y de igual modo es asimismo difícil que el pretor hiciera aquí una lista de demandados, pues una vez concluido el procedimiento preparatorio, que por su índole misma había de realizarse de un modo sumario, el magistrado no tomaba después participación alguna en las ulteriores discusiones y actos practicados ante el jurado, sino que este seguía su marcha independientemente del pretor. Pero en el antiguo sistema penal público, que era un procedimiento inquisitivo que regularmente se ponía en movimiento por medio de denuncia, tienen que haber existido necesariamente delaciones de esta clase y designación de términos; no faltan en absoluto los vestigios de estas antiguas *delationes*. El procedimiento por *quaestiones* prescribió en su primer etapa la *in ius vocatio*, habitual en el procedimiento privado. La designación de los términos fue introducida seguramente tan luego como se atribuyó al pretor peregrino las facultades de dirigir por sí mismo, personalmente, los procesos *de repetundis*. Pero cuando se estableció un pretor especial para esta clase de delitos, la función principal que el mismo hubo de desempeñar fue la de fijar el papel o situación de los contendientes en el asunto, igual que sucedía en el antiguo procedimiento criminal, y es probable que juntamente con esto se confiara a dicho pretor la facultad de rechazar la demanda cuando se hubiera perdido el derecho a interponerla.

La lista de demandas, sobre cuyo orden de sucesión volveremos a tratar cuando hablemos de los términos, se formaba por la inclusión

de las mismas en el protocolo judicial, por la *inscriptio*, la cual iba, regularmente, precedida de una previa presentación del actor. Después de consignar en ella la fecha y el nombre del magistrado que dirigía la causa, se expresaban los nombres del demandante o demandantes y del demandado y la ley penal cuya violación se imputaba a este, y también, a lo menos muchas veces, se describía brevemente el hecho punible de que se tratara. El actor mismo era quien, por regla general, hacía la *inscriptio*, y cuando él no sabía o no podía escribir, lo hacía otra persona en representación suya, haciendo constar esta circunstancia. Los elementos que no se presentaban en primera línea en el protocolo, esto es, los demandantes accesorios y el fundamento especial de la demanda, se colocaban frecuentemente en concepto de *subscriptores* o como *subscriptio* de la *inscriptio*. Pero como el fundamento de la demanda era lo que en realidad daba precisión al acto, la *subscriptio* era exigida también por la demanda misma; por lo tanto, *inscriptio* y *subscriptio* venían a confundirse y equivalerse. Al hacer la inscripción, el actor había de prestar el juramento de calumnia, cuando menos al hacer la citación privada, lo mismo que sucedía en el procedimiento privado; sin embargo, no es seguro que se les exigiera a todos los demandantes, y difícilmente fue considerado este juramento como la base legal de la acción contraria de calumnia que contra el acusador podía llegar a entablarse. Además, en los tiempos posteriores, cuando el actor hiciese la inscripción, era preciso que presentase un fiador si quería que el asunto siguiera su curso. Cuando más tarde dejó de ser obligatoria la inscripción, el procedimiento pasó desde el campo de la acusación al de la cognición (p. 230 y ss.).

La admisión del demandado en el procedimiento pertenece al período de la contienda jurídica; es lo que la tradición nos ha transmitido con las denominaciones de *in ius vocatio*, de *sacramentum*, de *interrogatio lege*.

La *in ius vocatio*, o sea lo que en el derecho civil representaba el hacer una citación privada, fue puesta antes que la *nomini delatio* en la ley *de repetundis* de los Gracos. Sin embargo, en los procesos de esta índole que efectivamente se siguieron, no encontramos, ni siquiera en el de Verres, huella alguna de que el precepto dicho se pusiera en práctica; por el contrario, lo vemos plenamente realizado, tal y como figuraba en el procedimiento civil de las Doce Tablas, en la parodia de *quaestiones* que tuvieron lugar todavía en la época del Imperio.

En los tiempos anteriores a los Gracos, los procesos *de repetundis* se abrían siempre *sacramento*, o lo que es igual, con la forma con que el antiguo derecho civil prescribía que se entablaran todas las acciones

privadas que no gozaran de alguna excepción especial; pero la necesidad del empleo de la misma quedó abolida por el sistema procesal que para este delito ha llegado hasta nosotros.

La interrogación al acusado, que vemos mencionada con frecuencia, igualmente que la *nominis receptio*, es difícil que se tomaran del antiguo procedimiento criminal en que solo intervenía el magistrado; más bien se derivaron del procedimiento civil. Según la ley, el que interrogaba era el magistrado, de la propia manera que en el procedimiento civil únicamente al magistrado era a quien correspondía el derecho de hacer las preguntas al demandado; en realidad, sin embargo, claro es, quien las hacía era el actor. No se precisaba en manera alguna el objeto o contenido de las preguntas; pero como quiera que esta forma de procedimiento no consentía un interrogatorio propiamente dicho, únicamente se preguntaría si el acusado reconocía la competencia del alto tribunal establecido por la correspondiente ley, o si, por el contrario, tenía objeciones que presentar, o si se reconocía o no se reconocía reo de alguna falta contra esta ley. Por donde se ve clara la necesidad de que, al interponer por escrito la demanda, se mencionara en ella la correspondiente ley, y que, por consecuencia de esto, y en relación también con todas las demás circunstancias que rodeaban al asunto, la interrogación hubiera de hacerse antes de constituirse el tribunal del jurado. Así el silencio que sobre este acto se guarda en el proceso contra Verres, y en general en todos los procesos que con mayor exactitud conocemos, como el establecimiento de la *interrogatio lege illa* y de la demanda del actor al lado de la constitución de un tribunal de jurado previsto por la misma ley, hacen sospechar con fundamento que las dos cosas se hallan entre sí en una relación alternativa.

Los dos principios jurídicos igualmente comprobados, según los cuales el procedimiento penal podía incoarse, ora por medio de citación privada, ora unilateralmente por el actor, hubieron de ser equiparados por la introducción de un doble procedimiento, a saber: de un lado, por la vía civil normal, mediante la citación privada, preparación del litigio por el magistrado e interrogación por el mismo al demandado acerca de su culpabilidad, llevando el asunto así preparado a la lista de las demandas cuando la contestación fuera negativa; de otro lado, por el procedimiento penal público normal, mediante denuncia ante el magistrado, ofrecimiento hecho por el denunciante de probar los hechos denunciados en juicio contradictorio, y aceptación por parte del magistrado de este ofrecimiento, asentando al inculpado en la

lista de los demandados. La *in ius vocatio* y la *nominis delatio* habían de ser formuladas alternativamente. La primera, única permitida en un principio, es probable que en los tiempos posteriores fuese la normal legalmente; de hecho, sin embargo, solo por excepción se hacía uso de ella. Es posible que más tarde las leyes, por ejemplo el sistema procesal de la ley julia, abolieran formalmente la citación privada como medio de incoar el procedimiento criminal. La segunda, que era el único procedimiento en vigor durante el Principado, excluía todas las actuaciones anteriores al emplazamiento. No queda vestigio alguno de que el magistrado tomase parte en la acusación al demandado; de haber existido tal participación, pudiera ella considerarse como un medio de mostrarse parte en el asunto. El actor no estaba tampoco obligado a dar noticia de la interposición de la demanda al demandado; de tal notificación se habla muchas veces, pero no de tal manera que su práctica o su omisión pudieran ser consideradas en el número de las cosas esenciales al proceso penal. Evidentemente, el procedimiento por *quaestiones*, que exigía al magistrado el acuerdo de las dos partes contendientes para que tuviese lugar el litigio privado, le prescribía aquí abrir el proceso penal público y sustanciarlo, con citación de ambas partes, con solo que se hubiera presentado la denuncia por una de ellas. Esta citación hecha por el magistrado fue la principal causa del desarrollo del procedimiento por jurados bajo la presidencia del magistrado, y esto es lo que ante todo distingue la *quaestio* del juicio civil ordinario. La citación del procedimiento penal público, tal y como la hemos caracterizado en el libro anterior (p. 114 y 214), hubo de mitigarse, sin duda en armonía con el carácter mixto de este procedimiento, puesto que aquí se prescinde de la coercición personal; de manera que el magistrado que entra en funciones a consecuencia de la interposición de la demanda privada, no tiene facultades para hacer llevar por la fuerza ante el tribunal al demandado, ni para arrestarlo; en cambio, dicha citación se equiparaba a la que tenía lugar en el procedimiento público propiamente dicho, en que —como se infiere del total silencio que guardan acerca del particular las abundantísimas fuentes— el demandado no tenía que ejecutar ningún acto positivo antes que llegara el término, sino que dentro de este era interrogado sencillamente después de su comparecencia o no comparecencia, pudiendo continuar en último resultado la causa, aun en ausencia suya, hasta quedar sentenciada.

La fórmula del derecho civil, aquella que servía de instrucción para los jurados, no era necesaria en este procedimiento, por cuanto el mismo magistrado que instruía el proceso era el que lo dirigía. Pero ni la *in ius vocatio* ni el *sacramentum* podemos imaginárnoslos bien sin

dicha instrucción; es más: las partes técnicas de la fórmula hay que referirlas al procedimiento penal. La fórmula no podía menos de existir cuando la causa se abriera con aquellos actos; en el procedimiento sin citación privada, único predominante en la práctica, la fórmula se sustituyó hasta cierto punto por la interposición escrita de la demanda.

Enlázase con lo dicho la cuestión relativa al momento en que queda entablada la acción penal y a las consecuencias jurídicas de tal entabladura. Ciertamente, no nos importa determinar este momento por lo que tocó a la poco decente costumbre, cuya existencia podemos demostrar a partir del siglo último de la República, según la cual, cuando alguien estaba sometido a un proceso penal, ya fuese de aquellos en que intervenían los Comicios, ya de aquellos otros que se sometían al tribunal del jurado, él mismo y sus más próximos parientes y amigos procuraban excitar la compasión de los ciudadanos vistiéndose de luto, a cuyo efecto se despojaban de los signos reveladores de su rango que tenían derecho a llevar y aparecían en público vestidos descuidadamente y sin cortarse la barba ni el cabello; y decimos que por lo que toca a esta costumbre no tiene interés la determinación del momento dicho, porque no había obligación de respetarla, y cada cual era libre para elegir el comienzo de su observancia y para dejarla de guardar si bien le parecía o cuando le pareciese. Pero el momento en cuestión engendraba también consecuencias jurídicas propiamente tales.

1º El momento de quedar entablada la acción era el decisivo para contar el plazo en que podía interponerse la demanda, o también el en que se debía resolver la ya interpuesta.

2º La limitación de los derechos civiles —si bien, claro está, el demandado no podría ser tenido como culpable hasta que el tribunal diera su sentencia— ya en los tiempos de la República comenzó a contarse desde que quedaba pendiente la demanda, en algunos casos, y esto se hizo regla general según el derecho de los emperadores, por cuanto a dicho demandado se le negaba el acceso a los cargos públicos, sobre todo cuando se ejercían contra él acciones capitales.

3º La regla del derecho civil, según la cual, los procesos privados que se seguían por causa de delitos, desde el instante en que intervenía en ellos la autoridad judicial, cambiaban su carácter de procesos penales por el de pleitos sobre obligaciones, y por lo tanto, si morían el actor o el demandado, el proceso pasaba a sus herederos, no era aplicable a la forma antigua del procedimiento penal en que solo intervenía el magistrado; pero, a lo menos la jurisprudencia del siglo III, la aplicó a las *quaestiones*, por cuanto las consecuencias económicas o patrimoniales de las mismas se consideraban y se trataban como obligaciones procedentes de delitos.

El momento en que quedaba entablada la acción no era siempre el mismo. A lo menos la prescripción del proceso, comenzaba a contarse en un principio desde el instante de la inscripción; en cambio, para otros casos, y según la legislación justiniana, aun por lo tocante a la prescripción del proceso, se consideraba como comienzo de este el momento en que empezaba la controversia de las partes, cosa que, en este respecto, recibía la denominación de litiscontestación criminal. Es singular la manera como apareció este concepto. El procedimiento por *quaestiones* era indudablemente un producto mixto, resultante de la combinación del procedimiento privado y del procedimiento penal público, y por consecuencia, como se comenzaba por el *sacramentum*, y en general por la *in ius vocatio*, no podía menos de existir en él la litiscontestación. Pero en la práctica, se hacía un uso poco menos que exclusivo de la *nominis delatio*, que era unilateral, y por lo mismo la intervención del demandado quedaba excluída, no existiendo, por lo demás, consideraciones ni de orden teórico ni de orden práctico que exigieran la extensión de la misma al procedimiento por *quaestiones* en general. A lo que hay que añadir la poderosísima razón de que las antiguas fuentes, que tan abundantes son por lo que toca a esta forma de proceso, guardan un silencio absoluto respecto del particular. La litiscontestación criminal no aparece hasta la jurisprudencia de los tiempos de Severo y posteriores, y en cuanto a esta época, se explica muy bien la introducción del concepto que nos ocupa, porque el hacer pasar a los herederos de una persona que hubiere muerto mientras el proceso estaba pendiente la obligación de satisfacer las penas pecuniarías que la misma tuviera que pagar, era cosa que afectaba a los intereses fiscales. Es sumamente probable que la percepción de dinero por parte del Estado hiciera que se inventara la teoría jurídica de que se trata.

Si en el procedimiento penal público correspondía al magistrado verificar la instrucción de la causa y presentar las pruebas ante la ciudadanía, o sea la adquisición, en el procedimiento por *quaestiones*, tanto la instrucción como la práctica ante el tribunal de las pruebas preparadas, eran cosas que quedaban encomendadas a un particular, y, generalmente, a él es a quien se confiaba el cuidado de reunir como pudiera el material indispensable para probar los hechos que se ventilasen. Pero la situación de este particular, como instructor que realizaba sus funciones por comisión del juez, daba hasta cierto punto, al sumario que instruía, el carácter de la cognición practicada por el magistrado. Tales atribuciones, que traspasaban los límites de los derechos reconocidos al demandante privado, se le concedían al acusador, ya por el sistema mismo de las *quaestiones*, o sea por las leyes que regulaban

este procedimiento, ya también por virtud de especial autorización que le diera el magistrado que dirigía la causa, como diremos más al por menor en el capítulo consagrado a los medios probatorios. Si la instrucción había de practicarse fuera de Roma, entonces se le concedían al particular instructor, de un modo análogo a lo que pasaba con el gobernador provincial, cierto número de compañeros (*comites*) que le sirvieran de auxiliares para el desempeño de su misión; la ley fijaba el máximum de estos auxiliares que podían concederse. Durante el Imperio, la inquisición en las causas *de repetundis* no la verificaba el representante del perjudicado, sino este mismo.

Pertenecía también a la serie de los actos preparatorios del proceso que estaba para ventilarse, en caso de que el mismo se hubiera de llevar ante el jurado, la constitución de este tribunal por vía de sorteo o de edición y recusación, acerca de los cuales extremos se ha hablado ya en el libro II (p. 145 y ss.). No es cosa muy clara la de saber en qué etapa del procedimiento preparatorio se verificaba este acto; es de presumir que las leyes reguladoras de cada una de las *quaestiones* mandaran cosa diversa acerca del asunto. La regla general sería elegir los jurados que habían de actuar en cada una de las causas antes que comenzara la lucha contradictoria, pues de este modo no se molestaba inútilmente a la mayoría de los que figuraban en la lista general: en la causa formada por la muerte de Clodio, las discusiones se verificaron ante todos los jurados llamados, y el sorteo de los encargados de votar se hizo inmediatamente antes de la votación; pero, sin la menor duda, este procedimiento fue excepcional. La edición, introducida por la ley *de repetundis*, dada en tiempo de los Gracos (p. 147), había de tener lugar dentro del plazo de sesenta días; comenzaba probablemente el día de la inscripción de la acción, y de tal manera, que el actor, dentro de un plazo de veinte días, daba a conocer al acusado el nombre de cien jurados, de entre los 450 señalados para estas causas, y de esos cien, elegía luego el demandado cincuenta dentro de los cuarenta días siguientes, y esos cincuenta jurados, más el presidente, componían el tribunal. Por el contrario, el sorteo se hacía la mayoría de las veces del número total de jurados, así de los que hubieran de votar como de los que podían ser recusados, teniendo lugar la recusación inmediatamente antes de comenzar el procedimiento contradictorio y quedando libres los que no hubiesen de intervenir en la votación. Probablemente existirían preceptos especiales que regularían de muy varia manera este acto, de conformidad con la índole particular de cada uno de los juicios.

A lo que parece, en el sistema antiguo no se exigía juramento a la persona o personas llamadas a dar un veredicto. A los funcionarios

a quienes se encomendaba la pronunciación de sentencias o la dirección de procesos, jamás se les exigió juramento, y es probable que en un principio aconteciera otro tanto con los jurados. Pero según parece, desde bien temprano se introdujo el uso de que cuando un particular hubiera de fallar o votar en un asunto jurídico, debía fortalecer con el juramento la convicción de su conciencia. Entonces se permitió que todo magistrado que dirigiera un proceso acusatorio tomara igual juramento, antes de comenzar las discusiones, a los jurados que habían de dar en él su voto. El primero que ordenó como medida general el juramento judicial, fue JUSTINIANO. Los nombres de los jueces jurados se hallaban expuestos en el local donde se administraba justicia, para conocimiento de todo el mundo.

Finalmente, al magistrado que dirigía el proceso es a quien correspondía la facultad de señalar el día o días en que habían de verificarse las discusiones. No puede demostrarse que el acusado tuviera participación alguna en este señalamiento; al acusador, por el contrario, cuando era necesario practicar instrucción, el magistrado le señalaba un plazo prudencial para practicar esta, teniendo en cuenta las circunstancias que en el caso concurrían. Pero, según parece, esos plazos se fijaban por acuerdo entre el magistrado y el actor, dando el primero al segundo determinados días de término y señalándole a veces por anticipado el día en que habían de practicarse las discusiones.

Cuando el actor llevaba al demandado delante del magistrado y no había ningún otro impedimento que lo estorbaba, podía prescindirse de la citación y comenzar desde luego el proceso; mas esto era un rigor exorbitante, y en las causas en que intervenía el jurado, apenas si se ponía en práctica. Cuando se trataba de un proceso que hubiera de sustanciarse con arreglo a la ley mencionada en la demanda, era regla absoluta citar a las partes y a los jurados para un día determinado. Si no hubiera ningún motivo que lo estorbaba, este día solía ser el décimo, a contar desde la interposición de la acción; también era, a veces, el trigésimo. Respecto de la forma de la citación, no sabemos nada concreto; por regla general, un *apparitor* era el encargado de verificar la vocación; sin embargo, era preciso emplear la citación por edictos cuando no dispusieran otra cosa leyes especiales, y en todo caso era permitido servirse de ella (p. 218).

Por prescripción legal había que señalar nuevo plazo cuando el magistrado se hubiera descuidado o cuando no se hubiera reunido número suficiente de jurados. Pero también podía suceder que, a petición de una sola o de ambas partes, el tribunal dejara sin efecto el señalamiento hecho e hiciera uno nuevo, siempre que estimara suficientes los fundamentos para ello alegados. Para presentar estas disculpas se

permitía servirse de representante, el cual no era admitido para ninguna otra diligencia del proceso penal. Aun en los casos en que una o ambas partes hubieran dejado de acudir al llamamiento hecho, sin alegar justificación de su falta, el tribunal podía señalar otro día a su arbitrio para la comparecencia. Por otra parte, con el fin de evitar que se alargaran los procesos, en los tiempos posteriores se señalaron plazos máximos para estas dilaciones. En último caso, la no presentación del demandante producía la caducidad de la acción, a no ser que el demandado quisiera continuar la causa para poder, con su absolución, fundamentar el ejercicio por su parte de la acción de calumnia; volveremos sobre esto cuando nos ocupemos de las penas a que quedaban sujetos los acusadores. Pero según ya queda dicho en el libro precedente (p. 218 y ss.), cuando era el demandado quien dejaba de acudir a la citación, entonces, en los asuntos penales de menor importancia, se le seguía la causa en rebeldía, y en los delitos más graves se suspendía el procedimiento, aplicándole, o bajo reserva de aplicarle, los medios coercitivos.

Este señalamiento de términos trajo como resultado la formación de una determinada sucesión serial de procesos, es decir, de un *ordo* procesal, ya que eran múltiples las causas que tenía que dirigir o que resolver un mismo magistrado. Para señalar este orden se tenía en cuenta, por regla general, el en que habían sido interpuestas las acciones; sin embargo, la regla podía sufrir excepciones, siendo sustanciado algún asunto cuando no le correspondiera, es decir, fuera del orden (*extra ordinem*), ya en atención al plazo que para instruir el proceso se concedía al actor, ya por tratarse de causas conexas, ya por la gravedad del caso. Las acciones por causa de coacción que, lo mismo que las acciones privadas, se llevaban ante el pretor, conociendo de ellas, bajo la presidencia de este, *quaesitores* nombrados al efecto, estaba legalmente dispuesto que se sustanciasen y fallasen fuera del orden.

CAPÍTULO V

LOS MEDIOS DE PRUEBA

Antes de ocuparnos del período probatorio, será conveniente exponer lo que se sabe acerca de los medios de prueba admitidos en el procedimiento criminal romano; la apreciación de los mismos tendrá su lugar adecuado cuando se trate de la pronunciación de la sentencia.

Por virtud del mismo carácter ético que tenía el derecho penal de Roma, no estaba sujeta en él la prueba a formalidades legales, como podía estarlo la prueba según el derecho civil. La *sponsio* y la prestación de juramento eran, sin duda, medios adecuados para resolver cuestiones jurídicas desde un punto de vista legal; mas no lo eran en modo alguno para producir, acerca de la efectividad del acto controvertido, aquella convicción íntima, sin la que no debía dar su sentencia el tribunal penal. Por la misma razón, en el derecho penal no tenía la confesión el valor absoluto que en el derecho civil, donde se equiparaba a un fallo firme. Claro está que la convicción aludida no puede ser otra que la histórica, aquella que exige reflexión inteligente y examen concienzudo, y que en tanto evita la posibilidad de caer en error positivo, en cuanto impide condenar en caso de duda, por lo que la absolucón no implica la inculpabilidad del acusado, sino solamente la afirmación de que no se estima demostrada su culpabilidad. En las fuentes del derecho romano no se enumeran de una manera sistemática, ni se regulan completamente, los múltiples medios de que el juez podía servirse para llegar a aquella convicción; los más importantes de ellos y los únicos sobre cuyo empleo en Roma puede decirse algo con cierta precisión, son, de un lado, las declaraciones, tanto del procesado como de los testigos, y de otro, el material probatorio obtenido por vía de registro de la casa, y principalmente el material escrito o documental. La inspección ocular que el magistrado podía hacer en los casos de injuria, y otros medios de reconocimiento de que se podía echar mano para la prueba, parece que no producían resultado, por cuanto el material que los mismos ofrecían no era suficiente para sacar

conclusiones generales. Lo que en este capítulo vamos a decir se refiere principalmente al procedimiento acusatorio; sin embargo, hemos tenido también en cuenta el antiguo procedimiento penal y la cognición.

A.—Las declaraciones y el testimonio de los hombres libres.

Las manifestaciones o declaraciones que una persona podía hacer respecto a un hecho que la ley hubiera de tomar en cuenta se denominaban, desde el punto de vista del derecho penal, ora confesión, cuando dichas manifestaciones resultaban perjudiciales al mismo que las hacía, ora testimonio, en los demás casos. Si bien es verdad que ni en cuanto a la primera ni en cuanto al segundo había una diferencia real entre lo dicho por un hombre libre y lo dicho por otro no libre, sin embargo, bajo el respecto jurídico, se les daba distinto valor y se denominaban de diferente modo; sobre todo, el concepto del testimonio, *testimonium*, no se aplicaba más que a los libres. Se hace, pues, preciso separar una categoría de hombres de la otra en este punto. Vamos, por lo tanto, a estudiar en primer término las manifestaciones, y singularmente el testimonio de los hombres libres, ora en lo relativo a su admisibilidad o no admisibilidad, ora en cuanto a la libertad o a la coacción para prestarlo, ora, finalmente, por lo que respecta a la forma en que había de prestarse.

Respecto a las declaraciones de los hombres libres, debe advertirse que en la instrucción del proceso criminal se tomaba, en general, en cuenta la condición personal de los mismos para apreciar el valor de aquellas, mas no para el acto mismo de recibirlas. No faltan documentos que acrediten que en el procedimiento criminal romano sirvieron de testigos mujeres y aun niños, y que cuando se trataba de hombres no libres, lo único que se variaba era la forma de prestar el testimonio. En cambio, se interponían aquí motivos de piedad. De presumir es que ya en el procedimiento criminal primitivo en que intervenía solo el magistrado, la costumbre hubiese restringido la facultad que este tenía para interrogar a todo el mundo imponiendo coactivamente la obligación de contestar, y que la restricción tuviera por objeto impedir que el interrogado perjudicase con sus deposiciones a personas allegadas a él, faltando así a ciertas conveniencias y deberes. Aplicábase esta restricción:

1º A los casos en que se tratara de ascendientes y descendientes.

2º A aquellos en que se tratase, de un lado, del patrono y sus descendientes, y de otro, del liberto y los suyos, o sea de los clientes; la

costumbre de tiempos posteriores refirió esta limitación únicamente al patrono y a su hijo de un lado, y al liberto mismo del otro.

3º A aquellos en que hubiera de deponer el protector jurídico, el abogado o procurador, el *patronus* en este sentido, contra su defendido o cliente.

A estas limitaciones relativas de la obligación de prestar testimonio, hay que añadir otra que contradice propiamente la facultad que en principio tenía el magistrado para exigir que declarase toda persona capaz de declarar: pues por disposición de la ley no se admitía el testimonio de la persona que se hallase condenada criminalmente, ni tampoco el de una serie de otros individuos que por causas diversas estaban infamados. El fundamento de esta exclusión era el concepto primitivo del testimonio, el cual no se refería a los procesos, sino que servía para certificar solemnemente de la efectividad de un acto propio del derecho privado, haciendo asistir al mismo terceras personas; este derecho de prestar fe les estaba prohibido justificadamente a las mujeres y a aquellos a quienes se había privado del mismo por vía penal. En cierto modo, la equiparación del testimonio prestado en la instrucción de una causa criminal y el prestado como medio de dar fe, quedaba declarada por el hecho de que en el antiguo procedimiento criminal se prestaba, por lo regular, el primero ante la ciudadanía congregada en asamblea, y en el procedimiento acusatorio se prestaba públicamente ante los jurados. De manera que el acto tiene que ser considerado, en cierta medida, como una función pública. A consecuencia de esto, se evitaría todo lo posible el servirse como testigos de individuos indignos, y cuando se hiciera realmente indispensable utilizar su testimonio, se acudiría (no tenemos pruebas de ello) a la forma secundaria de testimoniar de que vamos a ocuparnos después, y que consistía en servirse de deposiciones extrajudiciales.

Tocante a la importante cuestión relativa a saber hasta qué punto en los procesos penales dependía la facultad de prestar declaración del libre arbitrio del interrogado, o este podía ser constreñido a prestarla, hemos de decir que en los primeros tiempos la regla general, hasta cierto punto, era que el magistrado tuviera un derecho legalmente ilimitado a interrogar, y que, por el contrario, carecían de él los particulares. Por consecuencia, mientras en los pleitos privados, aun en los que se seguían por causa de delito, las partes no podían obligar materialmente ni a la parte contraria ni a terceras personas a prestar declaración sobre sucesos efectivos, y el magistrado que instruía el pleito tampoco hacía uso de sus facultades oficiales para este fin, en el procedimiento penal público, en aquel que culmina cuando en él intervienen el magistrado y los Comicios, acontecía lo contrario, siendo de advertir que

no se establecía diferencia alguna para este efecto entre el caso en que el interrogado depusiera acusando a alguien, y aquel otro en que no hiciera otra cosa que prestar un testimonio, ni tampoco entre aquel caso en que la interrogación se verificase meramente por vía de cognición, y aquel otro en que tuviese lugar después de haber presentado solemnemente la demanda, en la adquisición. Tampoco se ponían al magistrado limitaciones en cuanto al número de personas que podía citar a declarar, ni hay vestigio alguno de que la ley hubiese fijado número máximo. Verdaderamente, esto significa una desigualdad esencial establecida en perjuicio de la defensa, pues ya en la cognición, y todavía más aun en la adquisición, que suponía y reproducía la cognición, el inculpado no tenía ningún derecho reconocido por la ley a proponer testigos de descargo, y lo único que se le permitía, después de haber apelado inútilmente a la buena voluntad del que hacía la adquisición, era acudir a la protección de los tribunos para que mediante ella se le permitiese un testigo, contra la voluntad del juez de la causa. Este derecho que el juez tenía a interrogar al inculpado, así como el derecho exclusivo de citar a los testigos, de la propia manera que se aplicó al procedimiento penal del tiempo de la República en que solamente intervenía el magistrado, y a aquel otro en que intervenían el magistrado y los Comicios, hízose extensivo también durante el Principado a la cognición. La indagatoria del inculpado era así la que ocupaba el primer lugar entre los medios de prueba, y a aquel no le quedaba abierta ninguna vía jurídica para intervenir en la citación de los testigos, cosa que en los antiguos tiempos había sido hacedera mediante la intervención de los tribunos.

Respecto a los medios de coacción a que podía acudir el magistrado en caso de que se negase alguien a confesar o a declarar, nos remitiremos a lo dicho acerca de las facultades coercitivas que al mismo se le conferían (p. 27 y ss.); el arresto y las multas hubieron de ser los medios de que aquí se hiciera especial uso. Pero los castigos corporales y toda otra clase de martirio, a los cuales se acudía en casos semejantes en muchos Estados griegos de gran civilización, estuvieron prohibidos en Roma, y lo estuvieron, según la tradición que ha llegado hasta nosotros, desde muy antiguo, y no solo con relación a los ciudadanos romanos, sino con relación a todos los hombres libres en general; cosa no inverosímil si se tiene en cuenta que tanto la libertad como la esclavitud fueron consideradas en el derecho romano como instituciones internacionales. Esta regla, que con razón debe estimarse como uno de los grandes méritos de la civilización romana, no sufrió excepción alguna, hasta donde nosotros sabemos, en los tiempos de la República. Pero al venir el Principado, comenzó a ser removida esta funda-

mental columna del Estado jurídico (*Rechtsstaat*). A los hombres libres acusados de haber cometido delitos, se les aplicaba el tormento ya en los primeros tiempos del Imperio, pero, según parece lo más probable, no porque hubiera precepto legislativo que lo ordenase, sino en virtud de la práctica establecida por los dos altos tribunales que restablecieron el procedimiento antiguo en que intervenían el magistrado y los Comicios, tribunales que no reconocían traba legal alguna en su ejercicio. Bien seguro es que el fundador del Principado no permitió el uso del tormento, y todavía el emperador Claudio, al comienzo de su reinado, prometió bajo juramento no permitir que se atormentase a los hombres libres. Pero ya en tiempos de Tiberio hubo procesados a quienes, por orden del alto tribunal, se les sometió a la *quaestio* penal, al tormento, y la aplicación de este fue durante los dos siglos subsiguientes, ora interrumpida, ora permitida, según las tendencias que reinaran en los gobernantes. Claro es que los procesos en que con preferencia se aplicaba eran aquellos a que daban lugar los delitos de lesa majestad; pero conviene añadir que, sin que pueda sentarse una regla fija, lo probable es que hicieran uso de él como recurso extraordinario los tribunales ordinarios. La aplicación del tormento fue regulada por virtud de la división legal de las personas en de clase superior y clase inferior, división que, a lo menos de un modo preciso, hay que referir a la época de los emperadores Marco y Vero (161 a 169 d. J. C.); la primera clase de personas estaba libre del tormento, mientras que la segunda fue equiparada, desde este punto de vista, a los esclavos. Correspondía el privilegio de no ser atormentados a la nobleza hereditaria de orden senatorial, del propio modo que a las personas del rango de los caballeros que constituían la segunda clase de funcionarios públicos; además, a los decuriones de los municipios y a sus hijos; también se hizo extensiva la exención a los que fueran o hubieran sido soldados. Con todo, el derecho de no ser atormentado solo valía como regla general por lo que toca al procedimiento penal, pues el procesado quedaba sujeto al tormento, sin distinción de clase ni categoría social, cuando se trataba de causas de lesa majestad, en las de magia, estrechamente afines con las anteriores, y en las de falsedad. El tormento de los testigos libres se equiparaba en principio al de los procesados que negaban, pues también estos últimos tenían la consideración jurídica de no culpables; sin embargo, hasta tiempos avanzados no se comprendió la posibilidad de aplicarlo, y en todo caso se hizo un uso muy parco de él. Lo encontramos aplicado por vez primera en la época de Severo, en un caso de declaración insegura y contradictoria consigo misma. Desde Constantino en adelante, los hombres libres de la hez del pueblo fueron equiparados en este particular

a los no libres, y en las causas de lesa majestad no se hizo distinción alguna, por lo que al tormento se refiere, entre procesados y testigos.

Si en el procedimiento penal en que solo intervenía el magistrado, este, así durante la República como durante el Imperio, podía obligar coactivamente a los individuos a declarar, el procedimiento acusatorio de la época republicana, por el contrario, como quiera que fue una derivación del procedimiento privado y se formó tomando fundamentalmente a este por modelo, estuvo sometido al principio opuesto, aun cuando rodeado este último de limitaciones esenciales.

El magistrado penal que intervenía en el primer procedimiento tenía facultades para interrogar al inculcado; en cambio, en el procedimiento acusatorio, al actor, no obstante considerársele como cuasimagistrado, no se le reconocía semejante derecho, y tampoco el magistrado que dirigía el asunto podía intervenir en las discusiones, preguntando al acusado; así como en el procedimiento privado no se permitía la indagatoria del demandado, tampoco se permitía en el procedimiento acusatorio. Pero, de la propia manera que sucedía en los pleitos privados por multas en que estaba interesada la comunidad, así también en las causas por el procedimiento de las *quaestiones*, concedían al actor las leyes singulares que regulaban estas un derecho limitado de citar testigos, y la limitación consistía en que dichas leyes fijaban el número máximo de testigos que podía citar el demandante. De esta manera, los testigos eran de dos clases: unos que podían comparecer libremente, y otros que estaban obligados por la ley a declarar. La citación la hacía el actor, y se verificaba regularmente en el tiempo que mediaba entre el día en que comenzaba a correr el plazo para presentar la demanda y aquel otro que señalaba el término; este período se le concedía principalmente para que buscara los testigos (p. 257); pero si durante las discusiones se lograba disponer de otro testigo cuya declaración se considerase necesaria, nada estorbaba el que se hiciera una citación posterior. Para hacer la citación, habían de ponerse a disposición del demandante los medios auxiliares de que disponía el poder público, a fin de que pudiera utilizarlos de la misma manera y con la misma extensión con que los utilizaba el magistrado en el antiguo procedimiento para hacer las citaciones; el tribunal resolvía acerca de las excusas que se presentasen, y si algún citado dejaba de presentarse sin justa causa, podían imponérsele las correspondientes penas. Si el testigo comparecía obligado a ello, pero se negaba a prestar declaración, entonces, a petición del demandante, quedaba sometido a la coerción del magistrado que presidiera el acto; no conocemos, sin embargo, caso alguno en que así sucediera, lo cual se explica por la circunstancia de que el actor, al elegir los testigos de que había de ser-

virse, buscaría aquellos que se hallaran dispuestos a deponer en favor suyo. La indemnización de gastos, que a lo menos a los testigos a quienes se hubiere obligado a comparecer no podía serles negada, corría de cuenta del actor para los testigos que él hubiera presentado. Estaban exentos de la obligación de declarar, aparte de aquellas personas a quienes no se permitía ser testigos (p. 260 y ss.), los parientes del inculpado y aquellos individuos que se hallaran ligados al mismo por el vínculo del patronato; lo estaban también ciertas otras categorías de personas por razón de su edad, por razón de la distancia a que se hallaran, y por razón de la posición social que ocupasen: estas personas solo prestaban declaración cuando ellas voluntariamente quisieran hacerlo. El inculpado tenía en todo caso derecho a presentar testigos, pero no podía citarles con obligación de comparecer ni en el procedimiento acusatorio ni en el por cognición. En este particular se ve bien claramente el carácter de cuasimagistrado que tenía el actor; aquí, todavía mejor que en la adquisición —en la que el magistrado estaba obligado, al menos moralmente, a guardar imparcialidad—, se ve al procesado ocupar injustamente una posición inferior. Lo cual dio motivo a que se produjeran quejas y a que se establecieran disposiciones excepcionales, sobre todo para el delito de *ambitus*. Al procedimiento acusatorio de los tiempos posteriores, solo hasta cierto punto le son aplicables las anteriores normas. El derecho de interrogar al acusado se hizo extensivo al mismo, y hasta se empleaba el tormento cuando la ley lo exigía, como en las causas por delitos de lesa majestad, o cuando el tribunal lo permitía. En lugar de hallarse limitado por la ley el número de testigos que el actor podía citar, y negarse en cambio al acusado el derecho de citar testigos, parece que todo esto fueron cosas entregadas al arbitrio del juez, y que de esta manera el procedimiento acusatorio se aproximaba al de la cognición.

Por razón de la forma, las declaraciones (del tormento o cuestión penal hablaremos al tratar de las declaraciones de los esclavos) constituían, generalmente, una parte, el verdadero núcleo de la controversia o discusión ante el tribunal sentenciador; por lo tanto, nos ocuparemos de ellas en el capítulo siguiente. Pero no era absolutamente preciso que el testimonio fuese prestado ante el tribunal que entendía de la causa. La deposición del testimonio y la prestación del juramento con que el mismo se robustecía ante el tribunal del lugar donde estuviese el testigo eran cosas que, sin duda alguna, no permitían las costumbres romanas, y con relación a las materias penales todavía JUSTINIANO hubo de prohibirlo. Pero, ya en los tiempos de la República, y muy especialmente en los del Principado, se permitió también prestar extrajudicialmente testimonios legalizados, observan-

do al efecto las formalidades usuales para la formación de los documentos privados. Claro es que en estos casos no intervenía juramento, y, sobre todo, no había posibilidad de que la parte contraria repreguntase a los testigos, como se hubiera hecho en el juicio en presencia de las partes y estando frente a frente los intereses de estas, por lo que muchas veces se rechazarían semejantes testimonios por insuficientes. Pero como medio auxiliar, se permitía acudir a ellos, y se ponían en práctica con frecuencia, especialmente en aquellos casos en que se trataba de testimonios que en realidad tenían poca importancia, como en el caso de la llamada laudación, cuando el testigo se hallaba personalmente imposibilitado para comparecer ante el tribunal.

B.—*Las declaraciones y el cuasitestimonio de los no libres*

En el procedimiento penal se admitían, lo mismo que las de los libres, las declaraciones que prestasen los hombres no libres, así las relativas a sus propios actos como las relativas a los hechos que ellos hubieran llegado a conocer. Pero no se hacía extensiva a las declaraciones de los esclavos la denominación de «testimonio» —que era, ante todo, propia de aquellos actos en que se trataba de dar fe de algo, en los cuales, claro está, no podían intervenir los esclavos—; estas declaraciones se hallaban sometidas, por regla general, a otras reglas más severas que las otras. Aquí también, como cuando hemos tratado de las declaraciones de los hombres libres, es conveniente que nos ocupemos, así con aplicación a la confesión como al testimonio, en primer término, de si el esclavo podía a voluntad suya prestar declaración o si había de ser forzado a ello (claro es que quien había de ser constreñido era el señor); en segundo lugar, de la admisibilidad de tal declaración por parte de su contenido, y finalmente, de la forma de la misma.

Al propietario de un esclavo no se le obligaba a permitir que se tomase declaración judicialmente a este último en los litigios privados por causa de delito, ni siquiera en el caso de que se atribuyera la comisión del mismo al propio esclavo. En los pleitos no noxales, dicho dueño podía consentir o negar que se tomase al esclavo la declaración solicitada por la otra parte; de igual manera se procedía en los pleitos noxales cuando el señor no se allanaba a hacer entrega del esclavo a la parte contraria, ni tampoco a pagar la indemnización correspondiente, quedando entonces encomendada la resolución del asunto al veredicto del jurado. Por consiguiente, en estos casos, siempre dependía de la voluntad del señor el que el esclavo fuese interrogado o que no lo

fuese, y si el lesionado le interrogaba por sí empleando al efecto la forma del tormento usualmente practicada con los hombres no libres, cometía un hecho punible.

Por el contrario, en el procedimiento público encomendado al magistrado, tanto en el de los tiempos antiguos como en el procedimiento por cognición de los tiempos posteriores, el magistrado, para interrogar y tomar declaración al esclavo, no tenía necesidad de contar con el beneplácito del dueño de este, lo mismo si se tratara de un delito atribuido al mismo esclavo, que de una declaración relativa al proceso seguido contra otra persona; si el magistrado tenía y ejercía un derecho ilimitado de interrogar a los hombres libres, con tanto mayor motivo lo tenía y lo ejercía con respecto a los no libres, en la forma adecuada al efecto. El dueño del esclavo, en caso de que este resultara culpado, podía libremente auxiliarlo o no auxiliarlo en su defensa (p. 57).

En el procedimiento acusatorio, que por su forma era un procedimiento privado, y donde el actor desempeñaba en realidad, según queda dicho, una función propia de los magistrados, se siguió, por lo que respecta al particular que nos ocupa, una vía intermedia, análogamente a lo que se hizo con respecto al testimonio. La interrogación en sí dependía aquí también de la voluntad del propietario del esclavo, tanto si se tratara de un verdadero delito cometido por este, como de prestar declaración sobre un delito ajeno. Pero en virtud de resolución del tribunal podía tener lugar una declaración obligatoria: bien porque habiéndose de interponer una acción contra el esclavo, se hubiese mandado a su dueño que lo presentase al tribunal, o que compareciesen ante este varios esclavos a quienes hubiera que interrogar con el objeto de que el actor encontrase al culpable; bien porque el demandado, con el fin de presentar las pruebas que le interesaran, indicase que ponía su esclavo a disposición del actor; bien, por último, porque la misma exigencia se hiciese al poseedor de un esclavo que no tuviera (el poseedor) participación en el proceso: esto último era permitido cuando menos en la época del Principado. En este caso, fueran cuales fuesen las circunstancias que concurrieran, si el esclavo inculpado hubiera sido absuelto, o si la causa para la cual hubiera sido necesario su testimonio hubiese terminado por la absolución, el que había pedido dicho testimonio quedaba obligado a indemnizar al dueño del esclavo de los perjuicios sufridos, y algunas veces el doble de ellos. Al demandado, así como no se le permitía denunciar a los testigos, tampoco se le permitía requerir a los esclavos para que declarasen.

En virtud de una norma exigida por un Estado cuya base era la esclavitud, norma que aun los magistrados tenían que respetar, era per-

mitido tomar declaración a los esclavos y a los libertos, cuando esa declaración favoreciese al señor o al patrono, no cuando les perjudicase. En la época republicana, esta norma se aplicó siempre, salvo en algunos procesos, políticos la mayoría de ellos, regulados por acuerdos del Senado. En tiempo de los primeros emperadores, lo que se hacía a este efecto, sobre todo en las causas por delitos de lesa majestad y en las de adulterio, era hacer pasar a los esclavos de que se tratase a propiedad del Estado. Desde Severo en adelante, quedó privada de rigor dicha regla con respecto a los mentados delitos de lesa majestad y adulterio, así como con respecto a algunos otros de menor importancia. Pero no solamente no se recibía declaración al esclavo o al liberto contra su señor o patrono, sino que el prestarla en aquellos casos en que no era admitida conforme acabamos de decir, se consideraba como un delito punible con la pena de muerte, y asimismo, en los casos en que se admitía, era, sin duda, castigado del mismo modo el hecho de rehusarla. Por lo demás, el derecho admitía circunstancias individuales en virtud de las que podía recusarse la declaración de un esclavo; las relaciones personales de este, por lo general no las tenía el derecho en cuenta, y por lo tanto, no podían hacerse valer en este respecto.

Por razón de la forma, las declaraciones de los no libres constituían, lo mismo que las de los libres, una parte integrante del juicio, y a ellas habrá que referirse de nuevo cuando de la controversia judicial nos ocupemos. Pero ahora es la ocasión de tratar de una forma de tomar declaración, excepcional con respecto a los hombres libres, y en cambio regular y continua con respecto a los esclavos, y que consistía en la aplicación del tormento. Entiéndese por tal la obtención de una declaración o manifestación que el encargado de hacer la inquisición consideraba de verdadero interés, sometiendo al efecto al interrogado a un martirio corporal, martirio que cesaba tan luego como el declarante daba la declaración deseada. Quienes aplicaban el tormento eran los subalternos del tribunal. En derecho penal no parece necesario entrar en más pormenores acerca de las modalidades de aquel. Como, a tenor de lo dicho, la manumisión libraba del tormento, desde bien temprano comenzó a introducirse un abuso consistente en esto: el señor que tenía en perspectiva un proceso penal y consideraba que la declaración de un esclavo suyo podía perjudicarlo, manumitía a este con objeto de que no se le pudiera tomar aquella empleando el tormento; por causa de este abuso, ya desde tiempos bien antiguos se negaba la manumisión del esclavo que tuviese que prestar declaración judicial en un proceso, y en época posterior esas manumisiones se consideraban nulas. Por análoga razón cuando existiesen sospechas de que el señor había sido asesinado por sus siervos, se prohibía la apertura del

testamento de aquel, con lo que se impedía que el esclavo a quien pudiera habersele manumitido testamentariamente adujese la prueba de su libertad, y por lo tanto, seguía sometido a las reglas que regulaban la declaración en juicio de los esclavos. En tiempo de Trajano se extendió todavía más este procedimiento, y en semejantes casos de asesinato, aun los libertos manumitidos en vida del testador eran sometidos al tormento. Entre el tormento de los acusados criminalmente y el de los testigos no había diferencia jurídica, y tampoco el juez penal se hallaba muchas veces en disposición de poder establecer una divisoria entre ambos. Con mayor motivo aun estaba prohibido poner limitaciones legales a la aplicación de la cuestión penal, y si muchas veces se encuentran tesis jurídicas que enseñan lo contrario, no faltan tampoco en las fuentes del derecho preceptos en opuesto sentido. Al empleo del tormento únicamente se debía proceder cuando estuviera bien comprobada la existencia del hecho constitutivo del delito; no debía aplicarse tampoco en los casos de delitos de poca importancia, y tampoco, en cuanto fuese posible, al comienzo de la instrucción; tampoco habían de ser sometidos a él mujeres embarazadas ni los niños, y en general se debía hacer uso del tormento con moderación. Gracias a estas disposiciones, la mala costumbre de atormentar pudo sufrir restricciones, cuando menos en cierta medida. Al lado del tormento judicial ordinario, existía —lo mismo que se ha dicho del testimonio— otro tormento extrajudicial, que podía aplicarse con el objeto de que dejase alguna prueba documental acerca del acto de que se tratase y de sus resultados, prueba que luego podía llevarse al juicio, igual que un testimonio escrito.

C.—*El registro domiciliario y la incautación de papeles.*

Es probable que, en el procedimiento encomendado exclusivamente al magistrado, este tuviera facultades para verificar registros, en el domicilio del acusado, teniendo sobre todo en cuenta que semejante registro era permitido aun en los casos de haberse interpuesto una acción privada por hurto. En el procedimiento acusatorio encontramos algo semejante: las leyes que lo organizaban permitían, sin duda alguna por derivación del antiguo procedimiento penal —pues el civil no nos ofrece nada que se le parezca—, que el actor penetrase tanto en la casa del acusado como también en la de terceras personas para proponer que se le permitiera consultar, bien documentos oficiales, bien los libros de cuentas, bien, en general, los papeles de negocios de la persona interesada; este derecho rezaba también con las autoridades

municipales y sus correspondientes archivos. Siempre que al actor le pareciese necesario, todos los documentos mencionados podían ser sellados, los papeles privados por los testigos documentales ordinarios, los municipales por el municipio mismo, y llevárselos el mismo actor a Roma o hacer que a Roma los enviaran; únicamente de los documentos relativos a arrendamientos hechos por el Estado es de los que no se entregaban al actor los originales, sino copias autorizadas. El contravenir a estos preceptos estaba conminado con pena por las leyes. El actor estaba obligado a entregar o remitir los dichos papeles al magistrado que dirigiera la causa tres días después de su llegada a Roma, para que el magistrado, en presencia de cierto número de jurados, los pusiera nuevamente bajo sello, siendo de presumir que al actor se le reconociera libertad para estar presente a la apertura y resellamiento de los papeles por el juez. Estos documentos, según veremos en el capítulo siguiente, podían serles presentados luego a los jurados, cuando se constituyeran en tribunal. Al acusado, lo mismo que no se le permitía citar a los testigos con obligación de comparecer, tampoco se le permitía, claro es, la recogida de papeles. Esta facultad continuó teniéndola el actor durante el Principado, aunque es de presumir que con limitaciones, igual que sucedía con sus restantes derechos. Los papeles privados no podían ponerse, en general, de igual manera a disposición del demandante; pero en un proceso criminal, el gobernador de la correspondiente provincia permitió aún al acusado inspeccionar la correspondencia privada de la parte contraria y sacar copia de ella.

CAPÍTULO VI

EL PERÍODO DE PRUEBA

Aquí debemos tratar del sistema probatorio —cuya forma es probable que se conservara en la adquisición (p. 116)—, tal y como se nos presenta en el procedimiento acusatorio, y especialmente en la forma originaria que hubo este de revestir para acomodarse al juicio por jurados, la cual, sin embargo, parece que continuó existiendo en su conjunto aun después de abolido este último. El procedimiento por cognición, que por su propia naturaleza estaba libre de formalidades, hubo de atenerse también, hasta cierto punto, a las reglas procesales tocantes a la prueba.

La misma conducta pasiva que en el procedimiento privado estaba prescrito habían de observar la persona o personas encargadas de fallar el asunto, y que daba a tal procedimiento, en perfecta oposición con el procedimiento público, el carácter de juicio arbitral, esa conducta pasiva se transmitió también a las *quaestiones*. El *quaesitor* presidente, que era un magistrado o un particular investido con los derechos de un magistrado, se hallaba obligado a poner orden entre los litigantes, a evitar o reprimir los alborotos y faltas de compostura y a hacer que los discursos no fuesen desmedidamente largos, para conseguir lo cual, disponía de medios coercitivos; sin embargo, el presidente no podía intervenir en las discusiones mismas, y sobre todo, según las disposiciones vigentes en tiempo de la República, no tenía derecho para interrogar a los testigos. Durante el Principado, la intervención del magistrado en las acusaciones tomó incremento, lo cual hizo que pudiera examinar a los testigos. Del propio modo, cuando la acusación se llevaba ante los jurados, estos tenían que presenciar silenciosos las discusiones, y ellos por su parte ni debían interrogar a los testigos, ni siquiera tampoco aducir como prueba en el juicio las noticias que sobre el asunto en cuestión tuvieran.

Antes de hablar de las modalidades del procedimiento probatorio, parécenos conveniente examinar la costumbre romana de la instauración del mismo, pues no es posible exponer completamente lo que dicho procedimiento sea, si no nos hacemos cargo de su multiplicidad, multiplicidad en parte legalmente permitida y en parte prescrita, y de otro lado, todo nuevo término corría lo mismo que el anterior o los anteriores. Si la acusación de los tres términos preparatorios del procedimiento en que intervenían los Comicios (p. 116) no probaba nada, entonces tomaba del procedimiento privado lo que en él se llamaba precisamente instauración, es decir, que el tribunal tenía también aquí facultades, una vez cerrado el período de prueba, para, en vez de dictar la sentencia, declarar libremente que el asunto no resultaba suficientemente claro —*sibi non liquere*—, y por consiguiente, para ordenar que se practicasen nuevas pruebas— *amplius pronuntiare*. Se aplicaba la instauración en el procedimiento acusatorio introduciendo en ella diferentes modificaciones, de las cuales las que con mayor relieve se presentan a nuestra vista son las siguientes:

1ª La forma simple, y probablemente la originaria de la ampliación, se encuentra en los Consejos senatoriales restablecidos por Sila: una vez terminada la controversia en el juicio, los jurados procedían a la votación, y si esta era oral podían abstenerse, y si por escrito, echar una tabla en blanco; verificado el escrutinio, si no se hubiesen reunido bastantes votos, esto es, la mayoría, ni para absolver ni para condenar, se acudía a la ampliación.

2ª Según la ley de *repetundis* dada por los Gracos el año 631-123, el presidente del tribunal, una vez cerrada la discusión o controversia en el juicio, preguntaba a los jurados si se hallaban suficientemente informados; en caso de que contestaran negativamente más de una tercera parte de ellos, se procedía a la ampliación.

3ª Según la ley serviliana de *repetundis* dada el año 643-111, y también según las disposiciones que posteriormente regularon esta *quaestio*, era obligatorio discutir dos veces el proceso, de modo que una vez cerrado el período de prueba, se señalaba la segunda discusión para dos días después (*in diem tertium sive perendinum*). No sabemos si esta comperendinación se extendería también a otras *quaestiones*.

Por consecuencia de la ampliación o de la comperendinación, venía a resultar que el proceso instruido se sometía a dos o más períodos de prueba ante el mismo magistrado y los mismos jurados; cada período probatorio se designaba técnicamente con la palabra *actio*, añadiéndose la correspondiente cifra (*actio prima, actio secunda*). Como quiera que este sistema de sucesivos aplazamientos de la resolución del asunto podía alargar y alargaba a veces mucho la duración de las causas

(sabemos de una *de repetundis* que fue ampliada siete veces y no se falló hasta después del octavo período de prueba), hubo de ser necesario ponerle limitaciones legales. En la ley acilia *de repetundis*, de la cual poseemos algunas supervivencias, se permitía una primera ampliación, y aun cuando no se prohibió de un modo terminante y absoluto hacer uso de otras sucesivas, imponía esa ley multas a los jurados que hubiesen dado lugar a ellas. No tenemos ejemplo ninguno de los tiempos posteriores, en que se discutiera un asunto más de dos veces. Las leyes excepcionales dadas por Pompeyo en 702-52 prohibieron de una manera general la ampliación. En los tiempos del Principado no se pensó en emplearla cuando se trataba de causas senatoriales, y aun es posible que estuviese prohibido acudir a ella; en cambio, subsistió para las causas ante los jurados. Cuando era un juez único el encargado de fallar el asunto, cosa que vino a ser la regla general en el procedimiento penal de los tiempos posteriores, podía también, sin duda, admitirse que la prueba fuese completa o reforzada; mas es bien difícil que en el procedimiento acusatorio de épocas ulteriores y en el procedimiento por cognición se permitiera una ampliación propiamente dicha y una instauración formal de las causas.

El período de prueba, tanto si se tratara del primero como si se tratase de un segundo o ulterior concedido por virtud de la ampliación o de la comperendinación, comenzaba en el día fijado, con el llamamiento o citación de las partes y de los jurados. De los efectos que producía la no comparecencia de alguna parte (p. 218 y ss., 257 y ss.), o el hecho de que no se reuniera suficiente número de jurados (p. 257), nos hemos ocupado en el capítulo IV.

De la misma manera que en el procedimiento privado, en el penal público era también el actor el que por regla general comenzaba el procedimiento probatorio, mediante una acusación que abrazase los distintos cargos que hiciera al inculpado y una oposición correspondiente de este que comprendiera también todos los elementos constitutivos del hecho; luego se hacía la exposición de los medios de prueba, sobre todo de las declaraciones de los testigos, poniendo dichas pruebas ante la vista. La ley no preceptuaba que mediara plazo alguno entre la acusación y la defensa, y tampoco han llegado hasta nosotros sino vestigios sueltos de que el juez lo concediera por su voluntad. Pero también esta forma de proceder tuvo sus excepciones. En el proceso a que dio lugar la muerte de Clodio, una ley especial alteró el orden dicho; se comenzó por el examen de los testigos y luego siguieron la acusación y la defensa. En general, sin embargo, se podía prescindir de los discursos correspondientes y aducirse la prueba relativa a cada uno de los puntos en cuestión, siempre que el actor hubiera empezado por

hacer un breve discurso de introducción y obligado con ello a la brevedad también a la otra parte; en tal caso, el centro de gravedad de la controversia lo constituían las declaraciones de los testigos y las demás manifestaciones o particularidades relacionadas con ellas. Recomendábase el uso de semejante procedimiento sobre todo para las causas que comprendiesen varios delitos; estaba legalmente mandado que se empleara en el delito *de repetundis*, pero frecuentemente se empleaba también en otros. En los tiempos de la República y bajo los emperadores, este procedimiento, que en realidad era muy conveniente, se usó muchas veces con preferencia al usual.

Claro está que esto no le tenía cuenta a los abogados elocuentes. Sin duda alguna, las peroraciones iniciales de los mismos, encaminadas por su propia índole a orientar al tribunal, y las cuales precedían a la práctica de la prueba, anticipaban los resultados que de esta se esperaban, repitiéndolos por dos veces y aún más en caso de que hubiera de procederse a la ampliación, con lo que abusivamente se hablaba antes de tiempo del asunto principal, oscureciendo el verdadero procedimiento probatorio. Por tal motivo, la práctica de los tribunales procuró desde antiguo poner límites a aquellos discursos. El principal medio al efecto era la facultad que el tribunal tenía para señalar un tiempo máximo de duración así al discurso que apoyara la acción como al de la defensa, fin para el cual se colocaron posteriormente clepsidras en los locales donde se administraba la justicia. Este señalamiento de plazos lo tomaron las *quaestiones* del procedimiento privado. Dependía principalmente del arbitrio del tribunal, no habiéndose conocido en épocas posteriores preceptos legales que fijaran dicha duración máxima. En la legislación dada por Sila es cuando aparecen por vez primera disposiciones con semejante fin, disposiciones que se mantuvieron luego en vigor hasta bien entrado el Imperio; pero los tribunales, y sobre todo los que procedían libremente, sin atenerse a ley alguna, no estaban obligados a respetarlas de un modo absoluto. Más tarde volvió nuevamente a quedar esta materia entregada al arbitrio del tribunal. Las cifras que tocante al particular nos ha transmitido la tradición no son suficientes para poder sentar reglas generales; siempre, sin embargo, se señalaba un plazo que servía conjuntamente para la acusación y para la defensa, quedando luego confiado a la discreción de los abogados que intervinieran en la causa el repartírselo entre sí. No obstante este dique puesto por el tribunal o por la ley a la duración de los discursos, el abuso de la oratoria de los abogados, siguiendo el ejemplo de Grecia, perjudicó gravemente también a la administración de justicia romana, aumentando en un doble los abusos desde que, en los tiempos republicanos posteriores a Sila y en los dos primeros siglos

del Imperio, los discursos no políticos desempeñaron su papel aun en la literatura. A partir de la época de Severo, se puso fin a tal estado de cosas, pero ello no fue, seguramente, sino uno de tantos efectos de la decadencia general de las actividades del espíritu.

La práctica de la prueba, que comenzaba luego de haberse hecho constar a voz de pregonero la terminación de los discursos preliminares o introductorios, no incluía, como tampoco lo incluía la prueba de los pleitos privados, el examen o indagatoria del acusado, si bien no le estaba prohibido a este, como es natural, el que, ya en forma de autodefensa, ya interviniendo en la práctica de la prueba, asintiese o negase lo que le pareciera oportuno, sin que nadie le preguntara. Por el contrario, en el procedimiento penal donde no había acusador, así en el de los primitivos tiempos de la República como en el de los tiempos del Imperio, no había más remedio que hacer la indagatoria del procesado; en el procedimiento en que solo intervenía el magistrado se ha visto claramente esta particularidad, y lo mismo nos enseñan los pocos datos que poseemos respecto al procedimiento por cognición que tenía lugar ante los emperadores o ante los delegados de estos y ante los gobernadores de las provincias. En los tiempos posteriores es probable que la intervención que comenzó a tener el magistrado en la dirección de la causa, aun tratándose del procedimiento acusatorio, introdujera la posibilidad, dentro de ciertos límites, de hacer la indagatoria del acusado.

La práctica de la prueba no presenta particularidades características; en lo esencial era lo mismo que en el procedimiento civil ordinario.

El primer lugar dentro de ella correspondía al examen de los testigos libres. Este examen, que anunciaba el pregonero por medio de un llamamiento general, lo efectuaban las partes, o bien, como por lo regular acontecía, sus abogados; hasta la época del Principado no encontramos que este examen lo verificara también el magistrado (p. 271). Los testigos no debían hablar cuando no se les preguntase. Quien ante todo y primeramente les interrogaba era la parte que les había presentado, pero la parte contraria tenía siempre derecho a interrogarles a su vez. Este examen tomaba frecuentemente la forma de lucha (*altercatio*) entre los abogados de las dos partes; es decir, era un examen cruzado o alternativo. El presidente debía evitar en lo posible toda inconveniencia, así en la pregunta como en la contestación. Se comenzaba por examinar a los testigos del actor, siguiendo luego el examen de los que hubiese presentado el demandado; por lo demás, el mismo que los presentaba era quien establecía el orden con que habían de ser examinados. Cada uno de los testigos iba siendo llamado al tribunal por el pregonero o alguacil, y una vez que prestaba juramento de decir verdad,

se le tomaba declaración. Era usual no hablar en estos casos de lo que se sabía (*scire*), sino de lo que a uno le parecía (*arbitrari*). El pregonero anunciaba la terminación del examen de testigos. En los tiempos del Principado, en lugar de este procedimiento, encontramos que en los mismos discursos de las partes se alegaban las manifestaciones de los testigos.

De un modo esencialmente análogo se obtenía el cuasitestimonio de los hombre no libres. También aquí se procedía a tomar las declaraciones después que las partes hubieran hablado, en el lugar mismo del suplicio o poco lejos de él, en un local adecuado para el tormento, en presencia del tribunal, de las partes y de los abogados o procuradores de estos. Respecto de la manera de preguntarles y contrapreguntarles, valen las reglas expuestas para el examen de testigos en general.

Los documentos probatorios los presentaban personalmente, al menos con frecuencia, las personas que hubieran tomado parte en su formación, y por tanto, formaban serie con la prueba testifical. Al restante material probatorio escrito, a cuya categoría pertenecían las declaraciones que extrajudicialmente hubieran prestado los individuos, tanto los libres como los no libres, y que hubieran sido reducidas a escrito, parece que se les reservaba el último lugar en la alegación de la prueba, a no ser que, como acontecía la mayor parte de las veces, las partes los leyeran durante sus discursos; en algunas ocasiones, se les presentaban a los jurados mismos.

El derecho no señalaba un plazo máximo general para el procedimiento probatorio; sin embargo, a veces, las leyes especiales que se daban para causas concretas suplían este vacío, como lo hizo la ley pompeya respecto de la causa formada a consecuencia del asesinato de Clodio, o bien el tribunal mismo acordaba fijar dicho plazo máximo, cual aconteció en el proceso por la muerte de Germánico.

Por regla general, en el procedimiento romano no se concedía a las partes el derecho de pronunciar discursos finales o de conclusiones; ya hemos dicho, no obstante, que, por disposición legal, en la especial *quaestio* sustanciada por causa del asesinato de Clodio, las partes pronunciaron sus discursos después de practicada la prueba (p. 273 y 275): La reunión del material de la prueba y de la contraprueba, reunión de que no podía fácilmente prescindirse en el procedimiento penal, y que tenía que preceder a la práctica probatoria en vez de seguirla, dificultaba en alto grado la marcha de la administración de justicia; a esta causa es, a no dudarlo, a lo que se debe atribuir que, generalmente, se permitiese repetir la práctica de prueba en el período de ampliación y que hasta se hallara en parte prescrito que se practicara en forma de comperendinación. Pues aunque siempre que se verificara

controversia se repetía el procedimiento probatorio, sin embargo, las pruebas aducidas al realizarse una discusión anterior se englobaban con las propuestas posteriormente, con lo que se hacía posible que las partes confirmaran o modificaran en el segundo juicio el material probatorio aducido para el primero, y que en sus discursos del juicio segundo presentaran ante los jurados una exposición clara y convincente del hecho apoyándose en el material de referencia.

Los procesos, con los discursos de las partes y la prueba, y sin contar con la instauración, se llevaban frecuentemente varios días; en este caso, el presidente levantaba la sesión y señalaba la siguiente para el primer día útil.

CAPÍTULO VII

LA SENTENCIA

Tenemos que ocuparnos de la sentencia, ya bajo el respecto material o de su contenido, supuesto que la misma dependía de la apreciación que el tribunal sentenciador hiciese del material probatorio aducido en el juicio, ya bajo el respecto formal, o sea de la manera como el tribunal sentenciador había de dar expresión jurídicamente válida a la convicción formada.

La convicción, que no podía menos de existir en el juez, tanto si fuera uno solo como si fueran varios los llamados a juzgar, so pena de que su sentencia fuera injustificada, referíase a los elementos esenciales del delito en cuestión, a la determinación de la capacidad del sujeto para delinquir, a la voluntad delictuosa y al hecho delictivo mismo. Si en caso de hallarse demostrada la existencia del hecho delictuoso, el juez consideraba moralmente inculpable a quien lo hubiera ejecutado, no debía dar sentencia; sin embargo, esta exigencia, tan en armonía con la índole del procedimiento jurídico, solo de un modo incompleto fue reconocida y respetada por los romanos, puesto que aquellos poderes que se hallaban sobre las leyes, a saber: tanto el ciudadano que daba un voto en el procedimiento de la provocación, dado caso que los Comicios eran soberanos, como el senador, que no estaba ligado por las leyes, como el emperador, a la vez que tenían facultades para crear derecho, las tenían también para conceder indulto, y por consiguiente, aquí no era necesario que la condena fuese precedida de la convicción de haberse cometido delito. Cuando el juzgador no llegase a obtener semejante convicción merced a la prueba aducida, debía proceder a la absolución, tanto si estuviese convencido de la inculpabilidad del supuesto reo, como si el estado de su ánimo fuera únicamente el de no haberse penetrado de que era culpable.

Según ya se ha dicho (p. 259), la convicción que debía determinar al juez a condenar era la histórica, la cual no excluye el error, aun después de un examen concienzudo. Los romanos se dieron cuenta

bien clara de esta inevitable falibilidad de los juicios, como lo demuestra el que la fórmula de las preguntas a los testigos se refería siempre a la opinión de los mismos (*arbitrari*) (p. 276), y la fórmula de la sentencia a las apariencias (*videri*) (p. 285). La legislación romana no se propuso resolver la cuestión tocante a la manera como el juez hubiera de llegar a convencerse de la culpabilidad del acusado; lo que en las fuentes encontramos respecto del particular, no son tanto preceptos legales positivos como reflexiones de la inteligencia práctica de los hombres, tan evidentes en principio como difíciles y complicadas en su aplicación. Y no podía ser de otra manera, pues conforme queda ya advertido (p. 259), asentándose el derecho penal sobre bases éticas, quedaba muy limitado espacio para las formas positivas y legalmente prescritas de las pruebas. La tradición tampoco nos ha transmitido una concepción suficientemente amplia conforme a la cual se aplicase en la práctica el derecho penal. Expondremos lo poco que respecto al asunto nos parece digno de mención.

Al declarar el acusado que no era culpable, solo se ponía legalmente esta cuestión: hasta qué punto podía hacerse extensivo al procedimiento penal, mediante la delación y la relación del juramento, el procedimiento suplementario permitido por el derecho civil, especialmente cuando el acusado exigía que el actor prestara juramento de purgación, haciendo depender de esta delación de juramento el que se diera o no se diera curso a la demanda. No sucedía así en las causas capitales, pero en cambio acontecía en los procesos penales por distracción de fondos, sobre lo cual hay también que referirse, en general, al procedimiento civil. Pero la prestación del juramento de purgación en el delito propio se consideraba como inmoral, y por eso estaba prohibida. El negarse a prestarlo debió equipararse, por lo menos en determinadas circunstancias, a la condena, incluso en las consecuencias que esta producía respecto del honor. Las fuentes no nos dicen en parte alguna que el juez exigiera el juramento de purgación.

Por el contrario, no era, en general, necesario, desde el punto de vista jurídico, para proceder a la condena, que el inculpado confesara haber cometido el hecho que se le imputaba y merecer la pena correspondiente; solo en los casos de homicidio de parientes, debía condenarse al reo sin más prueba que la confesión prestada por él mismo. Sin embargo, el juez que hubiera de sentenciar debía tener en cuenta, en primer término, la confesión del acusado; y si bien los juristas romanos no desconocieron en modo alguno la posibilidad de que la confesión no fuera expresión de la verdad, sobre todo cuando hubiese sido arrancada por el tormento, sin embargo, la regla general era que

la misma llevase consigo una sentencia condenatoria, y una sentencia condenatoria ejecutiva.

En los delitos de intención, la confesión del reo hacía inútil en lo esencial la prosecución del juicio, bastando con ella para proceder desde luego a dar sentencia definitiva. Como en estos casos podía ser anulada la confesión por una retractación, se concedía al confeso un plazo de treinta días en determinadas circunstancias para que reflexionase y pudiera retractarse si lo creía conveniente.

Según el sistema romano, se equiparaban a los confesos los individuos siguientes:

1º Aquellos que eran cogidos *infraganti* en la comisión de un crimen castigado con la muerte o con la deportación.

2º Aquellos que hallándose acusados de un crimen castigado con la muerte o con la deportación, se quitaban la vida.

3º Aquellos que estando pendientes de una acusación capital tratasen de corromper a su acusador.

Las declaraciones o manifestaciones hechas por terceras personas habían de apreciarse teniendo en cuenta la persona del declarante, la forma de hacer la afirmación, el número de los que la hacían y el contenido de esta. Todos estos puntos de consideración eran propios del procedimiento civil, pero resaltan más vigorosamente en el penal, y los jurisconsultos romanos se ocupan de los testigos en el derecho criminal con preferencia al derecho civil.

Por lo que a la persona del declarante concierne, el testimonio de un esclavo tenía, en general, menos valor que el de un libre, y solo debía acudirse a él cuando fuera absolutamente indispensable. Respecto del testimonio de los hombres libres, ya se ha dicho (p. 261) que a las personas infamadas no se les permitía jamás prestar testimonio público. En general, era preciso tomar en consideración tanto la posición social del testigo como sus relaciones personales con el inculpado. Los testigos que no ofrecieran seguridades de veracidad no debían ser interrogados, en cuanto fuese posible.

Ya hemos dicho en el capítulo anterior (p. 265) que, por razón de la forma, se hallaba prescrito que los testimonios a que hubiera de darse entero valor tenían que ser tomados judicialmente, y que si las demás manifestaciones o declaraciones, las hechas extrajudicialmente, no debían rechazarse, sin embargo, el valor que hubiera de dárseles era menor que el de las anteriores, por cuanto no iban acompañadas de juramento y además carecían de oportunidad.

Tan llano es que las declaraciones contestes de varios testigos eran el medio más a propósito para producir prueba plena, como que

la prestada por solo un testigo no había de ser considerada como sospechosa sin más razón que la de estar sola; los abogados, no obstante, alegaron con frecuencia semejante tesis, tesis que también fue elevada a precepto legal en las disposiciones de tiempos posteriores, redactadas con poco cuidado.

Tocante al contenido de las declaraciones testificales, nosotros no debemos examinar aquí la regla, de suyo evidente, según la cual ese testimonio había de tener importancia para la cuestión de hecho, más que en relación a las dos categorías de testigos de oídas y de testigos del carácter. Los primeros eran recusados, porque el haber oído referir un hecho no prueba de ninguna manera que el hecho haya tenido lugar; sin embargo, la práctica no debió desconocer que semejante testimonio no era de despreciar en absoluto. El juez no podía prescindir de las declaraciones que se referían únicamente al carácter del inculpado, pues su misión ética le llevaba a poner en claro en el mayor grado posible los elementos psicológicos que hubieran intervenido en el delito; con todo, debía ser prudente y parco en hacer uso de las conclusiones que se derivaran de tales testimonios. Son de mencionar aquí, por el abuso que de ellas se hizo, aquellas declaraciones que permitió la justicia romana de los últimos tiempos de la República y las cuales tenían por objeto alabar el carácter del acusado (*laudatio*). Sobre todo en los procesos seguidos a los funcionarios provinciales por distracción de fondos o rendición de cuentas, nunca dejaba la defensa de alegar, en beneficio de la honra del acusado, el testimonio del mayor número posible de municipios pertenecientes a la provincia perjudicada, testimonios que por regla general se presentaban en el período de prueba de la causa mediante emisarios propios enviados por los municipios. Además, cada vez fue extendiéndose y arraigando más la costumbre de que algún influyente personaje político manifestase ante el tribunal, si no podía ser de otro modo por escrito (p. 265 y 266), pero siempre que fuera posible verbalmente, compareciendo entre los testigos propuestos por la defensa, su opinión favorable al acusado. En las leyes excepcionales dadas por POMPEYO el año 702-52 de la fundación de Roma, quedó excluída por medio de una cláusula especial esta clase de testigos; en general continuaron admitiéndose, pero durante el Principado se economizó prudencialmente su uso.

La llamada prueba de indicios, es decir, la posibilidad de que el tribunal se convenciera de la culpabilidad de algún individuo a falta de confesión del mismo y a falta también del testimonio de testigos de vista, no estaba ciertamente reconocida en principio por el derecho romano, pero es indudable que la práctica la admitía, como lo es asimis-

mo que la índole entera de ella era favorable a tal admisión, de suerte que no hay necesidad de hacer demostración alguna tocante al asunto.

Legalmente, una vez terminado el período contradictorio, se procedía a pedir «consejo» (*consilium*) acerca del fallo que debía recaer; en el juicio por jurados, la petición o provocación del consejo se llamaba «enviar a consejo» (*in consilium mittere*), y la celebración del mismo «ir a consejo» (*in consilium ire*). Semejante formalidad se cumplía realmente en aquellos casos en que era un juez único el que había de resolver el negocio, es decir, en el procedimiento criminal en que intervenía solamente el magistrado y en el procedimiento civil en que solo intervenía un jurado; pues ni en el primer caso ni en el segundo, el juez único que hubiera de sentenciar podía jamás prescindir de interrogar a los consejeros que regularmente se le daban, ni estos de emitir alguna opinión, fuese la que fuese, si bien es probable que el respeto al principio de la publicidad de las actuaciones judiciales llevara a hacer que ciertas instituciones especiales fueran usadas para este fin, sobre todo la retirada de los que tomaban parte en el consejo para deliberar en sitio no público, y por eso apenas se habla de este procedimiento. Por el contrario, cuando el tribunal sentenciador fuera colegiado, como el presidente del mismo no votaba, o si votaba su voto no tenía más valor que el de otro cualquiera de los demás jueces, era inadmisibile un consejo propiamente tal. Eran posibles dictámenes opuestos sobre la sentencia que había de darse, y aun en las causas por recuperadores podían tener lugar. Pero no se admitía consejo en el juicio por jurados presidido por un magistrado; la denominación de *consilium* dada al mismo no era otra cosa que una reminiscencia del origen que había tenido la institución en el procedimiento privado, con su juez único y sus consejeros adjuntos (p. 145). El temor de que el injustificado influjo de uno solo pudiera mermar la independencia de la institución del jurado, fue causa de que semejantes consejos colectivos quedaran olvidados, acaso por disposición legal, pero desde luego sí de hecho, y de que al terminar las discusiones en el juicio y quedar este preparado para sentencia, se procediera, en realidad, inmediatamente a votar esta última, aunque empleando para ello la fórmula «envíese a consejo».

De la reunión del tribunal hemos tratado en el libro precedente. Para que el tribunal colegiado pudiera sentenciar (p. 145), probablemente era necesaria la presencia de cierto número de jurados como mínimo; los ausentes podían ser llamados por mandato del magistrado siempre que el llamamiento fuera factible y el presidente se prestase a ello. Ya hemos dicho (p. 272 y siguientes) que según muchas disposiciones, lo primero que se debía votar era si el asunto estaba sufi-

cientemente discutido y aclarado para poder dar la sentencia, o si aún debía procurarse aclararlo más; cuando la ley lo prescribiera así y la mayoría de los juzgadores dijera que el asunto estaba ya suficientemente claro, los otros jurados que hubiesen votado lo contrario se retiraban.

La votación podía efectuarse verbalmente, y en este caso la suerte era la que determinaba el orden en que debían darse los votos, o por medio de tablas escritas, en cuyo caso el orden de la votación era indiferente. Quizás ya la ley calpurnia *de repetundis* concediese al acusado el derecho de elegir entre ambas formas de votar; desde luego, es seguro que tal elección le fue reconocida por la legislación de Sila; el sistema legal de los Gracos, y así bien el de la ley aurelia, prescribieron como regla general para los tribunales de caballeros la votación secreta, y cada uno de los jurados tenía que comprometerse ante el tribunal y bajo juramento a guardar el secreto, lo mismo del voto que él hubiera dado que del que hubieran dado los demás. Esto mismo subsistió también durante el Principado mientras continuaron existiendo los tribunales del jurado; únicamente en tiempo de Augusto se prohibió hacer uso de la votación secreta para votar las sentencias de los procesados en rebeldía. Para verificar la votación secreta, se hacía uso de una urna, y según el sistema procesal de la ley aurelia, que prescribía la división de los jurados por clases (p. 143), con objeto de poder fiscalizar sobre todo la conducta de los senadores en los distintos procesos, se empleaba una urna especial para cada una de las tres clases: en un principio parece que esto quedaba al arbitrio del presidente del tribunal, pero desde el año 695-59 de la ciudad se prescribió por disposición legal. Además, para dicha votación secreta se distribuían entre los jurados tablas de votar con cubiertas de cera, las cuales tenían por un lado la letra *a* (*absolvo*), y sobre el otro la letra *c* (*condemno*), encargándoles que después de deshacer una de estas letras echaran en la urna la tabla con la otra letra, ocultándola.

Concluída la votación, uno de los jurados, designado al efecto por la suerte, leía las tablitas, entregándoselas luego, a medida que iba leyéndolas, al jurado inmediato a él; las tablas inútiles se cantaban de este modo: «voto nulo». Terminada esta operación, el presidente procedía al recuento de los votos válidos. Para que la sentencia fuese condenatoria, se requería la mayoría de los votos emitidos; no se encuentra mención alguna de que fuera indispensable la mayoría absoluta de votos de los jurados llamados, o de que se exigiera simplemente la mayoría relativa. En la época del Principado se concedió al emperador la facultad extraordinaria de dar en todo *iudicium publicum*, si le parecía conveniente, un voto absolutorio, dando con ello fin al asunto.

En el juicio por jurados, lo mismo que en el procedimiento civil, la sentencia se limitaba materialmente a afirmar o negar que el procesado había cometido el delito determinado en la ley aplicable al juicio de que se tratara. Con esto quedaba terminada la misión de los jurados, supuesto que las consecuencias jurídicas del delito únicamente de la ley había que derivarlas, como sucedía por lo que se refiere a la aplicación de la pena de muerte, a la de todas las penas de privación de libertad, a la de confiscación total o parcial de los bienes, y por lo general en todos los casos. En el sistema de los *iudicia publica*, tomado al riguroso derecho privado, no había posibilidad de graduar ni modificar estas penas, como se graduaban y modificaban, hasta con exageración, en otros sistemas, sobre todo en el procedimiento penal tribunicio de la época antigua. Pero cuando solamente se establecía de una manera general —contestando afirmativamente a la pregunta tocante a la culpabilidad— la obligación de recompensar o satisfacer, como acontecía en los casos *de repetundis* y *de peculado*, los jurados tenían que determinar, por medio de un segundo procedimiento, la cuantía del negocio (*litis* o *litum aestimatio*), es decir, la suma que el condenado había de pagar por el delito o los delitos que en el primer juicio se le habían atribuido. Sin embargo, aun en casos tales, la primera sentencia era la considerada como condena.

Cuando dejó de emplearse el juicio por jurados, la sentencia en el procedimiento acusatorio la daba únicamente el magistrado, que es lo que acontecía siempre en el procedimiento por cognición. En los casos en que la sentencia necesitara confirmación, cosa frecuente en la época del Principado (p. 188), era preciso, antes de ejecutarla, esperar dicha confirmación; pero aunque se pudiese apelar de la sentencia, eso no alteraba en nada la sentencia misma. Cuando en el procedimiento acusatorio era el magistrado quien condenaba, su sentencia había de guardar las mismas formalidades que tenía que revestir en el procedimiento por cognición, siendo la única parte de este último procedimiento sujeta a regulación legal, pues la cognición era en todo, menos en la sentencia, un procedimiento exento de solemnidades impuestas por la ley. El principal fundamento de ello era que, abstracción hecha de los asuntos penales de pequeña importancia, el magistrado mismo tenía que dar a conocer la sentencia en el tribunal, notificándola verbalmente en la época de la República y dando lectura de ella durante el Principado, pues tanto la no escrita y puramente notificada como la escrita y no leída, se consideraban como nulas; por eso había que prevenir toda posterior alteración del fallo.

Hay que tener en cuenta también, tocante a la sentencia, los siguientes puntos:

1º La sentencia se formulaba, ora como una manifestación hecha por el magistrado y dirigida por regla general al acusado, ora de un modo impersonal y objetivo, debiendo advertirse que la primera forma correspondería a las discusiones anteriores a la lectura, y la segunda sería la fórmula del concepto del delito.

2º La sentencia hablaría regularmente tanto del delito como de la pena impuesta por el mismo; por lo que al delito se refiere, es de advertir que, cuando menos en los primeros tiempos, se haría uso de una redacción que se refiriese a la prueba legal o histórica de la verdad, diciendo que «parecía» que el inculpado había cometido el delito que se le atribuía. En el fallo del magistrado era permitido, aunque no necesario, exponer los fundamentos de la resolución adoptada; en el de los jurados no se consentía alegar tales fundamentos.

3º Hasta los tiempos posteriores, estuvo mandado que la redacción de la sentencia se hiciese en lengua latina.

4º Si la sentencia se daba de acuerdo con el dictamen del *consilium*, caso que acontecía por regla general, esta circunstancia se hacía constar en la primera sentencia.

5º Aun cuando no estaba prescrito por la ley que la sentencia se redactase por la propia mano del que la dictaba, parece que lo usual era que así se hiciese.

De la protocolización de la sentencia tratamos en el último capítulo de este libro.

La sentencia ponía fin a la causa, tanto a la seguida por el procedimiento en que solo intervenía el magistrado o por el en que intervenían el magistrado y los Comicios, como a la sustanciada por el procedimiento de la cognición. En el procedimiento en que solo intervenía el magistrado, quizá pudiera deducirse de su esencia de procedimiento público la posibilidad de volver a hacerse cargo de la misma inculpación para el fin de modificar la pena, pues a las relaciones de la comunidad con el individuo no puede referirse el concepto privado que revestía el fallo; sin embargo, no hay duda de que semejante revisión se consideró desde bien pronto como indamisible.

Los Comicios podían acordar la no aplicación de una sentencia penal, y este acuerdo tenía el valor de una ley y era inatacable. Por el contrario, en el procedimiento por cognición, tanto en la época de la República como en la del Imperio, la absolución del procesado tenía lugar por la simple liberación del mismo. Era, por tanto, la absolución una mera suspensión del procedimiento, y así como no existía un concepto fijo de la terminación definitiva de las causas, de manera que no pudiesen volver a abrirse, tampoco se daba una forma jurídica

mediante la cual se consiguiera impedir absolutamente que volviera a instruirse sumario por alguna de estas. También aquí se haría uso frecuentemente de la equidad, pero lo cierto es que no había obstáculo alguno que impidiera renovar los procesos. La irreformabilidad del fallo, desconocida del antiguo derecho penal, encontró su base en la naturaleza del juicio arbitral, y, por consiguiente, fue desde antiguo propia del procedimiento privado. Con el juicio por jurados de este procedimiento, pasó luego dicha irreformabilidad a las *quaestiones*; una de las más importantes ventajas que el procedimiento penal público de los tiempos posteriores tenía sobre el antiguo, consistía en reconocer el primero y no el segundo la fuerza ejecutiva de los fallos. En la ley *de repetundis* que ha llegado hasta nosotros, y sin duda también en todas las leyes especiales análogas, se dice de una manera expresa que la sentencia que se hubiera dado se daba de una vez para siempre, teniendo, por lo tanto, valor definitivo, y que ninguno que hubiera sido condenado en virtud de la dicha ley podía volver a ser llevado de nuevo ante el mismo tribunal a causa del mismo hecho. Este principio de la irreformabilidad de la sentencia fue absoluta y firmemente respetado durante la República y durante el Principado; en tiempos de este último llegó hasta a admitirse tal irreformabilidad, aun en el caso de que se evidenciara que el fallo se había dado fundándose en motivos erróneos o con infracción de preceptos legales. De los casos excepcionales en que procedía la casación judicial de una sentencia por haberse dado subrepticamente o en virtud de coacción, y de aquellos otros en que procedía la intervención legislativa para reponer las cosas al estado en que se hallaban anteriormente, trataremos en el capítulo IX; lo cual no nos impide manifestar ahora que la irreformabilidad de los fallos, así de los justos como de los injustos, irreformabilidad que constituye el sostén de todo Estado organizado conforme al derecho, una vez que fue introducida en el derecho penal, se conservó en Roma por todo el tiempo que este pueblo tuvo existencia.

De la ejecución de las sentencias nos ocuparemos en el libro V, al hablar de las penas.

CAPÍTULO VIII

OBSTÁCULOS AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL O A LA EJECUCIÓN DE LA PENA

El curso de la acción penal, de que hemos tratado en los anteriores capítulos, podía ser estorbado o perturbado de diferentes modos, como igualmente podía serlo la ejecución de la pena impuesta. Parece conveniente hacer aquí una exposición compendiosa de esta materia en aquella parte que no podía tener cabida en los capítulos anteriores, o sea en aquella parte que constituye doctrina general, no obstante la gran diversidad que en la misma se encuentra.

Los puntos que vamos a estudiar son los siguientes:

- 1º Extinción de la acción penal pendiente (*abolitio*).
- 2º Exenciones personales de la persecución penal.
- 3º El derecho de asilo.
- 4º La intercesión y la apelación de la época republicana.
- 5º La apelación de la época imperial.
- 6º La gracia con suspensión de la eficacia jurídica de la sentencia penal, o sea la provocación a los Comicios.
- 7º La provocación al jefe militar.
- 8º La reposición de las cosas a su anterior estado.
- 9º La prescripción de la acción penal y del delito.

I.—*Extinción de la acción penal pendiente (abolitio).*

El procedimiento penal ya comenzado ante un tribunal podía no seguir adelante, bien por la muerte o la cesación en su cargo de un representante de la comunidad, bien por la separación del mismo del proceso, bien porque la ley mandase dejar sin efecto la causa incoada.

1º El procedimiento penal en que intervenía el magistrado estaba en íntima relación con el cargo de este, así como el acusatorio lo

estaba con el mandato personal conferido por la comunidad; por consiguiente, el primer procedimiento quedaba sin efecto cuando el juez que entendía en el mismo moría o cesaba en su cargo estando pendiente la causa, y el segundo no seguía adelante cuando el actor moría antes de terminarse esta: en este último caso, el nombre del acusado se borraba de la lista de demandas por ministerio de la ley (*abolitio ex lege*). Para el caso de que muriese o cesara en su cargo el pretor ante quien se hubiera interpuesto una acusación, cláusulas especiales introducidas probablemente en todas las leyes especiales referentes a los asuntos discutidos disponían que estos pasaran al conocimiento de la persona que le sucediera en el cargo, y que el correspondiente *consilium* siguiera en pie (p. 142). Por lo tanto, no había obstáculo de ningún género para que el proceso interrumpido por las causas mencionadas se reanudara, puesto que la acusación no había dado por resultado la absolución del acusado.

2º Los correspondientes funcionarios podían, en todo caso, abandonar el procedimiento de la época de la República en que intervenía solo el magistrado, y aquel en que intervenían el magistrado y los Comicios, así como también podían suspender el procedimiento por cognición de la época del Imperio, a no ser que hubiese disposiciones especiales que lo impidieran. Por el contrario, el tribunal ante quien se hubiera llevado un proceso acusatorio no podía abandonarlo después de incoado, como tampoco podía negarse a admitir la acusación; de igual manera que no podía tampoco rehusar la admisión de un pleito privado. Sin embargo, según el sistema primitivo, así como el actor estaba autorizado para no interponer la acción (p. 229), así también podía desistir en cualquier momento de la acción interpuesta, igual que sucedía con el magistrado en el procedimiento penal antiguo, sin que tal desistimiento le originase una responsabilidad especial. Pero esto fue modificado por el senado-consulta turpilio del año 61 después de Jesucristo, según se dirá cuando tratemos de las penas a que se exponían los acusadores. Según dicho senado-consulta, cuando el acusador quisiera desistir de la acusación, tenía que justificar ante el tribunal semejante desistimiento, siendo de advertir que también al acusado se le oía en estos casos, y en ciertas circunstancias era permitido extinguir la acción, lo cual se llamaba *abolitio privata*; o bien el propio actor no justificaba su desistimiento, incurriendo por ello en pena, y en tal caso, claro está que siempre quedaba la acción extinguida. A lo que parece, la acción de calumnia suponía en todo caso la absolución formal del acusado; pero este podía rechazar, cuando menos según el derecho de los tiempos posteriores, la abolición que el demandante pretendía, y pedir que continuara el proceso; en tal caso, una vez que

se le absolviese, entablada dicha acción de calumnia. Nada impedía que un tercero reprodujese por su cuenta la acusación; a quien no se le permitía reproducirla era al acusador que ya antes hubiera sido rechazado.

3º Únicamente por vía legislativa era posible anular la acusación ya interpuesta, y que nosotros sepamos, nunca tuvo lugar semejante anulación en la época republicana. Durante el Principado, solamente en los primeros tiempos del mismo se hizo uso de ella en algunos casos, ya para dar algún fin a la prolongación desmesurada de los procesos, ya por el abuso que se hacía del derecho de acusar. Pero desde fines del siglo I aparece como un acto legislativo especial, realizado preferentemente por medio de senado-consultos, aunque también por medio de constituciones imperiales, la «anulación general», *abolitio publica*, motivada en un principio por especiales acontecimientos felices, y luego regularmente por el aumento de las fiestas o pascuas anuales. Estas disposiciones prescribían a los tribunales que salvo ciertas excepciones especificadas en cada una de las leyes singulares, y a cuyo número pertenecían de un modo regular las causas capitales, considerasen como no incoados los procesos pendientes, cosa que no solo favorecía al procesado, sino también al actor mismo, dadas las estrictas obligaciones que este contraía. No obstante, al actor le quedaba siempre libre la facultad de repetir dentro de los treinta días, el proceso incoado antes.

II.—*Exenciones personales de la persecución penal.*

El eximir *ipso jure* a alguna persona de la responsabilidad contraída legalmente por un delito era una infracción del orden jurídico, mayor aún que la exención de pena concedida después de recaída sentencia condenatoria al autor de un hecho punible; pues ni moral ni políticamente debía tener lugar el perdón antes de demostrarse la culpabilidad, sino después de demostrada. De hecho, los romanos, solo en proporción muy limitada, hicieron uso del tal abandono del proceso penal. Lo que sobre el particular encontramos se refiere principalmente a la situación jurídica excepcional de los embajadores y enviados. Según el antiguo derecho personal, el hecho de pertenecer un individuo a una nación que se hallase en guerra con Roma era considerado jurídicamente lo mismo que un crimen capital; la costumbre primitiva, sin embargo, exceptuaba de esta regla a los embajadores de los Estados. Pero por la palabra de fidelidad del magistrado romano (*fides publica*) podía concederse también una protección jurídica, cuando menos pa-

recida a esta, a todo extranjero que estuviese sometido al derecho de la guerra. Un plebiscito vino a reforzar tal costumbre con respecto al rey Yugurta, estando en guerra con Roma; se pidió su testimonio contra los *optimates* romanos acusados de traidores a la patria, y a él y a su séquito se les consintió entrar libres en la ciudad.

En los casos de conmociones interiores y de guerras civiles, se concedían también exenciones excepcionales de persecución penal. El derecho consideraba lo mismo que al enemigo de la patria al ciudadano sublevado, sobre todo cuando se alzaba o se hubiera alzado en armas contra la autoridad legítima; sin embargo, frecuentemente el orden jurídico era inaplicable en estos casos, y los sublevados quedaban libres de proceso merced a un acto político. El derecho exigía para esto un acuerdo del pueblo, o por lo menos, no bastaba para el caso con la simple palabra de fidelidad del magistrado. Si en la época de transición de la República al Imperio semejantes concesiones se hacían por el Senado, ello no significaba otra cosa sino una aplicación del derecho de soberanía que entonces había este último tomado en sus manos. La estabilidad relativa del orden jurídico romano se reconoce claramente no solo en el hecho de que se registran muy pocos actos de esta naturaleza en los anales de aquel pueblo, sino también y principalmente en el de que en Roma no existía una denominación fija para designarlos. La *ἀμνηστία* o la *ἄδεια* son conceptos jurídicos griegos; los romanos no carecieron completamente de la cosa, pero sí en absoluto de una palabra para designarla técnicamente.

En el capítulo x, al tratar de las recompensas otorgadas a los denunciadores, nos ocuparemos de otra clase de inmunidad penal excepcional, que a veces se concedía en casos de denuncia de delitos peligrosos.

En la tradición romana forma una cosa enteramente aislada la idea de que después de la batalla de Cannas se concedió a los autores de crímenes capitales el derecho de entrar a formar parte del ejército de los ciudadanos, quedando por este hecho exentos de la pena correspondiente

III.— *El derecho de asilo*

El derecho romano conoció la paz de los templos, o sea una inviolabilidad especial reconocida a la casa de Dios y a todo lo que en ella se encontrase; así se desprende de la circunstancia por virtud de la cual el robo de los templos, el *sacrilegium*, estaba conminado con mayor pena que el de las casas particulares y el de las casas de la comunidad. Sin embargo, la extensión de esta *ἀσυλία* a la protec-

ción de la persona ante la potestad penal, es decir, la no permisión de detener a un inculpado mientras permaneciese en lugar sagrado, fue un abuso provocado por la constante inseguridad jurídica de la policía griega, abuso en que no incurrió la República romana. Ciertamente, la leyenda de Rómulo exige un asilo de ladrones, y los conocedores de la topografía localizan dicho asilo en el Capitolio «entre las dos colinas», dándole el nombre griego de *ἄσυλον*; pero esto no tiene nada que ver con el orden jurídico, tanto menos cuanto que, cerrando el «asilo», lo que se buscó fue que ningún malvado pudiera librarse de caer en manos de la justicia amparándose en la leyenda del origen, que había venido a adquirir gran honor. Tampoco nos asegura la tradición que se aplicara en realidad nunca el precepto del antiguo derecho religioso, precepto afín del anterior, y según el cual, cuando un delincuente conducido al suplicio encontrase por casualidad en su camino a una sacerdotisa de Vesta, no se ejecutaba la pena de muerte; era preciso probar con juramento que el encuentro no había sido preparado.

En los tiempos posteriores, vencido el régimen republicano, se toleró en la mitad oriental del Reino el derecho griego de asilo, con otras instituciones extranjeras, derecho que luego en la época del Imperio hubo de ser sumamente limitado en sus aplicaciones, o más bien, abolido de hecho.

Pero, por otra parte, el derecho de asilo adquirió en Roma, y en general en todo el Reino, cierto valor con la Monarquía y con el culto al emperador que la misma trajo consigo. Al hacer la consagración del primero de semejantes templos, que fue el santuario dedicado en Roma, el año 712-42, al consagrado dictador César, se concedió a dicho templo, de una manera expresa, el derecho de asilo, invocando para ello la leyenda de Rómulo; durante la Monarquía, no solo disfrutaron de este derecho todos los templos dedicados a emperadores, sino también todas las estatutas de estos, sobre todo las del emperador reinante, pues aunque la concepción del mismo como una divinidad viviente no llegó a entrar en el patrimonio mental del vulgo, era, sin embargo, más o menos admitida y común entre los juristas de esta época. Pero mientras que la pretensión de que todo el que llevara consigo una imagen del soberano podía hacer impunemente lo que le pluguiera, hubo de alegarse en verdad algunas veces, mas no fue reconocida jamás; en cambio, el buscar amparo en alguna efigie imperial se consideraba por lo menos como un acto por el cual se demandaba auxilio al poder público. Con respecto a los hombres libres, este acto no producía efectos propiamente jurídicos en los primeros tiempos; una constitución imperial del año 386 fue la que, por vez primera, concedió al que invocara protección un plazo de diez días para solicitar el auxilio de la auto-

ridad, aunque al mismo tiempo conminó con pena el abusar de esa solicitud. Para quienes en un principio y con toda amplitud se empleaba la protección de referencia, era para los esclavos; la legalidad oficial vino a encontrarse con las tendencias humanitarias de la época a restringir el capricho de los señores de esclavos, por lo que se introdujo la costumbre, según la cual, cuando un esclavo, huyendo de los abusos o malos tratamientos de su señor, se refugiase en un santuario imperial, las autoridades, lo mismo las de la capital que las municipales, quedasen obligadas a conceder al esclavo fugitivo una protección extraordinaria, que solo los no libres podían invocar, a oír las quejas del mismo, y cuando lo estimaran oportuno, a obligar por fuerza al señor a que enajenase al esclavo.

Cuando el cristianismo fue oficialmente reconocido, los templos del Dios de esta fe pretendieron gozar del derecho de asilo con la misma extensión con que lo habían poseído antes los templos griegos, pero sin que por esto quisieran proscribir desde luego al Estado; sin embargo, después que el cristianismo fue declarado religión del Estado, en el año 398 de J. C., se rehusó en general conceder el derecho de asilo. Quienes primeramente lo reconocieron fueron Honorio en Occidente y Teodosio II en Oriente, siendo entonces consideradas las violaciones de este derecho como delitos de lesa majestad. Más tarde, aunque continuaba legalmente en vigor, hubo casos en los que se lo dejaba a un lado; luego, la legislación justiniana lo proscribía, cuando menos, para los homicidas, los adúlteros, raptos y herejes. En esta última época, los magistrados llegaban con frecuencia hasta conceder permiso a los refugiados en las iglesias para que, por un determinado plazo de treinta días a lo sumo, residieran fuera de ellas, asegurándoles no ponerles impedimento para que volviesen a las mismas.

IV.—*La intercesión y la apelación de la época republicana.*

La misión más importante y la más difícil del Estado constituido conforme a derecho (*Rechtsstaat*) consiste en hacer que la magistratura disfrute, de un lado, de la plenitud del poder, y de otro, que se mantenga dentro de los convenientes límites; o lo que es lo mismo, en armonizar los dos términos, poder público y ley del Estado. La institución de que los romanos se valieron principalmente para resolver, o cuando menos para tratar de resolver la segunda parte de este problema, fue la de hacer que la actividad de la magistratura encontrase sus límites en la magistratura misma, o sea la intercesión contra el *impe-*

rium. Dicha institución pertenece al derecho político general, y en él es donde únicamente puede ser estudiada de un modo adecuado; al derecho penal debe bastarle con hacer una exposición breve de los principios fundamentales referentes a ella y con desarrollar por extenso la aplicación especial que de la misma se hacía a la administración de justicia.

La intercesión era la casación, por un magistrado, de la orden dada por otro magistrado. En la Roma de la época de los reyes, únicamente se podía hacer uso de ella casando el rey mismo las órdenes que hubiese dado un comisionado suyo, y esta intercesión del mandante, como ejercicio de su poder superior contra el poder inferior correspondiente al mandatario, existió siempre. Una vez que con la República se introdujo el sistema de la colegialidad, el igual poder que se concedió a cada uno de los colegas fue revestido del derecho de casar las órdenes del otro, según se infiere teniendo en cuenta, no solo la consideración lógica de que, en caso de iguales derechos, la prohibición tiene más fuerza que el mandato, sino también que el fin práctico que se buscaba con el nuevo sistema era el de que el pleno poder de los magistrados, sin aminorarse, encontrara en sí mismo limitaciones. Luego que la plebe comenzó a formar parte del orden político de Roma, el derecho de intercesión hubo de hacerse extensivo a los jefes que la misma tenía, a los tribunos de la plebe; esta extensión se logró primeramente por vía revolucionaria, pero después adquirió un reconocimiento oficial, con lo que cada tribuno del pueblo tenía facultades para interponer la intercesión, así contra sus propios colegas como contra los magistrados patricios, mientras que, por el contrario, los magistrados patricios no podían impedir a los tribunos del pueblo el ejercicio de su actividad por medio de la intercesión. El poder exorbitante que se concedía de tal modo a cada particular funcionario, sobre todo a cada tribuno del pueblo, venía a ser debilitado de un modo esencial merced a la circunstancia de que si el magistrado, cuya orden había sido inutilizada por la protesta tribunicia, llevaba, sin embargo, a efecto dicha orden, quedaba, sí, sometido al poder coercitivo y judicial del tribuno intercedente, pero, a su vez, las medidas coercitivas o penales tomadas por este último podían ser de nuevo casadas por sus colegas, y por lo tanto, si estos querían, aunque no podían estorbar la primitiva casación o intercesión, sí podían hacer ineficaces las consecuencias penales de ella. Con esto quedan descritos los fundamentales rasgos de la intercesión de los tiempos republicanos. Quizá ninguna otra organización política pueda mostrar un instrumento más poderoso que este para ligar el poder de los funcionarios públicos, poderoso desde luego, así para

impedir las extralimitaciones de los mismos, como para violentar su actividad legítima; en ambos sentidos se hizo pleno uso del derecho de casación, sobre todo cuando lo ejercían los tribunos de la plebe; pero considerando las cosas en conjunto, este derecho se puso en práctica más bien en el sentido beneficioso que en el perjudicial, pues empleado en la manera antes dicha, que no puede caber duda era muy conveniente, servía de correctivo a los abusos individuales. Aquellas magistraturas, contrarias por su naturaleza al sistema de la intercesión, es decir, el interregnado y la dictadura, se trasformaron en tiempos relativamente primitivos, o bien quedaron abolidas de hecho. El suspender el derecho de casación, singularmente el de los tribunos, cosa que aconteció algunas veces bajo una u otra forma, como sucedió durante el decemvirado y mientras funcionaron otros poderes excepcionales, significaba, en lo esencial, una suspensión de la constitución del Estado libre.

Por razón de su forma, la intercesión podía provenir de la iniciativa propia del magistrado intercedente, cual acontecía, sobre todo, cuando se interponía contra los acuerdos del Senado y contra las proposiciones de ley; sin embargo, la mayoría de las veces, y en especial cuando se trataba de la administración de justicia, era motivada por una querrela de algún individuo a quien un mandato del magistrado ordenase alguna cosa a su entender injusta o arbitraria. El orden jurídico quedaba quebrantado por la intercesión contra el decreto de un magistrado, como también se quebrantaba por la provocación del mismo; pero el magistrado ante quien se acudía no estaba sobre la constitución, como lo estaban los Comicios ante los que se interponía la provocación, ni tampoco podía hacer lo que quisiera, como podía hacerlo la ciudadanía soberana, sino que estaba obligado a restablecer el orden jurídico de una manera racional y equitativa, aun cuando fuese en contra de la propia letra del mismo. La querrela interpuesta era la apelación, *appellatio*; por lo menos, cuando se dirigía a los tribunos del pueblo, era necesario interponerla personalmente ante estos. La misma naturaleza del asunto exigía que el magistrado ante quien se llevaba la querrela no tomara resolución alguna sobre esta sino enterándose del estado de las cosas (*cognitio*); los preceptos que se encuentran en los estatutos locales del tiempo de César disponiendo que las apelaciones hubieran de resolverse dentro de los tres días después de su interposición y que de un mismo magistrado no pudiera apelarse por el mismo asunto más que una sola vez, fueron una copia del sistema que prevalecía durante la República romana, y se introdujeron con el fin de contener dentro de ciertos límites el peligroso derecho de

casación. Si bien este derecho correspondía a todo magistrado, podía, según ya queda dicho, llegar a hacerse ilusorio fácilmente por medio de la oposición de los colegas, y por eso el magistrado ante quien se interponía apelación solía pedir consejo a estos para resolver, o bien se interponía dicha apelación ante varios de los magistrados competentes o ante todos ellos; de hecho, no pocas veces producía la apelación un juicio contradictorio ante el tribunal correspondiente. Si se prestaba oído a la querrela, resultaba el «auxilio» (*auxilium*).

Vengamos ya a la aplicación de la intercesión y de la apelación al derecho penal de la época republicana, advirtiendo que en lo que toca a la apelación propia del campo de la coercición, nos remitimos a lo dicho en el libro I.

1º En el procedimiento penal público del antiguo sistema, cuando la causa se seguía contra un ciudadano romano dentro de la ciudad, eran plenamente aplicables, tanto la intercesión de los colegas, como también, y sobre todo, la de los tribunos, mientras que, según todas las apariencias, apenas si podía tener aquí lugar la intercesión del mandante contra el mandatario. La intercesión, que en el procedimiento en que solo intervenía el magistrado podía interponerse en cualquier momento, desde el de la instrucción preparatoria hasta el de la sentencia, podía también aplicarse a las discusiones que tenían lugar ante los Comicios sobre la condena impuesta por un magistrado; de manera que todo acto realizado por los magistrados en esta esfera podía ser casado por la intercesión, haciendo con ello, por lo tanto, ineficaz el proceso mismo, mientras que la sentencia dada por los Comicios no estaba sometida a la posibilidad de la intercesión, como se comprende fácilmente. Si en este punto no existían preceptos excepcionales que nos son desconocidos, lo cual es perfectamente posible, tenemos que, según el antiguo derecho penal, todo procedimiento de esta clase entablado contra un ciudadano por interés de la comunidad, podía ser estorbado hasta el momento mismo de la pronunciación de la sentencia, sin más que pronunciase una simple palabra cualquiera de los colegas del juez penal o cualquiera de los tribunos del pueblo.

2º Lo propio debe decirse de los juicios civiles por causa de delitos, siempre que los regulara un decreto del magistrado; por ejemplo, era frecuente que se invocara la intercesión tribunicia contra la formulación de la acción. Por el contrario, no estaban sometidos a la intercesión el procedimiento ni la decisión del jurado, por cuanto este no era magistrado, y tampoco se encuentra aquí ninguna instancia contraria.

3º Las acusaciones sustanciadas dentro de la ciudad estaban del todo sujetas a la intercesión hasta el momento de dictarse la sentencia, por lo mismo que durante todo el curso del correspondiente proceso eran dirigidas por el magistrado. Sin embargo, el proceso era más bien un veredicto de jurado que un decreto de magistrado, y ya el hecho de que no tengamos conocimiento de documento alguno que indique la existencia de la intercesión en este terreno, cuando las ocasiones que para ello se ofrecían eran innumerables, demuestra que la misma era prohibida en esta materia por las correspondientes leyes especiales. Lo mismo nos prueban los restos que de la institución sobreviven.

4º En el procedimiento criminal sustanciado fuera de la ciudad, procedimiento que, sin duda alguna, no pudo menos de tener carácter de excepción durante la época republicana, no podía tener lugar ni la intercesión de los colegas, por cuanto fuera de la ciudad no funcionaban magistrados que tuviesen iguales atribuciones unos que otros, ni tampoco la de los tribunos del pueblo, pues la competencia de estos no se extendía fuera de Roma. En cambio, podía hacerse aquí uso, y era corriente hacerlo, de la delegación o mandato del *imperium*, así del militar como del judicial, y no faltan tampoco documentos que demuestren la existencia de la correspondiente apelación.

La intercesión era por su propia índole casativa, y nada más que casativa, cuando el intercedente carecía de derecho para decretar por sí mismo respecto del asunto de que se tratara, como acontecía muy en especial a los tribunos del pueblo. Por el contrario, si el intercedente tenía competencia para decretar, lo ordinario era que a la casación del decreto de la autoridad inferior acompañase una resolución en contrario sentido tomada por la autoridad superior intercedente, o lo que es igual, que tras de la casación del decreto fuese la reforma del mismo. Sobre todo cuando se trataba de jurisdicción delegada, el mandante tenía atribuciones para rectificar lo hecho por el mandatario, y es seguro que tal fue también el punto de partida de la organización primitiva, tanto de la jurisdicción del rey como de la que correspondía a los depositarios del *imperium*. Pero esta intercesión no se aplicaba en los tiempos de la República al procedimiento penal sustanciado dentro de la ciudad, pues, como se ha observado, las normas que regulaban el mandato no eran absolutamente aplicables, o no lo eran en su mayor parte a esta esfera; sí parece, en cambio, que se aplicaba a la casación y a la instauración por el gobernador de una provincia de un tribunal de jurado, nombrado por el cuestor del gobernador mismo en virtud de delegación de este. El carácter que, según hemos comprobado, tenían en tiempo del Imperio las apelaciones formuladas ante el gobernador de la provincia contra las resoluciones dictadas por

los funcionarios auxiliares del mismo o por aquellos individuos particulares a quienes hubiera él confiado la cognición de un asunto, se basaba en el mismo fundamento.

V.—*La apelación de la época imperial*

La apelación ante el emperador comprendía, lo mismo que la hecha del mandatario al mandante (p. 169 y 186), tanto la casación de un fallo dado a petición de una parte como la pronunciación de la sentencia adecuada, que venía a ocupar el lugar del fallo casado. El acto de remitir un proceso pendiente desde el tribunal que con competencia estuviera conociendo de él al emperador, con el fin de que este lo fallara, no era una apelación, pero en lo esencial venía a equipararse a ella. Sobre todo en la organización dada al Reino por Diocleciano y Constantino, además de la apelación, tenía lugar, como se ha dicho en el libro precedente (p. 193), el envío de las actuaciones al tribunal del emperador, juntamente con un proyecto de fallo y una relación hecha por las partes.

En el párrafo anterior hemos dicho (p. 296) que esta forma de proceder no fue desconocida en la época republicana; sin embargo, no se aplicó más que a la administración de justicia por los gobernadores de provincia y a las relaciones entre los depositarios del *imperium* y los mandatarios en quienes estos delegasen su jurisdicción. Por el contrario, en los tiempos del Imperio, en los que vino poco menos que a desaparecer la apelación meramente casatoria, así la de los colegas como la de los tribunos del pueblo, la apelación reformatoria ante el emperador hubo de concentrar en sí, en cierto modo, toda la administración de justicia, lo mismo la civil que la criminal. Del fundamento jurídico de la jurisdicción imperial en general, nos hemos ocupado en el libro anterior; en cuanto instancia general de apelación, no tenía su base en las relaciones entre el mandante y su mandatario, aun cuando era frecuente que afectase también a estas (p. 186 y siguientes), sino de un lado, en el derecho de casación que tenían los tribunos, derecho que por extensión había adquirido el príncipe, y de otro lado, en la facultad general de juzgar que al mismo le había sido así bien reconocida (p. 177 y siguientes). Aquí debemos tratar de la manera como se sustanciaba la apelación ante el emperador, solo en cuanto al derecho penal interesa. La apelación civil y la criminal estuvieron siempre conexionadas entre sí, y en lo esencial su desarrollo fue revistiendo las mismas formas, por lo que no parece oportuno tratar con demasiada extensión esta materia en el derecho penal.

En principio, podía interponerse apelación contra toda resolución judicial que causara perjuicio indebido, a juicio suyo, a cualquiera de las personas interesadas en una causa; podía interponerse contra las sentencias condenatorias a pena capital, pero tampoco se pusieron jamás limitaciones, a lo menos por el derecho penal, a la apelación de las sentencias que imponían penas inferiores. Sin embargo, varias fueron las restricciones que se pusieron al ejercicio de la apelación.

1º Es probable que el veredicto de los jurados, que no tenía su base en el *imperium*, y que, por consiguiente, no podía ser considerado como decreto de un magistrado, cual sucedía especialmente con todos los *iudicia publica* de la capital, incluso las providencias de tramitación dictadas por el magistrado correspondiente, no pudiera ser sometido a la apelación reformativa del emperador, de la propia manera que durante la República no podía tampoco ser sometido a la apelación casatoria de los tribunos del pueblo. Tampoco podía apelarse ante el emperador de la sentencia dada por los cónsules con el Senado.

2º La apelación no estaba de derecho limitada a las sentencias ejecutorias, pero solamente debía hacerse uso de ella contra las demás resoluciones judiciales, cuando estas últimas implicaran un perjuicio que no pudiera remediarse apelando de la sentencia definitiva, como acontecía con aquellas providencias que ordenaban el tormento.

3º El juez inferior tenía facultades, a lo menos en el procedimiento exacerbado y duro de los tiempos posteriores, para rechazar a su arbitrio la apelación como improcedente, una vez que el acusado estuviere confeso, y aun sin esto, siempre que le pareciera suficientemente probada su culpabilidad.

4º Cuando la seguridad pública se considerase en peligro por diferir la ejecución de la pena, el juez inferior, bajo su responsabilidad, podía negarse a admitir la apelación.

5º En los delitos de falsificación de moneda, coacciones y rapto, no se admitía por regla general la apelación.

Tocante a las varias instancias, a la fijación de los funcionarios ante quienes podía apelarse de los tribunales inferiores y posteriormente de los intermedios, y tocante a las restricciones puestas a la apelación ante el supremo tribunal del emperador, nos remitimos a lo dicho en el libro precedente. En el procedimiento penal correspondía la apelación, no solo al inculpado en caso de que se encontrara agraviado por el fallo del tribunal, sino también al actor cuando lo hubiera, o sea en las causas en que interviniesen dos partes opuestas. Permitíase la re-

presentación en las causas no capitales, lo mismo que en el derecho privado; por excepción, se permitía a todo el mundo apelar contra las sentencias capitales aun sin que para ello hubiera dado poderes el condenado, y hasta contra la voluntad del mismo. La apelación se interponía ante el tribunal contra cuyo fallo iba dirigida, y se interponía de manera que este se enterara de la oposición que a su resolución se hacía y confiara la decisión del asunto a la instancia superior; si el tribunal no lo hacía así, el apelante podía querellarse por ello ante el tribunal superior, y cuando se hubiera hecho uso de esta queja, la presentación de la misma se consideraba como apelación. Es evidente que en el procedimiento penal contradictorio, había que notificar la apelación a la parte no apelante. La interposición de la apelación debía hacerse, según el antiguo derecho, dentro de los dos, y en ciertas circunstancias dentro de los tres días posteriores a la pronunciación del fallo; según el sistema establecido posteriormente por JUSTINIANO, dentro de los diez días. Todos estos preceptos eran igualmente aplicables a los asuntos civiles, a los fiscales y a los penales, y por consiguiente, para el estudio de sus particularidades nos remitiremos al derecho civil.

La sentencia del tribunal inferior era casada y perdía su fuerza jurídica por la apelación que el mismo tribunal inferior, o en su caso el superior a él, reconocieran como válida. Pero a la vez, y por virtud de esto, la causa pasaba a la resolución de la instancia superior, donde la misma se sustanciaba sin necesidad de tomar en cuenta las actuaciones de la instancia inferior. Ninguna noticia tenemos de que en los primeros tiempos se concediera un plazo para la justificación en derecho de la misma. Pero como los extranjeros estaban obligados a ir a Roma para seguir sus causas, una constitución imperial dada probablemente el año 3º de Jesucristo señaló a las partes un plazo para interponer la apelación, plazo que fue de seis meses para los habitantes de Italia y de un año para los de las provincias cuando se tratara de procesos no capitales, y de nueve y diez y ocho meses, respectivamente, cuando de procesos capitales. Constantino y los emperadores posteriores modificaron muchas veces estos plazos, sin establecer desde este punto de vista diferencia alguna entre los procesos capitales y los demás. Tocante a la sustanciación ulterior de la renovada causa, nada de especial hay que advertir. Regularmente, según el antiguo procedimiento, las partes comparecían personalmente ante el tribunal superior, y cuando no hubiese actor, comparecía solo el inculpado. Claro es que en la instancia superior podía agravarse la pena impuesta en la inferior. Sin duda ninguna, los tribunales superiores castigaron en todo tiempo los abusos de la apelación en las causas penales, pero no tenían señaladas al efecto penas fijas.

VI.—*La gracia con suspensión de la eficacia jurídica de la sentencia penal, o sea la provocación a los Comicios.*

La necesidad de que la sentencia dictada tuviera fuerza ejecutoria era el fundamento del Estado regido por el derecho (*Rechtsstaat*), y en el procedimiento privado no se daba, según el sistema primitivo, auxilio jurídico alguno contra tal sentencia. Por el contrario, en el procedimiento público no dominaba semejante rigor; aquí no se trataba de un juicio arbitral, y el decreto del magistrado podía ser anulado con más facilidad que el fallo del jurado, por medio de un acuerdo de la ciudadanía. De aquí que en Roma, desde bien pronto, la sentencia penal recaída en el procedimiento público no se considerase que tenía desde luego fuerza ejecutoria, sino que el condenado tenía derecho a pedir que la sentencia se presentase ante la ciudadanía con el objeto de que se interrogase a esta si acaso quería que no se llevara a ejecución la sentencia dictada. Esto era la apelación penal, la *provocatio* a los Comicios, por medio de la cual el asunto se colocaba en otra situación. Esta institución se hallaba ligada tan estrechamente con las cuestiones generales del derecho político, que en el derecho penal, donde no cabe hacer un examen detallado de la misma, basta con que hagamos un breve resumen de la doctrina expuesta tocante al particular en el derecho político.

Según el primitivo sistema, que llamaremos con expresión romana sistema de la época de los reyes, el juez penal tenía el derecho, pero no la obligación, de dar curso a la provocación a la ciudadanía que se hubiera interpuesto, en lo que se manifestaba claramente el soberano poder de esta, pues el rey en sus funciones judiciales, lo mismo que los delegados suyos, estaban obligados a atenerse a la ley penal, pero la ciudadanía podía prescindir de la ley. Por el contrario, según el sistema de tiempos posteriores —el que con expresión romana se llama derecho o sistema republicano—, el juez penal estaba obligado a conceder a los condenados la invocación de la instancia de gracia. Mediante la misma, es decir, mediante la provocación, no se anulaba la sentencia penal dictada; lo que se hacía era suspender desde luego su ejecución, y si la ciudadanía no estaba conforme con ella, quedaba abolida.

Este derecho se hallaba limitado y rigurosamente determinado de la siguiente manera:

1º El ciudadano romano, varón, tenía derecho a interponer la provocación. A la mujer romana no se le reconocía esta facultad por el antiguo derecho, pero posteriormente le fue concedida, a los menos cuando se tratara de acciones por multas. Mientras que la facultad de referencia se le otorgaba a todo ciudadano, probablemente aun a los

privados del derecho de sufragio, los no ciudadanos carecían de ella. Sin embargo, al latino, a quien se hubiera concedido cierto derecho a formar parte de la asamblea de los Comicios, podía concedérsele también la facultad de provocación por vía de privilegio personal.

2º Las luchas civiles recayeron en primer término y ante todo sobre la composición de la asamblea de ciudadanos encargada de entender y resolver acerca de la provocación; luego, lo general era que en los casos de sentencia capital entendiesen los Comicios por centurias, y en los de sentencias por multas, los Comicios por tribus.

3º La provocación solamente podía interponerse contra las sentencias dadas en juicios públicos, cuyo concepto y terreno propio se fijaron precisamente por ella contra el arbitrio de los magistrados, contra la coercición. Toda la materia de la coercición correspondiente a los magistrados, en el sentido propio de la palabra, es decir, toda resolución que los depositarios del *imperium* dictasen dentro de la ciudad y que correspondiese a esta esfera de la coercición (p. 24, 101 y siguientes), de igual modo que todas las que dictasen fuera de los límites de la ciudad, estaban excluidas de la provocación a los Comicios.

4º Esta provocación podía interponerse, no habiendo entonces más remedio que aceptarla, contra toda autoridad de los tiempos republicanos que hubiera intervenido en un juicio penal público, es decir, contra el duumviro de la perduelión, contra el cuestor, contra el tribuno del pueblo, contra los ediles curules y los plebeyos, y finalmente contra el pontífice máximo. No se hallaban sujetos a la provocación forzosa, sino a provocación potestativa, las magistraturas que podían proceder libremente, el rey y sus mandatarios, el dictador al modo antiguo y los magistrados revestidos de poder constituyente.

5º No podía interponerse la provocación contra las sentencias dictadas en los procesos privados, y por consiguiente, tampoco en las dictadas en el procedimiento por *quaestiones*, que se constituyó tomando por modelo el procedimiento privado. Cierto es que Tiberio Graco y, después de la muerte de César, Marco Antonio, intentaron hacer extensiva la provocación de los Comicios a las sentencias dadas por los grandes tribunales del jurado; pero la innovación, o no llegó a convertirse en ley, o solo lo fue por poco tiempo.

6º Podía interponerse la provocación contra toda pena, así contra la de muerte como contra las pecuniarias. Aparte de los medios coercitivos, en el derecho penal de la República no se conocieron otras penas propiamente dichas más que estas; quizá en los orígenes no fuese conocida ninguna otra pena sino la de muerte, de modo que en un principio no cabría la provocación sino contra las sentencias capitales.

7º El campo de acción de la provocación a los comicios hubo de sufrir limitaciones esenciales desde el momento en que comenzó a hacerse uso de las *quaestiones*, y al advenimiento del Principado quedó la institución abolida, por cuanto, a lo que parece, el Principado suprimió desde un principio las atribuciones judiciales de los Comicios. Desde el punto de vista político, la falta vino a suplirla la jurisdicción de los cónsules con el Senado en tiempo del Imperio, pero esta jurisdicción no era un derivado de la provocación a los comicios, sino de la cognición correspondiente a los cónsules.

Tocante al aspecto formal de la provocación, bastará con que nos remitamos a lo dicho en el libro II (páginas 107 y siguientes) acerca del procedimiento en que intervenían el magistrado y los Comicios.

Desde el punto de vista material o sustancial, no puede hablarse de una fundamentación jurídica de la provocación. La casación de la sentencia penal, pedida por el condenado, era un acto de soberanía. El magistrado había afirmado ya la cuestión de la culpabilidad, y si bien se repetía nuevamente el procedimiento preparatorio de la adquisición, y el procesado podía ser absuelto por los Comicios cuando la mayoría de los ciudadanos que los componían se convencieran de la inculpabilidad del mismo, sin embargo, lo que al procedimiento servía de sostén y apoyo no era esta idea, sino la del perdón. Que el procedimiento ante los Comicios debe ser considerado como una instancia de gracia, es cosa que salta a la vista. En los procesos más antiguos, en aquellos de que, bajo el aspecto formal, tenemos noticias tradicionales más completas, o sea en los procesos duovirales por perduelión, aparece lo que decimos de una manera expresa y determinada, significando la absolución pronunciada por los Comicios un levantamiento de la condena impuesta por el magistrado. En las descripciones de los tiempos posteriores, la pena se nos presenta, no ya como resultado del fallo del magistrado que sustanciaba el proceso, sino como una proposición presentada por el mismo a los Comicios; pero el magistrado que defendía la validez de su sentencia ante la ciudadanía contra la petición del indulto, lo que con esto hacía era presentar precisamente una proposición a la ciudadanía, lo que, por tanto, no excluía la subsistencia del fallo dado. Para aclarar este punto, es decisiva ante todo la circunstancia que, en general, los Comicios no eran convocados para juzgar, sino para resolver acerca de si el fallo dado había de continuar teniendo validez o si debía ser privado de ella, no siéndoles permitido variar ni agravar la pena. Y esto no es otra cosa sino la expresión jurídica de la gracia.

VII.—*La provocación al jefe del ejército*

Si bien la provocación ante el jefe militar no podía por su misma naturaleza ser enumerada entre las perturbaciones del orden jurídico vigente, sin embargo, el acto por el cual el ciudadano romano quedaba libre de la coercición capital propia del derecho de la guerra (p. 21) —acto que probablemente fue establecido por la ley a la época de los Gracos— debe ser considerado como cosa análoga a la provocación a los Comicios que acabamos de examinar, pues ambas instituciones empiezan por ser designadas de una manera semejante. Una y otra provocación tenían entre sí estrecho parentesco político, pues la cabeza del ciudadano estaba protegida por la provocación ante los Comicios dentro de la ciudad y por la provocación ante el jefe militar fuera de esta, y las consecuencias de impedir que diera una sentencia el jefe del ejército venían a ser las mismas que las de la provocación admitida por los Comicios. La manera de denominar técnicamente a la segunda correspondía también, con igual derecho que a ella, a la otra, pues ambas requerían que la causa se llevara ante otro tribunal que entendiera de ellas. Pero desde el punto de vista jurídico, había diferencia entre las dos provocaciones. La provocación ante los Comicios tendía a levantar una condena jurídicamente válida, mientras que la provocación ante el jefe del ejército consistía en la remoción de un tribunal incompetente. La provocación ante los Comicios exigía una resolución de la ciudadanía; la ante el jefe del ejército solo envolvía la posibilidad de llevar la causa a conocimiento de una autoridad competente. La provocación ante los Comicios desapareció con la República, por haber perdido estos el derecho de juzgar; la ante el jefe militar subsistió durante el Principado, y una vez que se transmitió al emperador el *imperium* militar de una manera plena e ilimitada, surgió la exigencia de que el emperador tuviese facultades para fallar. Por lo tanto, esta última provocación se asemejaba a la apelación dirigida al emperador, con la diferencia de que no presuponía, como esta, que hubiera recaído ya una sentencia. La provocación ante los Comicios fue en los tiempos de la República el *palladium* de la libertad de los ciudadanos, y esta provocación vino a ser remplazada en la época del Principado por la provocación ante el jefe militar; así se pudo velar con las palabras la transformación de la República en Monarquía, acabando en realidad esta última con aquella, de tal suerte, que los Comicios dejaron de tener el derecho de vida y muerte que antes tenían sobre los ciudadanos, pasando el mismo a manos del hombre de mayor confianza de la nación.

VIII.—*La reposición de las cosas a su anterior estado.*

La sentencia penal dada por el magistrado en el procedimiento por cognición era ejecutoria, mas no irreformable en sentido jurídico. Igual que toda otra disposición o mandato de un magistrado, la resolución tomada por estos en lo tocante a las consecuencias jurídicas de un delito podía ser revocada, ya por el mismo magistrado que la hubiera dado, ya por su sucesor; y aunque no es posible hacer que lo acontecido deje de haber acontecido, aun después de ejecutada la sentencia había lugar a borrar los efectos de la misma, hasta donde ello fuese posible, devolviendo las indemnizaciones satisfechas por el condenado, reintegrándole el *ius honorum* de que se le hubiera privado, etc. Semejantes instituciones pertenecían a la esfera administrativa, lo mismo que los actos de coercición, no teniendo nada que ver con la administración de justicia propiamente dicha. Según la concepción romana, la irreformabilidad de la cosa juzgada se limitaba, por una parte, a la absolución decretada por los Comicios, y por otra parte, al fallo dado por el o por los jurados. Pero cuando, posteriormente, el juicio por jurados vino a ser sustituido por el juicio que sustanciaba y fallaba el magistrado, la sentencia de este se consideró también irreformable. Las excepciones a esta regla se llamaban en el lenguaje jurídico «reposición de las cosas a su anterior estado» (*restitutio in integrum*), y esta reposición podía verificarse, bien mediante una revisión de la causa ante el tribunal competente, bien por vía legislativa.

La revisión judicial de un fallo recaído en el procedimiento acusatorio era cosa contraria al orden jurídico (p. 286), lo mismo si la sentencia hubiera sido condenatoria que si hubiera sido absolutoria; como quiera que en este proceso penal el demandante representaba a la comunidad, la resolución que hubiera sido tomada no solamente lo excluía a él, sino que excluía por regla general a todo otro demandante, si bien es verdad que en tiempos posteriores, cuando la acción penal pública afectase a intereses personales, había casos en que, por excepción, se anulaba la sentencia absolutoria que por ley tenía fuerza ejecutiva. Pero esta eficacia de la resolución tomada no se extendía a los fallos nulos. Antes bien, cuando se hubiera obtenido una sentencia contra derecho, esto es, cuando la resolución se hubiera tomado interviniendo dolo, o con violencia, era necesario renovar el procedimiento: así sucedía en los juicios del derecho privado, y así sucedía también en sus similares sustanciados por *quaestiones*. Si el actor, en connivencia con el acusado, hubiere llegado a influir antijurídicamente sobre el fallo, o si el tribunal sentenciador se hubiese determinado a dictar su resolución obligado por violencia o por miedo, no tenían fuerza ejecu-

tiva ni la sentencia dada dolosamente, en cuyo caso la ley le negaba expresamente valor por haber intervenido prevaricación, ni la arrancada mediante coacción; en el primer caso, se cambiaba el actor y se encomendaba nuevamente la instrucción y el fallo del asunto a los mismos jurados que hubieran dado el anterior veredicto, el que se había casado. A estos dos casos de restitución o reposición de las cosas a su anterior estado, los cuales se remontan hasta la época republicana, quizás deba ser referido, en los tiempos posteriores, el caso de resolución tomada por los funcionarios que ejercían su cargo sin conciencia.

La susceptibilidad de casación de una sentencia de los Comicios o del jurado por medio de una ley especial podía justificarse, desde el punto de vista del derecho político, acudiendo a la omnipotencia de los Comicios. Pero si se prescinde de los embrollos del último siglo de la República, hay que decir que, de hecho, la ciudadanía romana hizo un uso muy parco de esta facultad, y que precisamente una de las restricciones más duraderas que sirvieron de base para establecer la separación, bajo el aspecto político, entre la ley del pueblo y el tribunal del pueblo, hay que buscarla probablemente en la circunstancia de que los Comicios no utilizaron nunca la omnipotencia, en principio indiscutible, que les correspondía para dejar sin efecto los fallos ejecutivos, siendo considerada esta omnipotencia como uno de aquellos derechos políticos que no podían menos de existir, pero de los que no se debía hacer uso. La irreformabilidad de las decisiones del tribunal del pueblo es lo que sirve de base a la profundamente trágica leyenda de Coriolano, y la irreformabilidad de los fallos del jurado fue lo que sirvió de fundamento para que Sila negase a P. Rutilio Rufo la casación por el mismo solicitada del fallo judicial a él referente. Todavía en los últimos tiempos de la República miraban los romanos con justificado desdén la impotente pequeñez y el desmenuzamiento de los Estados helénicos, donde se consideraba como cosa llana el que a cada cambio o vaivén político quedaran casadas las sentencias penales que desagradaran al nuevo efímero soberano. Si prescindimos de algunas falsedades notorias, tenemos que, en los tiempos anteriores a Sila, tres veces a lo sumo anularon los Comicios las sentencias dadas contra particulares por el tribunal del pueblo o por el del jurado; y mirando las cosas con exacto rigor, solamente una vez puede decirse que tuvo lugar dicha anulación. Las reposiciones o restituciones en masa, conforme al modelo griego, parece que se emplearon por primera vez el año 666-88, como un efecto de la guerra social entre los varios componentes de la confederación, y luego se hizo otra vez uso de ellas el año 705-49 durante la dictadura de César. Ya hemos dicho (p. 301) que la tentativa hecha en tiempo de los Gracos, y luego otra vez después de la muerte

de César, para someter en ciertos casos a la provocación ante los Comicios los fallos del jurado, fue una tentativa que fracasó ambas veces.

Al aparecer el Principado, dejaron los fallos de ser irreformables. En esta época, la limitación o, más bien, la abolición efectiva del principio de la irreformabilidad, gracias a la introducción del sistema de las instancias, vino a ser uno de los medios jurídicos ordinarios; pero al lado del mismo se consideró que la legislación daba derecho, teórica y prácticamente, para variar o anular por medio extraordinario aun las sentencias penales ejecutorias. Como consecuencia de esto, la tentativa que se hizo a menudo para excluir de la aplicación de la gracia algunas disposiciones penales fue rechazada, alegándose para ello que el poder legislativo no podía atarse las manos para el porvenir. Durante el mismo Principado, las penas impuestas se aminoraron y se indultaron con frecuencia, al revés de lo que acontecía en la época republicana; la agravación de las mismas después de decretadas en el fallo es cosa que no se encuentra sino alguna rara vez, y entonces abusivamente. Esta forma de legislar no se empleaba con respecto a las autoridades encargadas tan solo de administrar justicia, por cuanto sus actos no podían ser considerados como meramente administrativos. Quien regularmente podía conceder y concedía la gracia era el senado, lo propio que sucedía con la institución de la abolición, análoga a esta (p. 289); sin embargo, muchas veces, sobre todo cuando se le daba al carácter de favor personal, la concedía el emperador. Además de la gracia otorgada particularmente a tales o cuales personas, parece que muchas veces se decretaban también indultos colectivos, en especial después de la caída de soberanos tiránicos, con el objeto de borrar hasta donde fuera posible los malos efectos de la administración de justicia abusiva, o bien, como pasaba con la abolición, con motivo de especiales acontecimientos o fiestas. La iniciativa podía partir del gobierno, quien, asimismo podía esperar a que se le hicieran peticiones en tal sentido y atenderlas; pero este último procedimiento no tenía efecto suspensivo, y en determinados casos se prohibía a las autoridades atender semejantes peticiones.

Aun cuando la conmutación y el indulto de las penas, en cuanto medidas extraordinarias, se limitaban siempre a ciertos casos, sin embargo, llegaron a concederse con tanta frecuencia, que bien podemos hacer una tentativa para determinar de manera concreta la extensión que regularmente se daba en la época del Principado a los derechos que llevaba consigo la reposición de las cosas a su anterior estado. Sobre todo, debemos ocuparnos del problema relativo a saber hasta qué punto el indulto podía afectar a las relaciones jurídicas que la condena impuesta hubiera creado a terceras personas.

1º En cuanto el derecho de ciudadano no tenía su base en la condena penal, sino, para el fin de la aminoración de la misma, en la resolución libre del inculpado (páginas 49 y siguientes), el reingreso en la unión de los ciudadanos estrictamente considerado era independiente del alzamiento de la condena. Sin embargo, como se trataba de un acto legislativo de gracia, este alzamiento también influía constantemente en la reposición de las cosas a su anterior estado.

2º Los derechos privados que uno hubiese perdido los readquiría, en general, por la reposición. No obstante, por lo que a los derechos paternos se refiere, se cuestionaba si el hijo de familia que hubiera adquirido independencia por causa de la condena volvería a quedar bajo la potestad del ascendiente a quien se hubiese concedido la reposición. Tampoco produjo siempre efectos esta en lo respectivo a los derechos del patronato, si bien en este caso no eran tan graves las dificultades que se presentaban como en el anterior.

3º Los derechos honoríficos del ciudadano, tales como los de ser testigo público, representar judicialmente a la comunidad, ocupar un puesto en el Consejo del Reino o en el Concejo municipal, y la capacidad para desempeñar cargos públicos, se readquirían por la restitución en el caso de que se hubiesen perdido por consecuencia de la condena penal. A esto se refería, en primer término, la reposición verificada por César, y en general, toda reposición que, más o menos, revistiera carácter político; por el contrario, sobre todo en las reposiciones o indultos colectivos que se concedían en tiempos posteriores, la exención o liberación de la pena no llevaba consigo de un modo absoluto la readquisición de los derechos honoríficos del ciudadano. Según la antigua manera de considerar a la magistratura, la restitución no daba derecho a readquirir el cargo público que uno hubiese perdido por consecuencia de condena penal; pero como posteriormente se organizó un sistema de servicio permanente de subalternos, estos podían volver libremente a ocupar los puestos de que se les hubiese despojado al condenarles: así, al menos, aconteció en los casos de la restitución introducida por Constantino en favor de los que hubiesen sido condenados por profesar la religión cristiana.

4º Es de presumir que la gracia no se aplicara a los derechos patrimoniales que por consecuencia de la condena hubiera adquirido la caja del Estado. Para reintegrar al indultado en los bienes de que se le hubiese desposeído, era siempre precisa una cláusula especial, al menos cuando no se hubiesen enajenado, o no se hubiesen enajenado completamente.

IX.—*Prescripción del proceso penal.*

El proceso penal podía tener señalados plazos por la ley, tanto para la sustanciación como para la incoación del mismo.

Hasta qué punto la limitada duración del cargo del magistrado que sustanciaba un proceso penal podía influir en la marcha de un proceso penal público ya comenzado, lo hemos dicho cuando tratamos de la abolición (p. 287). Prescindiendo de esto, encontramos plazos máximos señalados por la ley para algunas partes del procedimiento; verbigracia, estaban determinados los que habían de mediar entre la sentencia definitiva y la interposición de la apelación en el tribunal inferior, y entre esta y la remisión al superior (página 299), plazos de que dejamos hecha mención en los lugares correspondientes; en general, sin embargo, en las disposiciones penales no se fijaban plazos máximos de duración a todo el proceso. Carecemos de noticias bastantes respecto a lo que duraban realmente los procesos criminales; en los tiempos de la República y en los primeros del Imperio, parece que esta duración no era desmedida. Leyes municipales del tiempo de César disponían que el tribunal del jurado nombrado para entender en una causa hubiera de estar funcionando veinte días a lo más, desde su constitución hasta la sentencia definitiva. En los tiempos posteriores, parece que tanto la cognición como la acusación fueron ampliadas, a consecuencia de lo cual, lo corriente era que en la última se le señalase por el tribunal al actor al interponer la acción un plazo de uno o dos años dentro del que había de sustanciar el negocio. Este plazo fue luego fijado por la ley, disponiendo Constantino que empezara a contarse con la litiscontestación, y que fuera de un año; JUSTINIANO lo elevó a dos años; de manera que dentro de este plazo tenía que concluirse la causa bajo pena de tergiversación, pena que podía elevarse en determinadas circunstancias.

En las acciones privadas por causa de delitos, promovidas al arbitrio del pretor, en las de injuria y en los procesos por soborno, el plazo para interponer la acción era de un año, a contar desde el momento de la comisión del hecho. Pero en los tiempos republicanos y en los primeros tiempos del Imperio no se conoció, en general, la prescripción de la acción penal pública, como tampoco se conoció la prescripción de las obligaciones civiles. Por excepción se dispuso, no sabemos cuándo, que prescribiera la defraudación de fondos públicos a los cinco años, y en cuanto al adulterio, una vez que se hizo objeto de sanción penal, se admitió la prescripción también a los cinco años. Posteriormente se estableció como regla general el plazo de veinte años para la caducidad de todas las acciones criminales, relacionándose quizás esta

disposición con aquella otra, en virtud de la que las acciones fiscales caducaban todas ellas si no se ejercían en el término de veinte años. Parece, sin embargo, que quedaron exceptuados de esta disposición el parricidio y la apostasía, cuyas acciones se contaban en el número de las perpetuas (*actiones perpetuae*), lo mismo que las acciones privadas procedentes de delito, menos las pocas derivadas del edicto del pretor y anteriormente mencionadas; tales acciones solo quedaron sometidas a la prescripción general de treinta años, por disposición de Teodosio II.

CAPÍTULO IX

PENAS A LOS ACUSADORES

En el procedimiento penal público originario no había acusador, y por lo tanto, no había tampoco penas para los acusadores. El magistrado que lo sustanciaba podía, de hecho, hacerse culpable de las mismas injusticias que era llamado a remediar, declarando culpable al procesado a sabiendas de que no lo era, demorando mucho el despacho de la causa incoada hasta hacer que caducara, o favoreciendo indebidamente al inculpado; sin embargo, en estos casos no existía una verdadera responsabilidad penal, o por lo menos, tales abusos no caían dentro del círculo general de los delitos cometidos por los funcionarios públicos.

Los delitos de los acusadores en los procesos por *quaestiones* eran de tres clases: *calumnia*, o sea interposición de una acción con conciencia de que era infundada; la *tergiversatio*, esto es, el desistimiento injustificado de la misma, el acto de abandonarla después de haberla interpuesto; la *praevaricatio*, o acto de llevar la acción por vías favorables al acusado culpable. Estos tres delitos tenían de común entre sí y de característico el que los mismos fueron regulados de igual manera para todos los *iudicia publica*, presuponiéndose en todos ellos un proceso anterior del cual eran los mismos una consecuencia; por lo tanto, no se estableció ningún tribunal especial para conocer de ellos, sino que los resolvía el propio tribunal competente para entender en el asunto principal. Los procesos por calumnia y por desistimiento de la acción no tenían leyes que los regulasen como *quaestiones*, y por consiguiente, no eran en sí mismos *iudicia publica*, aun cuando en un *iudicium publicum* era donde se resolvían; por el contrario, la prevaricación estaba regulada por las leyes sobre las *quaestiones*.

I.—*Interposición de la acusación a sabiendas de que era infundada («calumnia»).*

La *calumnia*, o sea el ejercicio doloso de una acción penal, era considerada punible, pero su punibilidad provino del procedimiento privado. El acusado, aparte de que podía exigir al actor que declarase bajo juramento que interponía la acción de buena fe, una vez que el tribunal hubiera desechado la demanda y cuando se hubiese comprobado que dicho actor había obrado dolosamente, podía pedir que se condenara a este, y la condena era, por regla general, a la décima parte del importe de lo pedido en la demanda. Como quiera que en estos casos, o a lo menos en aquellos en que la condena traspasaba el límite de las penas pecuniarias, no podía hacerse uso del procedimiento acusatorio, para colmar el vacío se aplicaba una especial ley remia, que no debía de ser más antigua que el mismo procedimiento por *quaestiones*, ni tampoco posterior a la época de Sila; esta ley fue, probablemente, la primera que consideró punible la acusación calumniosa. La legislación posterior no introdujo en este punto ninguna alteración esencial, fuera de las modificaciones relativas a las penas.

Llamábase calumnia la interposición en el procedimiento por *quaestiones* de una acción cuya falta de fundamento conocía el actor; la instigación se consideraba justo equipararla al ejercicio mismo de la acción. Las fuentes jurídicas contienen una determinación exacta del concepto que generalmente dominaba acerca de este particular, con tanto mayor motivo cuanto que en estos procesos, que eran derivados de otro proceso principal, se tenía en cuenta predominantemente lo que sabía por sí mismo el tribunal que había conocido del asunto principal. Sobre todo, cuando se trataba de aquellos tribunales que podían proceder sin traba alguna y de procesos políticos cuya extensión no podía calcularse, así como también cuando los procesos de calumnia se presentaban como contraacciones que por su propia naturaleza se ejercían inmediatamente, en la sustanciación de los mismos era donde verdaderamente podía ser arbitraria la administración de la justicia, la cual se estaba siempre corrigiendo a sí misma y siempre a la vez estaba aumentando sus facultades. La acción criminal que permitía un gobierno, y por quien a menudo era promovida, se consideraba por su sucesor como interpuesta de mala fe, y por lo tanto, como un delito, de modo que la designación del «acusador» implicaba de hecho que se le reprochaba un delito, sobre todo cuando el ejercicio de la acusación se convirtió en un negocio, y además se prestaba con ello al gobierno, voluntariamente, un servicio de policía.

Probablemente, la inculpación de haber acusado a uno calumniosamente presuponía por su propia índole la absolución del acusado, y por consiguiente, no había lugar a ella cuando la acción hubiera terminado por la muerte del acusador (p. 288) o por haberse la misma extinguido legalmente (p. 289). Pero el acusador no podía librarse de la responsabilidad criminal por abandono de la acción, pues entonces era potestativo en el inculpado reclamar contra el acusador como moroso y provocar de esta suerte la absolución; esta facultad existió desde antiguo, a lo que parece. Ciertamente, el mero abandono de la acción no era bastante para probar que el acusador hubiera obrado calumniosamente; pero parece que la práctica en Roma no exigía con gran rigor esta prueba, y que le bastaba con frecuencia para condenar por calumnia con que el actor dejase de instar el seguimiento del asunto. El procedimiento se atenuaba cuando pudiera considerarse que la interposición de la acción era consecuencia de una obligación oficial o de un deber moral; así sucedía en los casos de denuncia criminal de oficio y en los de querrela penal entablada por causa de asesinato de personas allegadas, o por razón de tutela, o por encargo recibido del testador. En los casos de acción por adulterio, parece que, según el antiguo derecho, si se interponía esta por el marido o por el padre dentro del plazo privilegiado de dos meses, quedaba en general excluida la posibilidad del procedimiento por calumnia. La juventud del actor era también causa de que no se hiciera uso de este procedimiento.

Los procesos por calumnia se entablaban, después de haber sido absuelto el acusado, ante el mismo tribunal que hubiera dado la absolución, y este tribunal era quien los fallaba, previa la oportuna sustanciación; cuando estos procesos se mantuvieran dentro de sus justos límites, es decir, a no cometerse abuso, solamente podían entablarse y sustanciarse en la forma que se acaba de expresar.

La pena señalada por la ley remía para los que ejerciesen acciones penales de mala fe era la pérdida de los derechos honoríficos correspondientes a los ciudadanos. Al que por sentencia judicial hubiera sido declarado calumniador, le privaba el magistrado correspondiente —igual que sucedía a los condenados por hurto— del derecho de optar a los cargos públicos, del de emitir sufragio, del de petición y del de representar judicialmente a otro; además, se le marcaba en la frente con la letra K para que se le conociese como calumniador. Debemos advertir, sin embargo, que no hay pruebas de que en Roma se aplicase efectivamente esta última pena, la cual no encajaba bien en el sistema romano; lo que se refiere de estas o de análogas penas corporales impuestas en los tiempos del Imperio a los delatores, tenía más bien el carácter de una represión extraordinaria, introducida por la Monar-

quía soberana, y por lo tanto, apenas si puede considerarse como propio de la administración de justicia regular y ordinaria. Es de presumir que la marcación prescrita por la ley remía cayera muy pronto en desuso por la práctica de los tribunales. Pero la pena de la pérdida del honor continuó aplicándose, y tampoco hubo de alterarse legalmente, aun cuando en la época del Principado casi solo producía consecuencias prácticas en lo relativo al derecho de representación ante los tribunales; la antigua ley tocante a la materia todavía se incluyó como derecho en la compilación justiniana. No es inverosímil que la ley señalara además una pena pecuniaria a los calumniadores, igual que también la tenían señalada los autores de hurto; pero no podemos demostrarlo con seguridad. Lo que, sin embargo, sucedía con mayor frecuencia era que al calumniador se le impusiera una pena criminal grave, al arbitrio del tribunal, por modo extraordinario y sin tener que atenerse para ello al proceso principal, de que el de calumnia era un derivado; sobre todo, acontecía así cuando juzgaban tribunales de los que hemos dicho no tenían necesidad de someterse a ley alguna.

Después de Constantino, el castigo impuesto a los acusadores dolosos era la pena del talión: la misma pena que se le hubiera impuesto al acusado en caso de que la acusación resultase fundada era la que se imponía al acusador de mala fe, singularmente cuando se tratase de acusaciones capitales; de manera que, al interponer una acción por escrito, el actor se sometía expresamente a la posibilidad de sufrir estas consecuencias, y hasta en el caso de que la interposición de la acción produjese el efecto de detener o aprisionar al acusado, este mismo aprisionamiento solía hacerse también extensivo al acusador. De esta manera, se puso un freno al ejercicio de acciones insignificantes y al de otras que, sin fundamento, tenían en actividad a la magistratura; lo cual contribuyó de una manera esencial a que en los tiempos posteriores, al lado del procedimiento por cognición que tenía lugar para la responsabilidad de los magistrados, se mantuviera en pie la acusación como el procedimiento criminal propiamente ordinario (p. 229 y siguientes).

El proceso por calumnia, en el riguroso sentido de la palabra, se limitaba a los casos de acusación formal.

En los de acciones privadas por causa de delito, igualmente que en los de acusación por causa de un delito extraordinario, el que hubiese interpuesto la acción de mala fe solo quedaba, por regla general, sometido a la contraacción civil que las leyes permitían ejercer en tales casos; sin embargo, por modo extraordinario podía también castigarse al actor criminalmente.

Ya hemos mostrado, al decir que la acusación se mantuvo como procedimiento penal hasta tiempos posteriores, que el abuso de las denuncias en el procedimiento por cognición no traía consigo consecuencias igualmente graves que el abuso de la acusación en el procedimiento legal ordinario. El ejercicio de la acusación sin exponerse al procedimiento por calumnia, tal y como se les consentía practicarle a las mujeres, apenas si se diferenciaba aquí, en realidad, del procedimiento por cognición mediante denuncia. Cuando se demostrase que el denunciador había procedido dolosamente, se le sometía a una penalidad extraordinaria. Pero en este caso, tanto en lo relativo a la prueba como en lo relativo a la medida penal, este procedimiento era más benigno que el acusatorio seguido por acción de calumnia; sobre todo, aquí no se empleaba el talión. No es muy creíble que la denuncia falsa se castigara con gravedad, si se exceptúa la que de su señor hiciera el esclavo (página 268).

II.—*Desistimiento injustificado de la acusación* («*tergiversatio*»).

A los romanos les pareció siempre censurable el abandonar (*desistere*) la acusación una vez entablada; ellos, que veían un paralelismo entre las contiendas judiciales y la guerra, consideraban ese abandono como una «deserción» (*tergiversatio*); más aún: según ya hemos dicho (p. 251), en tiempos posteriores el actor tenía que comprometerse por escrito en la inscripción, y bajo fianza, a continuar el proceso. Sin embargo, en la época republicana, y todavía en los primeros tiempos del Principado, se permitía desistir de la acusación, por cuanto que el acusado injustamente tenía derecho para pedir que continuase la causa y para instar, una vez que se le hubiera absuelto, a que se incoara procedimiento por calumnia (p. 312). Mas debe advertirse que la acusación no propiamente calumniosa, pero sí ligera, podía venir a quedar exenta de pena, mientras que, por otro lado, a los tribunales no les estaba vedado imponer a estas leves faltas las penas graves señaladas para la calumnia. Fundándose en esto, el senadoconsulto turpiliano introdujo el año 61 de Jesucristo un procedimiento penal para los casos de desistimiento del acusador, procedimiento independiente de que se probara o no se probara la calumnia.

El desistimiento de la acusación podía ser expreso, pero también podía inferirse tácitamente de algunos hechos concluyentes, sobre todo, de que el actor dejara pasar un plazo determinado que le hubiera señalado el tribunal (p. 258). El procedimiento de que en tal caso se hacía

uso no era una contienda jurídica entre las dos partes que habían intervenido en la causa principal, como pasaba con el proceso por calumnia o por prevaricación, sino que era más bien una pena impuesta por el tribunal correspondiente por haberle molestado abusivamente. Era preciso, sin duda alguna, dar participación al acusado y preguntarle si deseaba que se siguiera la causa en la manera antes dicha y si se reservaba la acción grave de calumnia. Si no lo hacía así, se procedía a discutir acerca de la *tergiversatio*, que era con relación a la *calumnia* lo mismo que la *culpa* con relación al *dolus*, y que no debía ser considerada como un delito propiamente tal. Tocante a la cuestión relativa a saber si en cada caso particular debía ser o podía ser tenido por inculpable el desistimiento, era preciso tomar ante todo en consideración el fundamento en que el mismo se apoyara; en segundo término, la duración de la causa y los perjuicios que de ello se le hubieran seguido a la parte contraria, y por fin, la índole e importancia del proceso mismo: así, el desistir de la acción por adulterio era más permitido que desistir de una acción de alta traición. Cuando, en virtud de lo dicho, el tribunal ante el cual se hubiera acudido encontrase que la conducta del actor no había sido culpable, o cuando el emperador hubiera dado una decisión en este mismo sentido, entonces correspondía al actor la abolición —que se denominaba *abolitio privata*, por contraposición a la extinción del proceso decretada por el gobierno, la cual recibía el nombre de *abolitio publica*—, y por el desistimiento no le venía otro perjuicio que el de no poder repetir él mismo el ejercicio de la acción de que se tratara, mientras que, por el contrario, como la abolición no implicaba absolución, nada impedía el que pudiesen entablarla terceras personas. Al revés, en los casos en que el desistimiento no estuviera justificado, el acusador quedaba sujeto, bien a la infamia, bien a una pena pecuniaria, y hasta en ocasiones extraordinarias, el tribunal podía imponerle mayores castigos.

La punición de la tergiversación debía hacerse, igual que la de la calumnia, en juicio acusatorio ordinario. Aquel a quien se le permitía acusar, sin que por ello pudiera entablarse contra él la acción de calumnia, no era fácil que sufriera castigo en caso de desistimiento. En los procesos acusatorios extraordinarios y en los por cognición, se imponía una pena extraordinaria por haber dado lugar sin motivo bastante a un procedimiento penal, de una manera análoga a lo que acontecía en los casos de calumnia.

III.—*Connivencia* («*praevaricatio*»).

La *praevaricatio*, que etimológicamente significa atravesamiento, indicaba en el procedimiento acusatorio la connivencia de las partes

para llevar el proceso por vías tales, que resultase injustamente favorecido el acusado, ya con la absolución, ya con una pena aminorada, protegiéndole de este modo contra cualquier acusación. Si bien la inclusión de este hecho entre los delitos fue también cosa probablemente derivada del procedimiento privado, sin embargo, la verdad es que no nos es posible mostrar dicha circunstancia sino por lo que toca al procedimiento por *quaestiones*. No había establecido ningún tribunal especial para entender de la prevaricación, como no lo había tampoco, según hemos dicho, para entender de la calumnia; cuando se afirmase la existencia de la prevaricación, conocía de ella el mismo tribunal que hubiera dado el fallo contra el cual se reclamaba. Pero esta causa no era preciso promoverla, como las de calumnia, inmediatamente después que el asunto principal, sino que podía entablarse la demanda aun posteriormente, advirtiéndose, no obstante, que funcionaban para sustanciarla y resolverla el mismo magistrado y, a ser posible, el mismo jurado, cuando el jurado hubiese intervenido, que lo hubieran hecho en el asunto principal. El tribunal comenzaba por establecer si había habido o no prevaricación en el juicio anterior respectivo, y en caso de haberla habido, daba un segundo fallo sobre el asunto principal, anulando el fallo primero, y además imponía una pena por la prevaricación. El individuo absuelto injustamente sufría, desde luego, las consecuencias derivadas de la anulación del fallo absolutorio, y además la infamia. El actor que se hubiera puesto en connivencia con el acusado, además de tener que devolver el dinero recibido por la corrupción, caso de haberlo recibido, era castigado lo mismo que el calumniador y a la vez con la pérdida del *ius honorum*. En los tiempos posteriores se le imponía también una pena criminal extraordinaria, al arbitrio del tribunal. Mas el principio del talión no se aplicaba a la prevaricación. El inculpar de mala fe a alguno de prevaricador daba lugar a un proceso por calumnia.

Aunque la prevaricación pertenecía también desde luego al procedimiento acusatorio, el castigo que llevaba consigo era de índole penal, no solo en el caso de que se conociera de ella en causa criminal extraordinaria, sino también en el caso de que el patrono jurídico (abogado o procurador) que interviniese en un proceso penal o en uno privado se hubiese puesto en connivencia con la parte contraria.

CAPÍTULO X

PREMIOS A LOS DENUNCIANTES Y A LOS ACUSADORES

Lo mismo si se tratara de denuncias que dieran origen a un proceso, que de otras cualesquiera manifestaciones hechas en una causa criminal ya comenzada y las cuales pusieran al juez en situación de pronunciar una condena, el manifestante o declarante no adquiriría derecho alguno, claro es, ni a librarse de pena en caso de haber tomado también él parte en el delito, ni a recibir recompensa ninguna en otro caso. Esta fue siempre la regla general; sin embargo, en ciertos casos sufrió bastantes excepciones.

El eximir de pena a aquellos delincuentes que, previo acuerdo entre ellos y sus jueces penales, confesaran su delito, y con su confesión allanaran el camino para poder condenar a sus cómplices y compañeros de delincuencia, era un mal desde luego, pero un mal que no pocas veces se puso en práctica, cuando la colectividad atravesaba situaciones apuradas. En estos casos, igual que en todo caso de amnistía (p. 289 y ss.), se violaba el orden jurídico y, por consiguiente, el magistrado no podía en rigor conceder semejantes recompensas, sino que estas solo podían ser otorgadas por vía legislativa. En un principio se hacía esto siempre a modo de concesiones singulares; pero en los tiempos posteriores se dio una medida general para eximir de pena a los que en las causas de lesa majestad favoreciesen con sus confesiones el castigo de sus cómplices.

Menos dificultades de orden moral se encontraban para conceder recompensas a las personas que, sin haber tomado participación en un delito, hacían posible una sentencia penal con sus denuncias o declaraciones. Tampoco era esta una institución regular en el antiguo derecho romano, pero en muchos casos concretos se hacía uso de ella: 1º o bien estimulando a hacer semejantes denuncias bajo promesas de premio a los que las hiciesen, debiendo advertirse que formulaban a menudo semejantes promesas aun los mismos perjudicados en los delitos privados, y parece que en los tiempos posteriores fue práctica general en los tri-

bunales el formularlas; 2º o bien después de terminado el asunto penal de que se tratara, bajo la forma de remuneración por el servicio prestado a la comunidad con la denuncia. Por esta vía adquirirían los ciudadanos preeminencias especiales, los no ciudadanos el derecho de serlo, y los esclavos la libertad, aparte de que dichas denuncias eran pagadas en determinadas circunstancias con donaciones pecuniarias. En época posterior, parece que las mismas leyes establecían de un modo general estas recompensas a los denunciadores, por lo que de un modo general estimulaban a hacer denuncias; así, para algunas de estas se prometía en premio el derecho de ciudadano o la exención de impuestos, y, sobre todo, a los esclavos se les garantizaba la libertad siempre que delatasen al asesino de su señor, igualmente que si denunciaban a los autores de otros crímenes graves.

Estas observaciones nos enseñan que en el proceso penal se supo estimular las declaraciones que a la comunidad le eran necesarias para la administración de justicia, combinando el cumplimiento de la obligación con el acicate del propio interés del denunciante.

En el procedimiento penal republicano en que intervenía solamente el magistrado, dominaba el honroso principio, según el cual, el magistrado que sustanciaba un proceso no podía esperar que el mismo le produjera sino molestias, y en ocasiones hasta peligro, pero jamás ventajas. Solamente en los casos de acciones penales edilicias (p. 111 y ss.), en que las molestias de ser acusador no eran contrapesadas con ninguna ventaja de índole política, y en donde intervenía casi siempre un estímulo especial para poner en acción esta manera de actividad beneficiosa al procomún, es en las que, según veremos al tratar de las penas pecuniarias, le era concedida al magistrado la facultad de emplear a su arbitrio el dinero procedente de tales causas, análogamente a lo que podía hacer el jefe militar victorioso con el botín de guerra, pero no ya en su provecho propio, sino en interés público.

Cuando un magistrado llevaba a juicio, por vía de acción privada, asuntos delictuosos o cualesquiera otros asuntos de la comunidad, como probablemente sucedía por regla general en los primeros tiempos, el magistrado demandante no obtenía de ello ventaja alguna para sí, lo mismo que no la obtenía por incoar y sustanciar causas penales públicas; igual que en el otro caso, no hacía más que cumplir con la obligación que le imponía su cargo, y lo que en este ejercicio ganaba lo ganaba para la comunidad. Pero, según veremos cuando se trate del peculado, las ordenanzas municipales le concedían, en caso de haber ejercido dichas acciones, igual derecho para disponer de las adquisiciones procedentes de ellas, que acabamos de ver tenía cuando se trataba de multas penales edilicias.

Tratándose de delitos privados, el motivo que impulsaba a promover el correspondiente juicio, a los menos cuando el mismo perjudicado interponía la acción, era el interés personal, y por lo tanto, no había precisión de otros estimulantes.

Por el contrario, cuando la ley invitaba a los ciudadanos en general al ejercicio de acciones privadas en interés ajeno, solamente era de esperar un resultado práctico notorio, en el caso de que el actor viese en perspectiva alguna ventaja personal que pudiese provenirle de tal ejercicio. Ahora, cuando se trataba de acciones populares de derecho privado, como, por ejemplo, las numerosas que había para proteger las vías públicas, igual las terrestres que las de agua, el interés de los aprovechadores de estas coincidía bastante con el interés público, por lo que semejantes acciones no habían menester forzosamente el estímulo de referencia. Mas no podía faltarles, y no les faltaba, a las acciones por usura en los primeros tiempos de la República, las cuales podían ser entabladas aun por los no perjudicados directamente, y una parte del cuádruplo de indemnización que el reo pagaba se devolvía al actor. Pero la construcción jurídica de este procedimiento, que cayó muy pronto en desuso, y sobre el cual hemos de volver en el libro siguiente, resulta poco clara. Cuando luego, en la época posterior de la República, se concedió muchas veces a todo ciudadano el derecho de reclamar por vía de acción privada, y fuera del círculo de las antiguas acciones populares, las indemnizaciones pecuniarias que por disposición de la ley debía adquirir la comunidad, no fueron raras las ocasiones en que se concedía al actor una parte del importe de lo percibido. La ley de Sila sobre el homicidio atribuía una cierta cuota de este importe a aquellos individuos que se hubieran tomado la pena de demostrar judicialmente que el testamento del muerto había sido abierto ilícitamente. Análogas disposiciones encontramos respecto a la remoción de mojones y piedras limitadoras, a los daños causados en las sepulturas y en los acueductos; y es indudable que frecuentemente se concedía también de análoga manera, si bien por medio de leyes especiales, una recompensa al que entablaba una acción.

Así como las acciones privadas interpuestas ante el pretor en beneficio o interés de la comunidad fueron las que dieron en general el modelo para el procedimiento por *quaestiones*, así también las recompensas a los demandantes fueron trasladadas del juicio primeramente nombrado al segundo. Pero la condición de cuasimagistrado que el actor tenía en el procedimiento por *quaestiones* era también aquí tomada en consideración, y por tal motivo no parecía oportuno que esta función fuese remunerada con una suma de dinero, del modo que lo eran los servicios de índole inferior prestados a la comunidad en los pro-

cesos por indemnizaciones. De hecho, en la época republicana tales recompensas otorgadas a los acusadores fueron siempre de índole política; al demandante vencedor se le otorgaba una alta posición cívica, que era precisamente la del vencido, en el caso de que este fuese condenado por la sentencia a perderla. Por consiguiente, si el demandante era ciudadano, podía por este medio librarse él mismo y librar a sus descendientes del servicio de las armas; si el condenado ocupaba en la tribu un lugar más alto que el actor, este último pasaba a él; el actor ascendía también en el Senado a clase superior cuando el condenado se hallara dentro del mismo por encima del primero. En caso de juicio por corrupción electoral, se llegó hasta conceder al ciudadano que a causa de este delito hubiera sido borrado de la lista de senadores el derecho de volver a ocupar un asiento en el Senado, entablado él a su turno una acusación análoga contra otro senador, y ganándola. Si el acusador era un individuo de derecho latino, adquiría por la acusación el derecho de ciudadano romano, o si lo prefería, conservaba su condición de latino y adquiría la facultad de interponer provocación ante los Comicios en las causas criminales, lo mismo que los ciudadanos romanos. En las leyes de la época republicana que regulaban las *quaestiones*, no se concedieron, que nosotros sepamos, recompensas pecuniarias sino en casos de poca importancia. Por lo que podemos inferir de las fuentes que conocemos, la primera vez que se otorgaron premios de esta clase, por desempeñar el papel de acusador en los procesos políticos, fue en la causa seguida contra los asesinos del dictador César, en virtud de la ley *pedia*. Después fueron reconocidos estos premios de un modo formal en la legislación de Augusto, cuando se tratase de penas pecuniarias graves, y sobre todo cuando se impusieran como pena la confiscación del patrimonio, concediéndose como premio al acusador, cuando menos en los casos de delitos de lesa majestad, la cuarta parte del patrimonio del condenado. A la época de Augusto pertenece también una disposición que estudiaremos al tratar del homicidio, y según la cual, aquel que, habiendo sido asesinado un jefe de familia, no entablase acción de homicidio contra la servidumbre del mismo, perdía el derecho de heredarle que le pudiese corresponder; disposición que de hecho merece ser incluida en el número de las recompensas otorgadas a los acusadores.

El tribunal era quien tenía facultades para resolver, haciéndolo a su arbitrio, qué honores o ventajas habían de otorgarse al acusador que hubiera sostenido con buen éxito una acusación. No se concedían las recompensas a todas las personas que hubiesen tenido participación en la demanda, sino solo aquellas a quienes principalmente fuese debido el resultado apetecido, y por lo tanto, en los procesos que se

seguían ante el jurado o ante el Senado, era menester decidir este punto por medio de una votación especial, después de haber quedado despatchada la acusación.

No se les ocultó a los romanos lo escandaloso y peligroso de tales premios a los acusadores, sobre todo en el procedimiento criminal propiamente dicho. En tiempo de Tiberio se presentó una proposición en el Senado para restringirlos, pero fue rechazada; sin embargo, debemos decir que esos premios solamente se otorgaban en el procedimiento acusatorio verdaderamente tal; y a lo que parece, en los tiempos posteriores del Imperio, aun en este procedimiento se concedían raras veces.

CAPÍTULO XI

LA PROTOCOLIZACIÓN

El procedimiento romano, por su propia naturaleza, no envolvía la obligación en el magistrado de reducirlo a escritura. Las contiendas jurídicas llevadas por las partes ante el tribunal concluían regularmente, en cuanto respecta a la intervención del magistrado, con la inclusión hecha por este de la demanda en el esquema fijo y constante de demandas, y con las instrucciones dadas por el mismo al o a los jurados; no era preciso, por la índole misma de estos asuntos, señalarles un término. Las instrucciones dichas, de que en un principio daban fe testigos, podían desde antiguo comunicárseles por escrito al o a los jurados, pero el magistrado que las daba no volvía a tomarlas en cuenta. Todavía de una manera más rigurosa, en el procedimiento penal público antiguo, por la naturaleza de él, tenían lugar en un mismo acto la conducción del inculpado ante el tribunal y la condena. En el procedimiento penal sustanciado ante el magistrado y los Comicios, no solo se señalaban públicamente varios términos, sino que desde bien pronto empezó a exigirse el empleo de la escritura en la sentencia, la cual consistía en una proposición que el magistrado presentaba a los Comicios para que estos se la aprobaran, de igual modo que se requería también presentar por escrito a los Comicios las proposiciones de ley. La sentencia dada de este modo podía muy bien ser archivada en el archivo de la comunidad. Pero aun en esta sola clase de procesos penales no se concilia muy bien la reducción de los mismos a escritura con la circunstancia de que las acusaciones o demandas de que conocían el pueblo o la plebe, y las cuales podían llevar ante ellos distintos magistrados, iban siendo despachadas por los mismos sin que tuvieran necesidad de someterse para ello a leyes de carácter general. Ahora, lo que era indispensable poner por escrito, eran las discusiones que tenían lugar en la sustanciación de las *quaestiones*. El despacho de una serie de procesos análogos, los cuales habían de ser sustanciados, desde que se interponía la demanda hasta que se pronunciaba la

sentencia, bajo la presidencia del mismo magistrado y en diferentes plazos, y por otra parte, la obligación que el magistrado tenía de resolver, al entrar en el ejercicio de su cargo, los asuntos jurídicos que su antecesor hubiera dejado pendientes (p. 142), y de llevarlos todos adelante a un mismo tiempo, eran cosas que no podían menos de exigir que se escribieran las diversas actuaciones.

Esta reducción a escritura, que tomada en el estricto sentido de la palabra difícilmente era un acto oficial, pero que indudablemente correspondía al número de las funciones propias del cargo de *quasitor*, tenía su base en la antigua teneduría de libros. Tomando esta por modelo, hubo de introducirse, probablemente desde bien pronto, y no por ley, sino por costumbre, un cargo público de tenedor de libros, una teneduría oficial de libros de mayor importancia y amplitud que la teneduría de libros privada. La institución, que permitía a todo magistrado llevar un diario donde constasen los actos oficiales que practicaba, no comprendía más que las actuaciones penales, pero era preciso dar cuenta completa de ellas.

La denominación técnica de los libros oficiales era, en los antiguos tiempos, la de *tabulae publicae*, añadiéndose el nombre del magistrado por encargo del cual se habían formado; en la época del Principado es cuando por vez primera empezó a emplearse al efecto la denominación regular y oficial de *commentarium* o *commentarii*, ὑπομνηματισμοί, aplicable a toda reducción a escritura, añadiendo el nombre del magistrado que había ordenado hacerlo; también se llamaba *commentarium cottidianum*. Era asimismo frecuente llamar a los protocolos *acta*, y en el latín posterior *gesta*. Se citaban por libros, páginas y párrafos.

En los primeros tiempos, todos los magistrados del Reino o de cualquier municipio del Reino, sin distinción de rango, estaban de hecho obligados a tener libros oficiales; en la época del Principado lo estaban también de derecho, sin la menor duda. Cuando se trataba de magistraturas colegiadas, cada uno de los colegas llevaba en los tiempos antiguos un libro privado para sí solo; hasta la época posterior, no encontramos un libro oficial común para las pocas magistraturas que ya entonces quedaban de las que funcionaban colegiadamente. Así como por regla general no era el jefe de familia quien por sí mismo llevaba el libro doméstico, del propio modo tampoco era el magistrado mismo quien llevaba el diario oficial; quien lo llevaba era un tercero, por encargo suyo. Pero este mandatario no se nos presenta como tal, y acaso ni una sola vez se le nombra en lo escrito; hasta los tiempos posteriores parece que no fue, por regla general, otra cosa que un servidor particular del magistrado, aunque este encomendaba

también en ciertas circunstancias el desempeño de tal función a amigos suyos de confianza. La teneduría de los libros oficiales por soldados en filas, de donde procedieron los *commentarienses* militares, puede encontrarse ya en los primeros tiempos, en cuanto los magistrados eran quienes mandaban en ella; pero hasta la época del Principado no adquirió una forma regular. Así como cuando se trataba de la teneduría particular de libros, de los *adversaria* preliminares procedían luego las *tabulae accepti et expensi* perfeccionadas, en la teneduría de libros oficial se hacía primero una inscripción provisional, y luego se hacía otra definitiva que era la verdadera; a esta última se refería la disposición de Constantino, de que las *actas* debían hallarse concluídas a los tres, o lo más tarde, a los cinco días después de haberse celebrado la controversia judicial. No queda vestigio alguno de que en la época primitiva el magistrado mismo diera fe de lo escrito; por el contrario, los documentos egipcios ponen la nota *ἀνέγνων, legi*, señalando que han sido concluídos por otra mano, sin duda alguna distinta de la del mismo juez.

El escribiente, después de haber puesto el lugar donde se levantaba el acta y la fecha, iba refiriendo, en tercera persona, lo que, día por día, había hecho y dicho el magistrado y lo que había pasado ante él, pero limitándose a los actos oficiales; sin embargo, a lo menos en los tiempos posteriores, se consignaban también las visitas y las festividades oficiales. Lo que ante todo se hacía constar en dichas escrituras eran las controversias judiciales. Hasta ahora se ha tenido por dudoso que las instrucciones que se daban a los jurados según el edicto fuesen las únicas que se consignaban en el protocolo; por el contrario, se incluían en el mismo, seguramente, los decretos que se daban, previa consulta al *consilium*. En el procedimiento penal de los tiempos posteriores —las noticias que nos da la tradición no alcanzan al de los antiguos tiempos— vemos figurar en el protocolo la admisión de la demanda con la inscripción y la suscripción, la lista de jurados y las modificaciones de la misma, los discursos de las partes y de sus representantes, las declaraciones de los testigos, la votación de la sentencia, o en caso de que no hubiera lugar a dar sentencia, el sobreseimiento. El acta podía redactarse de dos maneras, según lo que ordenase el magistrado: bien conteniendo únicamente una breve exposición de lo indispensable; bien una narración por extenso de todo lo ocurrido, lo que se verificaba sobre todo en tiempos posteriores cuando se hizo general la aplicación de la estenografía. En el protocolo podían incluirse, ya en el cuerpo del mismo, ya en apéndice, copias de los documentos allegados como prueba durante la controversia judicial, de los datos aportados ante el tribunal con el mismo objeto, de las sentencias re-

dactadas por la propia mano del magistrado y dadas a conocer por medio de hojas o periódicos. La protocolización misma era el signo de la contienda oficial habida, y solamente lo que el magistrado hubiera hecho *apud acta, ἐγγράφως*, era lo que podía ser considerado como documento propiamente judicial. Según fuese la competencia del magistrado, así el diario oficial revestiría un carácter uniforme, como sucedía, por ejemplo, con el pretor *de repetundis*, cuyo protocolo vendría a ser, poco más o menos, una lista de plazos, o bien, por el contrario, se irían incluyendo en él las cosas más diversas por el orden con que hubieran ido siendo despachadas, cual lo hacían de ordinario los funcionarios de las provincias.

Por razón de su contenido, el diario oficial era y se llamaba público; pero si tal concepto merecía por su instalación, en cambio, por lo que se refería al derecho del poseedor, era tan privado como el libro doméstico. El magistrado tenía obligación de comunicar a su sucesor en el cargo los procesos, cuando la continuidad de los mismos así lo exigiera; cuando rindiera cuentas al Erario, podía también presentar su libro diario. Si se presentara alguna acusación contra él, el primer documento que debía serle recogido (p. 269) era este libro. Pero el libro constituía una propiedad suya y se hallaba confiado a su custodia, y más tarde a la de sus herederos; no había otro medio para librarse de la sospecha de que hubiera podido ser falsificado posteriormente, más que, acaso, el de dar publicidad a los actos o documentos de que se tratara. Este carácter privado del libro oficial de los funcionarios, lo tenía todavía en tiempos de Constantino el de los magistrados municipales; en cambio, el libro oficial de los magistrados generales del Reino perdió ese carácter privado en la época del Principado, probablemente desde los primeros tiempos del mismo, habiéndose mandado que entregaran esos magistrados sus libros al archivo destinado al efecto, a los *monumenta publica*. Parece que en los tiempos posteriores hasta quedaban expuestos a la vista de todo el mundo en el archivo, antes de ser guardados en él. Podían entregarse copias de las varias partes del protocolo a las personas que hubieran tenido intervención en los correspondientes actos, y aun a otras.

LIBRO CUARTO
DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

LIBRO CUARTO
DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

INTRODUCCIÓN

Como ya se ha dicho en el libro primero, la pena es la retribución exigida por el quebrantamiento de la ley moral, pero solo en tanto en cuanto el Estado toma a su cargo el hacerla efectiva. En este libro vamos a ocuparnos de las diferentes clases de leyes morales que pueden ser violadas, o lo que es igual, de los varios delitos en particular.

Las leyes morales y las leyes penales tienen un mismo fundamento, sin embargo de lo cual son necesariamente distintas. Por una parte, la ley moral tiene en todo caso un radio de acción mayor que la ley penal; y por otro lado, la sociedad aplica penas muy a menudo aun a acciones moralmente indiferentes. Ambas clases de leyes son variables: la ley moral es un continuo flujo de subidas y bajadas, en armonía con la evolución de los pueblos; la ley penal es la suma de preceptos morales dependientes de las circunstancias externas e impuestos en cada instante por la colectividad a los individuos. No debemos olvidar que la ley penal es más antigua que su formulación; así, la perduelión fue considerada como delito en la comunidad romana, aun antes que se hubiese inventado la palabra con qué designarla. La validez general del precepto con relación a todas las acciones futuras que caigan dentro del mismo, es un carácter común a la ley moral y a la penal. Los poderes del Estado no quedan fuera de la acción de esta última, sino sometidos a ella; en esto consiste, como ya hemos dicho (p. 63 y ss.), el contraste que se observa entre el derecho penal y la coercición correspondiente al magistrado, la cual era considerada como absolutamente exenta de trabas. Esta idea de la coercición ilimitada constituyó el punto de partida de la concepción jurídica de Roma. El magistrado, en virtud del derecho de coercición que le compete, juzga y pena, pero pena a su arbitrio; desde el momento que este arbitrio sufre limitaciones, esto es, desde el momento que se promulgan leyes, la coercición se transforma en orden jurídico, y el magistrado sentencia e impone penas, apoyándose

en el poder que de tal manera se le confiere¹. La misma ciudadanía se halla sometida a estas leyes supremas. La ciudadanía tenía facultades para votar la ley, así como también para consentir excepciones a ella en casos particulares; mas no podía castigar con pena un hecho que no se hallase prohibido de antemano por una ley general². En la época del Principado se modificó este fundamental principio del Estado sometido al derecho (*Rechtsstaat*); y por lentas y sucesivas etapas se fue colocando, en el lugar que antes ocupaba el orden jurídico fijamente establecido, la idea del arbitrio discrecional del soberano que a la sazón ocupase el trono, con lo que el Estado retrocedió en cierto modo hasta su punto de partida, que fue el de la *coercitio* ilimitada del magistrado supremo. Aquí ahora hemos de ocuparnos de aquellas leyes penales que regulaban la potestad de los magistrados y de las varias categorías de delitos a que necesariamente se daba con ello lugar.

Ya hemos hablado (p. 4) de la unidad interna del derecho penal romano, compatible con su división y variedad externas. Los límites de ese derecho fueron, ante todo, trazados en el primitivo sistema de Roma, con aquella seguridad que es característica del sentido jurídico de este pueblo y que lo distingue de todos los otros. El derecho penal comprende las violaciones de la ley moral, por una parte, cuando las mismas se dirigen contra la comunidad, en cuyo caso el magistrado procede de oficio y por la vía inquisitiva, correspondiendo en algunos casos la resolución última a la ciudadanía; por otra parte, cuando las violaciones dichas dañen a los particulares, en cuyo caso, para proceder contra los autores de ellas, es preciso que lo pidan los perjudicados, y para sentenciarles ha de intervenir el tribunal del jurado. El principio dominante en ambas categorías de delitos era el de la personalidad de la pena (p. 46-47), supuesto que los procesos de esta clase, tanto públicos como privados, siguen a la persona del culpable y cesan en el momento que esta desaparece, mientras que aquellos otros, que no se refieren a hechos considerados en principio como delitos, se transmiten a los herederos.

Antes de consagrarnos a desarrollar el estudio de las varias clases de delitos, será conveniente dirigir una mirada a algunos horizontes jurídicos que caen fuera del derecho penal, tal y como lo concebimos

¹ Así pasa, especialmente en la imposición de penas pecuniarias; la medida de cada una de las cuales, o se deja al prudente arbitrio del magistrado, o la fija taxativamente la misma ley.

² Así lo demuestra la consideración siguiente: que la ciudadanía solo tenía el derecho de confirmar o desaprobado la pena impuesta por el magistrado; en el sistema romano no se admitían penas decretadas por los Comicios con independencia de otro poder.

en este libro, pero que confinan con él. Si prescindimos para el caso de la separación tradicional entre el derecho civil y el criminal, separación que ni tiene su fundamento en las fuentes, ni nos aprovecha tampoco para exponer sistemáticamente la materia, preciso será reconocer que la no consideración del derecho penal como el derecho ético en eminente sentido es asunto que ofrece muchas dudas cuando uno descende a los casos concretos, y que, en general, no es posible admitir sin alguna arbitrariedad la construcción de un derecho penal romano, cuyo concepto no haya sido establecido por la misma jurisprudencia romana.

1º Mientras que en el originario derecho civil existía una línea divisoria bien marcada entre las acciones procedentes y las no procedentes de delito³, en cambio, en el sistema procesal organizado por los pretores no se atiende para nada a esa oposición. Por consiguiente, al interponer acciones por esta vía, lo que el actor hacía era referirse, por lo que toca al carácter delictivo del hecho, a los elementos internos de este, con especialidad a su carácter ético, y además impedir que la demanda fuese dirigida contra los herederos del demandado, a diferencia de lo que ocurría con las acciones contractuales. En virtud de esto, se admitían la acción general de dolo y la de violación de sepultura, sin desconocer lo inseguro de la determinación de límites.

2º En el caso de que en un proceso jurídico cuya acción principal fuese personal o patrimonial interviniera por modo accesorio algún elemento delictivo, no podía seguirse el asunto por el procedimiento criminal; por esta razón no se admitía, v. gr., una acción esencialmente penal procedente de la tutela.

3º La protección jurídica otorgada en los casos de perturbación de la posesión o de otras análogas relaciones de derecho, así como también la concedida contra las perturbaciones en el aprovechamiento de los bienes comunes, eran procesos muy cercanos, sin duda alguna, a los seguidos por el delito de coacción, por cuanto el fundamento de los mismos era en su mayor parte el procedimiento de los interdictos; sin embargo, en general, no se les puede considerar incluidos en el derecho penal.

4º Las desventajas o males que van unidos al seguimiento de los procesos son, en su mayor parte, penas, como sucede con el *sacramentum*, así llamado justamente por eso, y como pasa también con las consecuencias jurídicas de la apelación y con la ocultación o

³ La categoría de las llamadas *obligationes quasi ex delicto* (Inst. 4, 5) es inadecuada e inadmisibles, tanto en su definición —que ha habido, sí, falta, pero que no se ha cometido propiamente un delito— como en la enumeración de los hechos cuasi delictuosos, la cual se limita, en lo esencial, a algunas modificaciones de los antiguos delitos privados; además, es una categoría que no produce ventaja alguna, desde el punto de vista de la sistematización de la materia.

engaño en el fundamento de la demanda, todo lo cual hay que concebirlo en la manera dicha; no obstante, dichas desventajas no consienten que se haga de ellas una exposición independiente y propia, y por lo tanto, no podemos ocuparnos de ellas en un estudio de derecho penal.

5º Los impuestos, prestaciones y gabelas —especialmente cuando son un efecto de haberse dejado sin cumplir por alguien las obligaciones de ciudadano o de haber cometido faltas contra algún deber exigido por el Estado, como, por ejemplo, ocurre con las disposiciones de Augusto respecto de los célibes y los casados sin hijos, con las leyes sobre las aduanas y la prohibición de las exportaciones— confinan con aquellos preceptos penales que castigan con multas ciertos delitos, v. gr., el robo de hombres y la pederastia, como se verá en el libro quinto cuando nos ocupemos de las multas. Pero con relación a este punto, la separación entre ambas cosas, dentro del sistema procesal romano, consistía en que las reclamaciones por incumplimiento de las obligaciones patrimoniales que tenían los individuos para con la comunidad no se llevaban ante los jueces penales ni ante el pretor, sino que en la época republicana conocían de ellas los censores, y a falta de los censores los cónsules, y durante el Principado, los procuradores imperiales y los prefectos del Erario.

6º Las degradaciones o postergaciones administrativas por causa de conducta deshonrosa, como lo eran muy singularmente las que se aplicaban a la adquisición u ocupación de cargos públicos y la prohibición de formar parte de los tribunales representando a la comunidad, consecuencia esta última que derivaba bastante a menudo de la llamada infamia pretoria, únicamente pueden ser consideradas como penas propiamente dichas en sentido jurídico, y estudiadas, por lo tanto, dentro del derecho penal, en el caso en que tuvieran por base condenas penales.

Según el sistema romano más antiguo que nosotros conocemos, singularmente el de las Doce Tablas, solo pueden ser incluidas en el derecho penal verdaderamente tal cuatro clases bien determinadas de delitos, a saber:

1ª *Perduellio*.

2ª *Parricidium*.

3ª *Furtum*.

4ª *Iniuria*, posteriormente dividida en lesión personal (*iniuria*) y daño en las cosas (*damnum iniuria*).

Hay que advertir que únicamente son permanentes estos delitos en conceptos fundamentales, variando, en cambio, mucho sus designaciones; el hurto, por ejemplo, se nos presenta ya como *furtum*, ya como *sacrilegium*, ya como *peculatus*. De las dichas cuatro categorías

de delitos en el antiguo derecho penal, las dos primeras pertenecían exclusivamente al derecho penal público, y las otras dos, ora al público, ora al privado⁴. Con respecto a muchas de las acciones punibles mencionadas en las Doce Tablas, es lícito dudar si pertenecían a alguna de las categorías en cuestión, y en caso afirmativo, a cuál de ellas; pero ni los vestigios que han llegado hasta nosotros, ni las conclusiones retrospectivas que pueden sacarse de las fuentes posteriores, nos autorizan para establecer mayor número de categorías de delitos.

Tocante a las dos primeras de las nombradas, debe uno preguntarse si los conceptos que implican tienen un significado sustancial, o si se trata más bien de conceptos con puro valor procesal; es decir, si el traidor o enemigo de la patria es *perduellis* y el asesino *parricida*, o si con la palabra perduelión quería indicarse no más que el procedimiento en que intervenían los duumvros, y con la de parricidio el procedimiento en que intervenían los cuestores, o lo que es lo mismo —puesto que también de este otro modo podemos expresarlo—, si la perduelión quería significar el procedimiento extraordinario no permitido sin un acuerdo especial del pueblo, y el parricidio se refería al procedimiento ordinario seguido ante los Comicios con el magistrado. Ambas concepciones son compatibles entre sí, y ambas tienen que ser armonizadas. Que el concepto sustancial del delito exigido por la misma elaboración de las palabras, por el mismo sonido de ellas, continuó subsistiendo en los tiempos posteriores, nos lo demuestra de un modo incontrastable, no solamente el uso de las voces, sino también el orden jurídico existente en esos tiempos. Por otra parte, nos tropezamos con estos hechos extraños: que el enumerar paradigmáticamente como caso de perduelión un acto que en realidad no se halla incluido dentro de esta categoría, sino en la del parricidio, representa en cierto modo una disculpa desde el momento en que supongamos que el concepto de referencia tiene ante todo un sentido de formalidad procesal; y que el robo de templos, que no era un *parricidium*, pero cuyo conocimiento y resolución competía al *quaestor parricidii*, fue absorbido dentro del epígrafe del parricidio, cosa demostrada hasta cierto punto, y que, por lo demás, responde bien al modo como posteriormente fue considerado y tratado este delito, según veremos en el capítulo correspondiente.

El sistema penal romano más antiguo de que nosotros tenemos noticia fue esencialmente ampliado en el siglo último de la República y en los comienzos del Principado, a consecuencia especialmente del abandono en que cayó el procedimiento ante los Comicios, y de la introducción para los asuntos penales del tribunal del jurado bajo la

⁴ El sacrilegio, el peculado, la *occentatio* y la desviación de caminos se sustanciaban por el procedimiento en que intervenían los Comicios.

presidencia de un magistrado. Hubieron de ser incluídas en la categoría de los delitos varias relaciones éticas que, antes de esta época, o solamente se consideraban como de carácter patrimonial, o no estaban de ninguna manera comprendidas en la esfera del derecho, y, por lo tanto, no conocían de ellas los tribunales. La concusión y la obtención indebida o por sorpresa de cargos públicos, las cuales habían permanecido hasta ahora fuera del derecho penal, vinieron a ocupar de ahora en adelante, y por largo tiempo, el lugar preferente del mismo, por exigirlo así las relaciones políticas nuevamente creadas; la coacción y la falsificación conservaron el puesto que de poco tiempo antes habían adquirido. En tiempos del Principado comenzó el Estado a cuidar de la moralidad pública y de las buenas costumbres, en sus manifestaciones exteriores tan solo, es verdad, pero con gran fuerza, lo cual llevó a hacer que figurasen en el número de los delitos ordinarios los atentados al pudor y el adulterio. Por el contrario, el círculo tradicional de los hechos delictuosos que daban lugar a una acción para ante el tribunal pretorio siguió invariable en su conjunto; solo hubo una adición esencial, la de la acción de dolo o fraude, la cual, sin embargo, como que tenía un carácter subsidiario, aun en el derecho penal de los tiempos posteriores ocupaba un lugar subordinado.

Aquella suspensión de hecho de la función legislativa, que es la característica del Estado romano desde Tiberio a Diocleciano (p. 90-91), manifestóse de manera muy desventajosa en el derecho penal, que es de todas las esferas jurídicas la más necesitada de cambio y modificación. Con arreglo al formalismo rígido, lo mismo la teoría que la práctica no consideraban como acomodado a derecho sino el procedimiento penal que podía apoyarse en alguna de las organizaciones establecidas desde Sila hasta Augusto para los diferentes tribunales penales, y estigmatizaban, en cambio, y calificaban como no valederas propiamente, todas las que se apartasen de tales reglas. Sin embargo, las modificaciones introducidas en esta época, y además muchas no necesarias, pero de hecho en parte inevitables, perturbaron y perjudicaron el sistema jurídico vigente, por lo mismo que penetraron en él sin haber sido previamente organizadas de un modo fijo. Cuando, a consecuencia de la radical transformación del Estado verificada por Diocleciano, la nueva monarquía absoluta tomó otra vez en sus manos la función legislativa, echóse de menos la frescura y la genialidad que han de acompañar a las creaciones nuevas, y por eso en el débil y ruinoso edificio de los tiempos últimos solamente se introducen como categorías nuevas de delitos la herejía, y acaso también el rapto.

Para nuestra exposición, quedarán clasificados los delitos del derecho penal romano en los once grupos siguientes:

- 1º Delitos contra el Estado.
- 2º Herejía.
- 3º Homicidio y otros delitos semejantes.
- 4º Coacción.
- 5º Falsificación y astucia.
- 6º Delitos sexuales.
- 7º Cohecho y concusión de los procuradores y funcionarios públicos.
- 8º Apropiaciones indebidas.
- 9º Lesiones personales.
10. Daños en la propiedad.
11. Abusos de los derechos.

Esta distribución, acomodada a las vicisitudes que integran la evolución del derecho y a la tradición jurídica, no tiene pretensiones de valor sistemático; aspira a que tanto los jurisconsultos como los historiadores la consideren simplemente como la más orgánica posible desde los puntos de vista lógico e histórico. La base ética del derecho penal implica que, así como la naturaleza humana es igual, dentro de ciertos límites, en todos los pueblos y en todos los tiempos, también lo son los delitos que los hombres cometen; y eso es lo que, hasta donde ello es posible, se ha tenido en cuenta al hacer esta partición. Pero, por otro lado, el derecho penal depende, más aún que otra cualquiera esfera jurídica, de la fisonomía individual de cada pueblo y del espíritu dominante en cada época, todo lo cual ha sido preciso tenerlo en cuenta para hacer la división de que nos ocupamos. En la última clase —que en realidad debiéramos haber incorporado a la séptima si no hubiera obligado a constituirla en un miembro separado y a tratarla aparte la significación que el delito *repetundarum* tuvo en el procedimiento criminal de los tiempos posteriores— hemos intentado abarcar, bajo una expresión común, atacable sin duda, no solo desde el punto de vista de la propiedad del vocablo, sino también desde el punto de vista de la sustancia de las cosas varias que comprende, aquellos delitos que no tienen fundamento ético sino de un modo condicional, dado caso que los actos respectivos son jurídicos, y solamente es punible el abuso de ellos, cual sucede, verbigracia, con la adquisición de puestos públicos, el cobro de intereses el comercio de granos, las ganancias del juego. No ha podido evitarse el reunir en algunas clases, por ejemplo, en la tercera, delitos diferentes, por la razón de que todos ellos forman un mismo grupo bajo el respecto procesal. Si nuestros criminalistas advierten otras faltas, y sobre todo la de la rapiña, tengan en cuenta que en el derecho romano este delito era a menudo considerado como un homicidio, y

siempre como un hurto, no habiendo sido penado jamás como delito independiente.

La apreciación del procedimiento penal romano tiene que ser varia y desigual, por lo mismo que desigual era también el referido procedimiento. En aquella porción de él que se hallaba encomendada a los pretores de la ciudad y a sus jurados, participaba de las ventajas del procedimiento civil de aquel pueblo, a cuyas reglas estaba sometido; dichas ventajas eran estas: tener una legislación fija y flexible; hallarse rigurosamente elaborada la correspondiente teoría; estar exactamente determinadas las cuestiones correspondientes a cada caso concreto, así las de derecho como las de hecho; ser fallado el asunto con arreglo a la conciencia de hombres imparciales, que es en último término la columna fundamental de toda administración de justicia. La inclusión del hurto entre los delitos para cuya persecución se requería acción privada está, sin duda alguna, muy en armonía con las concepciones de la época de las Doce Tablas, mas no con las de la posterior, en que la autodefensa del ofendido había perdido, como es natural, mucho terreno. También se advierte en la literatura una casi total ausencia de informes respecto del hecho según el cual el hurto, desde los tiempos antiguos, fuera dejando de ser considerado como un delito privado, y que asimismo en la práctica no se le tratase como tal. Pero el modo de tratar la injuria entre los romanos puede servirnos de modelo, no solamente por lo tocante a la ciencia jurídica de aquel pueblo, sino también y sobre todo por lo que respecta a su práctica del derecho, y es además un testimonio que avergüenza a los hombres de nuestros días, demostrándoles que el progreso del género humano es siempre ante todo un retroceso.

No puede decirse lo mismo con relación al derecho penal público. En su más antigua forma y considerado en globo, era un procedimiento inquisitivo a cargo de un magistrado y dependiente de la idoneidad y las aptitudes jurídicas de este. El cual dictaba la resolución del asunto a su arbitrio, restringido, es verdad, en cierto modo, por el análogo arbitrio de la mayoría de votos en los Comicios; pero sin duda alguna, por regla general, con la obligada aprobación del poder que por ley era el soberano. Ciertamente que no es preciso medir la institución por el patrón del procedimiento empleado durante las luchas de clase entre patricios y plebeyos, del cual nos han conservado los anales algunas noticias. Hablar de imparcialidad en los procesos políticos, es lo mismo que hablar de concepción inmaculada; se las puede desear, pero no obtener. Es claro que también aquí, lo mismo que en otras cosas, nos son mejor conocidos los fenómenos morbosos que no el funcionamiento normal del organismo sano; en los procesos no políticos, sustanciados de igual manera que los políticos, y de los cuales los anales no dicen nada, resplandecieron las virtudes

cívicas de los romanos lo mismo que en las causas privadas. Con todo, es seguro que este procedimiento penal fue abolido relativamente pronto, no ya a causa de su iniquidad, sino a causa de lo variable e inseguro que era y de que a menudo se denegaba completamente la concesión de él (p. 120 y ss.).

El nuevo procedimiento penal público por *quaestiones* representó, en general, un paso hacia el mejoramiento. No se debe tomar exclusivamente como criterio y medida para juzgarlo los discursos injurídicos y rabulescos de un abogado político, que es lo que Cicerón era; sin duda que estos tribunales no solamente eran más efectivos que el tribunal del pueblo, sino que además, por haber en ellos remplazado la mayoría de votos de los jurados a la mayoría de votos en los Comicios, había ahora mayores garantías que antes contra la intervención del accidente y de las pasiones en el juicio. Con esta adecuada transformación del procedimiento penal público se le aproximó mucho, en general, al procedimiento privado. No obstante, quedaba todavía muy atrás con relación a este último. La separación entre las funciones del magistrado y las de los jurados, con sus saludables consecuencias; la flexible legislación del Edicto; la fijación rigurosa y bien determinada de la acción y de la controversia entre las partes, son cosas que no se hicieron extensivas sino en proporción limitada al juicio por jurados dirigido y presidido por un magistrado. Aquella deliberación inteligente y concienzuda que se hacía preceder al veredicto del jurado, v. gr., la que tenía lugar en el procedimiento privado entre el juez único y sus asesores, hubo de quedar excluída del juicio criminal, merced a la presión que para ello ejercían consideraciones de orden político (p. 282). Pedir el dictamen de hombres entendidos en derecho, que era el verdadero elemento director del juicio privado, no se armonizaba con la índole del procedimiento penal. En vez del puesto central, que para el juicio privado ocupaba la pretura urbana, funcionaban en el procedimiento criminal una serie de altos tribunales penales instaurados por vez primera durante las crisis últimas de la República, y que solo en líneas generales recibieron una organización simétrica.

Lo mismo que en materia de procedimiento, también en punto a la legislación era más atrasado que el antiguo derecho privado el derecho penal de los tiempos posteriores de la República. Las pocas reglas de derecho privado, que por ser pocas dejaban el campo libre a la elaboración científica, fueron ahogadas por una legislación casuística, establecida sobre un montón de hechos particulares, y respecto de la cual, por lo mismo, no era posible sentar principios teóricos generales, aparte de que muchas veces no lo era absolutamente abarcar bajo un solo concepto la multitud de incongruentes hechos

punibles en cuestión. Por otra parte, la labor correctora de la ciencia —que de manera bien inteligente y acertada completó y reorganizó, en materia de derecho privado, la ley aquilia tocante al daño causado en las cosas, ley cuya redacción tenía defectos— solo en muy corta medida pudo ser aplicada al derecho de las *quaestiones*. El que compare la manera como eran tratadas bajo el respecto criminal la coacción y la falsificación, por un lado, con el modo de ser tratados estos mismos conceptos en el derecho civil, y por otro lado, con el tratamiento de los delitos privados, echará bien de ver los efectos del contraste antes mencionado.

El derecho penal romano no fue objeto, en su totalidad, de elaboración científica, como tampoco se nos presenta, en general, bajo la forma de un conjunto unitario.

El Código de las Doce Tablas trataba tanto de los delitos públicos como de los privados. No sabemos de qué modo tendría sistematizada la unión de unos con otros; sin embargo, en cierto modo podemos comprender que no había allí tal sistematización, por cuanto en otro caso tenían que haber llegado huellas de la misma hasta nosotros. Los comentarios exegéticos que explican los diferentes pasajes no se han ocupado, sin duda, del derecho penal como un todo jurídico unitario.

El sistema procesal pretorio, tal y como nos ha sido transmitido a nosotros, que en lo esencial es la organización que el mismo recibiera en la época republicana, trata, sí, de los delitos privados que a ese sistema pasaron del derecho de las Doce Tablas, y también de los delitos análogos añadidos por los pretores; pero es un sistema que no comprende tan solo aquellos, sino que más bien los coloca en sitios muy diversos.

No otra cosa hicieron los que estudiaron científicamente el derecho civil en la época republicana, y especialmente Q. Mucio Scaevola, cónsul en 659-95; pero con posterioridad, a lo que parece, MASURIO SABINO, en tiempo de Tiberio, volvió a lo antiguo en esto, ofreciéndonos la consabida reunión del hurto, la injuria y el daño en las cosas, reunión que luego, desde su libro, tomado como modelo, pasó al compendio de GAYO y a la literatura posterior. Las acciones análogas por razón de la materia, como las derivadas de dolo, tampoco se incorporaron aquí a los antiguos delitos privados.

El procedimiento penal público, aquel que correspondía aplicar a los asuntos en que intervenían los cuestores, los tribunos del pueblo, los ediles y, posteriormente, los pretores de las *quaestiones*, no recibió elaboración científica hasta una época bastante adelantada. Ni el derecho civil ni el pretorio —que propiamente eran, lo mismo el uno que el otro, instrucciones escritas para el pretor urbano— se hicieron extensivos a esta materia. Las referencias a los derechos y obli-

gaciones de los diferentes magistrados, referencias que ocupan un lugar de importancia en la literatura jurídica de la época republicana y de los tiempos del Principado, deberían haber abarcado también, en cierta manera, la materia penal; sin embargo, es difícil que se hayan ocupado intensamente de ella, ni conocemos tampoco documentos especiales del tiempo de la República o de los mejores del Imperio que se consagraran al asunto. Quizás se trate de una casualidad; pero si se reflexiona, por un lado, que la ciencia jurídica romana se denomina a sí propia, y con razón, interpretación, y por otro lado, que los textos legales tocantes al derecho penal no se remontan más atrás de la época de Sila, nos vemos obligados a presumir que el hábita de aquella poderosa labor intelectual de jurisconsultos innominados que crearon el sistema jurídico de la República no hubo de penetrar en el examen científico de las disposiciones penales contenidas en las leyes cornelias y julias.

Hasta mediados del siglo II después de J. C., no encontramos estudios independientes relativos a las varias *quaestiones*. Como el adulterio fue el delito que más ocupación daba a los tribunales, de él es también del que la mayoría de las veces trató la jurisprudencia romana. PAPINIANO, ULPIANO y PAULO citan monografías consagradas al adulterio. Los «juicios públicos» no fueron, en general, objeto de estudios orgánicos y sintéticos, en cuanto nosotros sepamos, hasta después de ADRIANO, en que trataron de ellos VENULEYO SATURNINO y VOLUSIO MECIANO, y más tarde ULPIANO PAULO, ELIO MARCIANO EMILIO MACER. Una restitución compendiosa de estos escritos de *iudiciis publicis* tenemos que suponer existía en las obras que abarcaban toda la enciclopedia jurídica, así en las destinadas a instruir a los funcionarios públicos, entre las cuales la de ULPIANO, *De officio proconsulis*, trata en sus libros séptimo y octavo de los delitos públicos, como en los compendios generales; así bien, PAULO, en sus *Sententiae*, mientras incluye el adulterio en el libro segundo, que trata del derecho referente al matrimonio, se ocupa luego en el quinto (tít. 14-31) de los juicios públicos en general, después de haber tratado del derecho fiscal y antes de las apelaciones. Se hace aquí de ellos, ante todo, una explicación general, incluyéndose también en este estudio los llamados delitos extraordinarios, agregados en la época del Principado; a seguida viene el examen especial de cada uno. Las colecciones de Constituciones imperiales de TEODOSIO II y de JUSTINIANO, ambas en el libro nono, y los digestos justinianos en el 48, también tratan reunidos los delitos públicos; pero ahora se incluye entre ellos el adulterio.

No parece que existiera una escala fija u orden serial de delitos; las que nos ofrecen las obras completas citadas, así como también la enumeración que hallamos en la ojeada de conjunto de MACER, el últi-

mo de los escritores de delitos públicos de que tenemos noticia, son distintas unas de otras. He aquí un cuadro comparativo de algunas:

	Paulo.	Macer.	Cod. Teodosiano y Justiniano.	Digestos.	Instit. 4,18.
Adulterio.....	[2,26]	2	9,7 =9	48,5	2
Homicidio.....	5,23	3	9,14=16	48,8	3
Parricidio.....	5,24	4	9,15=17	48,9	4
Falsificación.....	5,25	6	9,19=22	48,10	5
Coacción.....	5,26	7	9,12=12	48,6.7	6
Peculado y sacrilegio	5,27	5	9,28=28	48,13	7
Repetundis.....	5,28	9	9,27=27	48,11	10
Majestad.....	5,29	1	9,5 =8	48,4	1
Ambitus.....	5,30	8	9,26=26	48,14	9
Robo de hombres ..	[5,30 ^b]	—	9,18=20	48,15	8
Usura de grano	—	10	—	48,12	11

ULPIANO se ocupa también de los delitos, en un orden que no coincide con ninguno de los representados en el cuadro anterior. Solamente es digno de ser notado que el delito de lesa majestad, ni en él ni tampoco en PAULO, ocupa el primer puesto, en el cual lo colocó por vez primera MACER cuando el régimen había caído ya muy bajo, y por consecuencia se había elevado muy alto el legalismo. Los delitos privados se tratan todavía en la colección de Constituciones de JUSTINIANO entre los juicios que fallaban los jurados; en los digestos del mismo JUSTINIANO, y en su libro 47, son incluidos por primera vez al lado de los delitos públicos, de que se ocupa el libro siguiente, o sea el 48.

Al hacer en los capítulos siguientes el estudio de los delitos en particular, según el derecho romano, comenzaremos por exponer la evolución histórica de cada uno de ellos, hasta donde esto sea posible, y después procederemos al examen de sus elementos constitutivos; siendo de advertir que, sobre todo en lo que respecta a los delitos privados, no nos será posible repetir, sino en limitada medida, las disquisiciones a menudo casuísticas de los juristas de Roma. Si bien el procedimiento penal queda ya estudiado de una manera sintética y orgánica en el libro anterior de esta obra, y al estudio orgánico y sintético de las penas dedicaremos el libro siguiente de ella, sin embargo, parece indispensable que al ocuparnos de cada delito en particular, redondeemos y completemos el correspondiente estudio, indicando en breve resumen las formalidades procesales que se guardaban para cada delito y la pena que le correspondía.

CAPÍTULO I

EL DELITO CONTRA EL ESTADO

(*Perduellio, crimen maiestatis imminutae.*)

El delito cometido contra la comunidad como tal, es decir, lo que en nuestra terminología se denomina delito contra el Estado, tenía en el lenguaje jurídico de los romanos una doble manera de ser designado, a saber: *perduellio* y *crimen maiestatis imminutae*, llamándosele más tarde habitualmente, por abreviación, *crimen maiestatis*, o también simplemente *maiestas*. Debemos, ante todo, fijar la significación de ambas expresiones.

Perduellis o *perduellio* era el «mal guerrero»; y como toda guerra sostenida por los romanos era justa, *perduellis* era sencillamente el enemigo de la patria. Desde el punto de vista penal, el nombre abstracto *perduellio* significaba, pues, el acto de hostilidad a la patria, siendo probable que en el respecto militar se aplicara, ante todo, a la deserción. En el lenguaje jurídico se empleó siempre la palabra, hasta tiempos posteriores, en la significación dicha, conforme a la clara etimología de la misma. Cuando la voz *hostis* perdió su originario significado, vino a ser sinónima de *perduellis*, usándose preferentemente esta última para designar al enemigo interno de la patria, y la de *hostis* para el enemigo exterior, pero sin que esto impidiera el empleo de una u otra expresión indistintamente.

Maiestas, cuya etimología es asimismo bien trasparente, designaba el puesto supremo, el orden superior que los súbditos habían de tratar con respeto y miramientos; no era la fuerza más poderosa, sino el objeto de mayor reverencia. En el procedimiento penal hubo de introducirse este concepto, sin duda a consecuencia de la posición adquirida por los presidentes de la plebe, o sea por los jefes de la agrupación formada por los ciudadanos no nobles; pues tales presidentes no pertenecían al orden de los magistrados de la comunidad romana, pero estaban equiparados a ellos. Las violaciones del derecho fundamental de los plebeyos, las ofensas inferidas al jefe de la plebe,

no podían ser incluídas en el concepto de la perduelió, ni llevar este nombre en tanto que el plebiscito no adquirió la consideración de *lex publica*, y los tribunos plebeyos la de magistrados; pero la plebe reclamaba para su Constitución y sus directores la misma consideración y el mismo rango que por ley correspondía a la comunidad y a sus funcionarios; para designar las violaciones y ofensas contra aquellos, se empezó a hacer uso, ante todo, de la frase «aminoración de la majestad tribunicia». Cuando luego los tribunos del pueblo, de directores de la plebe pasaron a ser realmente magistrados de la comunidad, la fórmula antedicha continuó subsistiendo; pero su significado ahora ya era más amplio, puesto que por ella quedaban sometidos a la amenaza penal correspondiente, en concepto de ofensa a la *maiestas populi Romani*, no solo los atentados contra el derecho de los plebeyos, sino también toda falta de respeto o reverencia a la comunidad romana. En las fuentes no encontramos una definición exacta o muy aproximada del concepto de que se trata. El *crimen maiestatis populi Romani imminutae* no aparece como distinto de la *perduellio* sino en cuanto, si todo acto de hostilidad a la patria era un delito de lesa majestad, en cambio, no todo delito de lesa majestad podía propiamente ser denominado acto de hostilidad a la patria. El delito de lesa majestad incluía dentro de sí a la perduelió, pero su concepto era bastante más amplio que el de este último; y cuando no implicara perduelió, era posible aplicarle un procedimiento penal diferente que a esta última, y aplicarle una pena menor, según se verá muy pronto.

No existían otras palabras latinas para designar el delito contra el Estado. La lengua griega carecía de expresiones que correspondieran exactamente tanto a la *perduellio* como al *crimen maiestatis*. Para el primero se usaba la denominación correspondiente a los casos particulares que se presentaban con mayor frecuencia, y, sobre todo, el de traición a la patria, *προδοσία*. El delito de lesa majestad se llamó constantemente en las monarquías griegas *ἀσέβεια*. Esta expresión, correspondiente a la latina *impietas*, pertenece a una época en que los delitos contra el Estado se miraban, desde un punto de vista religioso, como ofensas inferidas a los monarcas que estaban bajo la protección de la gracia divina. La denominación de *καθοσίωσις*, santidad (ofendida), dada a este delito, y que representa todavía un mayor grado que la anterior, empezó a usarse en la época bizantina.

La represión de la *perduellio*, es decir, la defensa de la comunidad contra sus dañosos enemigos, es tan antigua como la comunidad misma; y el que la tradición haga remontar esa defensa hasta una ley de Rómulo, prueba que los maestros del derecho político romano consideraban también así las cosas. En las Doce Tablas ocupó, cuando

menos de hecho, un lugar este delito, si bien quizá todavía no se empleara su nombre. Es difícil que en la legislación romana se declarase nunca de un modo expreso que la *perduellio* era un acto punible; antes bien, esta punibilidad se daba por supuesta, y los actos singulares quedaban comprendidos bajo este concepto, o también, sin darles nombre de delito, se castigaban con pena capital, como veremos más al pormenor luego cuando tratemos de los elementos constitutivos de este delito. No es necesario demostrar que la voluntad antijurídica que al mismo sirve de fundamento, o sea lo que en Roma se denominaba *dolo* (p. 60), no dependía de la cualidad del motivo por el cual hubiera obrado el agente, pues caían bajo el imperio de la ley penal aun aquellas acciones que a este le parecieran como el cumplimiento de un deber.

Como la ley appuleya de lesa majestad, del año 651-103, parece que fue transitoria (p. 135-136), es preciso referir a la época de Sila los comienzos de altos tribunales especiales permanentes para los delitos de lesa majestad. Parece que el dictador César no estableció ninguna organización particular para este juicio; la ley Julia, que fue la que sirvió de norma en los tiempos sucesivos, fue dada reinando Augusto.

Como ya se ha dicho en el libro primero (p. 72-73), la *perduellio* abarcaba, bajo el respecto de las personas, un círculo más amplio que los restantes delitos. Aun prescindiendo de los súbditos de aquellos Estados que se encontraran en guerra con Roma, o que aún no hubieran celebrado convenio con esta, porque frente a tales individuos se aplicaba el derecho de la guerra, quedaban sujetos al derecho penal romano todos los actos ejecutados por los miembros del Estado de Roma, o por cualquier individuo perteneciente a alguno de los Estados que formaban parte de la Confederación, siempre que esos actos perjudicaran a la comunidad romana o a la Confederación o a la unión del reino, sin que para el caso tuviera importancia el lugar donde el delito fuese cometido, y sin tener en consideración el rango personal del agente más de lo que exigiesen las reglas procesales.

En los delitos contra el Estado, la instigación a delinquir se equiparaba en general a la ejecución. Lo propio debe decirse de la ayuda para el delito; sin embargo, como el derecho de los tiempos posteriores permitía la medida penal y la graduación de la pena, era posible aminorar la punibilidad de la mencionada ayuda. En la época posterior, hasta se castigaba como *codelincuente* al que hubiera intercedido por los reos de lesa majestad. Hasta qué punto debería exigirse la intervención de la voluntad antijurídica para la punibilidad, es cosa que puede juzgarse solamente estudiando el conjunto de las variadísimas leyes especiales que regulaban esta materia. En general, tanto

el pensamiento como la palabra estaban aquí, igual que en otras relaciones, legalmente exentos de pena; pero en cambio debía estimarse punible toda manifestación de propósitos hostiles contra el Estado o contra la Confederación. Esto se ve claro con respecto a la desertión, la cual quedaba consumada con apartarse del campo romano; con respecto a los tratos con algún Estado extraño encaminados a hacer traición a Roma; con respecto al asesinato de los magistrados, el cual se consideraba tener ya existencia en el momento de haber tentativa de producir trastornos constitucionales, o en el instante de excitar a la rebelión. Tratándose de perseguir los propósitos, no podía menos de cometerse abusos y extralimitaciones, como aconteció, en efecto, muy a menudo.

Ni de las denominaciones que se aplicaban a los delitos de perduelión y de lesa majestad, ni de las explicaciones o, mejor dicho, perífrasis que respecto de ellos encontramos en los libros de derecho, puede inferirse cuáles fueran los elementos constitutivos de los delitos en cuestión. Tan seguro es que por «mala enemistad» no se entendía solamente el ponerse en armas contra Roma, como inseguros son, por otra parte, los límites dentro de los cuales se hacía una aplicación analógica de aquel concepto; y la frase «aminoración de la grandeza del pueblo romano» parece muy adecuada para dar la forma de una acción penal a toda imaginable censura política. En realidad, el derecho penal romano parece que apenas se propuso teóricamente el problema, difícil de ser resuelto de una manera absoluta, que tiende a establecer, por lo que toca a los actos de que el Estado y sus poderes han de preocuparse, los límites entre responsabilidad política y responsabilidad penal; y bajo el respecto de la práctica, la misma vaguedad del concepto legal de los delitos contra el Estado sirvió de asidero para cometer muchos abusos, y a veces hasta para atropellos contrarios a la humanidad. Sin embargo, hasta cierto punto, los elementos constitutivos de este delito, el más antiguo y grave de todos, pero seguramente también el más indeterminado, podemos fijarlos teniendo en cuenta las aplicaciones concretas que de él se hicieron. Antes de intentar la enumeración de las diferentes categorías del mismo, vamos a hacer el examen de los elementos directivos siguientes:

1º La coercición, no obstante ser la célula-germen del delito contra el Estado, tiene que ser excluída, en cuanto tal coercición, de este delito, como en general también queda fuera del derecho penal. Aun cuando todo proceso instruído por violación de las obligaciones para con la Confederación y por abandonar la comunidad del Reino tenía por base el concepto de perduelión, sin embargo, esas causas no podían tener ejecución plena en el derecho penal. Lo mismo debe decir-

se de la coercición ejercida conforme el derecho de la guerra y de toda otra clase de coercición perteneciente a los magistrados. Si la punición del desertor corresponde al derecho penal, se debe a que la misma no era asunto puramente de disciplina militar, sino que podía también realizarse por medio de un procedimiento criminal. Las faltas de orden inferior, singularmente las de los subalternos, y las violaciones de los preceptos de policía, como por ejemplo la prohibición de usar armas, también podían ser consideradas como ofensas a la comunidad; pero no pertenecían al derecho penal, supuesto que se procedía contra ellas haciendo uso de medios coercitivos, no penales. La limitación es lo propio del procedimiento penal; por eso en nuestro estudio no podemos incluir realmente la sustanciación de causas criminales fuera de Roma, ni en general la de las causas criminales seguidas contra los no ciudadanos. Claro es que los referidos límites entre la coercición y el derecho penal propiamente dicho variaron en los tiempos posteriores, por cuanto llegaron a confundirse la coercición y el procedimiento criminal por cognición.

2º Si bien es cierto que todo delito puede ser considerado como un daño que se infiere a la comunidad, pues precisamente por ello la comunidad impone o consiente que se imponga la pena, lo es también que el delito contra el Estado requiere la existencia de un daño causado inmediatamente a la comunidad, y por lo tanto, no se le trata como a aquellos delitos que dañan ante todo a los particulares, ni tampoco, sobre todo en el sistema jurídico ya más desarrollado de los tiempos posteriores, como a los delitos en general, para los cuales hay señaladas otras clases de penas. El homicidio no era tenido por delito contra el Estado más que cuando la víctima era magistrado. Al incendio se le trataba enteramente como daño inferido a un particular. El hurto de frutas en el árbol y las canciones injuriosas eran hechos que la comunidad castigaba, pero que no por eso consideraba como delitos contra el Estado. El mismo criterio hay que aplicar a las acciones penales edilicias; por ejemplo, las dirigidas contra los usureros. La corrupción electoral y la concusión de los funcionarios públicos podían haber sido incluidas en el número de los delitos contra el Estado, pero los romanos siguieron en esto otro camino. Ante todo, los actos punibles realizados por un magistrado, y que no se pudieran considerar como ejecutados en cumplimiento de las obligaciones propias de su cargo, no eran castigados en general como delitos contra el Estado. La muerte ocasionada por un magistrado faltando al derecho de provocación no era un delito contra el Estado, sino un homicidio; y la violencia hecha a una persona por un funcionario saliéndose de los límites de su competencia, tampoco era delito contra el Estado, sino *iniuria*. Seguramente, no es posible creer que ningún acto de esta cla-

se fuera considerado como deshonoroso para la comunidad; pero este punto de vista hubo de quedar absolutamente abandonado, como lo demuestra el hecho de que dichos abusos y extralimitaciones de los magistrados no se sustanciaban por el procedimiento seguido ante los tribunos para pedir cuenta a los funcionarios. Por lo tanto, es preciso atribuir al delito contra el Estado un cierto carácter subsidiario.

3º En caso de que los delitos de derecho privado fueran cometidos contra la comunidad —lo cual era aplicable especialmente al hurto, en sus formas de peculado y sacrilegio, aunque también al daño causado en las cosas—, no se les trataba por ello como delitos contra el Estado, sino que, por cuanto el antiguo derecho permitía hacer uso en tales ocasiones de una acción penal pública, se encomendaba el conocimiento de las correspondientes causas a los cuestores, en lugar de llevarlas ante los duumvros o ante los tribunos del pueblo.

4º Una base cierta para determinar los elementos constitutivos del delito de que se trata nos la ofrecen los casos singulares enumerados en las leyes que del mismo se ocupan, a comenzar por las Doce Tablas, y una serie de los cuales contiene la ley julia que regulaba esta *quaestio*, aunque debemos hacer la manifestación explícita de que estos casos particulares no agotan el concepto del delito que nos ocupa. Otros ejemplos de él nos ofrecen las causas de perduelión y de lesa majestad mencionadas por los historiadores, de cuya masa abrumadora poca es la utilidad que puede sacarse desde el punto de vista jurídico. El principal obstáculo que para ello hay consiste en que, si es poco lo que sabemos del procedimiento establecido y regulado por la ley para los juicios ordinarios, claro es que cuando se trata de juicios no sometidos a disposiciones legales, en que la autoridad o magistrado ante quien se sustanciaban se hallaba por encima de la ley, como pasaba con los celebrados ante los Comicios, ante el Senado y ante el emperador, claro es, digo, que en semejantes procesos tenía que ser un estorbo la observancia de formalidades y preceptos jurídicos. La diversidad de tiempos no influyó aquí tan profundamente como pudiera esperarse; por regla general, en todas las épocas se nota una acentuada desigualdad exterior de unos a otros procesos.

5º Ha llegado hasta nosotros cierto número de leyes particulares y de procesos criminales, especialmente de la época de la República, en los cuales solo se menciona el acto prohibido, pero no la clase de delito a que pertenece; así sucede, sobre todo, con la gran suma de juicios celebrados ante los tribunos. Si no es posible desconocer que, respecto al procedimiento penal público de los tiempos antiguos, eran muy vacilantes lo mismo el número de los delitos que los límites relativos al concepto fundamental de cada uno de ellos, sin embargo, es de advertir que todos los procesos correspondientes

se incluían entre los delitos contra el Estado, siempre que no hubiese motivos decisivos para hacerlos figurar en algún otro grupo de ellos. Y acontecía esto con tanto mayor motivo, cuanto que, según ya dejamos dicho (p. 332), y volveremos a insistir en ello cuando el procedimiento nos ocupemos, en la época antigua la perduelión tenía, ante todo y sobre todo, una significación adjetiva o procesal, además de la sustantiva, y en los tiempos posteriores no era tampoco otra cosa la perduelión más que el conjunto de aquellas acciones penales que podían sustanciarse ante el tribunal patricio de los *dummviro*s, y también ante el plebeyo de los tribunos del pueblo.

Los diferentes casos particulares de delitos contra el Estado vamos a estudiarlos en los seis siguientes grupos:

I. Tratos punibles con el enemigo.

II. Atentados a la Constitución.

III. Violación de las obligaciones de los magistrados y de los sacerdotes.

IV. Violación de las obligaciones políticas de los ciudadanos.

V. Violación de las obligaciones religiosas de los ciudadanos.

VI. Ofensas personales a los funcionarios de la comunidad.

Desde el punto de vista lógico, no hay una separación rigurosa entre estas varias categorías, pues no pocos casos concretos pueden perfectamente ser incluídos en varias de ellas; sin embargo, como no puede hacerse mención de los mismos por vía de ejemplo, permiten que dejemos la tabla anterior tal y como se halla ahora. Cuando el estudio de cada caso concreto lo requiera, haremos las indicaciones convenientes respecto de las formalidades procesales y de las penas que les eran propias, a reserva de hablar especialmente del asunto en su lugar propio.

I.—*Tratos punibles con el enemigo.*

1º El desertor, es decir, el ciudadano, soldado o no, que se liga-se con una comunidad que estuviera en guerra con Roma o con alguna otra meramente no confederada con Roma, era sometido, cuando la ocasión se presentara, al procedimiento civil de la perduelión, si bien por lo menos los soldados que desertasen eran juzgados regularmente con arreglo al derecho de la guerra (p. 29). La culpa del desertor era más grave que la del adversario en la guerra. Con dificultad se le indultaba; regularmente, se le aplicaba la pena de muerte en formas crueles.

2º Los ciudadanos de cualquiera de las comunidades admitidas en la Confederación romana no perdían *ipso facto* su condición de ciudadanos romanos, al menos en la época de la República, por el hecho de apartarse de Roma, sin duda por la consideración de que semejante acto no podía imputarse como delito a todos los individuos indistintamente. Para privarles de ese derecho de ciudadanía, era preciso más bien un especial acuerdo del pueblo. Parece, sin embargo, que esta suave manera de tratamiento no fue general, y el orden jurídico de tiempos posteriores equiparaba las personas de que ahora tratamos a los desertores. A los miembros de las comunidades dichas que hubiesen permanecido fieles a Roma se les restituía el derecho personal en la forma que se juzgara más conveniente. Las demás penas, aquí como en todos los restantes delitos colectivos, solamente se aplicaban, por regla general, a algunos individuos elegidos.

3º Por traición a la patria (*proditio*), que era el ápice de los delitos contra el Estado, se entendía principalmente la entrega al enemigo de una plaza romana, o de un campamento romano, o de un cuerpo de tropas romanas, o de un particular ciudadano romano.

4º Toda inteligencia con el enemigo, cualquiera que fuese la manera de realizarla, se consideraba como delito contra el Estado, ya se verificase auxiliando al enemigo con medios de guerra, ya dándole noticias o consejos, ya impidiendo coger prisionero a algún hombre de sus huestes. En los tiempos posteriores, era delito capital enviar bárbaros a la construcción de buques. Todavía a fines de la República se sostenía que, en el caso que ahora nos ocupa, pudiéndose hacer uso del procedimiento de la *perduellio*, sin derecho de provocación, tal y como se aplicaba a los desertores (p. 29), era forzoso acudir a él.

5º El provocar o fomentar una guerra contra Roma era en todo caso delito de traición, en cuyo concepto entraba también el servir de causa para que algún Estado aliado de Roma abandonase esta alianza, y el facilitar dicho abandono mediante la supresión de los rehenes o garantías que la afianzasen.

6º Asimilábase al anterior delito el de quebrantamiento del destierro. El individuo no ciudadano, al cual una ley romana expulsaba del territorio de Roma, mandando que se le rehusara el agua y el fuego, no solo quedaba privado de este modo, aun cuando perteneciese a alguna de las comunidades amigas, de la protección jurídica que se otorgaba a los ciudadanos de esa comunidad, sino que además, caso de que volviese a entrar en territorio romano, quebrantando el destierro, se le trataba lo mismo que si fuese un miembro de una comunidad en guerra contra Roma. Luego que, en la época de Sila, vino a figurar entre las penas contra los ciudadanos el destierro de los mismos de Italia, negándoles el agua y el fuego, tuvo que ser considerado el

quebrantamiento de dicho destierro como caso de *perduellio*, y, tanto el autor del quebrantamiento como el que lo recibía en su casa o de cualquier otro modo le prestaba auxilio, tuvieron que ser castigados como reos del delito de *perduellio*. De la ejecución de esta interdicción nos ocuparemos al tratar de la pena de muerte.

II.—*Atentados contra la Constitución.*

La idea de un sistema político jurídicamente invariable es un contrasentido. Puede, sin duda, una comunidad celebrar compromisos de carácter permanente por medio de pactos bilaterales, que es justamente lo que significan los convenios internacionales; pero del propio modo que un testador no puede prohibirse a sí mismo revocar su testamento, tampoco la comunidad puede, mediante un acto unilateral, hacer renuncia válida de su derecho a variar de voluntad en lo futuro. Esta idea tiene su expresión externa en la circunstancia de que, por regla general, únicamente los actos bilaterales que la comunidad realiza son los que se robustecen moral y religiosamente con el juramento de los magistrados o de los ciudadanos mismos en colectividad. Los romanos respetaron prácticamente, en lo esencial, esta ley lógica. Es verdad que muchas veces se declaraban inalterables los acuerdos del pueblo y se conminaba con penas toda tentativa de anularlos o variarlos; pero estas declaraciones tenían tan poco efecto como la calificación de «última» con que el testador designara su voluntad; los acuerdos o leyes aludidos no quedaban menos sujetos a nulidad o modificación que aquellos otros no acompañados de la cláusula prohibitiva, y no hay datos ni documentos demostrativos de que tan solo una vez llegara a imponerse realmente la pena que las leyes tenían señalada contra aquellos que, habiendo intentado abolirlas, fracasaran en sus esfuerzos. La voluntad de la comunidad era variable, y si las tentativas para cambiarla podían ser rechazadas, no podían, en cambio, hacerse objeto de sanción penal.

El derecho penal romano no calificaba como caso de *perduellio* la destrucción de la Constitución; las tentativas para sustituir la vigente forma del Estado por otra eran en sí legales, aun cuando en el uso de los medios aplicados al efecto pudiera haber una infracción de la ley. Sin embargo, existía una excepción, pues no solamente estaba legalmente declarado caso de *perduellio* la tentativa de restablecer la monarquía unitaria y vitalicia o de implantar alguna otra magistratura parecida a ella, sino que, además, se había hecho jurar a los ciudadanos, al abolirse dicha monarquía, que ni ellos ni sus descendientes habrían de tolerar nunca, en lo sucesivo, la restauración de

los reyes ni de otra magistratura semejante. En este punto, la lógica jurídica fue ahogada por la pasión política. Estas leyes penales encuentran su expresión adecuada en las noticias históricas, o cuando menos consignadas en los anales que han llegado hasta nosotros, sobre las causas por perduelión seguidas contra Sp. Casio en 268-486 y contra M. Manlio en 369-385. Sin embargo, este acto no quedó incorporado al derecho penal. A la prescripción legal, según la que, toda tentativa hecha para restaurar la monarquía debía ser castigada como si fuese un caso de tración, enlazaron los defensores de la legitimidad de la República una teoría jurídica por ellos inventada, en la que se sostenía que todo ciudadano tenía a la vez la obligación y el derecho de dar muerte, sin necesidad de previa formación de causa, a aquellos que trabajaran en favor del referido poder monárquico o que hubieran logrado ya restablecerlo. Mas no es posible inferir de aquí que las leyes citadas hubieran hecho de la restauración o tentativa de restauración de la monarquía un caso de *sacratio*; pues conforme mostraremos en el libro siguiente, la única consecuencia que puede sacarse es que se hallaba conminada para el caso que nos ocupa la pena capital, y el derecho no permitía imponer esta pena, en el caso presente como en otros, sino previa condena judicial. Sin embargo, en el juramento por las generaciones posteriores, añadido a la ley, podía encontrarse, sin duda alguna, un compromiso obligatorio, ya que no jurídico, cuando menos moral y político, de tratar al rey restaurado lo mismo que a un enemigo de la patria; con lo que no se pretendía seguramente indicar otra cosa sino la revolución política que para el caso hubiera sido preciso hacer. Esta teoría de los republicanos legitimistas quedó relegada a la leyenda cuando Sp. Melio, individuo que no era magistrado, fue asesinado por C. Servilio Ahala, que tampoco lo era; y, desde el punto de vista práctico, el más grande de los romanos fue sacrificado en nombre de ella, que es lo que sucedió con César, por lo que aquellos que le sucedieron en el poder dispusieron que tal género de muerte fuese sometida al procedimiento de los asesinatos. Esta teoría y esta práctica nada tenían que ver con el verdadero y efectivo derecho penal.

De una manera semejante a como estaba constituída la República patricia, y tomando claramente a esta por modelo, constituyó también la plebe su comunidad. Esta comunidad tenía sus reuniones, donde se tomaban acuerdos, los cuales carecían de la fuerza jurídica que acompañaba a las leyes de la comunidad patricia, pero a los que no solo se les prestaba la sanción capital, atribuída por acuerdo del pueblo a la proscripción de la monarquía, sino que además adquirían el sello de la invariabilidad, mediante un juramento hereditario o hecho por las generaciones posteriores, análogo al de que antes hemos hecho men-

ción. Esta Constitución plebeya, que llevaba en el más eminente sentido la denominación de *leges sacratae*, comprendía entre sus extremos la prohibición a los patricios de ser presidentes o jefes de la plebe, la inviolabilidad de los tribunos del pueblo, el derecho de intercesión de estos últimos y la libertad de hablar correspondiente a los mismos; es decir, en lo esencial, el reconocimiento a los caudillos de la plebe de todos aquellos derechos que a los magistrados patricios concedía el sistema político vigente. Por medio del juramento se comprometían los plebeyos a no tolerar en lo futuro ni la violación ni la supresión de tales derechos. Como veremos más adelante, hubo con frecuencia violaciones de estos y, por consiguiente, acusaciones por perduelión y por delitos de lesa majestad; mas ataques directos a la Constitución de la plebe, los cuales pudieran ser equiparados a las tentativas de restaurar la monarquía, no los hubo nunca. Con la amenaza de una posible revolución bastaba, en tal caso, para alejar el temor de un atentado a la existencia especial e independiente de la comunidad plebeya.

A la época de la dictadura de César fueron derogadas las leyes penales, tanto patricias como plebeyas, que castigaban las tentativas de variar la Constitución vigente, a consecuencia de lo cual el puñal de los legitimistas suprimió al monarca, pero no la Monarquía, pues bien pronto vino a la vida el Principado, o sea la instauración verificada por Augusto de una jefatura suprema del Estado, única y vitalicia. Sin embargo, este Principado, ni tenía jurídicamente carácter de perpetuidad, ni tampoco trató de adquirirlo, y por lo tanto no era aplicable a él el concepto legal de atentado a la Constitución. En caso de que el puesto soberano quedase vacante por renuncia o muerte, podía perfectamente ocuparlo otra persona, sin que por ello quedase quebrantado el derecho; no había establecido ningún principio jurídico para la sucesión, ni hereditario ni electivo. La tentativa de destronar al príncipe, fuese para restablecer el sistema político republicano, fuese para reemplazarlo con otra persona, era el más grave de todos los delitos de lesa majestad, pero por el respecto jurídico solamente lo era en cuanto se atacaba el carácter vitalicio del soberano a la sazón reinante; es decir, que se consideraba como atentado contra el funcionario, y no contra la función o cargo en sí mismo. De hecho, pues, la República indefectible e invariable vino a ser sustituida por la Monarquía, también invariable e indefectible; pero la política fresca y lógica de Augusto no imitó el proceder apasionado de las revoluciones de clase, o la destrucción de los Tarquinos y la creación del Estado plebeyo; así es que no se le ocurrió acometer la monarquización del Estado para toda la eternidad sirviéndose al efecto de la ley ni del juramento. Es verdad que entonces aquello mismo que había constituido una obligación cívica para los padres se convirtió en delito

para los hijos; pero mientras que entre los casos de perduelión que caían dentro del derecho penal podían perfectamente ser incluídos los atentados contra la República, no sucedía lo mismo con los dirigidos contra el Principado. En la época de Diocleciano es cuando se cambió este concepto de la Monarquía; sin embargo, en estos avanzados tiempos, y dada la organización del Reino vigente a la sazón, el régimen republicano era tan por completo imposible y estaba tan olvidado, que la Monarquía era una realidad existente y sustantiva, aun cuando careciese de fundamentos legales y teóricos, y toda revolución tenía carácter de atentado meramente personal.

III.—*Violación de las obligaciones de los magistrados y de los sacerdotes.*

Es evidente que toda violación seria de la Constitución por parte de un magistrado, por ejemplo, el dar comienzo a una guerra sin previa autorización, o el continuar desempeñando un cargo público una vez terminado el período legal de su duración, y toda infracción grave de las obligaciones que el cargo llevara anejas, v. gr., la huída cobarde del jefe del ejército delante del enemigo, podían ser penadas como casos de perduelión o de delitos de lesa majestad, y que lo propio que se dice de los magistrados debe decirse de los sacerdotes de la comunidad que faltasen a sus obligaciones; sin embargo, quizá nunca formulase de un modo expreso la ley penal estos delitos. Se daba aplicación práctica a esta idea en todas las numerosas causas, capitales o no capitales, que se ventilaban ante los tribunos del pueblo (luego que el derecho de jurisdicción de los mismos quedó indiscutiblemente asegurado), para pedir cuentas de su gestión en los casos referidos antes a los que habían sido funcionarios públicos y ya no lo eran. Parece que no tenía objeto que el derecho penal hiciese mención de los distintos fundamentos particulares de las correspondientes acciones, fundamentos que se buscaban en otras partes; y no lo tenía, por ser ellos tan diversos como distintas eran las obligaciones que el cargo público llevaba anejas, y porque variando las penas que podían imponerse desde la capital hasta una multa moderada, y dependiendo completamente del arbitrio del tribunal que conocía de la acusación la medida de la pena, es claro que desde el punto de vista penal no podía hacerse una enumeración de todos los casos singulares que podían ocurrir, aun cuando sí fuese posible hacerla desde los puntos de vista histórico y político. De derecho, caía bajo el concepto de los delitos de lesa majestad todo acto que lesionara la dignidad de la magistratura; sin embargo, en la práctica se limi-

taban, o cuando menos debían limitarse las acusaciones penales, como ya se ha dicho, de un lado, a los delitos graves, para los cuales no era suficiente el empleo de la coercición, y de otro, a aquellos que no podían fácilmente ser perseguidos por medio de otras acciones penales. La tradición histórica y la jurídica que conocemos nos ofrecen cierto número de casos notables de esta especie, y vamos a estudiarlos.

1º Los funcionarios públicos tenían que respetar el derecho de veto y el de intercesión que a los magistrados correspondía. Dentro de los límites trazados por la ley, estaban obligados a no realizar actos para los que su cargo oficial les autorizaba, cuando algún funcionario superior a ellos se lo prohibiese, o cuando algún otro de igual categoría que ellos o un tribuno del pueblo formularan protesta en contra, o cuando por justicia se dispusiera en general la celebración de algún negocio. Toda extralimitación del círculo de la propia competencia era causa bastante para privar de fuerza jurídica al acto de que se tratase; mas no por eso este acto era desde luego, y sin más, punible; únicamente en el caso de que la prohibición procediera de un tribuno del pueblo es cuando podía entablarse la acusación por delito de lesa majestad. Cuando en la época del Imperio quedó de hecho abolido el tribunado de la plebe, la intercesión de los tribunos se convirtió en un recuerdo histórico, o poco más.

2º Las numerosas reglas tocantes a los límites y al ejercicio del poder de los Comicios, por ejemplo, la que no consentía que hubiese leyes penales dirigidas contra personas particulares, eran concebidas como preceptos que debían observar los magistrados cuya esfera de acción estaba limitada por los Comicios; y en el caso de que los dichos preceptos estuvieran acompañados de sanción penal, la infracción de los mismos venía considerada como delito de lesa majestad, lo cual no sucedía cuando los mismos carecían de la sanción dicha, tratándose, por lo tanto, de leyes llamadas «incompletas».

3º Semejantes amenazas penales existían también respecto al ejercicio de las funciones militares y de toda otra clase de atribuciones de los correspondientes magistrados.

4º En la época republicana, los cónsules eran castigados con multas que les imponían los tribunos, cuando no se hacían cargo del mando militar a su debido tiempo.

5º El caso de extralimitarse de sus atribuciones los presidentes de las provincias ocupa en las fuentes del derecho que conocemos una posición especial. Si es verdad que toda injerencia dolosa de los magistrados en esferas constitucionales extrañas a sus facultades podía en sí ser incluída entre los delitos contra el Estado, también lo es que, según los jurisconsultos, eso acontecía casi exclusivamente con las extralimitaciones de los gobernadores de las provincias, lo que sin

duda era debido a que estos, lo mismo en los últimos siglos de la República que en los primeros del Imperio, eran realmente los depositarios del poder militar, y más que ninguna otra clase de funcionarios podían faltar en el campo de la guerra al orden vigente, como también, por otra parte, es cosa segura que todas las revoluciones hondas partieron de hechos de tales gobernadores. Son de notar en este respecto los siguientes casos:

a) Salirse el gobernador de los límites de su provincia con las tropas mandadas por él mismo.

b) Permanecer en la provincia después de llegar a ella el sucesor y negarse a hacer entrega del mando.

c) Hacer levadas de tropas sin las correspondientes facultades para ello. Según el derecho de la época republicana, el hacer estas levadas correspondía al cónsul, careciendo de atribuciones para ello, por regla general, el pretor y, por consiguiente, los presidentes de las provincias. En los tiempos del Imperio, las levadas formaban parte de los derechos reservados al emperador, y solo mediante un mandato especial podía transferirlos a otra persona.

d) Hacer guerras ofensivas sin la autorización correspondiente. Durante la República, la declaración de la guerra competía de derecho a los Comicios; durante el Imperio, fue también derecho reservado al emperador.

e) Arrojarse el derecho de gracia.

f) En los tiempos posteriores del Imperio, dar a los edificios públicos el propio nombre, con exclusión del nombre del emperador.

6º El empleo de datos inexactos para demostrar públicamente alguna cosa.

7º Compréndese perfectísimamente que pudieran ser considerados como delitos contra el Estado los casos de incumplimiento de las obligaciones religiosas que a uno le incumbían por razón de su cargo, como, por ejemplo, el hacer o el dejar de hacer el magistrado aquello que estaba obligado a omitir o hacer con respecto a la inspección de los signos que mostraban si un acto había de realizarse o no realizarse, y el no practicar aquellos actos del culto que el magistrado, en cuanto tal, tenía obligación de poner por obra; pero debe advertirse que en las fuentes que conocemos, las cuales, por la época a que se refieren, no son dignas de entero crédito, las faltas de que se trata no figuran sino como pretextos para verdaderos procesos políticos.

8º Con relación a las obligaciones propias de los sacerdotes, solo en cierto modo es aplicable lo que se acaba de decir. En este punto, manifestóse la tendencia, por una parte, de no considerar al sacerdocio como organismo perteneciente a la magistratura, y por otra, de no

conceder al primero fuerza de ninguna especie sobre la segunda. El uso frecuente que se hacía de la fiscalización sacerdotal debió conceder a los sacerdotes una peligrosa influencia política, singularmente por la razón de que los cargos de sacerdotes de la comunidad recaían regularmente en las mismas personas que ejercían la magistratura. Las faltas de cumplimiento de las obligaciones sacerdotales no eran castigadas por los magistrados, sino por el pontífice supremo, y aun por este solo con respecto a los sacerdotes a él directamente sometidos, o sea con relación especialmente a los flámines —respecto de los cuales hay que decir que sobre todo la obligación de los tres principales, de no abandonar Roma más que dos veces en el año y por solo dos días, originó con mucha frecuencia casos de la índole de los que nos ocupan—, y también con relación al rey de los sacrificios y a los augures. Dentro de la esfera a que acabamos de referirnos, al pontífice supremo no le correspondía, es verdad, más que la coercición limitada o inferior (p. 27); pero hubo de extenderla, merced a su facultad de traspasar los límites de la coercición en materia de multas, dando en tal caso origen a un proceso penal sujeto a formalidades, y en el que podía hacerse uso de la provocación a la comunidad.

9º Podía ser considerada como deber público o como función a él equivalente, toda obligación político-moral incluída en el ejercicio de una función cualquiera que se desempeñase en nombre de la comunidad. No es esto aplicable solamente a los legados y a los senadores, sino también a los que vigilaban a los prisioneros políticos; asimismo daban lugar al ejercicio de la acción de perduelión las irregularidades cometidas con ocasión de hacer suministros al Estado. Parece, sin embargo, que en el régimen romano no se podía exigir fácilmente responsabilidad criminal a los mandatarios del poder público que no tuviesen la cualidad de magistrados; a lo menos, es de presumir que de este modo se procedía con los oficiales militares que no eran magistrados.

IV.—*Violación de las obligaciones políticas de los ciudadanos.*

Todavía más decididamente que a las obligaciones de los funcionarios públicos, era aplicable a las que incumbían a los ciudadanos, y en general a toda persona sujeta a la sazón al poder del Estado, el principio según el cual no toda violación de estas obligaciones reclamaba tratamiento penal. La desobediencia no fue jamás considerada como delito contra el Estado, en el sentido de conducirse con sus autores como si fueran enemigos de la patria; antes bien, se sometía la misma, en general, a la coercición de los magistrados, quienes la re-

primían por este procedimiento, y únicamente en los casos graves, para los que no bastara con los medios coercitivos, es cuando se hacía uso de verdaderas penas. No era, sin embargo, posible trazar de una manera positiva los límites entre la pura coercición correspondiente a los magistrados y la responsabilidad criminal; existía toda una serie de atentados a las obligaciones propias de los ciudadanos, a los cuales no era aplicable la coercición, o para los que no bastaba con el empleo de medios coercitivos; pero lo regular era que dependiese del arbitrio de los mismos magistrados que tenían que juzgar la resolución sobre si la falta de que se trataba merecía o no ser sometida a un verdadero procedimiento criminal. Nuestro estudio debe limitarse también ahora a enumerar aquellas clases de delitos de que hacen mención las leyes, o que de alguna otra manera puedan ser determinados.

1º La primera de todas las obligaciones de los ciudadanos era la del servicio militar. Ya dijimos en el libro primero que esta obligación estuvo sometida por más tiempo y con mayor rigor que todas las demás obligaciones de los ciudadanos al procedimiento según el derecho de la guerra, donde, como también queda mostrado, no tenía lugar la provocación ante la ciudadanía. En los siguientes casos había provocación:

a) Cuando existiera tardanza culpable en alistarse en el censo por parte de los individuos obligados a empuñar las armas (p. 29). Como esta lista o censo había ya perdido casi por completo su importancia en los tiempos medios de la República, el precepto que ahora nos ocupa apenas si tenía aplicación en la época que nos es más conocida, sin embargo de que en la doctrina jurídica continuaba ocupando su lugar.

b) La tardanza culpable en acudir al llamamiento a filas era un delito sometido al más antiguo procedimiento de la perduelión hasta en los tiempos del Imperio, aun cuando entonces ya seguramente era un caso excepcional (p. 29). Era, sin duda, permitido aplicar al mismo el procedimiento penal para los ciudadanos; pero no conocemos ningún ejemplo de tal aplicación.

c) La deserción culpable de los soldados en servicio activo se sustanciaba, aun en los tiempos históricos, por el antiquísimo procedimiento (p. 29); pero también estaba expresamente permitido emplear la acción regulada por la ley julia de majestad. Por donde se ve perfectamente claro que el procedimiento penal para los ciudadanos solo era aplicable a los delitos graves. *Desertor* era todo soldado que se alejaba del campo militar sin licencia, siendo entonces penado conforme al derecho de la guerra; pero de la acción de lesa majestad no era permitido hacer uso en los casos menos graves de deserción, por-

que la coercición del derecho militar no la admitía entre las muchas penas leves de que hacía uso.

d) El comportamiento culpable frente al enemigo quedaba sujeto por regla ordinaria a la justicia militar; sin embargo, en algunas circunstancias se le aplicaba la ley julia de majestad.

La insubordinación, siempre que no llegara hasta la sedición, no pertenecía al derecho penal aplicable a los ciudadanos, porque bastaba al efecto hacer uso del procedimiento propio del derecho de la guerra. También quedaban fuera del derecho penal de los ciudadanos otros delitos militares; por ejemplo, la tentativa de suicidio y el saltar por encima de los muros militares.

2º Sedición (*seditio*) era la insubordinación tumultuaria de una multitud (*coetus, conventus*) contra la magistratura, aun en el caso de que se negara simplemente la obediencia y el magistrado no pudiera dominar el tumulto. En la época republicana, este delito se presentó principalmente bajo una forma que consistía en perturbar el curso regular de las conciones o reuniones legales de los magistrados y de los Comicios, perturbación que fue conminada especialmente por la ley icilia para lo relativo a las reuniones de los tribunos; sin embargo, caían dentro del concepto de la sedición todas las perturbaciones de la tranquilidad pública. Considerábase, quizá, como circunstancia agravante el verificar las reuniones tumultuarias de noche o el comprometerse bajo juramento; lo era, de seguro, el uso de armas o de objetos que pudieran servir de armas, y sobre todo tenían tal carácter las reuniones sediciosas de los soldados. Dejando a un lado las medidas reclamadas por la situación peligrosa en que se encontrase el Estado, en presencia de la desobediencia general y del desorden, medidas que no era posible denominar penas en sentido jurídico y cuyo objeto era restablecer el orden y la obediencia, diremos que los culpables de los delitos que nos ocupan eran sometidos de derecho al procedimiento de la perduelión. Pero con respecto a la sedición es también aplicable lo que hemos dicho (p. 348) respecto al abandono de la ciudad confederada, o sea que no se hacía recaer todo el rigor de la ley sobre cada uno de los que tomaban parte en dicho acto, sino tan solo esencialmente sobre los jefes o directores del motín. A los simples participantes en el delito que nos ocupa, en vez de seguirseles causa por lesa majestad, se les aplicaba el procedimiento por quebrantamiento de la paz (la posterior *vis privata*), introducido en la legislación penal poco después de Sila, y del cual nos ocuparemos en el capítulo cuarto de este libro.

3º Los individuos no magistrados cometían un delito de lesa majestad cuando se arrogaban poderes propios de los magistrados. De acuerdo con esta concepción, fueron incluídos en los tiempos poste-

riores entre los delitos de lesa majestad, los delitos contra la moneda, considerados en un principio como falsificaciones, y el tener cárceles privadas.

4º El escribir y difundir públicamente libelos difamatorios era un delito que tiene su lugar en nuestra exposición entre las injurias cualificadas; sin embargo, como allí se indica, también se le consideraba como delito contra el Estado, sobre todo porque no raras veces faltaba aquí una persona directamente injuriada.

5º Quizá en los primitivos tiempos fuesen también delitos de la índole de los que ahora nos ocupan las infracciones criminales de los deberes de padre, de los de hijo y de los de esposo. No obstante, es dudoso si las *sacrationes* fulminadas por las leyes regias contra los hijos que maltratasen a sus padres y contra los maridos que vendiesen a las esposas que estuvieran bajo su potestad eran concebidas como decisiones simplemente sacrales, cuya ejecución correspondía a los dioses, o si la *sacratio* era también en este caso, como en otros, la expresión con que se significaba el procedimiento de los Comicios con el magistrado. En apoyo de esta última concepción tenemos la analogía con la relación de patronato que estudiamos a continuación. Cuando por causa de ofensas a la misma se concedía la celebración de un juicio, este juicio no podía ser otro sino el del procedimiento público, pues la acción privada por injuria era incompatible con la noción de potestad, que intervenía en tal caso, y además la *sacratio* era ajena a los delitos privados.

6º Con mayor seguridad podemos incluir en la esfera de los delitos que ahora estudiamos, aun cuando propiamente tan solo respecto a la época antehistórica, las infracciones criminales cometidas contra los deberes de patronato. Si los miembros de la comunidad, completamente libres, podían defenderse por sí mismos ante el pretor urbano de las injusticias que se les hubieran causado, haciendo al efecto uso de las acciones privadas por causa de delito, en cambio, los individuos sometidos al patronato de otra persona carecían de facultades para llevar ante los tribunales al patrono o señor que hubiese cometido algún agravio contra ellos; y claro está que si a los individuos de referencia no se les había de negar todo derecho, forzosamente tenía que acudirse en semejantes casos al procedimiento penal público, y el magistrado tendría facultades para disponer que se entablara un proceso por perduelión contra el señor o patrono delincuente. Ahora bien: si la regla existía y se toleraba, la verdad es que en la práctica era letra muerta, como lo prueba el que en los tiempos históricos la clientela era una institución anticuada y que casi había desaparecido.

7º Tocante a la ley agraria introducida por César, no solo se ordenó que la juraran todos los ciudadanos, siendo causa de sancio-

nes de índole jurídica el rehusar semejante juramento, como ocurrió también en otras cosas, sino que, además, se conminó con la pena de muerte dicha negativa. Esto no puede ser considerado de otro modo sino como inclusión de la falta del juramento referido entre los casos de perduelión.

8º Los discursos ultrajantes, y en general todo discurso antipatriótico proferido contra la comunidad como tal, quedaban libres de pena, por faltar la necesaria personalidad (p. 52). El único proceso que nosotros conocemos en que se infrinja esta regla, esto es, el ejercicio de la acción edilicia de multa contra Claudia hermana del cónsul, del año 505-243, por discursos antipatrióticos, parece que hay que referirlo de un modo irregular a la coercición.

V.—*Violación de las obligaciones religiosas de los ciudadanos.*

En una comunidad donde se consideraba como una carga pública el cuidado de las cosas religiosas que a la misma comunidad interesaban; donde era obligatorio el desempeño de las funciones sacerdotales propias de la comunidad misma, mientras que no sucedía esto con el de las funciones públicas; donde la punición doméstica se hacía extensiva a los ciudadanos libres en caso de que tuviese alguna conexión con el asunto la religión del Estado (p. 13); en una comunidad como esta, no hay duda ninguna de que, en los tiempos más antiguos, el cumplimiento de los deberes religiosos de los ciudadanos había de exigirse, y el incumplimiento pensarse con tanto rigor como cuando se trataba de deberes políticos. Sin embargo, las noticias que hasta nosotros han llegado nos permiten saber bien poco de la época en que la ciudadanía romana era creyente, y lo que se conservara acerca del particular en las fuentes jurídicas, por consecuencia de la restauración externa de la antigua religión nacional llevada a cabo en la época del Imperio, fue luego borrado en los tiempos posteriores, cuando se estableció una nueva religión de Estado, la cristiana. Las instituciones y los organismos de la religión cristiana fueron, en su conjunto, tomados, de manera incongruente, de las instituciones y los organismos religiosos antiguos, y por eso nos ocuparemos de ellos separadamente en el siguiente capítulo; ahora vamos a estudiar todo lo que de las ruinas del paganismo nos parezca digno de mención desde el punto de vista del derecho penal.

1º La comunicación o entrega no autorizada del libro del oráculo sibilino, que solo podía enseñarse mediante una orden del Estado, se castigaba con pena capital.

2º Era, en general, obligación de los magistrados cuidar de los lugares del culto público: Catón incluía entre los delitos capitales el descuido de esta obligación cuando, excepcionalmente, correspondiera a simples particulares el cumplimiento de ella.

3º En la religión nacional de los romanos, cuando menos respecto a la época que a nosotros no es hasta cierto punto conocida, los ciudadanos no tenían, regularmente, obligación de ejecutar ningún acto del culto. Verdad es que después de la consagración del asesinado César se prescribió que todo ciudadano, bajo pena de muerte, festejara el aniversario de su natalicio; pero esto fue un exceso de poder de la reacción monárquica. También las municipalidades de Siria y del Asia Menor obligaban a los ciudadanos, cuando menos en algunos casos, a hacer sacrificios a los dioses, y durante las últimas y violentísimas tentativas de la nueva creencia cristiana por dominar sucedió lo mismo aun por prescripción jurídica. El emperador Decio mandó el año 250 que todo ciudadano del Estado romano hiciera sacrificios a los dioses de la antigua fe, exigiéndose certificaciones oficiales que acreditaran haberlo hecho, y lo propio aconteció cuando las persecuciones cristianas de los tiempos de Diocleciano y Constantino.

4º No existía en la lengua latina una denominación corriente y técnica para designar las faltas cometidas contra la fe romana. La de *crimen laesae Romanae religionis*, empleada por TERTULIANO, es bastante adecuada, pero no era usual; la segunda, usada por el mismo, o sea la de *sacrilegium*, era usual, pero no adecuada, pues esta palabra, tanto por su etimología como por el uso que solía hacerse de ella en otros casos, significaba el robo de templos. Pero aunque los romanos careciesen de palabra apropiada, no por eso el concepto faltaba en su derecho penal, debiendo nosotros ahora estudiarlo, o cuando menos exponer los principios capitales del mismo, que son los siguientes:

a) La religión romana, como en general toda religión antigua, estaba íntimamente ligada al concepto del Estado. A toda agrupación política, tratárase de un Estado particular y único, o se tratara de una confederación de pueblos unidos por vínculos jurídicos más o menos fuertes, correspondía cierto número de dioses, igual que le correspondía también cierto número de ciudadanos. Se consideraba como una obligación evidente del ciudadano romano la de creer en los dioses de Roma; en los tiempos antiguos, ni siquiera se ocurría, a lo que parece, que pudiera haber quien no cumpliera esta obligación, es decir, quien careciese de tal creencia, y por eso en el antiguo derecho no se impuso sanción alguna a la incredulidad, con tanto mayor motivo cuanto que, según ya queda dicho, solamente en casos especiales exigía el Estado la confesión de la dicha fe. Por otra parte, el círculo

de los dioses romanos era tan poco exclusivo y cerrado como el círculo de la ciudadanía romana; y así como en este eran admitidos muchos extranjeros, también en aquel fueron incluídas junto a las nacionales muchas divinidades extranjeras, aparte de que se permitía que al lado del círculo de los dioses romanos existieran también otros círculos de dioses extranjeros, sobre todo los de las comunidades políticas aliadas con Roma. La posición preeminente de Roma y su gran poderío durante la República fue, a la vez, causa y efecto principal de la amplísima política de tolerancia religiosa que el Estado siguió en la misma época. Máximas a que en Roma se atuvo invariablemente la administración pública fueron estas: por un lado, observar los poderes públicos una actitud pasiva tocante a los actos de la religión nacional, y por otro lado, ejercer una inspección suprema respecto a los cultos extranjeros, hubieran sido o no recibidos en Roma; tales máximas no se observaron mucho menos durante los primeros siglos del Imperio que en la época republicana.

b) Precisamente una de las consecuencias ulteriores de esta tolerancia fue la transformación práctica de las divinidades romanas oficialmente reconocidas en divinidades del Reino. El reconocimiento de estas divinidades pertenecientes a Estados que se hallaban en dependencia mayor o menor de Roma no disminuía en nada la veneración a los dioses propios, y como, por otra parte, la unión eterna de los dichos Estados con el Estado romano y con la hegemonía de este era cuando menos ocasión favorable para el reconocimiento aludido, parece que así hubieron de ocurrir las cosas en los tiempos primitivos, y aun en lo esencial en todos los tiempos. Teniendo en cuenta la índole de los asuntos religiosos en Roma, las consecuencias jurídicas que de aquí se derivaran no pudieron tener, en general, otro carácter más que un carácter potestativo, permitiendo, de un lado, a los no romanos participar en el culto a las divinidades romanas, y de otro, permitiendo venerar a estas mismas divinidades en los Estados dependientes de Roma. Solamente en el caso de que una autoridad romana hubiera de recibir juramento a un no romano, es quizá cuando podía estimarse conveniente desde el punto de vista práctico, sobre todo si se trataba de la administración de justicia, que se aplicara a los no ciudadanos la fórmula usual entre los ciudadanos. Cuando la Monarquía imperial estableció un ejército del Reino compuesto por mitad de individuos no ciudadanos, hízose preciso acudir a un juramento general para soldados. Como los dioses de la nación romana, como tal, eran también dioses del Reino romano, y a estos dioses les correspondía un lugar en todas las comunidades dependientes de Roma, al lado y antes de los propios dioses de cada una de ellas, parece que la transformación de la religión nacional romana en religión del Reino coexis-

tiendo con ella las demás religiones nacionales de los Estados que componían este, fue cosa que, en general, no encontró obstáculo teórico de ningún género.

c) Formaban excepción a esta regla los secuaces de la fe judía. El pueblo hebreo había también concebido en algún tiempo a su Jahvé como un Dios exclusivamente nacional. Pero el pueblo judío después del destierro —único con el que tuvieron contacto los romanos— había pasado desde el monoteísmo nacional a un monoteísmo internacional, y su Jahvé se había convertido en un dios universal que dominaba sobre todos los pueblos de la tierra, dios que si en primer término había sido reconocido y venerado únicamente por los hebreos, después, a su debido tiempo, habían tenido que reconocerlo igualmente todos los pueblos —los *ἔθνηκοί*, los gentiles. Esta concepción de Dios, que nada tiene de trascendental, sino que es completamente terrestre, es la que dio origen, tanto al proselitismo judío como al odio de los judíos contra los «pueblos», y por el contrario, al odio de los «pueblos», contra los judíos. Para los judíos, el Júpiter capitolino no era, como lo era para las demás naciones, un dios extraño, sino que no era un dios, y por eso, el judío se presentaba a los ojos de los romanos y de los helenos como despreciador de los dioses. Sin embargo, en cuanto nosotros sabemos, a los judíos no se les aplicó, en los tiempos de la República y en los primeros del Imperio, otras normas jurídicas sino las normas generales vigentes en Roma. Por primera vez se aplica a los hebreos un derecho especial, desde el punto de vista romano, cuando Vespasiano disuelve la comunidad judía; y aun ese derecho especial consistía sencillamente en esto: como los romanos no reconocían ninguna otra religión más que la nacional, claro es que disolviendo la comunidad judía forzosamente había de desaparecer también la religión de este pueblo, según la concepción que de ella se formaban los romanos. Pero los judíos no sacaron tal consecuencia. Aun cuando el culto hebreo sufrió una restricción de gran importancia, sobre todo por haber sido abolido el culto central de Jerusalén, los judíos, sin ser ya un Estado, conservaron su derecho de constituir asociaciones religiosas, sus templos y sus sacerdotes. No se les postergó concediéndoles menores derechos que a los demás individuos que formaban parte del Estado. Con todo, las profundas y trascendentales consecuencias que no podía por menos de producir la disolución de su comunidad política, y además los menores derechos que, por causa de la conducta religiosa que observaban, se otorgaron a los judíos, privándoles del de comparecer ante los tribunales ordinarios y del de servicio militar, vinieron a hacer más honda cada día la división interna y social ya existente entre los judíos y los restantes miembros del Reino. Muchos de los usos y costumbres privativos de los judíos,

el sábado, el juramento, la circuncisión, no solamente producían repugnancia y escándalo, sino que además provocaban colisiones con las autoridades romanas. Sin embargo, no tenemos noticias de verdaderos conflictos, y es de suponer que los evitara todo lo posible la sistemática tolerancia del gobierno romano, aun con respecto a los judíos. La especial condición jurídica que más tarde vemos que acompaña a estos se remonta sin duda, en sus líneas generales, a la época pagana, y lo único digno de ser notado es que, al ser disuelta la comunidad judía, cambiósese la misma de nacional en religiosa.

d) La tolerancia tenía, sin embargo, sus límites. El ciudadano romano, y lo propio se dice de todo ciudadano perteneciente a cualquiera de las comunidades que formaban el Reino, no podía ser al mismo tiempo judío, es decir, que no podía tributar culto a la vez a los dioses de su patria y al dios de los hebreos; la apostasía de la religión nacional, desconocida para el politeísmo, era lo que, frente al monoteísmo judío, constituía aquel delito a que TERTULIANO daba el nombre de *crimen laesae religionis*. Largo tiempo antes que los romanos adquiriesen conciencia de ello, es posible que se asegurase que Jahvé era un dios sumamente celoso y absolutamente distinto de las demás divinidades nacionales; algo de esto podemos inferir por ciertas señales que hallamos en otras cosas, y por lo menos nos encontramos con una expresión latina para designar la apostasía de la religión nacional. El conflicto, por lo que a los principios se refiere, tuvo en la práctica una doble manifestación: por un lado, respecto a la concesión del derecho de ciudadano romano a los judíos; y por otro, en cuanto al hecho de pasarse el ciudadano romano a las creencias de estos últimos. Cuanto a lo primero, pudo muy bien hacerse extensiva todavía a este punto la tolerancia romana, a lo menos en el caso de que a un judío se le hiciese merced del derecho de ciudadanía romana o del derecho de ciudadanía de alguna municipalidad; pues el ganar en rango social no era cosa que pudiera considerarse juntamente como honor y como delito, y por otro lado, fácil era prescindir aquí de la incompatibilidad formal entre la clase o rango y las creencias religiosas. Pero el conflicto de referencia se presentaba con bastante mayor gravedad cuando algún judío hubiera llegado a ser esclavo romano, ya por haber sido hecho prisionero de guerra, ya de cualquier otro modo, y luego se hubiese convertido en ciudadano romano por la manumisión. Lo que se hizo con estas gentes en tiempos de Tiberio fue convertirlas en soldados romanos y enviarlas a Cerdeña; no era posible tampoco aquí hacer uso de un propio y verdadero procedimiento penal. Más difícil todavía que la resolución del caso de un judío que, conservando su fe, hubiera llegado a adquirir la ciudadanía romana, era resolver la segunda forma de conflicto antes apuntado, o

sea cuando un ciudadano romano se pasara al judaísmo. Ya en la época republicana, siempre que se notaba indiferencia religiosa, se procedía contra el proselitismo exageradamente celoso de los hebreos, y al restaurarse con el Principado la religión nacional, exteriormente es cierto, pero con mucho vigor, la apostasía de los ciudadanos romanos que se pasaran al judaísmo fue desde un principio considerada como crimen capital. Esto mismo debe decirse, en tesis general, de todo habitante de un municipio que se pasase a la religión judía, pues renegaba de igual modo que el ciudadano de su fe nacional. La pena se imponía, naturalmente, no solo al convertido, sino también, y antes que al convertido, al que hubiera hecho la conversión.

e) Si el judío podía reclamar, conforme a lo ya dicho, una grandísima tolerancia para el ejercicio de su propio culto, tolerancia que efectivamente se le concedía, en cambio, a los que confesaban la fe cristiana se les consideró desde un principio como reos del más grave de los delitos de lesa majestad, esto es, de la perduelión. Más decidida y claramente aún que el de los judíos, era el dios de los cristianos un dios no vinculado a nación alguna, un dios que no toleraba a ningún otro al lado suyo, y la comunidad cristiana no era nunca una mera comunidad política; de suerte que, claro está, el cristianismo era un apóstata del politeísmo. Para los paganos, los cristianos, y no los judíos, eran los ateos, *ἄθεοι*. Por consecuencia de esto, la declaración hecha ante los tribunales de que se profesaba la fe cristiana se consideraba como confesión de un delito de lesa majestad, y como tal se penaba. Esta regla se aplicaba lo mismo a los ciudadanos romanos que a los que no lo eran; el apostatar de la religión del Reino era un delito común para unos y otros, y la pena también era idéntica en lo fundamental para ambos, aun cuando la que se imponía a los ciudadanos romanos se agravaba con respecto a la de los no ciudadanos.

f) Del propio modo que la religión nacional luchaba contra el monoteísmo, que se desentendía del Estado y extendía su imperio por todo el mundo, esa misma religión nacional era también enemiga del maniqueísmo, iglesia universal dualista. El maniqueísmo, religión fundada hacia mediados del siglo III de J. C. por el persa Manes, fue combatida no menos enérgicamente que el cristianismo por el último y más violento representante de la antigua fe, por Diocleciano, y la apostasía que implicaba seguir el maniqueísmo se castigaba por motivos fundamentalmente análogos a aquellos por los que se castigaba el apostatar de la religión nacional, haciéndose uno cristiano: las penas con que se conminaban ambos casos eran las mismas. Luego que el monoteísmo vino a convertirse en religión del Estado, empezó el mismo a hacer la guerra a las otras religiones rivales suyas,

con la misma dureza que contra él había sido empleada, conforme se verá en el capítulo siguiente.

g) Desde el punto de vista jurídico, queda poco que añadir referente a aquellos que apostataban del paganismo. En ninguna cosa se ve tan claramente la alternativa que los magistrados podían seguir, respecto a los delitos contra el Estado en general, tratándolos unas veces por la vía de la coercición administrativa, y sometiéndolos otras a un verdadero procedimiento penal, como en el comportamiento que seguían las autoridades con los cristianos, comportamiento que variaba en absoluto, según las tendencias que en cada instante predominasen en el gobierno y según los distintos funcionarios públicos a quienes correspondiese conocer de tales delitos. De derecho, a la apostasía debía serle aplicado el procedimiento acusatorio; lo regular era, sin embargo, por lo mismo que era general en este caso la confesión de los reos, que de hecho se empleara el procedimiento por cognición, previa denuncia. Solo por excepción usaban los magistrados de su iniciativa para perseguir de oficio estos delitos, como por el contrario, en realidad, solo en circunstancias excepcionales aceptaban denuncias de esta índole los tribunales, sin embargo de que rara vez las denegaran formalmente. Cuando empezó a haber apostasías colectivas o en masa, a quienes principal, aunque no exclusivamente, se aplicaba la pena era a los jefes o instigadores, lo propio que cuando se trataba de la sedición. En el caso de que el procesado se retractase de su apostasía, quedaba impune, lo que podía considerarse como una regla general en todos los delitos de opinión y en los colectivos. En estas causas no desempeñaban papel alguno el juramento a los dioses y los sacrificios prestados a los mismos, sino en cuanto los acusados de apostasía negaran las imputaciones que se les hiciesen, o se retractaran de su anterior apostasía, pues en casos semejantes, con el fin de dar más fuerza a la credibilidad de sus manifestaciones, se les solía exigir que juraran y sacrificaran. Ya queda dicho (p. 360) que esta exigencia fue general durante los últimos y más vigorosos esfuerzos y tentativas para abolir el cristianismo.

5º Aunque el tributar culto a dioses distintos que los nacionales de Roma, o que los adoptados por el Estado romano, no era considerado como delito, en conformidad con lo que dejamos dicho anteriormente, eso no impedía el que las formalidades o ceremonias religiosas propias de creencias extranjeras fuesen reprobadas moral y políticamente, y tanto en la época republicana como en la del Imperio fueron muy a menudo objeto de persecución las supersticiones de otros pueblos (*superstitio externa*), sobre todo las que más chocaban contra las creencias occidentales, y precisamente por eso, en especial el culto traído de Egipto. Pero estas persecuciones eran simplemente

de policía; se prohibía el público ejercicio de tales prácticas religiosas, los altares y las capillas; se desterraba a los extranjeros; los medios coercitivos se aplicaban en toda su extensión y plenitud. Mas como el profesar creencias extrañas no implicaba que se negaran las romanas, la confesión de las primeras no era un hecho bastante para que interviniese el juez penal. La única excepción aparente de esta regla es el proceso seguido por el gobierno republicano el año 568-186 con relación al culto de Baco; pusiéronse trabas a las correspondientes asociaciones por considerarlas peligrosas, y los numerosos delitos cometidos con motivo de este caso fueron castigados, a lo que parece, con todo el rigor de la ley, lo mismo cuando los reos eran ciudadanos que cuando no lo eran; no obstante, es de advertir que la creencia extranjera no fue perseguida en sí misma como delito, sino como ocasión de delitos. Ciertamente es que la severidad desplegada durante los tiempos posteriores del Imperio para defender la religión del Estado produjo también aquí sus efectos. Pasada la época de Severo, se consideró ser obligación del emperador no solamente honrar por sí mismo a los dioses como padres, sino también abominar y castigar todo apartamiento de esta veneración, respondiendo a lo cual los códigos y libros de leyes consideran desde entonces como crimen capital la introducción o admisión de dioses nuevos y de nuevas prácticas de culto.

6º El concepto de la *iniuria* del derecho privado, así como no podía aplicarse a las ofensas contra el Estado, tampoco era aplicable a las ofensas contra los dioses. La profanación intencionada de un templo, o el perturbar la realización de un acto religioso, constituían perturbaciones del orden público, y por lo tanto eran hechos sometidos a represión y persecución penal; no tenemos noticia alguna de que existieran preceptos legislativos especiales tocante al particular, y si los hubo, seguramente que a quien se consideraba ofendido en este caso era al Estado. El derecho penal romano no admitía como delitos las injurias a la divinidad de palabra o por escrito; no era tan solo un dicho arrogante, sino un verdadero principio de derecho, lo de que cuando una divinidad fuese ofendida, a ella misma, y no al Estado, es a quien correspondía imponer el castigo. Los creyentes en Cristo hacían pagar a los dioses de sus adversarios las injurias que contra ellos iban dirigidas; pero jamás se les negó la libertad de herir por medio de la censura.

VI.—Ofensas personales a los magistrados de la comunidad.

Las ofensas personales que si se causaran a un particular individuo darían origen a una acción pública por homicidio, o a una ac-

ción privada por injuria, eran consideradas y penadas como delitos contra el Estado en el caso de que las mismas recayeran sobre un magistrado. De esta clase eran los siguientes delitos:

1º Los funcionarios públicos de la comunidad romana eran invulnerables de derecho (*lege*); por lo tanto, el dar muerte a un magistrado, o solamente intentar dársela, fue considerado desde un principio, y en los tiempos del Imperio seguía todavía considerándose, como un caso de perduelión de la peor especie. La importancia y dignidad del cargo no tenía respecto del particular más que una influencia secundaria; sin embargo, la inviolabilidad no era causa bastante para destruir o mermar la jerarquía existente entre los magistrados, y por esto, si es verdad que el cuestor era tan invulnerable como el cónsul, también lo es que no podía prestársele protección jurídica en contra de este. Viceversa, no se otorgaba dicha superior protección a los individuos no magistrados, aun cuando gestionasen negocios públicos, como por ejemplo, a los legados o embajadores, a los soldados, a los cuasimagistrados del orden de los caballeros, a quienes se encomendaban en la época imperial funciones judiciales. Hasta los últimos tiempos del Imperio no se concedió inviolabilidad a los funcionarios imperiales creados por el nuevo régimen.

2º Por la Constitución de la plebe, a los jefes o presidentes de esta se les declaraba, mediante plebiscito y juramento (*religione*), igualmente inviolables o, conforme se decía en este caso, sacrosantos; tal inviolabilidad vino a ser luego reconocida también por ley. Posteriormente, cuando el poder de los tribunos del pueblo consiguió predominar sobre el *imperium* de los magistrados patricios, la idea de la inviolabilidad iba especialmente unida, según la concepción general, al cargo de tribuno, aun cuando, de hecho, no se la hiciera depender del lugar que los magistrados ocupasen en la jerarquía, por lo que, del propio modo que a los tribunos, les era reconocido también a los ediles plebeyos, y hasta a los decemviros, los cuales ocupaban el grado jerárquico más humilde. De este caso de perduelión se hizo uso, ante todo, bajo el consulado de Cicerón, en la causa criminal seguida contra C. Rabirio por haber dado muerte al tribuno del pueblo L. Saturnino, causa que primeramente era capital y que luego concluyó por una multa.

3º En la ley dada por Augusto sobre los delitos de lesa majestad no estaba comprendido expresamente el homicidio del soberano, ya quedase consumado, ora no pasara de tentativa; pero claro está que semejante delito caía bajo la acción de dicha ley, la cual llevaba el propósito de proteger a los funcionarios públicos. Tampoco la tentativa hecha para deponer de su cargo al magistrado que lo desempeñaba vitaliciamente estaba incluída en el derecho penal como un delito in-

dependiente, y sin embargo, es seguro que era considerada también como caso de ofensa personal al magistrado. Las páginas de la historia están llenas de relatos tocantes a asesinatos y deposiciones de emperadores; sin embargo, nada útil para el derecho penal podemos inferir de ellos.

4º Estaban también comprendidas en la ley *de maiestate* las injurias reales inferidas a algún magistrado, fuera patricio o plebeyo, o al emperador.

5º Otros daños causados al honor de los magistrados eran reprimidos durante la República generalmente tan solo por la vía de la coercición y con medidas propias de esta; sin embargo, el ofendido tenía en todo caso el derecho de acudir a los tribunales penales. Lo mismo cabe decir con respecto al sumo pontífice. Es más: como ya hemos dicho (p. 31), este caso hubo de ser tratado en el último siglo de la República con el mismo rigor que antiguamente se empleaba para la perduelión, lo cual se hizo con perfecto derecho, pero también, seguramente, con verdadera injusticia.

6º De las causas de majestad originadas por haber perjudicado en su honor al emperador, se ha dicho, acaso no sin fundamento, que bajo el mando de algunos soberanos, produjeron mayores males que una guerra civil. Pero no debe olvidarse que son desproporcionados los casos de ofensas que la tradición nos refiere como acontecidos durante el Imperio, y que tanto los jurisconsultos como las constituciones imperiales hacen serias advertencias tocante al abuso de este procedimiento. Desde el punto de vista jurídico, primero el dictador César, y después una ley de Augusto, declararon expresamente ser delitos de lesa majestad las injurias contra el jefe del Estado, y este concepto de *iniuria*, al que podía darse una aplicación general, hubo de ensancharse mucho con respecto al emperador, de un lado, porque a menudo no era fácil distinguir bien entre el cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos y las ofensas al honor del monarca, y de otro, porque los jefes vitalicios del Estado, a comenzar por Augusto, tuvieron la pretensión de ser considerados y venerados como verdaderas divinidades, de manera que en estos casos no valía la antigua regla, ya mencionada, según la cual, las injurias hechas a los dioses no debían ser castigadas en la tierra, pues el dios de que ahora se trataba no dejaba de ser un hombre. No corresponde al derecho penal hacer un estudio de las consecuencias, en su mayor parte abusivas, que de este concepto se sacaron; únicamente vamos a tratar aquí de aquellas categorías de delitos que llegaron a conseguir cierta fijeza legal.

a) El uso de insignias propias del jefe del Estado, como tal, y en general toda usurpación de los derechos honoríficos correspondientes al dicho jefe, era un delito de lesa majestad, aun cuando con ello no

hiciera el reo acto alguno de rebelión contra el poder imperial. Esto era aplicable de un modo eminente a la túnica de púrpura, no solo cuyo uso, sino también cuya fabricación, luego que los emperadores comenzaron a monopolizar esta última, dieron origen en los tiempos posteriores a innumerables procesos de lesa majestad.

b) El vaticinar acontecimientos futuros por medios sobrenaturales era castigado como delito de lesa majestad, sobre todo cuando se trataba de predecir algo relativo a la sucesión en la soberanía, pero también en general cualquier adivinación tocante a la familia imperial.

c) Si aun tratándose de los particulares individuos, podía injuriárseles en efigie, claro está que las ofensas de esta clase causadas al honor del emperador, más sensible que el de los individuos, tenían que dar origen a procedimiento penal. Muchos abusos, tan ridículos como crueles, se cometieron en este punto, hasta el extremo de que los mismos códigos contienen reconvenciones y prohibiciones sobre el particular. Por ejemplo: se intentó muchas veces, y por medio de senadoconsultos se impidió no pocas, el librarse uno de ser conducido forzosamente (*manus iniectio*) ante los tribunales llevando encima un retrato del emperador, como asimismo el servirse de igual medio justamente para hacer daño impunemente a otros individuos. Hay que tener también en cuenta que el arrojar a tierra la imagen del emperador reinante era la señal de la sedición, especialmente entre los soldados.

d) El faltar al juramento hecho al genio¹ del emperador se consideraba como un dato probatorio de que se había apostatado de la religión nacional, pero dicha falta podía conceptuarse en todo caso como injuria al soberano. El jurar por las personas vivas era una expresión de dependencia; el hombre no libre y el semilibre juraban en nombre de su señor, y el hacer intervenir en la fórmula constante del juramento, primeramente el nombre del dictador César, y después el del soberano reinante, fue la señal característica de haberse introducido la Monarquía. Así puede justificarse, o por lo menos comprenderse, que los enemigos de los cristianos vieran en la negativa de estos a jurar por el emperador un doble delito, a saber: de un lado, el de apostasía de la religión nacional, y de otro lado, el más grave de rebeldía contra el emperador.

e) El juramento prestado en nombre del emperador podía ser castigado como delito de lesa majestad, en el caso de que fuese falso, o también si no se cumplía. Pero, dada la frecuencia de este juramento, por causa de haberse introducido en la fórmula oficial de jurar el nombre del emperador reinante, era imposible considerar co-

¹ *Genius*, versión latina del griego *δαίμων*.

mo delitos capitales todos los casos en que alguien jurase en falso, ya intencionadamente, ya por ligereza. Los códigos romanos así lo expresan; sin embargo, el abuso temerario de los juramentos en nombre del emperador se castigaba con penas correccionales.

f) El derecho penal de la época republicana no hacía extensiva a la mujer ni a los hijos de los magistrados la protección jurídica especial que a estos últimos se concedía; pero inmediatamente de quedar implantada la Monarquía, y como inevitable resultado del carácter divino reconocido al emperador, el concepto de los delitos de lesa majestad se amplió a las ofensas causadas a la familia imperial, y muy singularmente a los actos de comercio ilícito con las mujeres que a la misma perteneciesen.

Debemos ahora trazar un cuadro donde se vean a un simple golpe de vista las relaciones existentes entre el modo como el derecho penal romano trataba la perduelión y los delitos de lesa majestad, y algunos otros criterios ya estudiados.

La perduelión y los delitos de lesa majestad se perseguían de dos maneras: o sin formalidades, por la vía de la coercición o de la cognición; o ateniéndose a normas procesales.

Se trataban del primer modo:

1º El procedimiento sumario del originario derecho de la guerra, el cual se aplicaba todavía en los tiempos del Imperio a los ciudadanos romanos dentro de la ciudad de Roma, sobre todo por delitos cometidos faltando a las obligaciones militares (p. 29).

2º El procedimiento análogo a este, en que se condenaba a la pena de muerte o a la de confiscación del patrimonio a los que ofendieran a los tribunos del pueblo, procedimiento que por lo menos se intentó aplicar algunas veces (p. 31 y 33).

3º El procedimiento seguido por el Senado con arreglo al derecho de la guerra, y en donde dicho alto Cuerpo hacía lo que le parecía más conveniente, a pesar de la ley semproniana que lo prohibía. De este procedimiento se hizo uso en los tiempos posteriores de la República y durante el Principado (p. 173 y ss.).

4º El procedimiento por cognición en sus restantes varias aplicaciones (p. 224 y ss.).

Por el contrario, se observaban formalidades procesales en los siguientes casos:

1º En el juicio ante los duumvros no permanentes, juicio propio del primitivo derecho penal patricio y en el que se admitía la provocación ante los Comicios centuriados (p. 110). Desde el momento que estos duumvros, que tenían que ser nombrados para cada causa particular, dejaron de recibir su nombramiento del cónsul a discreción del mismo, y empezaron a ser elegidos por los Comicios, este

cuerpo de los ciudadanos hizo imposible, caso por caso, no ya solamente las condenas por motivo de perduelión, sino hasta que se interpusiera la acción correspondiente. Sin embargo, el procedimiento de la perduelión por duumviros continuó subsistiendo en la ley, al lado de las *quaestiones* por delitos de lesa majestad, hasta que en tiempos de Augusto quedó abolido el tribunal del pueblo.

2º En el procedimiento penal ante los tribunos, con provocación a los Comicios por centurias o al *concilium* de la plebe. A lo que parece, todos los procesos penales seguidos ante los tribunos lo eran por delitos contra el Estado; por el contrario, los seguidos ante los cuestores y los ediles se referían a otras clases de delitos (p. 110 y ss.). Los juicios penales ante los tribunos, en que se imponían multas, y acaso también aquellos otros en que se imponía pena capital, subsistieron hasta la abolición del tribunal del pueblo.

3º En el procedimiento acusatorio fundado en la ley cornelia, y posteriormente en la ley julia de lesa majestad.

4º En el procedimiento exento de trabas que a la época del Principado se seguía ante el alto tribunal de los cónsules con el Senado.

5º En el procedimiento exento de trabas que se seguía ante el tribunal del emperador y ante los tribunales de los delegados de este.

Según los usos en vigor durante la República, si aconteciera que la asamblea del pueblo convocada para votar en una causa de perduelión se disolviese sin haber llegado al trámite del voto, no se permitía repetir el procedimiento por el mismo delito. Las perjudiciales innovaciones introducidas en el procedimiento criminal de la época del Imperio, sobre todo la aplicación del tormento tanto a los procesados como a los testigos (p. 263) y la admisión del testimonio de los esclavos contra sus propios señores (p. 267-268), fueron introducidas, no exclusivamente, es cierto, pero sí en primer lugar y con mayor frecuencia, en las causas por delitos de lesa majestad. Si durante el Principado se concedían a menudo aboliciones (p. 289) y amnistías (p. 290) con motivo de sucesos faustos, las primeras excepciones que en tales casos solían establecerse eran las de estos delitos.

Las penas que se imponían a los autores de los delitos contra el Estado eran tan desiguales como estos mismos delitos y dependían del arbitrio de los correspondientes tribunales en grado mucho mayor que en los otros casos. Multitud de veces, v. gr., tratándose de ofensas a la religión nacional, o de injurias al honor del emperador, no solo era permitido, sino hasta digno de premio, el ignorar este delito descuidando todas las restantes obligaciones. Aun en los casos en que este hecho se hiciese objeto de sanción penal, en no raras ocasiones se le castigaba más bien como delito leve que como crimen, imponiéndose al reo una pena suave. Los tribunos del pueblo, que eran

quienes principalmente intervenían durante la República en la persecución y castigo de estos delitos políticos, comprendieron muy bien que tenía mayor eficacia este medio de fuerza aplicado moderadamente en forma de penas regulares, que no aplicado en forma de penas graves, y sobre todo en forma de pena capital; por eso se sirvieron preferentemente de las penas pecuniarias, y muchas veces imponían estas mismas no dándoles esencialmente otro carácter ni sentido que el de censura política. Aun en los tiempos del Principado, los tribunales que no tenían obligación de atenerse a la ley julia condenaban frecuentemente a penas relativamente pequeñas. Pero, por otro lado, los delitos contra el Estado son designados como los más graves de todos los delitos (p. 342), y los de traición a la patria y homicidio de magistrados no podían ser juzgados de otra manera.

El contraste aludido tenía en cierto modo su expresión externa en la denominación doble que se empleaba para designar, de un lado, todo acto, en general, que redundara en desdoro o perjuicio de la comunidad, y de otro lado, la traición a la patria, acto más grave, contenido en el concepto general anterior: llamábase a este último *perduellio* (p. 341), y al primero *crimen maiestatis populi Romani imminutae*. No es posible trazar una perfecta línea divisoria entre ambos hechos punibles. Al tratar de los elementos constitutivos de los delitos contra el Estado, hemos hecho una enumeración de todos los casos que las fuentes designan como perduellión; sin embargo, no es posible deducir de ellos un concepto general positivo de este delito, concepto que difícilmente existía tampoco, de hecho. Teniendo en cuenta que en la materia que nos ocupa dominaba el arbitrio discrecional, lo probable es que las correspondientes autoridades tuviesen atribuciones para considerar los hechos punibles encomendados a su conocimiento en concepto de delitos contra el Estado, ora como merecedores de pena capital, ora como no merecedores de ella, y que por eso mismo, la acción de *perduellio* no fuese otra cosa que una acción penal por delito de lesa majestad a la que acompañaba la petición de pena de muerte. Abona este criterio la circunstancia de que una acción intentada por *perduellio* y que hubiera fracasado podía ser repetida como acción pecuniaria. Por consiguiente, no era posible entablar los procesos por perduellión ante aquellos tribunales o autoridades penales sin competencia para imponer la pena capital, como sucedía con el *concilium* de la plebe, y también con el tribunal por jurados establecido por la ley julia.

Los delitos contra el Estado, los más graves de todos, fueron los primeros a los que se aplicó un procedimiento jurídico, es decir, regulado por el derecho; y es sumamente probable que la más antigua forma establecida para este procedimiento, a saber, el tribunal de

los duumviros, solo resolviera los casos de perduelión, por lo que no tenía más remedio que elegir entre la absolución del reo o condenarlo a muerte. El imponer una penalidad más benigna que la capital, cosa que desde antiguo se permitía en el caso de que el delito que nos ocupa fuese tratado y castigado por la vía de la coercición, probablemente no fue posible hacerlo en el procedimiento penal verdadero hasta que los tribunos del pueblo empezaran a recurrir a semejante medio.

La clase más grave de este delito se diferenciaba teóricamente de todos los demás delitos en que, en el caso de perduelión, el autor de ella, por el hecho mismo de haberla cometido, dejaba de pertenecer al círculo de los ciudadanos romanos y comenzaba a formar parte del de los enemigos de la patria. De aquí se hizo derivar con el tiempo, según ya dejamos dicho (p. 173 y ss.), lo inútil y superfluo de toda formalidad procesal; pero semejante consecuencia era antijurídica y obedeció tan solo a interés de partido (p. 175). Sin embargo, al fijarse la necesidad de someter la perduelión a un procedimiento, necesidad expresamente sancionada por la ley sempronia, a la sentencia dada con este motivo no se le atribuyó un valor propiamente condenatorio, sino más bien declaratorio, y al ser pronunciada tal sentencia se retrotraían las consecuencias del delito al momento en que fue perpetrado. Lo cual demuestra que aquellas de tales consecuencias las cuales pudieran ser ejecutadas aun después de la muerte del reo, no quedaban anuladas con la muerte del mismo, que es lo que pasaba en otros delitos, incluso en los delitos leves de lesa majestad.

Vamos ahora a presentar un bosquejo de la doctrina relativa a las penas que se imponían a los reos de los delitos contra el Estado, reservando para el libro siguiente el dar a la misma ulteriores desarrollos.

1º Ya hemos hecho notar muchas veces que, según el sistema vigente en los tiempos republicanos, los delitos contra el Estado se castigaban, cuando se tratase de casos de perduelión, con la pena de muerte, igual si eran sustanciados por el procedimiento criminal de los duumviros, que si lo eran por aquel otro en que intervenían los tribunos, de cuya sentencia podía apelarse ante los Comicios centuriados por la provocación. Ciertamente es que en los posteriores tiempos de la República se manifestó la tendencia a abolir la pena de muerte, y que la *quaestio* introducida por Sila para los delitos de lesa majestad no pudo imponer esta pena, desde luego con toda seguridad durante la República, pero quizá tampoco en la primera época del Principado. Pero que no se llegó entonces a abolir formalmente dicha pena, lo prueba la persistencia legal del juicio de los duumviros, que era precisamente un juicio de causas capitales. Al establecerse el Princi-

pado, se reprodujeron de hecho las condenas a pena de muerte en los dos tribunales que funcionaban libremente y sin trabas, así como también en aquellos otros que procedían por delegación imperial; pero solo a partir del tiempo de Augusto, es cuando se empezó a tolerar que se impusiera pena de muerte a los que cometiesen delitos sexuales con alguna mujer de la familia del emperador (p. 370). Desde Tiberio en adelante, las causas capitales por delito de lesa majestad fueron frecuentes, y los tribunales donde se pronunciaban las sentencias de este género eran predominantemente aquellos que podían funcionar sin necesidad de guardar formalidades. A partir del siglo III es cuando la pena capital, quizá por disposición del emperador Severo, empieza a figurar en los libros de derecho como la pena ordinaria para los delitos de lesa majestad. Muchas veces se disponía que esta pena se ejecutase por procedimientos que la hacían más dura, especialmente por la hoguera o en días de fiesta popular; no conocemos, sin embargo, normas fijas tocante al asunto.

2º La ejecución capital envolvía, regularmente, la denegación del derecho de ser sepultado, la prohibición de llevar luto por el muerto, la confiscación de las condecoraciones y recuerdos honoríficos, todo lo cual se practicaba con especial rigor cuando se trataba de un *perduellis*. Hay que añadir que, respecto de este último, aun después de su muerte, según ya hemos advertido, era posible incoar un procedimiento oficial contra él, pues ninguna otra forma de procedimiento podía serle aplicable sino esta.

3º Tenía la perduelión una peculiaridad exclusivamente suya y que no alcanzaba a ninguno de todos los demás delitos, a saber: que en el momento mismo de la comisión del hecho, el patrimonio del traidor a la patria pasaba *ipso iure* a ser propiedad del Estado, lo mismo que si se tratara de un botín de guerra. Por consecuencia de tal principio, cuantos actos referentes a su patrimonio ejecutara después del dicho momento el *perduellis* eran declarados nulos, singularmente las donaciones y el testamento, y el Estado podía reclamar en todo caso dichos bienes a quien se hallase en posesión de ellos, aun en el supuesto de que el *perduellis* hubiera fallecido antes de incoarse el proceso, no siendo necesario entonces más que demostrar que el delito había existido; esta reclamación dirigida contra el poseedor de los bienes no se hacía por medio de una acción penal propiamente dicha, sino que se fundaba en la injusticia de la posesión de aquellos. La confiscación de que se trata se imponía siempre con el carácter de pena accesoria de la capital, a no ser que esta se hiciera inútil por haber muerto el culpable. Parece que no se permitía hacer uso de la confiscación como pena independiente y sin imponer al propio tiempo la capital. Sobre esta consecuencia de la perduelión, nos remitimos también al libro siguiente.

4º Las causas seguidas por delitos de lesa majestad ante el tribunal de los tribunos del pueblo daban origen, por lo regular, a la imposición de una pena pecuniaria, cuya cuantía era discrecional (en los casos concretos que conocemos era de 2.000 a 1.000.000 de ases), permitiéndose la apelación ante el *concilium* de la plebe.

5º La pena señalada a la *quaestio* de lesa majestad, primero por la ley cornelia y después por la julia, era el extrañamiento (o sea, según la expresión técnica, la interdicción del techo, el agua y el fuego) de Italia, por toda la vida del reo, conminando a este con imponerle pena capital en caso de quebrantamiento de su destierro (p. 348). En un principio, al penado con extrañamiento se le dejaba el derecho de ciudadano y su propio patrimonio; pero ya el dictador César, primero, y después Augusto, empezaron a privar a los condenados de que se trata de una parte de sus bienes o de todos ellos, y más tarde, en tiempo de Tiberio, además de confiscarles todo su patrimonio, se les privaba del derecho de ciudadano y se les enviaba a un lugar destinado a extinguir su pena, es decir, se les deportaba, conforme diremos más al pormenor en el siguiente libro. Hallábase ligada con estas disposiciones la necesidad de que el tribunal que funcionara en todos estos casos fuese el alto tribunal por jurados de dentro de Roma; y ya hemos dicho (p. 372) que no raras veces se condenaba también a penas pequeñas.

6º Siempre que el delito contra el Estado adoptaba la forma de delito colectivo, cosa frecuente, tanto si se tratara de agitaciones políticas como de infracciones y rebeldías religiosas, las autoridades penales se veían constreñidas, no solamente a graduar las penas de manera tan intensa como en ningún otro caso de delito, sino también a buscar modos de castigar, los cuales fuesen susceptibles de recibir una aplicación general. En los comienzos antehistóricos de la vida del pueblo romano el medio más adecuado para este fin era la pérdida o privación, bien de la libertad personal, bien del derecho de ciudadano; aquí nos basta con recordar las varias clases de esclavitud y carencia de libertad y las clases de plebeyado que existían, derivadas en su mayor parte de casos como el que acabamos de mencionar. La pérdida de la libertad, como pena colectiva, fue abolida por la civilización posterior; en cambio, la privación del derecho de ciudadano, es decir, el condenar a los reos a no formar parte de la ciudadanía, en vez de ser borrada del catálogo de las penas, se trasformó, de conformidad con la índole de los tiempos, en una merma en los derechos privados, esto es, en la pérdida de la testamentifacción, y bajo esta forma hubo de ser aplicada, según parece, como pena colectiva, primero, durante las persecuciones verificadas contra los cristianos el siglo III, y después, una vez que el Estado se hizo cristiano, quienes

la sufrieron fueron los no católicos. En el capítulo correspondiente del libro quinto se tratará de esto.

7º Los romanos del tiempo de la República, con un legítimo sentimiento de sí propios, sostenían, en contra de los griegos, ser entre ellos cosa inaudita el que los hijos y demás descendientes, además de ser privados del patrimonio paterno, pudieran ser personalmente castigados por causa de la culpa de sus padres; como Sila, apartándose de esta honrosa costumbre, privó del derecho electoral a los descendientes de las personas a quienes él mismo había proscrito, provocó la actitud contraria de César, que abolió esa privación de derechos. Durante el Principado también se siguió, por regla general, esta conducta; únicamente algunos actos tiránicos de ciertos emperadores pueden ser considerados como abusivas excepciones de aquel principio. Pero la famosa constitución del emperador Arcadio, dada en el año 337 y trasladada luego a la legislación justiniana, derogó la regla antes mencionada, en lo relativo a los delitos de lesa majestad, de suerte que los hijos, y con ciertas atenuaciones también las hijas, de los reos penados por tales delitos, aun cuando conservaban la vida, quedaban incapacitados para todo servicio militar, para ocupar cargos públicos y para toda adquisición o ganancia.

CAPÍTULO II

HEREJÍA Y NO CRISTIANISMO

Después de haber sido, durante siglos, considerada la religión cristiana como enemiga de la nacional romana, y de haberse tratado a los secuaces de ella como reos de lesa majestad, el edicto dado el 13 de junio de año 313 por los emperadores Constantino y Licinio, abolió la antigua religión nacional, en cuanto tal, y decretó en principio la libertad religiosa. Con lo cual vinieron a ser colocados bajo un pie de igualdad todos los ciudadanos, por lo que a la religión se refiere, teniendo los mismos derechos los partidarios del antiguo politeísmo en sus varias formas, que los fieles al monoteísmo judío y al cristiano, y que en general los secuaces de todos los cultos. Pronto mostraremos, sin embargo, que la libertad de creencias, proclamada en el modo que acabamos de decir, estuvo sujeta, desde los primeros momentos, a una limitación esencial, en cuanto que, si es cierto que se toleraron los diferentes cultos politeístas, no lo es menos que la fe cristiana fue la única a la que el gobierno del Estado concedía su beneplácito y sus preferencias. La confesión o creencia personal de los distintos gobernantes fue también un factor que tuvo muchísimo influjo, aun durante el accidentado medio siglo posterior, sobre la conducta, ora de benevolencia, ora de tirantez y desabrimiento, que se siguiera para con los varios cultos y sectas existentes, y al cual fue debido que la libertad religiosa experimentara a menudo eclipses y alteraciones. Así vemos que ocurre muy especialmente cuando manejan las riendas del gobierno Constancio II y Juliano. Sin embargo, en principio a lo menos, la libertad de conciencia y de cultos siguió en vigor hasta la muerte de Valentiniano I († 375).

Esta libertad fue expresamente abolida el año 379, cuando al último representante de la diarquía o imperio doble sucedieron en Occidente dos niños, Graciano y Valentiniano II, los cuales, así como también su colega en el imperio de Oriente, Teodosio I, proclamaron el cristianismo como la única religión verdadera en principio, y por consiguiente, como aquella que, si no era general, merecía y debía

serlo. De esta suerte se impuso la necesidad, que ya anteriormente había ido abriéndose camino, de que el Estado hiciera frente a las diversas opiniones doctrinales afirmando contra ellas que el cristianismo es la religión «verdadera» y «general». Y así se hizo, en efecto; pues, aparte de haberse formulado por la vía legal breves principios fundamentales de doctrina, los emperadores reconocieron como miembros de la Iglesia nacional o Iglesia del Estado a cierto número de obispos eminentes, así como también a aquellas personas que se hallaban formando con ellos comunidad religiosa; siendo de advertir que al gobierno es a quien correspondía resolver en última instancia acerca del hecho relativo a la pertenencia o no pertenencia a la Iglesia nacional. En lo sucesivo, las cosas continuaron de este modo. Los directores del clero cristiano, que fueron, primeramente, el obispo de Roma en el imperio de Occidente y el de Alejandría en el de Oriente, pero que luego, desde mediados del siglo V, lo fue, con respecto al último, el obispo de la segunda sede, siguieron siendo los representantes de sus comunidades; y las asambleas generales de los obispos del Reino eran las que daban a las creencias cristianas existentes en el mismo una constitución representativa, que no tenía imagen análoga en el terreno político. Pero esta asociación, fijamente organizada y extendida por todo el Reino, o lo que es igual, la Iglesia del Estado, había sido creada por decreto imperial, y de hecho y de derecho permanecía sometida al poder del monarca. La comunión cristiana renunciaba de este modo a su antigua independencia. La lucha contra el poder del Estado había traído la unión íntima de las comunidades cristianas, las cuales sintieron y experimentaron la indefensión en que se encontraban hallándose disgregadas unas de otras, y en cambio la poderosa fuerza que representaba una oposición bien unida. Así se fundó la unidad de la Iglesia; ella es la que implantó y dio la última mano al absolutismo imperial. Es cierto que aquella independencia y abstención del Estado frente a toda convicción de conciencia, al amparo de la cual vencieron los cristianos al paganismo, no la perdieron del todo aun después de la victoria; muy a menudo se invocó, en contra de la obediencia coactiva, frente a las mayorías cristianas, así como también, y de un modo todavía más resuelto, frente a los dogmas que el gobierno sancionaba e imponía. Lo que aseguró su fuerza y su duración a la Iglesia del Estado romano fue únicamente la reserva y la abstención observadas en general por el gobierno respecto a los principios propios de la fe, dejando que la Iglesia gozara en este particular de una verdadera autonomía de hecho. Pero justamente esta idea de una Iglesia de Estado independiente, sin embargo de implicar una contradicción lógica, o por efecto de esta contradicción, vino a decidir de los destinos del mundo.

Legalmente, la Iglesia se hallaba sometida al Estado. Todos los cánones de los concilios, aun en asuntos de fe, no significaban otra cosa, desde el punto de vista legal, sino dictámenes que le daban al gobierno unos hombres peritos en la materia, a quienes él mismo había encomendado tal misión; dictámenes obligatorios para la conciencia del soberano, por cuanto este reconocía su autoridad, pero a los que daba validez jurídica la ley imperial que sancionaba el acuerdo tomado por la mayoría del concilio. Como desde Teodosio I y Graciano todos los emperadores reconocieron la fe cristiana, el cristianismo pudo ser designado como religión del Estado; sin embargo, el verdadero cristianismo, la fe ortodoxa, fue siempre aquella que profesaba el emperador reinante. Este cristianismo político fue el último y supremo encumbramiento de la monarquía absoluta, y no fue este medio de fuerza el que menos contribuyó a que el poder imperial, ya en decadencia, pudiese conservar su dominación sobre las diversas naciones a que se extendía; mientras subsistió el Imperio romano, subsistió también, así de derecho como de hecho, la Iglesia nacional romana. Estaba reservado a épocas posteriores de la historia el colocar fuera de la acción del poder del Estado a la totalidad de los obispos o a uno solo de ellos.

Aquí nos corresponde tratar de las consecuencias que la nueva religión del Estado produjo en la esfera del derecho penal; es decir, de la aplicación simple, o con ciertas modificaciones, a la religión cristiana de las reglas jurídicas con las cuales se defendía y protegía la antigua religión nacional.

Supuesto que el concepto del hurto, que era ante todo un concepto aplicable al derecho privado, adquirió también un carácter penal al aplicarlo a la sustracción de cosas sagradas, es claro que no hubo dificultad de ninguna clase para seguir usándolo con respecto a la nueva religión. El robo de templos no experimentó cambio esencial alguno, desde el punto de vista jurídico, al sustituirse un concepto de divinidad por otro diverso. Lo poco que sobre esta materia es digno de mención, tocante a la época cristiana, es lo mismo que hemos expuesto al tratar de los preceptos análogos vigentes en la época antigua.

Las profanaciones de los templos y la perturbación de los actos del culto los castigaba el Estado antecristiano lo mismo que otra cualquiera ofensa al orden público. El gobierno cristiano protegía los lugares de su culto y el ejercicio libre de este de una manera más eficaz, por medio del riguroso procedimiento acusatorio y por medio de penas graves, incluso la de muerte, mientras que para las sinagogas judías y para los actos del culto judío continuaba en vigor el antiguo sistema; de modo que si bien se les otorgaba a los últimos protección jurídica, esta protección no era excepcional.

El concepto de injuria, también propio del derecho privado, no se hizo extensivo a los dioses antiguos, los cuales podían, sí, ser ofendidos, pero el exigir la retribución correspondiente a esta ofensa era cosa que se dejaba confiada a los mismos dioses (p. 366). En el Estado cristiano, la injuria religiosa, o sea la blasfemia, fue reprimida durante mucho tiempo por la disciplina o derecho penal de la Iglesia; pero a partir de JUSTINIANO, se la incluyó también en las leyes penales del Estado y fue castigada severamente.

Lo más importante de todo, con mucho, fue la transformación del delito propiamente religioso. Según hemos visto ya (p. 360 y ss.), el concepto de este delito en el paganismo descansaba sobre la siguiente base: que a todo ciudadano romano, del propio modo que a todo individuo que perteneciera al Reino, podía exigírsele siempre, y en los tiempos posteriores se le exigió efectivamente, que creyera en los dioses de la nación dominante en el Reino, los cuales eran, por lo tanto, dioses del Reino, y que confesara esta creencia; el que se negara a reconocer a tales dioses ofendía no tanto a estos como al Estado, y esa ofensa reclamaba que el Estado se defendiera, o sea la acción de lesa majestad. La cual no se aplicó nunca, ni podía aplicarse, al delito religioso dentro del cristianismo. El cristianismo no es de este mundo, y por consiguiente no se preocupa del Reino romano. Los individuos pertenecientes al Reino podían ser o no ser cristianos, como por su parte podían ser cristianos quienes no perteneciesen al Reino. Es de esencia del credo cristiano el ignorar la existencia del Estado, como tal; el no hacer caso en principio de su reconocimiento exterior, no buscando en la tierra al jefe de la comunidad de los creyentes. Esta desigualdad interna entre el delito religioso pagano y el cristiano fue alterada, pero no abolida, cuando el Estado intervino en la regulación del cristianismo; a lo que conviene añadir la reflexión práctica, según la que si durante el siglo III se hicieron varias tentativas para que los secuaces de Cristo y los maniqueos dejaran de ser considerados como delincuentes de lesa majestad, estas tentativas fueron una advertencia que indicaba al cristianismo victorioso el camino que había que seguir. Se podía, seguramente, proceder con la espada y la hoguera contra los directores o jefes, y también castigar a un individuo de la multitud para que sirviera de ejemplo, y hasta es posible que la suerte decidiera sobre quién había de recaer la sentencia capital, a semejanza de lo que se hacía en los casos de delitos militares colectivos; pero preciso es decir que el gobierno imperial de la época cristiana no hizo uso, en tesis general, de castigos y ejecuciones que recayeran sobre clases enteras y masas de población; semejante conducta de exterminio quedó reservada para épocas posteriores. La

Iglesia nacional del Estado romano perseguía dicho fin exterminador, pero lo perseguía con la mayor prudencia y moderación.

El nuevo sistema, implantado primeramente en la época de Diocleciano y que posteriormente lo vemos también en el procedimiento penal que se conservó para perseguir a los maniqueos, estribaba en la idea fundamental siguiente: que los cristianos ortodoxos eran los únicos que podían disfrutar de la plenitud del derecho de ciudadanos romanos. El no profesar la fe cristiana, o el profesarla parcial o erróneamente, era un hecho que se estimaba digno de censura desde el punto de vista moral y, por consiguiente, considerado como delito, supuesto que el mismo llevaba consigo una disminución, no tan solo de los derechos honoríficos, del *ius honorum*, sino también a menudo del derecho de comerciar libremente. Esta regla se aplicaba ante todo a los cristianos heterodoxos, en cuyo número se contaba a los maniqueos; pero también se hacía una aplicación no mucho menor de ella a los creyentes que se mantenían fieles al antiguo politeísmo, e igualmente, aun cuando con limitaciones, a los judíos. A continuación vamos a exponer las gradaciones resultantes de esta disminución de derechos, por causa de no profesar el cristianismo o de no profesarlo ortodoxo. No hay una palabra que sirva para denominar perfecta y oficialmente esta merma de derechos, derivada de motivos religiosos y a la que sin duda alguna se le atribuía un carácter penal; la voz «herejía», a lo menos en rigoroso y estricto sentido, no designaba más que la heterodoxia cristiana, y los otros nombres de «ofensa a la religión» y «sacrilegio» no tenían consagración o sello técnico.

I.—Los cristianos heterodoxos.

Según ya dejamos indicado, el concepto de «fe verdadera» (*fides orthodoxa*) o «general» (*fides catholica*), y su contrario «opinión privada» (*haeresis*), conceptos que durante largo tiempo fueron variables y vacilantes para los teólogos cristianos, no llegaron a adquirir valor legal y político hasta tanto que el gobierno romano declaró al cristianismo religión oficial. Desde el instante en que la creencia cristiana dejó de ser una religión prohibida, se convirtió en privilegiada. Como al concederle la libertad se le otorgaron también importantes prerrogativas, reconociendo, v. gr., a todas las iglesias cristianas el derecho hereditario, hízose preciso trazar los límites dentro de los cuales hubieran de ser ejercidos los dichos privilegios. Pero esta determinación de límites no podía hacerla sino el mismo gobierno que había concedido los privilegios a la Iglesia cristiana general. Si el Estado hubiera mantenido sus atribuciones tocante al particular y se

hubiese limitado a marcar los límites exteriores de los privilegios que concedía, claro es que habría desempeñado tal misión al proclamar la libertad religiosa. Pero no aconteció de este modo; sino que desde luego el monarca, sin saber quizá exactamente lo que hacía, tomó sobre sí el cuidado de fijar qué era lo que desde el punto de vista dogmático había de considerarse como fe cristiana general, y a qué partidos y personas se les permitía gozar de los dichos privilegios, y cuáles otros quedaban excluidos de los mismos. Estas resoluciones del emperador, que por el aspecto jurídico no eran más que resoluciones legales, pero que en realidad tenían carácter y valor dogmático, no podían ser tomadas, evidentemente, sino en virtud de consulta previa hecha a los representantes de la fe cristiana, convocados por el mismo emperador. Ya el año 325, poco años después que la dicha creencia fue reconocida, hubo de fijarse de una manera formal la fe que el Estado consideraba ortodoxa, previo el dictamen de los obispos del Reino reunidos en Nicea. Ya en pleno dominio de la Iglesia nacional, hubo de ser después formalmente determinada, por medio de leyes dadas por el Estado y por el mismo procedimiento que acabamos de indicar, la unidad de la misma Iglesia, así como también se defendió legalmente a esta contra toda opinión particular o herejía; es decir, que se hizo la definición de la fe cristiana «general». De ordinario, todas estas declaraciones o leyes se daban de acuerdo con el parecer de la mayoría de los obispos congregados en asamblea por convocatoria del gobierno (p. 379); pero esta regla no tenía carácter absoluto, y algunas veces se faltó a ella. Por punto general, las definiciones doctrinales de que hablamos tenían lugar por medio de edictos del emperador en los que se excluía de la Iglesia «general» a los principales jefes culpables de alguna disidencia o herejía y a sus secuaces, así como también a algunas personas privadas. El mismo concepto de herejía era un concepto general de manera negativa, por cuanto herejía era toda desviación o separación de la fe ortodoxa. Es claro que los diferentes criterios y opiniones de los varios monarcas tocante a las materias religiosas, del propio modo que en general el arbitrio de esos monarcas, tuvieron que originar frecuentes cambios en cuanto a la delimitación entre buenos cristianos y cristianos equivocados.

Mientras el cristianismo no pasó de ser más que una confesión religiosa lícita, la circunstancia de que el Estado declarase a cualquier persona fuera de la comunidad ortodoxa no producía otro efecto que el de excluir a aquella del goce de los privilegios concedidos por el poder público a los cristianos ortodoxos. Pero más tarde, cuando se declaró obligación de todo individuo perteneciente al Reino la de profesar el cristianismo ortodoxo, el no cumplimiento de tal obligación traía consigo una serie de postergaciones y mermas en los derechos del ciudadano, a saber:

1º El primero y más importante de los privilegios concedidos a los cristianos católicos fue el de que sus asociaciones y asambleas quedaran exentas de las limitaciones legales impuestas al derecho de asociación, y que tuvieran libertad para realizar sus actos y ceremonias del culto. Desde el momento que una y otra cosa se les negaba a los cristianos heterodoxos, es claro que al continuar los mismos venerando a sus dioses, no era difícil que ocurrieran colisiones con las autoridades y que sobre esos heterodoxos recayesen penas.

2º Íntimamente relacionado con este privilegio estaba otro, consistente en reconocer a las diferentes comunidades de cristianos católicos el derecho de propiedad inmueble sobre sus templos y sus sepulcros y cementerios, mientras que los heterodoxos, no solamente no tenían garantido semejante derecho, sino que, por lo regular, sus templos y demás lugares sagrados, no tenidos por lícitos, eran objeto de confiscación, la mayoría de las veces en beneficio del Estado, pero algunas también en provecho de la Iglesia ortodoxa.

3º El reconocimiento del cristianismo ortodoxo implicaba el reconocimiento de la constitución y dirección o presidencia de cada una de las comunidades católicas particulares, en tanto que la dirección de las comunidades heterodoxas no solo no era reconocida, sino que casi siempre era objeto de represión y pena.

4º Como pena propia de la herejía, se nos presenta, aparte de la infamia, la intestabilidad, esto es, la incapacidad de hacer testamento y de ser testigo en el de otra persona; pena que frecuentemente iba unida con otras limitaciones del derecho hereditario, y, en general, de las facultades de disponer del propio patrimonio, y que muchas veces se agravaba con la confiscación de bienes, caso de infringir tal prohibición.

5º El hereje, a la vez que sufría limitaciones en cuanto al derecho de disponer de su patrimonio, también las experimentaba tocante al derecho de elegir domicilio: tenía que esquivar las grandes ciudades, es decir, las capitales del Reino y las metrópolis de las provincias; tampoco podía residir cerca de esas ciudades, debiendo hallarse fuera del radio de la centésima piedra miliaria. Otra forma de limitación a la libertad de domicilio existía, y era aquella en virtud de la cual se obligaba a volver al lugar de su nacimiento al que estuviese fuera de él; forma esta solamente conocida por el derecho justinianeo. Graves penas había señaladas para el caso de que se infringiera dicha prohibición.

6º Finalmente, los cristianos heterodoxos estaban excluidos de todos los puestos y servicios públicos, siempre que estos no revistieran el carácter de cargas más bien que el de beneficios y honores.

Una vez que el cristianismo se convirtió en religión del Estado, solían ser excluidos de las amnistías concedidas a menudo por la fiesta de Pascua, además de los reos condenados a pena capital, los herejes.

En general, las leyes dictadas contra estos no fueron más allá de lo que acabamos de decir, si bien debe añadirse que con frecuencia se decretaron otras penas contra algunas sectas. El Estado romano no acudió jamás al medio de obligar por la fuerza directa a que las personas se convirtieran exteriormente.

II.—*Los paganos.*

Si se considera como partidarios de la antigua religión nacional politeísta, o bien como ciudadanos que perteneciendo al Reino profesaban el politeísmo bajo otra forma, cada cual según el culto dominante en su patria de origen, a todos los individuos que no comulgaban ni en el cristianismo ni en el judaísmo, es incuestionable que, en los tiempos de Constantino, la gran mayoría de los habitantes del Imperio romano pertenecían aún a la antigua fe. Pero las creencias fervorosas y la práctica de los correspondientes actos del culto se habían debilitado muchísimo, sobre todo en la clase media ilustrada. La denominación de «aldeanos», *pagani*, que empezó a usarse en el Occidente, a partir de mediados del siglo IV, para designar a los politeístas que perseveraban en su antiguo culto, indica el lugar que ocupaba el politeísmo en esta época de transición; mientras que en la mitad griega del Imperio, y más tarde también entre los latinos, hubo de emplearse para llamar a los paganos el nombre que usaban los judíos para designar a cuantos profesaran creencias diferentes de las suyas, esto es, el nombre de *ἔθνικοί* o de *gentiles* a quienes, sin embargo, podía también señalárseles con los de «provinciales» y «bárbaros». Al proclamar Constantino la libertad religiosa, ni se les dio ni se les quitó de derecho nada a los politeístas. Pero las benevolencias del soberano se inclinaron desde luego predominantemente del lado de la nueva fe, y el año 379, al mismo tiempo que la religión cristiana se elevó a religión del Estado, vino a establecerse la desigualdad de derechos en perjuicio de los partidarios de las antiguas creencias. Como a los cristianos heterodoxos no les tenían por cristianos los ortodoxos, resultaba que a los ojos de estos últimos quedaban englobadas las dos clases, a saber, los heterodoxos y los paganos. Con todo, los paganos no eran herejes en el sentido propio, y la situación jurídica de las dos categorías que acabamos de mentar, aunque sí análoga, no era idéntica en manera alguna. Según la antigua ley, conforme a la cual el odio de partido se acentuaba más y se hacía más riguroso cuando se ejercía

contra las direcciones y gentes afines que cuando recaía sobre otras más alejadas y extrañas, al cristianismo ortodoxo le parecían los cristianos heterodoxos más repugnantes y censurables que los no cristianos.

1º En principio, la libertad religiosa proclamada por Constantino abarcaba lo mismo a los paganos que a los cristianos, y por consiguiente, unos y otros eran libres para practicar su culto y tener las asambleas que a los fines del culto se referían. Sin embargo, si no el propio Constantino, sí seguramente su hijo prohibió a los paganos, bajo pena de muerte, los sacrificios cruentos, y en general el servicio y uso de imágenes, además de haber ordenado cerrar sus templos; lo cual era sin duda formalmente compatible con la libertad religiosa, por cuanto el gobierno, al decretar esta, no había renunciado a su derecho de prohibir prácticas sagradas escandalosas, pero en realidad lo que significaba esto era una anticipación de la cristianización del Estado. Luego que esta cristianización fue declarada legalmente, a los paganos se les prohibió en general la práctica de su culto y la celebración de asambleas para fines religiosos, decretándose penas graves para los que contravinieran a tales disposiciones. No es un estudio de derecho penal el sitio adecuado para dar cuenta de cómo y hasta dónde autoridades negligentes y reacias estorbaron la aplicación de estas medidas dictadas contra usos seculares, ni de la resistencia que frente a esas medidas opusieron las creencias paganas. En conjunto, los cristianos heterodoxos dieron mucho más que hacer al gobierno que los politeístas.

2º Una consecuencia necesaria de la proscripción de los antiguos dioses fue la confiscación de cuantos bienes pertenecían a sus templos. La confiscación se aplicaba también a aquellos bienes inmuebles cuyos propietarios consentían que en ellos se celebrasen actos de culto pagano.

3º Los sacerdotes de la antigua fe perdieron el derecho de ser reconocidos por el Estado como tales sacerdotes.

4º Los cristianos que se pasaban al paganismo eran declarados infames y privados de testamentifacción; a los paganos no les fueron, en general, aplicadas estas penas hasta la época de JUSTINIANO.

5º *El destierro, que se imponía también a los cristianos heterodoxos, no se aplicó a los paganos hasta los tiempos de este mismo emperador.*

6º Finalmente, el cristiano que caía en el paganismo quedaba excluido de los puestos públicos; pero la declaración legal de que los paganos eran incapaces de ocupar cargos del Estado no se hizo hasta el año 408, motivada por la catástrofe de Stilicón, a quien se imputó el haber tenido el propósito de separarse de la nueva fe y de restablecer la antigua religión nacional.

El Estado romano no hizo más en contra de los gentiles; el poder público no obligaba coactivamente a recibir el bautismo ni a hacer profesión externa de cristianos a aquellos individuos sobre quienes hacía recaer las mentadas desigualdades y desventajas jurídicas.

De la herejía y el paganismo conocían los tribunales seculares en la forma ordinaria del procedimiento acusatorio. También se sometía el delito religioso de esta época, lo mismo que el de la época anterior (p. 365), y aún más constante y rigurosamente que en esta, al procedimiento de la cognición y la inquisición por parte del magistrado. Teniendo presente como modelo las primeras causas criminales seguidas contra los cristianos, parece que el procedimiento consistía esencialmente en presentar al inculpado la pregunta sobre si pertenecía a la secta cristiana, prohibida legalmente, o bien en su caso al paganismo, debiendo advertirse que la retractación extinguía también aquí la acción y que el que contestaba negativamente era absuelto. Cuando se juzgara conveniente, se podía recurrir al testimonio de un sacerdote reconocidamente ortodoxo.

III.—*Los judíos.*

Si el judaísmo fue considerado como delito en el Estado cristianizado, no lo fue de la misma manera que se consideró desde un principio la heterodoxia cristiana y como posteriormente fue también mirado el politeísmo; el gobierno hizo frente a esta consecuencia de la nueva religión del Estado y jamás procuró someter a los no cristianos judíos al procedimiento acusatorio. Sin embargo, ese mismo gobierno, hasta en los actos y documentos oficiales, consideraba a la religión judía como merecedora de un trato aproximadamente igual al que se otorgaba al paganismo, y con relación a los judíos era también valedera la concepción, según la cual, únicamente los cristianos ortodoxos eran los verdaderos ciudadanos, los miembros del Estado, propiamente tales (p. 381). En un principio, la desigualdad jurídica establecida en perjuicio de los judíos era más bien negativa que positiva, consistiendo en la privación del derecho municipal y no alcanzando a otros derechos públicos; sin embargo, partiendo de esta desigualdad negativa, fue poco a poco introduciéndose otra desigualdad positiva en el goce de los derechos. Vamos a exponer ahora las manifestaciones de la misma:

1º Si durante todo el tiempo que existió una religión de Estado, el hecho de pasarse al judaísmo fue un acto punible, en virtud de los motivos que más atrás (p. 362) quedan indicados, claro está que desde el momento en que Constantino decretó la plena libertad reli-

giosa, todos los individuos podían lícitamente ejecutar el hecho a que nos referimos; pero así como la secta de los maniqueos, después del aludido decreto, seguía tan proscrita como antes, así también es muy probable que continuaran de igual manera en vigor entonces las leyes especiales dadas contra los judíos. Por lo menos, el hecho de pasarse los cristianos al judaísmo fue ya prohibido por Constantino II bajo severas penas, y esta prohibición continuó subsistente después.

2º Teodosio I suprimió la posibilidad de contraer matrimonio cristianos con judíos, siendo así que en el matrimonio romano no se conocía ningún otro impedimento por causa de religión, hasta el punto de que la prohibición referida no alcanzaba a la herejía ni al paganismo.

3º Se toleraron y protegieron los lugares del culto judío, pero no se permitió a estos la erección de nuevas sinagogas.

4º Sobre la extensión de la prohibición de la poligamia a los judíos, hemos hablado en el tomo primero, páginas 84-85.

5º La prohibición de desempeñar cargos públicos regía lo mismo para los judíos que para los paganos.

CAPÍTULO III

EL HOMICIDIO Y LOS DELITOS ANÁLOGOS A ÉL

La lengua latina, que tiene numerosas expresiones neutrales para designar la muerte violenta de los individuos (tales como *mortidare*, *necare*, *caedere*, *occidere*, *interficere*, *interimere*, *internecare*), no posee más que una para indicar la muerte dolosa, a saber, la voz *parricidium*, la cual por su parte solo es aplicable a los tiempos antiguos. Atendiendo a su probable etimología, y teniendo en cuenta también el uso que se hacía seguramente de ella en la lengua antigua, podemos decir que la palabra *parricidium*, como correlativa a la guerra dolosa, a la *perduellio*, designaba el homicidio malicioso, el asesinato y la muerte violenta. Ya en los últimos tiempos de la República, se había limitado el uso de esta palabra al asesinato de los parientes; pero es de advertir que tal restricción fue debida, no a que el parricidio se identificara con un supuesto *patricidium*, identificación imposible tanto desde el punto de vista de las palabras como desde el de las cosas significadas por ellas, sino al hecho, que pronto ocupará nuestra atención, de haberse limitado la aplicación de la pena originariamente señalada para el homicidio al homicidio cuya víctima fuese algún pariente del reo. Y desde el instante que de este modo vino a restringirse el significado de la voz *parricidium*, se produjo en el lenguaje una laguna, faltando palabra para designar relaciones que antes eran llamadas parricidios. En el latín clásico no existe una expresión simple para representar el homicidio; la voz *homicidium*, muerte de hombre, voz nueva y no muy felizmente formada, solo se empezó a emplear en época posterior. En vista de semejante vacío, en la lengua jurídica clásica se acudió para designar el homicidio a las palabras auxiliares de bandido o sicario (*sicarius*) y de envenenador (*veneficus*).

No poseemos documento alguno que nos acredite los comienzos de la legislación sobre el homicidio entre los romanos. Es de suponer (p. 39) que el procedimiento penal público se aplicase en sus comienzos únicamente a la defensa de la comunidad cuando esta veía atacada su existencia, o sea a la perduellión, y que en esa época se

dejara encomendado a los parientes del muerto el derecho de ejercer contra el matador la pena de muerte, o más bien la venganza de sangre, acaso en virtud de autorización expresa concedida por el tribunal de la comunidad, del propio modo que, según las Doce Tablas, a los que sufrían lesiones corporales se les concedía el derecho de ejercer el talión. No nos es dado resolver si la ley sobre el homicidio, que según la tradición debe ser considerada como la más antigua, o sea la atribuída al rey Numa, tendría por objeto autorizar la venganza de sangre, o bien si, como parece más adecuado a su forma, sería una regulación del más antiguo procedimiento público por causa del homicidio. Es indudable que en Roma estuvo en algún tiempo total y plenamente establecida la constitución y organización por familias o estirpes, que es el supuesto necesario de la institución dicha, esto es, de la venganza de sangre; la tradición, sin embargo, nada nos dice de ella, y por lo tanto, tenemos que contentarnos con haber señalado la laguna.

Que en el derecho penal romano que nosotros conocemos se castiga el homicidio como un crimen dirigido contra la comunidad como tal, es cosa que no puede ofrecer ninguna duda. Si bien es verdad que los elementos en que esta concepción se nos presenta más a lo vivo, a saber: la consideración del homicidio de los esclavos como algo más que como un simple daño causado en la propiedad, y la represión punitiva de los que prestan auxilio a los suicidas para ejecutar sus designios, son elementos que pertenecen a momentos posteriores de la evolución jurídica, también lo es que todos los datos tradicionales que poseemos, así en las disposiciones legales y en los principios jurídicos como en las poquísimas causas por homicidio que nosotros conocemos de aquellas en que intervenían los Comicios, nos demuestran que el delito en cuestión era en algún tiempo perseguido inquisitorialmente por el magistrado, y que los parientes del muerto no tenían intervención en el proceso. Es probable que la introducción de las causas por homicidio en el procedimiento penal sustanciado por el magistrado fuese un acontecimiento relacionado con la instauración de la cuestura. Es verdad que la tradición tampoco nos dice nada tocante al establecimiento de los *quaestores parricidii*, o sea del tribunal para el homicidio; pero ya hemos indicado en el libro segundo (p. 110) que habiendo sido tales funcionarios unos mediadores indispensables en los casos de provocación obligatoria, debieron de nacer cuando esta. Y la provocación obligatoria apareció, a lo menos según una tradición muy antigua, en los comienzos de la República. Sin duda alguna, los cuestores son más antiguos que las Doce Tablas, las cuales hacen mención de las funciones criminales de los mismos. La denominación que recibían indica ya por sí sola que a los *quaestores*

parricidii se les encomendaba en un principio el conocimiento de los delitos de homicidio, para los cuales fueron creados; pero ya queda dicho (p. 110) que su competencia no se limitaba a esto, sino que, aparte de la perduelión, todo proceso capital sustanciado por el magistrado necesitaba el auxilio del cuestor: pues correspondiendo la resolución definitiva de semejantes causas a los Comicios, y no pudiendo, de consiguiente, dar esta resolución los depositarios del *imperium*, era preciso que tales causas se llevaran ante la ciudadanía, y de esto se hallaban encargados los cuestores. Nuestro estudio no va a referirse al concepto general de parricidio que de aquí resulta, según hemos indicado en otra parte (p. 333), sino que habrá de limitarse al círculo de delitos de la ley cornelia, de que ya haremos mención; sin embargo, a esta misma ley se le dio una extensión sorprendente, y es probable que tal fenómeno obedeciera a la circunstancia de ser sumamente amplio el concepto que al parricidio se daba desde el punto de vista procesal, siendo muchos los hechos a que se aplicaba el procedimiento del parricidio.

Una vez que se introdujo el juicio por jurados bajo la presidencia del magistrado, tardaron poco en ser sometidas a este procedimiento las causas de homicidios, que probablemente eran las más frecuentes de todas las causas criminales de los antiguos tiempos. El homicidio pasó al tribunal del jurado quizá ya antes del año 612-142, pero seguramente en la época anterior a Sila. El homicidio de los parientes tuvo que quedar reservado en un principio al conocimiento de los Comicios, por cuanto todavía hacia el año 650-104 se llevaba dicho delito ante este tribunal; pero inmediatamente después, ya antes del mando de Sila, empezó a encomendárseles a los jurados. La ley dada por Sila contra los sicarios y los envenenadores, ley que probablemente fue una ley de ocasión en cierto sentido, quedó siendo la regla dominante en los tiempos posteriores. La ley pompeya sobre el homicidio de los parientes no introdujo más variación esencial que la relativa a la pena, según veremos más adelante. Volveremos a tratar de las disposiciones de las correspondientes leyes cuando nos ocupemos del procedimiento.

Para determinar los elementos constitutivos del homicidio, conviene sobre todo reunir aquellos casos en que podía uno dar voluntariamente muerte a otro, de derecho (*iure*), o en que tales casos de muerte no podían ser considerados ni penados como homicidios.

1º El esclavo, según la concepción jurídica originaria, expresada en una ley atribuída a Numa, no era considerado como persona, sino como cosa, y por consiguiente, la muerte del mismo no era tenida por homicidio; si recaía sobre un esclavo ajeno, se la conceptuaba como daño en las cosas, y si sobre uno propio, no producía en general efec-

tos penales de ningún género. Esta concepción cambió en los tiempos posteriores; difícilmente puede atribuirse el cambio a la ley misma de Sila sobre el homicidio, pero sí a la interpretación y aplicación que luego se hiciera de ella; y que hubo tal cambio nos lo prueba el hecho de que la muerte dada al esclavo ajeno podía perseguirse, ora como daño causado en la propiedad, ora como homicidio. La muerte dada al esclavo propio por su señor no fue incluida en la ley sobre el homicidio hasta los tiempos del emperador Claudio, considerándola por lo menos como aplicación de ella a gentes incapaces para el trabajo. A partir de entonces se pregunta en virtud de qué razones el señor que haya matado a un esclavo le ha dado muerte, y en caso de que esta hubiera tenido lugar sin fundamento suficiente, podía intentarse contra el matador la acción de homicidio; ahora, cuáles fueran los motivos que hubieran de estimarse suficientes, era cosa entregada al discrecional arbitrio del tribunal, y bien seguro es que no entrarían en dicho concepto únicamente los motivos por los que uno se hacía legalmente merecedor de la pena de muerte. Uno de los motivos suficientes lo era siempre la condenación del esclavo criminal por el tribunal doméstico, el cual de ninguna manera debía tener restricciones en su funcionamiento. Pero es difícil que la muerte dada por el propietario al esclavo, de otro modo que en aplicación del derecho de punición doméstica, pudiera entrar en el concepto de homicidio en los antiguos tiempos; hasta la época de Constantino no sucedió así.

2º El hombre libre sometido a la potestad ajena gozaba ciertamente, frente a terceras personas, de la protección que el derecho otorgaba a los ciudadanos completamente libres; en cambio, frente al depositario de la dicha potestad no era sino una parte de su patrimonio, lo mismo que el esclavo. Por consiguiente, la muerte dada por el propietario a las personas libres sometidas a su potestad no caía dentro del concepto del homicidio. Pero ya se ha dicho en el libro primero (p. 14 y ss.) que en los tiempos históricos no se sacaron tales consecuencias sino por lo que se refiere a la patria potestad. Es posible que en épocas antiquísimas ocurriera lo mismo con relación a la tutela de parientes a que se hallaban sometidas las mujeres sin padre y sin marido; por espacio de largo tiempo, la mujer casada sujeta a la autoridad marital fue también considerada en este respecto igual que si fuera una hija. Pero esta esclavitud general de la mujer ha desaparecido ya del orden jurídico que ha llegado hasta nosotros. Por el contrario, existe en los tiempos históricos, con validez reconocida, el derecho de vida y muerte que los ascendientes tienen sobre todos y cada uno de los descendientes sujetos a su potestad; derecho que debe ser considerado, no ya como de índole penal, sino como un derivado del concepto de la propiedad. La única circunstancia que templaba un po-

co este ilimitado derecho era que el padre había de ejercerlo como tal padre y propietario, y por eso, ya desde la época republicana se castigaba como homicidio la muerte de alguna de las personas de que se trata, realizada secreta o alevosamente. La ley, de que ya hablaremos, sobre el homicidio de los parientes, dada en los últimos años de la República, comprende a la madre, mas no al padre. Todavía bien entrado el Imperio, se hallaba reconocido este derecho inherente a la patria potestad, si bien es cierto que las costumbres le habían puesto restricciones y que de hecho estaba además abolido; Constantino fue el primero que expresamente negó a los padres el derecho de dar muerte a sus hijos. No más que una aplicación de este derecho de vida y muerte era el otro que correspondía al padre —junto con el de dar muerte al nacido deforme, lo cual era obligatorio por las antiguas costumbres— de no conservar ni alimentar a los hijos que le nacieran, pudiendo en cambio darles muerte o exponerlos a ella. Aunque en las llamadas leyes regias se halla limitado este derecho a las hijas, con excepción de la que hubiese nacido la primera, estando conminada la infracción de tal precepto con la pérdida de la mitad del patrimonio, puede muy bien tratarse de uná simple prescripción sacerdotal, cuyo cumplimiento se hallaba garantido con la imposición de una multa por los pontífices; lo que podemos decir es que semejante precepto no encaja en el orden jurídico propio del Estado, y que no hay documentos ni datos que demuestren su vigencia, sino que, antes bien, parece haber sido un derecho perfecta y absolutamente reconocido al padre el de exponer a sus hijos. Para determinar las relaciones entre el derecho de exposición de los hijos y el derecho general de darles muerte, conviene tener en cuenta que las costumbres autorizaban al padre para exponer a los hijos en tierna edad, mientras que, por el contrario, solo le consentían darles muerte por un motivo suficientemente fundado, y, por lo tanto, solo en edad ya adelantada; quizá también el primer derecho dependía de que el hijo fuera legítimo o nacido de la legítima mujer, y el segundo de que estuviese sometido al poder del padre. Es difícil que el ejercicio del primero de los mentados derechos experimentara obstáculo alguno cuando el orden jurídico de época posterior impuso a los padres la obligación de alimentar a los hijos. Puede dudarse de que la disposición de Constantino considerando como homicidio la muerte dada al hijo se aplicara a la exposición de estos; sin embargo, un edicto publicado por Valentiniano I el año 374 declaró que la muerte dada a un infante era sencillamente un homicidio.

3º En caso de defensa contra los ataques a la vida o a la honestidad, el que diera muerte al agresor quedaba exento de pena. Ya según las Doce Tablas, se consideraba como caso de peligro de la vida

el de los ataques a la propiedad cuando tuvieran lugar de noche y cuando se encontrara al agresor con armas en la mano para defenderse, siempre que en uno y otro caso el acometido hubiera pedido auxilio; el nuevo derecho prescindió de estas presunciones jurídicas de peligro de la vida, dejando que el tribunal resolviera a su discreción en cada circunstancia concreta si ese peligro había o no existido. Era también lícito oponer la fuerza a la fuerza, siempre que uno fuese víctima de pura coacción exterior, o de injuria; sin embargo, si en estos casos se hubiese llegado a matar a alguien, el matador, para quedar impune, tenía que probar haberse visto en peligro de perder la vida. Equiparábase a la defensa propiamente dicha la ayuda prestada a otro en el trance de una agresión injusta de que tuviera que defenderse. Hallábanse obligados a prestar ese auxilio todos aquellos que mantuvieran especiales relaciones de fidelidad y confianza con el agredido, como pasaba al soldado con respecto al oficial, al esclavo con relación a su señor, y también, y muy singularmente, a los parientes de una mujer, a los hijos de esta, a sus padres, hermanos, tutores, por los atentados dirigidos contra la honestidad de la misma; por lo tanto, todas estas personas, cuando diesen muerte al agresor, quedaban tan libres de pena como el agredido que se defendiera legítimamente. La defensa legítima en unos y otros casos, no podía ejercerse sino contra un mal inminente; no se admitía contra el hecho ya ejecutado, y toda manifestación vindicativa era punible. Pero a consecuencia de haber decaído muchísimo en los tiempos posteriores la seguridad pública, se hizo preciso publicar el año 391 una disposición por virtud de la cual era permitido a todo el mundo dar muerte sin necesidad de condena judicial previa a los soldados o particulares dedicados a la profesión de salteadores.

4º El derecho de la guerra autorizaba a los soldados para matar al enemigo, el cual estaba siempre fuera del derecho, y por eso se le podía dar muerte aunque no llevara armas ni luchase, lo mismo dentro que fuera del territorio romano, ya que estas muertes no podían ser incluídas en la categoría de los homicidios. Al derecho penal no le corresponde resolver la cuestión relativa a saber hasta qué punto pudiera surgir de aquí un obstáculo contra la disciplina general del ejército o contra el mando militar especial.

5º Las muertes ocurridas fuera de los límites del Estado romano y de las comunidades confederadas con él, no entraban dentro de la competencia de los tribunales romanos, aun en aquellos casos en que el matador no tuviese la cualidad de soldado; pero esta regla sufría excepción cuando la víctima fuese ciudadano romano o estuviese defendiendo al Estado romano (p. 72 y ss.). En los más antiguos tiempos, cuando Roma era una ciudad con límites fijos, una ciudad per-

teneciente a la estirpe latina y unida con eterno lazo federativo a las otras ciudades de la misma estirpe nacional, frente a la estirpe enemiga de los etruscos, acontecían sin duda con frecuencia irrupciones privadas que traspasaban el Tíber, y las cuales se estimaban lícitas en tanto no se cometiese con ello ninguna falta de subordinación militar.

6º Aun prescindiendo de que la venganza de sangre no podía aplicarse más que en un Estado constituido y organizado por familias, es de presumir que en la primitiva comunidad romana el poder público no pudiera castigar el homicidio, dentro de los límites territoriales de dicho Estado, más que cuando la víctima tuviese la protección del derecho personal, ora esta protección derivase del carácter de ciudadano romano que la acompañara, bien se la garantizase el convenio internacional que tuviera celebrado con Roma la patria del muerto; siendo de advertir a este propósito que la perpetua alianza que tenía concertada Roma con las demás comunidades latinas hubo de servir de vehículo para extender la protección jurídica de que gozaban los miembros de su propia comunidad a los miembros de todas las otras ciudades aliadas. La inviolabilidad de los embajadores extranjeros hubo de constituir, sin duda alguna, en sus comienzos, una excepción al principio general según el que todo individuo no amparado por el derecho romano o por algún derecho personal reconocido por Roma quedaba en general fuera de la comunión jurídica, y no tenía por lo tanto derecho alguno. Pero ya en tiempos para nosotros antehistóricos, esta clase de individuos desposeídos de todo derecho, así como la consecuencia que tal situación se derivaba, a saber, el reconocimiento de ciertos derechos personales especiales, hubieron de quedar abolidos por virtud del principio según el cual todo extranjero que residiera dentro del territorio romano gozaba de la conveniente protección jurídica, sin consideración al derecho personal suyo, o, como los romanos decían, a todo extranjero se le garantizaba el techo, además del agua y el fuego; de suerte que no exigiéndose en tales casos a ningún acusador que observara las formalidades del derecho penal público, es claro que el magistrado encontraba también en esto el indispensable fundamento jurídico para proceder a la inquisición. A partir de aquí, todo homicidio ejecutado dentro del territorio romano, siempre que, según el antiguo derecho, recayera sobre algún hombre libre, o según el derecho de tiempos posteriores, aunque recayera sobre cualquier hombre, era considerado como un hecho que perturbaba la paz pública; y el principio de derecho público conforme al cual los embajadores extranjeros eran inviolables, no significaba otra cosa sino que el Estado se hallaba obligado en el más eminente modo a perseguir y conminar semejantes atentados contra los embajadores. Sin embargo, de la protección jurídica que a los extranjeros se otorgaba

en el territorio romano quedaban excluidos, por punto general, de una parte, los súbditos de aquellos Estados que estuviesen en guerra con Roma, y de otra parte, los no ciudadanos a quienes por sentencia de un tribunal romano se les hubiera privado de la comunión del agua y el fuego. Por consiguiente, el matar a los enemigos de la patria reconocidos como tales, sobre todo a los enemigos espías, era cosa perfectamente lícita sin la menor duda, no tan solo a los soldados por actos del servicio, sino también a cualquier ciudadano. Pero no parece posible creer que, una vez declarada la guerra, cesara toda protección jurídica con respecto a los diferentes miembros del Estado enemigo; lo más probable es que a todos ellos, aun a los que no realizasen actos de hostilidad, se les tratase como prisioneros de guerra, y que no se les diera muerte sin orden previa del magistrado. La privación de derechos (*Rechtlosigkeit*), que acompañaba a los no ciudadanos sujetos a la interdicción del agua y el fuego cuando entraban en territorio romano, infringiendo por consiguiente el destierro a que estaban sometidos, era un caso semejante al de las proclamas o invitaciones públicas para la ejecución popular de la pena de muerte, y el lugar propio de su estudio es, por lo tanto, el siguiente libro, al ocuparnos de la pena capital.

7º Los desertores se equiparaban a los enemigos en guerra. No solamente perdían por el hecho de la deserción el derecho de ciudadanos, y hasta tenían menos opción al indulto que los propios enemigos en armas (p. 412), sino que además, a lo menos en el caso, corriente, de que se les cogiera con las armas en la mano, no eran precisas más pruebas, lo que no acontecía con otro cualquier *perduellis*, y donde quiera y como quiera que se les encontrase, podía todo individuo darles muerte, igual que al espía enemigo, sin cometer por ello violación jurídica alguna, impunemente. Por el contrario, si el hecho de la deserción no era notorio y se desmentía, no era posible dar muerte al individuo en cuestión sin previo proceso y sentencia condenatoria.

8º La pronunciación de sentencias de muerte por el tribunal del magistrado estaba preceptuada por la ley, y por lo tanto no era un acto punible. Entendíase por tribunal del magistrado todo tribunal de justicia capital organizado con arreglo a la Constitución, incluso el de los tribunos del pueblo y el de los delegados del poder imperial, no obstante que ni los tribunos del pueblo ni los funcionarios del emperador eran magistrados. Del propio modo que la ley permitía y preceptuaba el pronunciamiento de sentencias capitales, así también permitía y preceptuaba la ejecución de las mismas, la cual podía ser verificada, ora por el mismo juez, ora por alguno de sus oficiales, o por cualquier otro comisionado al efecto. Estos últimos tenían que cum-

plir el mandato que se les hacía, aun en el caso de haber sido dictado ilegalmente; siendo de advertir que la licitud o ilicitud de la práctica de esta regla con respecto a los tribunos del pueblo fue una de las cosas que más controversia suscitaron entre los dos grandes partidos políticos de patricios y plebeyos. Al tratar en el siguiente libro de los modos como se aplicaba la pena de muerte, veremos hasta qué punto era posible ejecutar jurídicamente una de estas condenas capitales en tal forma que todo hombre fuera llamado a llevar a cabo esa ejecución sobre el condenado en la manera que precisamente estuviese a su alcance; es decir, entonces veremos si el derecho romano admitía la ejecución popular de dicha pena entre los modos jurídicos de imponerla.

9º Según la costumbre antigua, el padre que sorprendiera en flagrante delito de adulterio en su propia casa o en la de su yerno a su hija, podía dar muerte a esta, y de presumir es que sea tal costumbre lo que encontramos sancionado en la ley de Augusto acerca del adulterio. Pero en esa ley se declara también impune al padre por la muerte del cómplice de su hija, cuando matase a la vez los dos culpables, y esto hay que considerarlo acaso como una de las agravaciones y exacerbaciones incorporadas en esta ley; por lo menos, tal disposición de la mentada ley es inconciliable con el derecho doméstico. Probablemente, el marido tenía también, en la época antigua, el derecho de dar muerte a su esposa adúltera; pero la legislación de Augusto se lo negó, y hasta JUSTINIANO no volvió a reconocérsele, aunque con determinadas condiciones. La ley de Augusto sobre el adulterio permitió al marido dar muerte al amante de su mujer, pero no a esta, en caso de que el adúltero fuese esclavo suyo o de su padre, o hijo de liberto, o persona infame.

Por consiguiente, en el derecho romano de época adelantada no se admitía ya la existencia de personas excluidas de la comunión jurídica. El concepto de homicidio se había hecho extensivo a la muerte dada a los esclavos sin dueño, y probablemente también a la de los súbditos pacíficos de aquellos Estados que estuviesen en guerra con Roma. El procedimiento contra los sujetos a interdicción, por un lado era, en sentido jurídico, la ejecución popular de un fallo, y por otro lado, a lo que parece, más bien que tener efectividad práctica, había quedado reducido a ser la indeclinable consecuencia lógica de un principio jurídico. Si, en los casos de perduelión, las consecuencias jurídicas se sacaban del hecho y no de la sentencia, y si para comprobar el hecho se daba entrada al arbitrio individual del juzgador en vez de atender a las resultancias del juicio, como sucedió cuando el asesinato de César (p. 414), aparece claro que lo que se denominaba en tales circunstancias hecho jurídico demostrado no venía a ser otra cosa sino una expresión eufemística bajo la que se ocultaba un hecho supuesto, es decir, un no hecho.

Exceptuando los casos de que acabamos de hacer mención, en todos los demás la muerte voluntaria de un hombre se consideraba como homicidio, y como tal se castigaba por la vía penal. Ningún efecto producía, tocante al concepto jurídico del delito de que se trata, la condición personal del reo: lo mismo se aplicaba ese concepto a los hombres libres que a los no libres. Claro está que a los esclavos podía pedirles responsabilidad su señor por los hechos que ejecutaran; pero contra este último no podía entablarse acción noxal a causa de la muerte que su esclavo hubiese dado a un hombre libre, por cuanto en el derecho no se hallaba reconocida ninguna acción civil para este caso.

Únicamente las muertes voluntarias eran las que caían bajo la acción de la ley cornelia, y solo de esos homicidios es de los que vamos a tratar en el presente capítulo. De las muertes involuntarias culposas y de los incendios culposos nos ocuparemos en el capítulo relativo al daño en las cosas, aunque es de advertir que la jurisprudencia romana, si bien no los incluyó en la materia propia de la ley cornelia, sin embargo, los tuvo muy presentes al estudiar esta. La cualidad del motivo por el que se ejecuta la muerte de otro no hace variar tampoco el concepto del delito del homicidio; por eso se juzgaba homicida aun al que diera muerte a otro por compasión, v. gr., al médico que matase al enfermo para poner fin a los dolores de este. Sin duda, la índole de los motivos hacía que fuesen moralmente diversos los homicidios, y estas diferencias morales las tuvieron en cuenta muchas veces, como es natural, los magistrados juzgadores y los tribunales del pueblo y de los jurados, no solamente para hacer las correspondientes declaraciones de culpabilidad, sino también para graduar la medida de la pena, aunque siempre dentro de los límites consentidos por el derecho vigente; con todo, las fuentes jurídicas que hasta nosotros han llegado apenas dicen nada sobre el particular. Es, no obstante, seguro que el no concurrir premeditación en el delito era circunstancia atenuante, especialmente si intervenía el justo dolor del marido que daba muerte a su mujer adúltera y al amante de esta. El consentimiento de la víctima no borraba el delito, pues este iba dirigido contra el orden jurídico; sin embargo, también entonces se aminoraba la pena.

La afirmación del propósito de matar —el propósito de herir no podía ser considerado como homicidio— era suficiente para que existiera el hecho punible, aun en el caso de que no se consiguiera el fin perseguido, y hasta si los medios de que se hubiese hecho uso no fueran idóneos para el logro de dicho fin. La frustración del intento criminal fue en los tiempos posteriores considerada como causa de aminoración de la pena. Los actos preparatorios fueron frecuentemente

considerados como punibles por la ley en los casos de delitos cometidos por sicarios y envenenadores, según veremos más al pormenor luego.

A los codelincentes y cooperadores para el delito se les trataba con rigor; no solamente se equiparaban a los autores aquellos que hubieran servido de instigadores, sino también todos cuantos hubiesen prestado auxilio para la realización del hecho, y aun después de ejecutado este.

La competencia del alto tribunal del homicidio era mucho más extensa que la de las restantes *quaestiones*. Para el desarrollo de la doctrina tocante a los elementos constitutivos del delito que ahora nos ocupa, podemos distinguir las seis categorías siguientes de homicidios:

- 1ª Asesinato violento y salteamiento.
- 2ª Abuso del procedimiento capital.
- 3ª Envenenamiento y delitos afines.
- 4ª Homicidio por hechizo y magia.
- 5ª Homicidio de parientes.
- 6ª Incendio intencionado y delitos cometidos en un naufragio.

Si bien es cierto que en todos estos delitos existe un elemento común, la destrucción de una vida humana o el peligro en que se la coloca, y que, por tanto, la reunión de los mismos en un solo grupo no proviene exclusivamente de que se hallara encomendado el conocimiento de ellos al mismo tribunal, con el mismo procedimiento, sin embargo, no existía ni un concepto único ni un nombre común que por igual los abrazasen a todos. Las causas que contribuyeran a reunir hechos en realidad desemejantes fueron, de un lado, según ya se ha advertido (p. 389-390), la antigua costumbre de encomendar a los *quaestores parricidii* todo los procesos capitales que no pudieran ser considerados como casos de perduelión, y en segundo término, la existencia en el tribunal del homicidio de secciones características de él, conforme veremos al ocuparnos de las correspondientes disposiciones procesales. Si en todos los demás casos de *quaestiones* existía por lo regular una única ley para la constitución del tribunal del jurado bajo la presidencia de un magistrado, aquí no sucedía eso, pues mientras la ley cornelia era la reguladora de todas las clases de juicios mencionados, menos la quinta, la que regía para los delitos de esta última clase era la ley pompeya, dada después de la otra. La misma ley cornelia tenía una denominación técnica doble, esto es, *lex cornelia di sicariis et veneficis*, y las dos clases de delitos que la misma comprendía, el homicidio por bandidos y el envenenamiento, siempre, aun en los tiempos posteriores, estuvieron separados y se les estudiaba y enumeraba como dos delitos distintos.

I.—*Asesinato violento y salteamiento*

(CRIMEN INTER SICARIOS).

La ley cornelia, dada por Sila, apartándose del sistema antiguo, iba dirigida, en primer lugar, contra aquellos que usaran armas fuera de su casa o a quienes se encontrara armados con el propósito de atacar a alguna persona o a la propiedad ajena. Por consiguiente, caía bajo la acción de dicha ley todo hecho violento ejecutado con el auxilio de armas, aun cuando el propósito que guiase al que las manejaba no fuese otro sino el que resulta del hecho mismo de llevarlas encima; sin embargo, esa ley no iba dirigida contra los homicidas sencillamente, como es lo probable que sucediera con las antiguas leyes sobre el homicidio, sino contra los asesinos (*sicarii*) y los bandidos (*latrones*). Por lo tanto, sobre todo los homicidios que tuviesen lugar dentro de la casa del mismo homicida no caían dentro del texto de la ley sino por excepción, y es posible que los propósitos del legislador fuesen que en semejantes casos siguiera aplicándose el antiguo procedimiento de los Comicios con el magistrado. Sin embargo, probablemente desde el momento de publicada la ley cornelia, y con toda seguridad antes de la publicación del edicto de Pompeyo sobre el parricidio, las disposiciones de la ley de Sila empezaron a ser aplicadas con mayor amplitud de la que parece autorizaba su texto, siendo sometida a ella toda muerte, consumada o frustrada, de un hombre, siempre que se hubiesen empleado medios violentos. Así siguieron las cosas en lo sucesivo. También se hizo aplicación de la ley referida a las coacciones practicadas por personas armadas, especialmente a los salteamientos y robos de caminos en que no interviniera homicidio; y claro está que aquí tenemos una segunda acción penal, de menor importancia, sí, que la anterior, pero perteneciente a la misma categoría.

La regla jurídica anteriormente (p. 393) mencionada, según la cual la persona que tuviera obligación de prestar auxilio a la víctima de la muerte y se lo hubiese podido prestar, pero no se lo hubiese en efecto prestado, debía ser castigada como cooperadora del homicidio; esta regla, decimos, se aplicó a los esclavos del muerto en los casos en que la víctima del homicidio violento hubiera sido un jefe de familia o su hijo. Para ello se empleaba un procedimiento horrible, que difícilmente pudo tener origen en la época republicana, cuya regulación conservó en todo caso un senadoconsulto del año 10 después de J. C., que otro senadoconsulto del año 57 hizo aún más duro, y que todavía seguía subsistiendo en el derecho justiniano. No solamente tenía el esclavo que prestar la ayuda de referencia de una

manera incondicional, aun con exposición y sacrificio de su propia vida, sino que además, a lo menos cuando el proceso se sustanciaba en la forma de la cognición, todos los esclavos domésticos que hubieran presenciado el homicidio y que no demostraran haberse visto imposibilitados para prestar el auxilio de referencia eran considerados como codeincuentes, por cuanto se partía de la presunción jurídica según la cual los esclavos habían podido prestar el dicho auxilio.

La pena del homicidio era, según el antiguo sistema, la de muerte; la forma general de ejecutarla fue acaso la del saco o asfixiamiento, sobre lo cual nos ocuparemos detalladamente en el libro quinto, forma que después quedó limitada, juntamente con el nombre, al homicidio de los parientes. Después de publicada la ley cornelia, la pena del homicida por medios violentos, salvo si se tratara de un esclavo, no podía ser ninguna otra sino el extrañamiento de Italia, de donde posteriormente vino a originarse la deportación. Todavía en el derecho justiniano era esta la pena ordinaria señalada para el asesino; solo posteriormente, a consecuencia de las agravaciones penales que generalmente se imponían, derivadas de la distinta condición de las personas, es cuando dicha pena se convirtió en capital para los individuos de clase humilde.

II.—*Abuso del procedimiento capital.*

Cuando algún ciudadano romano hubiera sido ejecutado capitalmente, sin previa sentencia condenatoria y sin que el derecho autorizara la ejecución, no se consideraba semejante hecho como un delito cometido por el magistrado en el ejercicio de su cargo, sino como un hecho no ejecutado en el desempeño de funciones públicas, y por consiguiente como un acto privado, esto es, como un homicidio. La ley relativa a la provocación, que es de donde hace la tradición arrancar las restricciones impuestas legalmente al ejercicio de la justicia capital por parte de los magistrados, llama solamente «hecho injusto» al que consiste en violar el derecho de provocación; pero desde el momento en que tal ley desapruueba la ejecución del mismo, priva al funcionario que infringe el derecho de provocación del amparo jurídico que otorga siempre a las acciones realizadas por los magistrados, y lo somete a las reglas generales del derecho que rigen para todo el mundo, con lo cual se logra justamente poder llamar asesino al magistrado que no se atiene al derecho. Lo mismo hay que decir respecto a la ley fundamental de los tribunos (p. 395-396), donde se prescribe que la muerte de un ciudadano no debe ser considerada como parricidio cuando fuera ejecutada en cumplimiento de mandato dado por autori-

dad competente, por lo que el suplicio no practicado en estas condiciones debe incluirse entre los parricidios. Es probable que tampoco el Código de las Doce Tablas autorizase la ejecución capital sin previa formación de causa. Esto mismo fue después repetido, y hasta más acentuado todavía, en la ley de Graco el joven (p. 175), siendo además probable que lo confirmara la misma ley cornelia sobre el homicidio, con lo que se demuestra nuevamente que el aplicar el suplicio a algún ciudadano sin formalidades de procedimiento penal era un hecho que no se consideraba como delito cometido en el ejercicio de un cargo público, sino como cometido por un particular. Respecto de las excepciones existentes al derecho de provocación y a la protección otorgada por el mismo a los ciudadanos, bastará con que nos remitamos a lo que más atrás hemos dicho (p. 175-176). La ley sometía a penas especiales a aquellos que a sabiendas admitieran falsos testimonios en perjuicio de los acusados de algún delito capital, y a los magistrados directores de un tribunal de jurado en causa también capital cuando se hubiesen dejado corromper con dádivas; pero estos casos debemos considerarlos como meros hechos concretos, aunque muy salientes, a los que el legislador no da otro valor sino el de ejemplos, en atención a su importancia y relieve. El dar suplicio a alguien infringiendo el derecho de provocación fue incluido también posteriormente entre los delitos de coacción; pero, a lo que parece, continuó asimismo en vigor, a lo menos en la teoría, la antigua y rigurosa manera de considerarlo y tratarlo. La flagelación, el tormento y el encadenamiento de los ciudadanos no caían bajo el imperio de la ley relativa al homicidio, sino que, en los primeros tiempos, se reprimían judicialmente lo mismo que las injurias privadas, y en los posteriores como delitos de coacción.

Todas estas leyes se referían a los ciudadanos romanos. En principio, el abuso de la justicia con respecto a los no ciudadanos debía también ser reprimido penalmente por la ley sobre el homicidio; sin embargo, de hecho, durante la época republicana, a ninguna vigilancia ni responsabilidad penal estuvieron sometidos los funcionarios públicos por su comportamiento frente a los no ciudadanos. Es posible que entre las atribuciones penales ordinarias de los cuestores figurase esta; pero la verdad es que, en la práctica, seguramente no se cuidaron de ejercerla, y en cuanto a la justicia de los tribunos, hay que decir que, en rigor, acaso ni una vez sola se la pudo considerar competente para los casos de que se trata. En realidad, pues, la única vigilancia y responsabilidad que para tales extralimitaciones hubo de ejercerse debió ser la vigilancia administrativa del Senado. En la época del Principado, tal vigilancia se haría probablemente, más rigurosa; sin embargo, nada seguro sabemos acerca del particular.

Luego que fue instituído el gran juicio por jurados, pudieron también estos abusar de su derecho de dar veredictos en casos capitales, singularmente cometiendo cohecho. Realmente, la proposición hecha en el año 663-91, por M. Livio Druso, para transformar el sistema del jurado, no fue sino una tentativa para prevenir esta contingencia, que en efecto previno más tarde Sila. Pero como en la ley dada por este quedaba reservado a los senadores la facultad de ser jurados, claro está que la acción correspondiente solo se podía ejercer contra los jurados de la clase senatorial y cuando no mucho después fueron introducidos los tribunales de jurado, de composición mixta (p. 143), siguió, sin embargo, subsistente la limitación según la cual, la acción de cohecho no podía intentarse más que contra los jurados que tuviesen la condición de senadores.

Ya en el más antiguo orden jurídico era equiparado el testigo falso en causa capital al homicida; la ley de Sila dispuso esto mismo, y con posterioridad se hizo extensivo tal precepto al autor de denuncia falsa.

III.—*Envenenamiento y delitos afines.*

Venenum (probablemente, voz entroncada con *venus*, *venustus* era todo excitante, lo mismo en buen sentido que en malo, y por consecuencia, cualquier materia colorante, filtro encantador, medicamento o veneno. La persecución del «manipulador», del *veneficus*, como delincuente, es posible que se deba hacer remontar y referir a las precauciones públicas, de las cuales nada sabemos, que se tomaban contra el abuso de semejantes sustancias, y sobre todo contra las industrias peligrosas que consistían en fabricar y vender tales sustancias. La ley cornelia, que señalaba la pena de muerte para el envenenamiento con resultado mortal, castigaba con esa misma pena a todo el que, con el propósito de causar o permitir que se causase la muerte a terceras personas, daba o preparaba el veneno, lo vendía o lo confeccionaba. Por lo tanto, el *veneficium* no era en modo alguno el homicidio producido por envenenamiento, y la separación, tanto por parte del concepto como por la del procedimiento, entre este delito y el homicidio causado violentamente hay que retrotraerla aun a los tiempos anteriores a Sila, y es una separación que constantemente se hizo (p. 407).

Los hechos punibles antes mencionados como equivalentes del homicidio por envenenamiento no pueden considerarse como constituyentes de tentativa de tal delito, pues ni se amoldan al concepto propio de la tentativa, ni tampoco al concepto que de ella tenían en general los romanos; se trata en realidad de hechos que caen bajo la

acción de la policía de las industrias y que desde esta esfera se les trasladó a la del derecho penal. En la época del Principado fue objeto de semejante traslación incluso la confección inocente de las referidas sustancias.

Por su afinidad con el envenenamiento, se sometieron a la ley cornelia una multitud de hechos consistentes en abusar o causar daño al cuerpo del hombre.

Siempre fue considerado como grave inmoralidad el aborto provocado de un feto, aborto que, según las leyes regias, le estaba permitido al marido respecto de su mujer; sin embargo, ni en la época republicana ni en los primeros tiempos del Imperio fue calificada de delito dicha acción. Hasta la época de Severo no se le sometió a sanción penal, y entonces se hizo así, de hecho, por modo extraordinario, aunque invocando para ello la ley contra el envenenamiento; la pena que se imponía era la de confiscación y destierro, salvo el caso en que el aborto hubiese originado la muerte de la mujer, pues entonces se llegaba hasta la pena capital.

De un modo análogo se trataba a quienes daban bebidas amorosas y medios contra la esterilidad.

A lo que parece, en los primeros tiempos no era un hecho punible la castración verificada con el consentimiento del castrado o de la persona que lo tuviera bajo su potestad. Pero Domiciano la prohibió en toda la extensión del Imperio, tanto con relación a los hombres libres como con respecto a los esclavos, y aun cuando mediara el consentimiento dicho; y en lo sucesivo persistió esta prohibición. La pena que se imponía era la de la ley cornelia, es decir, regularmente la de confiscación de bienes y destierro, y en algunas circunstancias la de muerte.

En los antiguos tiempos estaban sometidos a la circuncisión, no solamente los judíos, sino también, con frecuencia, los no judíos que vivían con arreglo al rito hebreo, pero, según parece, sin que la práctica de tal ceremonia trajese consigo ninguna consecuencia penal. Adriano fue el primero que equiparó la circuncisión a la castración, y es probable que no lo hiciera por motivos religiosos, sino por virtud de la exterior semejanza entre las operaciones respectivas, lo cual contribuyó a la grave revuelta que por entonces realizaron los judíos. Los sucesores de Adriano permitieron a estos circuncidarse, y en Egipto, donde tal práctica era muy antigua y tradicional, la autorizaron también en ciertos casos los emperadores Marco y Cómodo, previas informaciones de las correspondientes autoridades. Pero otras veces la circuncisión fue perseguida y castigada lo mismo que la castración. A ello contribuyó, sin duda, la sospecha de apostasía religiosa a que la circuncisión daba lugar (p. 363-364); en la época cristiana este fue el motivo principal de considerarla punible.

IV.—*Homicidio por hechizo y magia.*

La adivinación era en general lícita, en cuanto el adivino se concretaba esencialmente a conocer, por vías sobrenaturales, las cosas secretas y a impedir de este modo los males que amenazaban. En cambio, la magia consistía en la realización de hechos maravillosos, y aun cuando podían ser ejecutados estos hechos de manera irrepreensible y en buen sentido, sin embargo, en ellos predominaba mucho el propósito de hechizar empleando ceremonias religiosas y buscando malos fines, que es por lo único que caían dentro del derecho penal. Como ya queda dicho, los romanos incluyeron en el concepto del *venenum* a los filtros o sustancias para hechizar; por lo menos, ya las Doce Tablas castigaban a los hechiceros dolosos con respecto al hurto de cosechas. La denominación latina, *magus*, que se dio posteriormente al hechicero, y que es la correspondiente a la griega *γόνος*, denominación que en su origen era persa y que se aplicaba a los sacerdotes de las religiones nacionales de otros Estados a quienes se atribuía la práctica de los más eficaces y peores procedimientos hechiceros, parece que se empleó desde la época de Trajano para designar a una clase de delincuentes, esto es, a los autores de hechizos dolosos, a los cuales se llamó también posteriormente, primero por el uso común, y después, a partir de Diocleciano, por la jurisprudencia, *malefici*. No es posible decir de un modo concreto cuándo y en qué forma se introdujo este concepto en el derecho penal. Si es difícil que el *veneficus* de la ley de Sila comprendiera, según los propósitos del legislador, al *magus*, es, por el contrario, probable que en los tiempos de la República, bajo el influjo de las creencias populares reinantes, y gracias en primer término a la interpretación del derecho, y luego a un senadoconsulto dado en el primer año del mando de Tiberio, la magia fuese considerada como una especie de envenenamiento, a lo cual contribuyó grandemente la circunstancia de que a menudo se hacía en unos mismos sitios la venta de los venenos y la de los medios de hechizar. La posibilidad de ejercer la magia de un modo doloso estuvo incluida y reconocida en el derecho penal oficial hasta tiempos muy avanzados.

A la pregunta tocante a saber qué se ha de considerar como magia dolosa, contestaremos, en principio, diciendo que caía dentro de esta categoría todo hecho maravilloso o sorprendente que se ejecutara en mala forma o con malos fines, y que el convertir tal ejercicio en una industria, cosa que daba a la misma adivinación carácter de delito, aumentaba mucho la penalidad de la magia, siendo de advertir que era aquí punible aun la mera ciencia o conocimiento, por lo que se solían confiscar y quemar los libros que enseñaban a ser hechicero. Más que en todas las otras clases de delitos, dependía en estos

del arbitrio del tribunal, como fácilmente se comprende, la apreciación de los hechos, efectos o manipulaciones que habían de servir para calificar de magos a los acusados; sin embargo, no todo se dejaba entregado a la libre opinión del juez. La punibilidad de los hechizos dependía de que se emplearan para lograrlos determinadas formas sacrales y de que con ellos se persiguieran determinados fines. Son dignos de ser notados en este respecto:

a) Los sacra durante la noche (*sacra nocturna*), con excepción de los que tenían el sello de la antigüedad.

b) Los sacra que exigieran sacrificios humanos.

c) Los juramentos mortales y todos los actos de magia relacionados con los cadáveres y los sepulcros.

d) Los actos sacrales ejecutados con el fin de dañar o de matar a una persona. Según la creencia general dominante en el mundo greco-romano, a lo menos desde principios del Imperio, podían ejecutarse actos de esta naturaleza colocando en la tierra una de aquellas láminas de plomo en las que, con arreglo a los correspondientes usos de la magia, solían hacerse peticiones escritas a los dioses subterráneos (*defixiones*).

Estos eran los medios malos de magia, mediante los cuales conseguían los hechiceros persas, y sus compañeros o servidores, ora seducir a los hombres, ora corromperlos y arruinarlos. Merece notarse que las persecuciones de herejes comenzaron por los maniqueos persas, a quienes se atribuían en primer término los hechos mágicos aludidos (p. 381).

La magia fue siempre considerada como uno de los más graves delitos, hasta el punto de que cuando se concedían aboliciones o amnistías generales, solía ser este exceptuado de ellas. La pena que se imponía era, con relación al mismo mago, la de muerte, que más tarde, cuando se agravó la penalidad en general, fue la de hoguera; y con relación a las demás personas que hubieran tenido participación en el delito, unas veces la decapitación con espada, y otras veces la crucifixión o la arena, según la condición y el rango de la persona de que se tratara. La posesión de libros mágicos se castigaba también, según la condición personal, bien con la deportación, bien con el suplicio.

V.—*Homicidio de parientes*

(PARRICIDIUM)

Como ya dejamos dicho (p. 388 y ss.), en el más antiguo derecho no se reconocía como un delito sustantivo y propio el homi-

cidio de los parientes; probablemente hay que referir la separación del mismo, del homicidio en general, para constituirse en delito aparte, a aquella ley, cuyo nombre nos es desconocido, la cual, al encomendar el conocimiento de las causas capitales a una comisión de jurados, reservó el conocimiento del homicidio de los parientes al tribunal del pueblo. Todavía en el período que va desde el año 649-105 al 652-102, resolvieron los Comicios causas de parricidio (p. 121); pero ya antes de Sila se atribuyó también a los jurados este grave proceso capital, quedando después de este modo las cosas en virtud de la ley cornelia. Pocos años después, probablemente con ocasión de las reformas introducidas en 684-70 en el tribunal del jurado (p. 143), el cónsul Cn. Pompeyo reguló por medio de una ley especial el procedimiento para el homicidio de los parientes; y según esta ley, se consideraban como parientes las siguientes personas:

- a) Los ascendientes del homicida, cualquiera que fuese su grado.
- b) Los descendientes respecto de los ascendientes, pero con exclusión de la persona que tuviera a aquellos bajo su potestad, por cuanto quedaba implícitamente afirmado el derecho de esta persona para matar o abandonar a los hijos y a los nietos (p. 391).
- c) Los hermanos y hermanas.
- d) Los hermanos y hermanas del padre o de la madre, tíos y tías.
- e) Los hijos de estos, o sea los primos.
- f) El marido y la mujer.
- g) Los que hubieran celebrado esponsales, o sea esposo y esposa.
- h) Los padres de los cónyuges y de los esposos, a saber, los suegros, y también los cónyuges y esposos de los hijos, o yerno y nuera.
- i) Los padrastros y los hijastros.
- j) El patrono y la patrona.

La innovación esencial de la ley pompeya consistió en haber abolido la pena que hasta entonces estaba designada para el homicidio de los parientes, esto es, la pena de muerte, ejecutada en la forma de *culleum*, es decir, de ahogamiento del reo metiéndolo en un saco y echándolo al agua; en cambio, hizo extensiva al parricidio la pena de muerte en la forma como en general se aplicaba entonces, o sea en la de destierro. Sin embargo, en tiempo de Augusto primero y de Adriano después, volvió a castigarse con la pena del *culleum*, no ya el parricidio en general, pero sí el de los ascendientes, y Constantino ordenó de un modo expreso que así se hiciera.

VI.—*Incendio intencionado y delitos cometidos en un naufragio.*

El incendio, probablemente era ya castigado en las Doce Tablas lo mismo que el homicidio; pero es seguro que la ley cornelia lo com-

prendió entre los delitos que la misma amenazaba, a causa, quizás, del peligro en que mediante él pudiera hallarse alguna vida humana. También abarcaba la ley relativa al homicidio los delitos cometidos con ocasión de algún naufragio; no obstante, es imposible fijar con exactitud la esencia o hechos constitutivos de esta figura delictuosa. Posteriormente, con el objeto de poder apreciar la diferente culpabilidad de los que en tales delitos intervinieran, se les sometía por lo regular al procedimiento extraordinario en concepto de daño causado en las cosas, aunque cualificado, por lo que habremos de ocuparnos de los mismos cuando del daño en las cosas tratemos.

Tocante al procedimiento que se seguía en las causas de homicidio, nada tenemos que añadir a lo dicho en la introducción respecto al poco conocido juicio capital en que intervenían los cuestores. De estas causas debió conocer la comunidad romana hasta la época de los Gracos; es más, el parricidio hubo de continuar sometido al tribunal del pueblo hasta mediados del siglo VII. Como quiera que solo podía hacerse uso de este procedimiento contra los ciudadanos romanos, las necesidades de la práctica exigían que se completara con el poder de coercición ilimitada que contra los no ciudadanos ejercían dentro de la ciudad de Roma los depositarios del *imperium*. En el juicio por jurados presidido por un magistrado, juicio de que ya se hacía uso a principios del siglo VII, parece que desde bien pronto fueron pretores quienes ejercieron la presidencia, y si esta *quaestio* no tuvo desde un principio un pretor propio para ella, es, sin embargo, seguro que Sila se lo concedió. Como los delitos de la categoría que ahora nos ocupa eran frecuentes, es probable que desde un principio se dispusiera que el correspondiente tribunal pudiese sentenciar varias causas de esta índole al mismo tiempo. También es posible que desde bien pronto se empezara a otorgar la presidencia del jurado a *iudices* de la *quaestio* que sin ser magistrados recibieran la necesaria autorización para dirigir el juicio en concepto de cuasimagistrados. Posteriormente se daba la presidencia de estos tribunales, no solo al pretor, sino a los que hubieran sido ediles en el año anterior. No podemos saber de un modo suficientemente claro cuál sería la distribución que se hiciera de los negocios, pero es de suponer que se tomara por base las varias categorías del delito de que se trata. Parece que el homicidio de los parientes, a partir del instante en que se encomendara el conocimiento del mismo al jurado, no solo se sustanciaba fuera de la regla ordinaria, sino que además la presidencia del tribunal había de ejercerla un pretor. También se hizo visible en esta materia la diferencia entre el homicidio violento y el envenenamiento, por lo que ya en los tiempos anteriores a Sila se daba diverso título a los magistrados que dirigían cada una de estas secciones.

Era este asunto del homicidio un asunto odioso y a menudo peligroso para los acusadores que se convirtieran en tales por su voluntad; por eso, no obstante que en el procedimiento de tiempos posteriores se considerase indispensable la existencia de esos acusadores voluntarios, debió ser más difícil en esta *quaestio* que en la mayoría de las demás que las gentes se determinaran a ejercer la acusación. El tribunal del jurado no tenía limitaciones legales para el desempeño de su función con respecto a los delincuentes que fuesen ciudadanos; con mayor razón podía, pues, intervenir en las causas por homicidio seguidas contra los no ciudadanos y contra los esclavos. Es de suponer que con respecto al homicidio se prescindiera de este procedimiento por jurados mucho más frecuentemente que del procedimiento de los Comicios con el magistrado, por cuanto el primero era mucho más largo y molesto para los ciudadanos que el segundo. Sin embargo, la tradición jurídica que ha llegado hasta nosotros no corresponde a esto, pues no solo no figura el homicidio entre los delitos a los que se aplicaba el procedimiento oficial en virtud de la simple denuncia, sino que, por regla general, a lo que parece, ni siquiera se admitía el empleo de dicho procedimiento en el caso de que un esclavo denunciara el asesinato de su señor. Solo para el caso frecuente, y sobre todo peligroso, de que el jefe doméstico fuese asesinado por su servidumbre, es para el cual encontramos en las leyes medidas especiales encaminadas a promover la correspondiente causa criminal.

Una vez demostrado el hecho del homicidio de un jefe de familia, ora mediante la violencia, ora por medio del veneno, quedaba excluido de la herencia del muerto todo el que hubiese dejado de interponer acusación contra los esclavos del mismo, y todo el que hubiera dado origen a la apertura del testamento antes de estar concluso el sumario; y la razón de ello era que, tan luego como se abriese el testamento, empezaban a tener fuerza las manumisiones que en él pudieran haberse hecho, con lo que se hacía imposible examinar a los libertos en cuestión del modo que se usaba con los esclavos, aplicándoles el tormento. Al Estado correspondía determinar la clase de muerte que hubiera de darse al que violara estas prescripciones.

En caso de que un jefe de familia hubiera sido asesinado por medios violentos —el envenenamiento quedaba excluido en este caso— y nadie hubiese entablado acusación contra su servidumbre, el pretor —que probablemente sería el mismo encargado de dirigir esta *quaestio*— procedía de oficio y comenzaba a interrogar y examinar a los esclavos con arreglo a las normas establecidas para preguntar a estos. Lo cual es aplicable, así a los esclavos del mismo muerto, como también a los de su cónyuge, si estuviese casado. Y en el caso de que se hubiese ya esclarecido el hecho, podía también proceder a la averiguación de los coparticipantes en el mismo, en cuyo concepto se com-

prendían todos aquellos que, según las reglas anteriormente establecidas (p. 399), aparecieran haber tenido alguna intervención en él.

Dada la diversidad de delitos comprendidos dentro de esta *quaestio*, forzoso se hace que, por lo tocante a la punición, nos refiramos a lo que habremos de decir cuando nos ocupemos de la pena correspondiente a las distintas categorías de ellos. En el antiguo procedimiento penal no se conocía más pena que la de muerte; las varias formas especiales de ella que se empleaban, la del ahogamiento en saco (p. 400) y la de la hoguera (p. 405), correspondían a la diversa modalidad de los delitos, y en otros casos se dejaba al arbitrio de las autoridades penales el declarar el género de muerte de que se debía hacer uso.

La pena señalada por la ley cornelia se denominaba capital; pero, como ya se ha visto, no había más pena capital en sentido propio, de las señaladas por esta ley, que la del parricidio. La pena que se imponía en ella por los homicidios causados con violencia o por medio del veneno y cuyas víctimas no fuesen parientes del matador, así como también la impuesta a los autores de incendios, era la de interdicción del agua y el fuego, la cual también hizo luego extensiva la ley pompeya al parricidio; sin embargo, la interdicción podía ser considerada asimismo como pena capital, desde el momento en que al que infringiese el destierro se le daba muerte. En el sistema penal del Imperio, más severo que el de tiempos anteriores, la interdicción era remplazada también en estos casos por la deportación, siempre que los reos fuesen personas de buena condición o rango, pues si se trataba de las que perteneciesen a la clase inferior, la pena que se aplicaba era la de muerte, y hasta en muchos casos graves se imponía en formas que la exacerbaban con crueles sufrimientos.

Fuera de lo que ya hemos expuesto (p. 397) tocante al influjo de la cualidad de los motivos en el homicidio, nada podemos añadir en este momento acerca de la posibilidad de que las penas señaladas por la ley para el delito que nos ocupa fuesen o no aminoradas; las reglas y disposiciones generales de que se tratará a la conclusión del libro quinto de la presente obra tienen aplicación a esta materia.

El derecho de la época republicana no imponía al homicida la pena de pérdida de sus bienes; es más, hasta el testamento que el mismo hiciera conservaba de derecho su fuerza.

Por lo que toca a la privación del derecho de sepultura y a otras mermas y restricciones de los derechos honoríficos, nos remitiremos a la doctrina general que exponremos en el libro quinto. En las noticias que hasta nosotros han llegado no hay precepto alguno especial para los delitos de que se trata ahora.

CAPÍTULO IV

LA COACCIÓN (*vis*)

Vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza, por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal o, lo que es lo mismo, por miedo (*metus*), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción.

La coacción, lo mismo que hemos visto sucede con la muerte de una persona, era lícita en determinadas condiciones, a saber:

1ª Cuando la ejercía el jefe de familia o la autoridad, siempre que se tratara de cosas en que uno u otra pudiesen exigir obediencia.

2ª Para defenderse de un delito. El que fuese víctima de una agresión podía hacer uso de la fuerza contra el agresor, dentro de los límites de la defensa legítima, no tan solo cuando viese en peligro su vida (p. 392-393), sino también en los casos de hurto, de injuria real, y en general siempre que se dirigiera contra él una agresión delictuosa; mas debe advertirse que los límites del ejercicio del derecho de defensa habían de respetarse en tales casos con mayor rigor aún que cuando se tratara del peligro de la vida, y que el que traspasase estos límites era severamente castigado.

3ª En caso de necesidad. Sobre todo cuando se encontrara uno en presencia de un incendio o en peligro de naufragio, era lícito dañar o destruir violentamente la propiedad ajena, siempre que lo exigiese la salvación de los intereses propios, amenazados.

En el primitivo derecho romano no era considerada la coacción ilegítima como un concepto jurídico independiente. Donde primeramente hizo su aparición como tal fue en la esfera del derecho privado; pero no en relaciones delictuosas, sino en otras dos que no lo eran, y que fueron reguladas por los pretores, a saber: los interdictos posesorios y la restitución de las cosas a su primitivo estado. Por una parte, como la noción del *furtum* se limitaba a las cosas muebles, fue preciso que, en época relativamente temprana, el pretor otorgara al poseedor de inmuebles una protección jurídica contra cualquiera que le

desposeyese violentamente de ellos, protección cuyos resultados prácticos venían a ser esencialmente los mismos que producía la acción de hurto, pero que, no teniendo carácter penal, no pertenecían al horizonte de este último derecho. Por otra parte, se había sentado la regla jurídica según la cual, las acciones hijas de una voluntad determinada por miedo debían considerarse como no ejecutadas, y por lo tanto, era preciso hacer cesar las consecuencias jurídicas derivadas de ellas. Los comienzos de esta regla hay que referirlos también, seguramente, a tiempos primitivos; pero dicha «reposición de las cosas a su anterior estado» era en todo caso una relación propia del derecho civil, sin carácter alguno penal.

La coacción fue introducida en el campo del derecho penal, y a la vez en el procedimiento público por *quaestiones* y en el procedimiento penal privado, por medio de aquellas disposiciones legislativas que, después de sofocada la sublevación lepidiana de principios del año 677-77, tuvieron por objeto borrar los dolorosos efectos de ella. Entonces se publicaron, por un lado, la ley plotia o plautia, de donde tomó su origen el procedimiento penal público para la clase de delitos a que nos referimos, y por otro lado, el edicto que, habiendo sido dado primeramente por el pretor peregrino M. Terencio Varrón Lúculo, se convirtió después en edicto permanente, y a partir del cual comenzó a tener existencia el delito privado de robo. Más tarde se intentó determinar el contenido de ambas acciones penales todo lo más seguramente posible; ambas se dirigían, en lo esencial, contra los autores de perturbaciones tumultosas de la paz pública, y su importancia práctica —más aún que en los hechos que se perseguían mediante las acciones de referencia, los cuales entraban también, en general, dentro del horizonte de los delitos de lesa majestad— residía en lo variable y rápido del procedimiento.

El desarrollo de esta categoría de delitos dependió asimismo, no ya de las leyes especiales dadas por ellos, sino de las disposiciones generales relativas a la organización de los juicios y tribunales por jurados, lo mismo públicos que privados; disposiciones debidas al dictador César antes que a Augusto. Ambas las dichas disposiciones generales, esto es, la *lex iudiciorum publicorum* y la *lex iudiciorum privatorum*, ora por medio de singulares cláusulas, ora en las sanciones finales, tenían que designar como abusos de poder los actos prohibidos en ellas y castigarlos con penas propiamente dichas, penas que eran más graves tratándose de los juicios públicos y más leves tratándose de los privados. De aquí provino el que más tarde se empezara a hacer uso de la denominación de *vis publica* para los delitos prohibidos por la primera de las mentadas leyes generales, y de la denominación de *vis privata* para los prohibidos en la segunda. Estas leyes

julias hicieron suyo el contenido de la antigua ley plotia, y por esta razón, igualmente que por su objeto y carácter, que era el de disposiciones generales contra las prepotencias y abusos, recibieron el nombre de leyes sobre la coacción.

Debemos ahora estudiar las aplicaciones penales del concepto de coacción, tal y como lo hemos expuesto al principio del presente capítulo; es decir, que vamos a hacernos cargo, por una parte, de los hechos punibles comprendidos en la ley plotia y en las dos leyes julias, y por otro lado, de aquellos otros hechos para los cuales estableció Lúculo la acción penal privada *vi bonorum raptorum*. Por los motivos aducidos, no pueden ser tratados en el derecho penal ni el interdicto de deyección ni la restitución concedida por el pretor a causa de los actos ejecutados por miedo, sin embargo de que la idea que sirve de fundamento a ambas relaciones sea equivalente a la de coacción. Puede decirse que todas las clases de delitos existentes en Roma tuvieron un concepto poco seguro; por lo mismo que las leyes que los regulaban partían del supuesto según el cual el concepto que ellas exponían era puramente ejemplificador, se comprende muy bien que la noción esencial de los correspondientes delitos cambiase y fuera con frecuencia desnaturalizada. Esto mismo pasó también con los delitos regulados por las leyes julias; dado el carácter propiamente general que en ellas tenían tales delitos, la noción fundamental de los mismos recibió tanta amplitud, que casi vino a quedar borrado el concepto primitivo. Además, el concepto de la coacción delictiva, al menos en el sistema del derecho antiguo, llegaba más allá que en las leyes julias, y no cabe duda de que los actos que caían dentro del mismo no daban lugar a responsabilidad penal y sí tan solo a una protección jurídica de naturaleza civil. Sin embargo, no se puede negar que en el curso del tiempo vino a producirse una tendencia contraria para que las acciones criminales de las leyes julias se hiciesen extensivas a toda coacción por la que solamente correspondiera solicitar responsabilidad civil; a cuyo efecto dejó de aplicarse la regla, en otros casos vigente, según la cual, siempre que un mismo acto diese origen a dos acciones, una civil y otra criminal, la primera no podía ser ejercida antes que la última. El estudio que a continuación vamos a hacer no puede tomarse más que como una enumeración de la serie de casos particulares en que, gracias a la existencia de igual ley penal, de igual procedimiento y de igual pena, era permitido, aunque solo dentro de ciertos límites, hacer uso de la aplicación analógica. Las dos leyes julias, cuyos diferentes preceptos penales parece que se referían no más que al grado de la pena señalada en una y otra, fueron interpretadas de manera tal respecto de este punto, que cuando estaba suficientemente demostrada en cada caso concreto la existencia del grado necesario de culpabilidad, se hacía constar así expresamente; y cuando, por el con-

trario, solo se conseguía saber que el hecho punible correspondía incluirlo en el uno o en el otro de los dos títulos respectivos, pero no sabiendo con certidumbre en cuál de ellos, había que prescindir de hacer mención o cita del texto aplicable.

1º Tanto la ley plotia como las julias tenían por principal objeto reprimir la rebelión, y por consiguiente coincidían con la ley sobre los delitos de lesa majestad (p. 357 y ss.). Sin embargo, en el caso presente no se exigía el elemento de la resistencia a la autoridad, como sucedía en los delitos de lesa majestad; por otra parte, mientras la ley sobre estos últimos delitos se dirigía preferentemente contra los instigadores y directores del alzamiento, la ley julia *de vi*, por el contrario, señalaba penas inferiores para reprimir a cuantos en el alzamiento hubiesen participado. Como formas notables de delitos comprendidos por las leyes que nos ocupan, tenemos: las reuniones sediciosas; el uso de armas en las vías y plazas públicas; la posesión de armas que tuviera la apariencia de ser una preparación para abusar de las mismas; el causar perturbación en un funeral o impedir que se realizase. Estos hechos punibles, en cuanto nosotros sabemos, no figuraron en las más graves categorías del delito de que ahora se trata, sino cuando empezaron a producirse reuniones tumultosas con fines electorales o encaminadas a perturbar el funcionamiento de los tribunales. Por regla general, la pena que se aplicaba era leve. La privación violenta de la posesión, que fue el origen de los interdictos pretorios, cuyo objeto era la readquisición de la misma, era considerada en el derecho antiguo como un delito de coacción, aun cuando de clase subordinada, en el caso de que se hubiese hecho uso de armas al efecto; pero en el derecho justiniano se concedió, contra la deyección ejecutada con armas en la mano, una acción criminal grave, y contra la deyección sin armas, una acción criminal leve. La pena correspondiente era, lo mismo según la ley plotia que según la más severa ley julia, la interdicción del agua y el fuego, la cual hubo de cambiarse más tarde, cuando el derecho penal se exacerbó, en la de deportación si el reo fuera persona de alto rango, y en la de muerte si se tratara de persona de rango inferior; según la más suave de las leyes julias, la pena correspondiente al caso que tratamos era la de confiscación de la tercera parte del patrimonio y además la pérdida de los derechos honoríficos del ciudadano; en tiempos posteriores se adjuntaba la relegación tratándose de individuos del rango superior, y el trabajo forzoso si el reo perteneciera a la clase social inferior. Además, las leyes sobre la coacción declaraban imposible usucapir los bienes procedentes de apropiación violenta, igual que los provenientes de hurto. De lo dicho resultan las relaciones existentes entre estas acciones penales y los interdictos de re-

cobrar la posesión. La más suave de dichas acciones penales coincidía en el derecho antejustiniano con el interdicto *de vi armata*, razón por la cual este interdicto desapareció pronto; el derecho de JUSTINIANO concedió una acción criminal en todos los casos de deyección o lanzamiento.

2º Aproximadamente al mismo tiempo y con el mismo fin, concedieron la ley plotia y el edicto del pretor Lúculo una acción privada a todo el que hubiera sufrido daño en su propiedad, originado por algún tumulto de gente. Este delito privado se asemejaba en su antigua forma al daño en las cosas regulado por la ley aquilia; pero la gravedad del mismo aumentaba por la intervención del dolo y del tumulto de personas. La privación de la propiedad al dueño de ella, aun cuando se ejerciera mediante la fuerza y tumultuariamente, no caía dentro del concepto originario de daño causado violentamente en la propiedad; en el antiguo derecho, este acto era considerado y castigado sencillamente como hurto. Pero como quiera que en la práctica se hacía imposible separar el daño y la apropiación indebida, en los casos de delitos colectivos o tumultuosos contra la propiedad, hízose preciso más tarde, no solamente incluir la última, esto es, la apropiación indebida en la fórmula procesal, sino también en el nombre que usualmente se daba a la acción, denominando a esta *actio vi bonorum raptorum*, del propio modo que fue asimismo necesario que la concepción jurídica general que se le daba considerándola como daño en las cosas cediese el puesto a otra concepción en que se la reputaba como indebida apropiación de cosas. Otro motivo contribuyó a que la acción civil de que se trata perdiese más y más su primitivo concepto, y fue el haberse prescindido del elemento del tumulto, antes considerado necesario; con lo que se vino a parar al resultado siguiente: que la referida acción civil se otorgaba en todos los casos de daño causado violentamente en la propiedad ajena. La pena que se imponía en el procedimiento privado era, aparte de la indemnización simple, el pago al lesionado del triplo del valor del daño sufrido, triplo cuya entrega había de pedirse dentro del año durante el cual ejercía su cargo el correspondiente pretor, pues pasado este tiempo no había derecho a pedir más que la indemnización simple o del tanto. Luego, a causa de la correlativa relación existente entre la *vis* del derecho privado y la *vis* penal (p. 411-12), siempre que había motivo para interponer la acción *vi bona rapta*, se otorgaba también al demandante el auxilio jurídico derivado del derecho criminal.

3º Parece que por su carácter de alborotos o tumultos ilegales se castigaban también, ora como delitos privados, ora como públicos, los siguientes casos de coacción violenta:

a) Los daños en la propiedad y las sustracciones que se cometieran con ocasión de alguna calamidad general —v. gr., incendio, ruina de edificio, naufragio, piratería— estaban equiparados por el edicto del pretor al robo, y, por lo tanto, se castigaba a sus autores con la pena del cuádruplo del daño producido. Si los mismos delitos se hubieran cometido durante un motín público (*turba*), los autores de ellos quedaban sujetos a la pena del duplo. Si mientras el motín se hubiera perturbado, haciendo uso de armas, la paz doméstica, y, sobre todo, si se hubiesen causado trastornos o muertes, la pena aplicable era la capital.

b) Ya en la época republicana, pero muy especialmente en tiempos del Principado, se incluyó entre los actos constitutivos del delito de reunión sediciosa el abuso de las reuniones públicas para fines que pusieran en peligro la existencia del Estado.

c) El senadoconsulto volusiano, de fecha indeterminada, declaró sometido a la ley sobre la coacción el acto de intervenir una comunidad demandante para participar en las ganancias que se esperaran de un proceso.

4º Como casos de ejecución de actos propios de los magistrados por parte de funcionarios sin atribuciones al efecto o por parte de simples particulares, podemos citar los siguientes:

a) Conforme ya queda indicado (p. 400 y ss.), el abusar de los medios coercitivos en contra de los ciudadanos romanos era considerado por el primitivo derecho como un acto meramente privado; por lo que si este abuso traía consigo la muerte de una persona, el hecho se castigaba como homicidio; y si producía otra cualquiera lesión jurídica, se castigaba como injuria. Por el contrario, tales infracciones jurídicas las incluyeron como delitos las leyes posteriores; quizá no lo hiciera así todavía la ley plotia, pero es seguro que lo hicieron las julias, y, sobre todo, la más severa de ellas. El suplicio o ejecución capital no estuvo incluido esencialmente en el número de las mencionadas infracciones legales; pero por eso mismo es cosa de gran significación, tanto teórica como práctica, que fuesen considerados como actos punibles el encarcelar, el someter al tormento y el castigar corporalmente a algún ciudadano romano. La ley de referencia no extendía su acción protectora a los no ciudadanos en el caso de que un magistrado de Roma los tratara de manera no consentida por el derecho vigente.

b) La cobranza de impuestos ilegales daba lugar en todo caso a procedimiento criminal por coacción grave; pero también podía hacerse objeto semejante delito de una acción civil para que el reo fuese condenado a pagar el cuádruplo del daño.

c) Cuando los recaudadores de impuestos o sus agentes apremiaran indebidamente a alguien al pago de cantidades, cometían un daño en la propiedad ajena, quedando, por lo tanto, obligados, ante todo, a la simple indemnización del tanto; y si daban lugar a que se entablara la acción, tenían que pagar el doble. Si el culpable de la coacción ilegal hubiese sido un esclavo del recaudador, era preciso entablar la acción noxal si el esclavo vivía y le era presentado al actor, y en caso de que el esclavo no se presentara, su señor tenía que pagar toda la indemnización correspondiente.

d) Era punible también el constreñir ilícitamente a alguien a que hiciese una prestación pecuniaria en provecho de una comunidad o de un particular.

5º El robar violentamente su libertad a alguna persona y, sobre todo, el raptarla contra su propia voluntad, así como también el estuproarla, eran hechos que, aun siendo las víctimas individuos no libres, caían bajo la acción, no de la ley plotia, pero sí de la más severa de las julias sobre la coacción. El estupro se castigaba precisamente con pena capital.

6º Las injurias a los embajadores extranjeros, en vez de quedar sometidas al procedimiento antiguo de la coercición, ya ahora inaplicable (p. 30), se castigaban como violencias graves.

7º De igual manera se procedía también contra el que recibiera a un condenado a interdicción que hubiese quebrantado el destierro; antiguamente se acudía en este caso al extrañamiento, ahora ya en desuso.

8º La necesidad de que la violación de sepultura, aparte de hallarse amparada por la acción civil ya estudiada al tratar del daño en las cosas, pudiera también ser protegida criminalmente, obligó a los estudiosos del derecho, al menos a los fines del siglo II, a admitir una semejanza externa de este delito con el antes mencionado (p. 413) de perturbación violenta de funerales, y a conceder una acción penal por violación violenta de sepultura.

9º Finalmente, caían bajo la ley relativa a la coacción, por ser actos que constituían una ilegítima manera de hacerse uno justicia a sí propio, todo apoderamiento por la fuerza de algún objeto litigioso, y todo apoderamiento análogo que cualquier acreedor hiciera de alguna cosa perteneciente al deudor o al cónyuge de este, con el fin de que sirviera de prenda garantizadora de un crédito.

Cuanto al procedimiento, debemos decir que el conocimiento de las causas por coacción no le fue encomendado a ningún alto tribunal especial; tales causas siguieron formando parte de la competencia del

pretor urbano. De la presidencia del tribunal de jurado, que se nombraba para algunos casos, se encargaba a un *quaestor* con atribuciones y carácter de cuasimagistrado. El procedimiento que se empleaba era sumarísimo, cosa que todavía en los tiempos posteriores a Constantino encontramos expresada con respecto a las dos leyes julias; por eso, estos juicios no se suspendían ni durante la ausencia del pretor de la ciudad, ni durante las fiestas y vacaciones de los tribunales (p. 240), y se sustanciaban fuera de los trámites ordinarios (p. 258).

De las penas correspondientes nos hemos ocupado al tratar de los distintos casos delictuosos.

CAPÍTULO V

FALSEDADES Y ESTAFAS

Vamos a ocuparnos en este capítulo de aquellos hechos punibles que, por su condición ética, se trataban como delitos independientes, ya en el procedimiento público ya en el privado, y por virtud de ley penal unas veces, y otras en virtud de resolución del tribunal; pero que, sin embargo, no se castigaban como delitos de coacción, ni con arreglo a una ley penal privativa. En el antiguo derecho penal, parece que solamente se tuvieron en consideración algunos hechos concretos de esta especie. Contra una serie de ellos se dirigía la ley sobre los testamentos y la moneda, dada por Sila. La jurisprudencia de los tiempos posteriores agrupó bajo la palabra *falsum*, que en el moderno lenguaje traducimos por falsificación, la serie de los hechos a que nos referimos, ampliándola con frecuencia. Dicha palabra, que por su derivación etimológica (*de fallere*) significa, fraude, y según el uso común del lenguaje quiere decir engaño intencionado de palabra o de obra, podía aplicarse a los más importantes hechos delictuosos conminados en aquella ley y en las ampliaciones que hemos dicho se hicieron de ella; pero no solamente no comprendía la referida palabra, a lo menos según el uso vulgar de la misma, otros delitos que los enumerados taxativamente en la ley, sino que además, y sobre todo, de los muchos actos que caían bajo el ilimitado concepto de engaño fraudulento, no recogía sino algunos de ellos, a saber, los que envolvían un peligro general. Parece que no es posible formar un concepto único del delito que nos ocupa, aplicable a la vez a todos los hechos comprendidos en la ley y en las ampliaciones que de ella se hicieron; de suerte que la «falsificación» no es en el derecho romano una idea unitaria más que desde el punto de vista del procedimiento y para los efectos procesales.

La misma incertidumbre, y aun más acentuada todavía, se observa en el derecho penal privado. La acción para perseguir la estafa como delito privado no tenía lugar sino en el caso de que concurriera en el hecho un elemento ético que al magistrado director del tribunal le

pareciera que requería ser tratado penalmente, no siéndole además posible a la víctima buscar que se le hiciera justicia por otra vía. Si en el derecho penal público estaban especificados por la ley los casos de falsificación, en el privado, en cambio, no se hacía más que citar simplemente la estafa, y en cada caso concreto hacía depende el derecho de entablar la acción del arbitrio del tribunal. Es, por consiguiente, imposible dar ninguna definición positiva de la estafa delictuosa, y tampoco se hallaba legalmente determinado el círculo de los hechos punibles que daban origen a la acción de estafa. Conforme a la tendencia que hemos hecho notar al ocuparnos de los delitos de coacción (p. 412), manifestada en el derecho de tiempos posteriores, siempre que hubiera lugar a entablar una acción privada por causa de delito, añadíase a ella una correspondiente acción criminal pública; tal fue el motivo por el que la acción pretoria de estafa dio más tarde origen a la acción criminal de stelionato.

I.—*Las Doce Tablas.*

El orden jurídico de los primeros tiempos de la República no se propuso, en general, someter a penas el vasto campo de la falsificación y del fraude; por el contrario, durante algunos siglos, ninguna otra clase de auxilio jurídico se prestaba a las personas víctimas de estos hechos, más que las acciones civiles, sin tinte alguno penal, que en ciertos casos pudieran corresponderles. Pero, del propio modo que en el horizonte de las injurias privadas castigaron las Doce Tablas un caso muy grave con la pena de muerte, así también, hasta donde nuestras noticias alcanzan, encontramos tres casos de fraude delictuoso que, por el peligro común que envolvían, eran también castigados capitalmente, y son a saber: el falso testimonio, el cohecho en el juicio por jurados y la compra de votos en las elecciones. La primera de estas causas capitales correspondía seguramente al procedimiento privado, y es probable que pertenecieran también al mismo los otros dos. No procedía contra los reos el magistrado, sino que era el mismo ciudadano lesionado quien tenía que presentar la demanda ante el pretor, lo mismo que si se tratara de un caso de hurto; no era la ciudadanía la llamada a sentenciar el asunto, sino los jurados; la ejecución del fallo no competía al magistrado, sino al demandante vencedor. Todos estos procesos quedaron bien pronto anticuados, principalmente por la razón de haberse abolido desde muy temprano la pena capital para el procedimiento privado por causa de delito, abolición debida probablemente al derecho consuetudinario. Con respecto al tiempo posterior, pero todavía antes de Sila, sabemos que en ocasiones se promulgaron distintas leyes especiales relativas a esta materia,

leyes que a seguida estudiaremos, siendo indudable que han desaparecido otras muchas análogas. Disposiciones de carácter general tocante al asunto, no se promulgaron antes de Sila.

II.—*Falsificación de testamentos y de moneda y otros delitos análogos.*

Como es de presumir que la ley dada por Sila contra los sicarios y los envenenadores fuese provocada por la frecuencia con que se cometían tales delitos en aquellos agitados y desenfrenados tiempos, es también probable que las mismas causas determinasen la publicación de la otra ley cornelia contra las injusticias que se cometían en la materia de testamentos y del comercio monetario, es decir, la publicación de la *lex Cornelia testamentaria nummaria*, que solía denominarse simplemente *lex Cornelia testamentaria*, y que después se llamó *lex Cornelia de falsis*. Esta ley continuó vigente aun en las épocas posteriores, y lo único que se hizo fue ampliar por medio de disposiciones concretas el número de casos comprendidos en la misma.

Ya queda dicho que la ley no ofrece un concepto general y único del delito cuyas varias formas reprime, y que tampoco se puede inferir este concepto de la denominación «ley sobre la falsificación», que a la misma hubo de dársele en tiempos posteriores. Mediante ella, quedaron sometidos a un procedimiento fijo y a penas legales una serie de acciones que hasta entonces, por la razón de no estar contempladas en ninguna ley especial, no podían ser perseguidas sino, si acaso, invocando el vago concepto de los delitos contra el Estado, o también aplicándoles, por interpretación extensiva, alguna de las leyes especiales publicadas en vista de otros casos. Con esto se amplió la esfera del derecho penal ordinario de una manera esencial y con efectos permanentes, sin que por ello, claro es, se mermara en nada la competencia del derecho y del procedimiento civiles para ocuparse de los actos de que se trata.

Estos delitos solo eran perseguibles, por lo regular, cuando hubieran sido consumados; la ley cornelia no castigaba los actos preparatorios.

Ahora tenemos que procurar hacer grupos de los actos conminados con penas, ora por la ley cornelia misma, ora por las ampliaciones a que se la sometió. Son esos grupos:

I. Delitos de falsificación de testamentos y de documentos.

1º Anulación antijurídica de un acto de última voluntad .

2º Suscribir un acto falso de última voluntad o tratar a sabiendas de darle validez.

3º Del mismo modo que al que firmaba un testamento falso, se trataba al que lo sellaba y también al que rompiera o destruyera los sellos de uno legítimo.

4º Según un senadoconsulto dado quizás el año 16 después de Jesucristo, el que en un testamento se atribuyera un emolumento a sí mismo, o lo atribuyese a la persona bajo cuya potestad se encontrara, o a otra cualquiera persona de las que tuviese bajo su potestad él mismo, o de las que estuvieran bajo la potestad de su jefe doméstico, era castigado como falsificador de testamento, sin que fueran necesarias más pruebas de su mal propósito. Esto, aparte de que la disposición de referencia quedaba anulada. La prohibición dicha no era aplicable, sin embargo, en el caso de que el que hubiera escrito el testamento se hallara sometido a la potestad del testador, o si este hubiera confirmado de su puño y letra el escrito. Solo por vía de indulto podía dispensarse la pena.

5º Un senadoconsulto de los primeros tiempos del Imperio hizo extensivas las disposiciones de la ley cornelia relativas al testamento, a los que borrarán o destruyeran algún documento legítimo o suscribieran alguno falso, y también a las personas que sirviesen de falsos testigos en dichos actos. Lo cual era aplicable a toda clase de documentos, así públicos como privados, y con especialidad a la presentación de órdenes o decretos de las autoridades, falsificados. Sin embargo, esta especie de la falsificación se castigaba menos severamente que la de los testamentos.

II. Delitos de falsificación de metales preciosos y de moneda.

Las primeras disposiciones especiales relativas a las deslealtades cometidas en punto al comercio de la moneda fueron publicadas, en cuanto nosotros sepamos, en la época de Mario y a causa de los embrollos monetarios que a la sazón tuvieron lugar; pero tampoco tenemos sobre el particular otras noticias sino que el edicto del pretor Mario Gratidiano concedía una acción penal para perseguir a los autores de semejantes injusticias. La ley cornelia y las posteriores disposiciones comprenden los siguientes casos:

1º Aceptar y suscribir como de ley en el mercado de metales preciosos en rama alguna cantidad de ellos que tuviese menos valor del que la ley de aleación exige, y también ejecutar cualquiera otra manipulación análoga con dichos metales preciosos.

2º Disminuir el valor de la moneda de curso corriente en el país, recortándola o realizando alguna otra manipulación análoga.

3º Falsificar o fabricar privadamente monedas que imitaran a las legítimas, aun cuando las imitadas tuviesen el mismo valor que estas últimas.

4º Exender a sabiendas moneda falsa.

5º Negarse a sabiendas a recibir moneda legítima del Reino.

6º Con el objeto de prevenir el agiotaje que provocaba el hecho de haberse establecido en época posterior una diferencia entre el curso del dinero sellado y el del dinero de valor completo, hubo que limitarse en la mencionada época a reprimir penalmente la expendición de moneda de inferior valor.

También los estatutos locales, según resulta de uno que se ha conservado de la ciudad de Mylasa, en Karia, perteneciente a la época de Severo, regulaban el negocio del cambio, convertido muchas veces en monopolio, y señalaban para los contraventores penas pecuniarias y también penas corporales y de privación de libertad en caso de que los reos no fueran hombres libres (p. 80); pero semejantes disposiciones no pueden ser incorporadas a la materia de los delitos contra la moneda.

Después de Constantino, estos delitos contra la moneda fueron incluídos en el número de aquellos que consistían en arrogarse facultades propias de los magistrados (p. 357), y como tales quedaron incluídos entre los delitos de lesa majestad, y sus autores eran castigados con la pena de muerte, agravada por la forma de ejecución.

III. Delitos procesales y delitos cometidos por los abogados:

1º Pronunciar un fallo, a sabiendas de que se infringía una ley clara.

2º Proponer al juez que aceptase dádivas o aceptarlas este para dar o no dar un determinado fallo.

3º Proponer a una persona que aceptase dádivas o aceptarlas ella para influir sobre el juez a fin de que diera o dejara de dar un determinado fallo.

4º Proponer a una persona que aceptase dádivas o aceptarlas ella para decidirse a interponer o dejar de interponer una acusación criminal, o para prestar o dejar de prestar testimonio en la correspondiente causa.

5º Corromper a un testigo mediante dádivas o aceptarlas este para resolverse a prestar una declaración falsa o a dejar de prestar una verdadera. Más tarde, el hecho de prestar un testimonio falso de mala fe quedó sometido simplemente a la ley cornelia.

6º Entrar en inteligencias para lograr la condena de un inocente.

7º Entregar el representante de una parte en un proceso, a la parte contraria, los documentos que se le hubieran confiado.

8º Venir a una transacción con el actor en cualquier causa por adulterio o en cualquier otro proceso criminal no capital.

9º Devolver a una sola de las partes los documentos que de común acuerdo hubieran sido depositados por ambas.

No estaba bien visto el que se castigaran con arreglo a esta ley las alegaciones falsas de alguna de las partes.

IV. Falsificación del parentesco o de la condición de la persona:

1º Suposición de infante, en cuyo delito se limitaba, por excepción, el derecho de interponer la acción a las personas directamente interesadas; además, no estaba admitida la prescripción.

2º Alegación de falsas relaciones de parentesco, a fin de enriquecerse ilegalmente.

3º Alegación falsa de ocupar determinado cargo o pertenecer a determinado rango social.

La falsa alegación de ser ingenuo o de gozar del derecho ciudadano debemos referirlas a la última sección de este capítulo, pues al menos la alegación falsa del derecho de ciudadano es seguro que no caía bajo la ley cornelia en los tiempos de la República.

V. Falsos pesos y medidas.

Si en la época republicana se amenazaba a los magistrados o a los comisionados de la comunidad que establecieran pesos o medidas falsos con la acción de multas, que podían elevarse hasta la mitad del patrimonio y que imponían los Comicios, una disposición de Trajano sometió semejante delito al imperio de la ley cornelia. La misma pena correspondía al que falsificaba los pesos y medidas públicamente establecidos. No se hacía extensiva la acción penal al que se limitara a usar de las medidas o pesos falsos.

Además de estos casos, que tenían señalada una penalidad fija, no era raro en la época del Imperio que, al cometerse ciertas graves deslealtades, el supremo poder, previa denuncia del tribunal competente, y haciendo uso del derecho que le correspondía de hacer más severa la penalidad, autorizara a dicho tribunal para que castigase semejantes deslealtades con arreglo a la ley cornelia. Aparte de esto, los mismos tribunales hicieron también uso, en general, con respecto a este delito, de ciertas facultades discrecionales para castigar faltas de lealtad.

Uno de los seis tribunales especiales pretorios conservados o establecidos por Sila se destinó, según parece, a conocer de las falsificaciones de los testamentos y de la moneda. Por lo demás, el procedimiento que se seguía en esta *quaestio* no presentaba singularidad alguna.

La pena señalada por la ley cornelia para los falsificadores de testamentos o de monedas y para los autores de los demás delitos a que la misma se aplicaba era la de destierro de Italia, pena que luego se cambió en la de deportación, juntamente con la confiscación de bienes, cuando los reos fuesen personas del rango superior; en los casos leves se imponía la pena de relegación de por vida junto con la pérdida de

la mitad del patrimonio, o bien penas consistentes en privación de algún derecho honorífico. Para los reos de condición inferior se hacía uso del trabajo forzoso, o también, en ciertas circunstancias, de la pena de muerte, que era la que se aplicaba ordinariamente a los esclavos.

III.—*Cohecho procesal.*

El cohecho o corrupción procesal, llamado *calumnia*, era un delito privado cuyo conocimiento correspondía al pretor. Entendíase por cohecho la percepción de dinero o de cosa que lo valiera, a cambio de la promesa de entablar un proceso público o privado o fiscal en contra de alguien, o a cambio de la promesa de influir para que uno ya entablado viniera a favorecer a determinada persona. El perjudicado de esta suerte era el que ejercía la acción de calumnia contra el que había sido corrompido, que era el demandado. También se cometía cohecho cuando se recibía dinero o cosa equivalente a cambio de la promesa de desistir de entablar cualquier proceso de las clases dichas, y entonces era demandante el que compraba el silencio y demandado el corrompido. El hecho de que también hubiera cometido un acto reprobable el comprador o corruptor no era obstáculo para que la acción fuese ejercida. El cohecho era considerado igual que el hurto grave, y castigado, por tanto, con el cuádruplo de indemnización; pero, lo mismo que sucedía con todos los demás delitos pretorios, pasado un año solo había que pagar el tanto. A la vez que esta acción para perseguir el cohecho como delito privado, podía sustanciarse otra que correspondía al corruptor (y que por lo tanto no le competía necesariamente a la persona con derecho para entablar la acción de calumnia) y cuyo objeto era pedir el demandante que se le devolviera lo entregado; esta acción no era una acción por causa de delito, sino una *condictio*, y quedaba sin efecto en el caso de que se declarase que también el corruptor era infame. La acción de calumnia, como acción procedente de delito, no se podía ejercer contra los herederos del autor del cohecho más que en lo relativo a la parte por que les hubiera enriquecido este.

IV.—*Acciones subsidiarias por causa de injusticias*

(DOLUS, STELLIONATUS).

Para borrar los efectos de la coacción y del fraude estaba el derecho civil; pero, por la propia índole del mismo, no se daba en él

ni una acción de violencia ni una acción de fraude. Solo se podía proceder judicialmente contra los autores de ambas clases de hechos, ora entablando acciones principales por causa de delito, pero especializadas, ora modificando la fórmula de la demanda en el caso de que se hiciera uso de acciones no entabladas por causa de delito (p. 61). A aquellos que no hubieran sido robados o injuriados, o que no hubieran sufrido engaño con ocasión de alguna venta o de un contrato de sociedad, no tenía el pretor obligación de prestarles la protección jurídica que otorgaba a las víctimas de alguna coacción o prepotencia; lo propio debe decirse con respecto a aquellos que no pudieran alegar alguna de las demás acciones especiales previstas por el edicto pretorio.

Pero los derechos y facultades del pretor civil romano eran más amplios que sus obligaciones. Si es cierto que no podía negarse a conceder las acciones establecidas en su edicto a aquellos que las solicitaran, también lo es que nada le impedía traspasar estos límites en determinados casos en que hubiera intervenido violencia o fraude, ora anulando el negocio o acto ejecutado de un modo coactivo o doloso, es decir, reponiendo las cosas al estado en que se hallaban antes de intervenir el dolo o la violencia, ora concediendo una acción propiamente dicha. La primera de estas formas de auxilio jurídico extraordinario se hallaba tan íntimamente ligada con el sistema civil riguroso, es decir, con el que no se refería a los delitos privados, que en modo alguno podía hacerse uso del mismo adecuadamente dentro del derecho penal; en cambio, la segunda no podía menos de existir en este último.

En aquellos otros casos en que se hubiera denegado la concesión de acciones previstas en el edicto pretorio, tanto si se tratara de las referentes a delitos como de las no referentes a ellos, y en que tampoco pudiera llegarse al fin deseado extendiendo el campo de aplicación de las mismas, pero en los que, sin embargo, se creyese equitativo otorgar alguna protección jurídica, los pretores, ya desde los tiempos antiguos, podían y solían recomendar a los jurados, como cosa excepcional, que después de fijar la correspondiente cuestión de hecho pronunciasen también una condena. En los últimos tiempos de la República, el jurisconsulto C. AQUILIO GALO introdujo en el sistema general de las acciones reconocidas por el derecho la acción subsidiaria de que tratamos, la cual se había venido concediendo hasta entonces por vía extraordinaria; sin embargo, es de presumir que la innovación fuese puramente formal más bien que sustancial. La denominación dada a dicho recurso jurídico fue tomada del *dolus* en el sentido indicado en el libro primero de esta obra (p. 61 y ss.), esto es, de la injusticia en general, excluyendo la ejecutada con el auxilio de coac-

ción, pues para este último caso se concedía otra forma distinta de ayuda, que consistía en la reposición de las cosas a su anterior estado y en otros medios que de esta reposición hubieron de derivarse. Las condiciones necesarias para que se otorgara el auxilio de referencia eran: en primer lugar, que no pudiera echarse mano de ninguna otra forma de auxilio jurídico, ni de los que se concedían por razón de delito, ni de los que no tenían este carácter; y en segundo lugar, que la particular situación de las cosas exigiera una protección concedida al arbitrio del magistrado correspondiente, de manera que fuese este quien tuviera que resolver la cuestión de derecho, no quedando reservado al jurado otra misión sino comprobar y declarar si habían tenido lugar los hechos que afirmaba el demandante y como él lo afirmaba. Seguramente tuvo también que acontecer ahora lo que era común en los comienzos de toda forma de auxilio jurídico extraordinario; es a saber: que invocando precedentes, se elaboraran ciertas reglas, que luego se aplicaban siempre que concurrieran determinadas condiciones o premisas, v. gr., para el daño en la propiedad, el consejo dado con dolo o astucia; con lo que el auxilio extraordinario venía a convertirse formalmente en ordinario. Estas acciones pretorias venían a equivaler a los delitos privados, propios del derecho civil. El demandado podía ser condenado al pago de la indemnización simple del daño producido, pero quedaba infamado, lo mismo que sucedía en todos los casos de acciones civiles provenientes de delitos, y no podían tampoco ejercerse contra los herederos del reo.

Ninguna ley dispuso que la acción privada por causa de fraude punible, es decir, por causa de bribonadas (*stellionatus*), fuese transplantada al derecho penal; la traslación se hizo naturalmente, en virtud de las mismas relaciones de correlación existentes entre el delito propio del derecho civil y el propio del derecho penal, según hemos visto claramente que sucedió, sobre todo en la materia de coacción (p. 412). Quienes verificaron el cambio fueron, pues, la doctrina y la práctica de los tribunales. Como la acción privada de stelionato era auxiliar y subsidiaria en el procedimiento civil, la acción criminal era auxiliar y subsidiaria en el procedimiento acusatorio. Entre los diferentes casos que se perseguían a título de stelionato, merece mención el de obtener ganancias por el perjurio. La pena que se imponía no era fija, sino que quedaba en cada caso al arbitrio del tribunal; sin embargo, no podía ser superior a la de trabajo forzoso; también recaía la infamia sobre el condenado.

CAPÍTULO VI

DELITOS SEXUALES

Vamos a ocuparnos en este capítulo de los diferentes delitos sexuales, a saber:

- 1º Unión entre parientes (incesto) e impedimentos matrimoniales.
- 2º Ofensa al pudor de la mujer (*adulterium, stuprum*).
- 3º Rufianismo (*lenocinium*).
- 4º Matrimonio deshonoroso.
- 5º Bigamia.
- 6º Rapto.
- 7º Pederastia.

Aun cuando había bastante diferencia entre los anteriores hechos punibles, tanto por lo que se refiere a los motivos que determinaban su ejecución como en lo que toca al tiempo y a la forma en que se les castigaba, nos ha parecido conveniente agruparlos todos en un capítulo. Del incesto de las jóvenes vestales nos hemos ocupado ya en el libro primero al tratar del tribunal doméstico (p. 13 y ss.), y de la violación hemos tratado en este mismo libro al hablar de la coacción (p. 416).

I.—*Unión entre parientes (INCESTO) e impedimentos matrimoniales.*

El sistema sacral o religioso incluyó en el concepto religioso de «impureza» (*incestus*), del cual se hacían también otras aplicaciones, la comunión sexual de aquellas personas que no podían celebrar matrimonio por causa de las relaciones de parentesco existentes entre ellas. Conforme con esta concepción, el derecho civil, hasta la época de la primera guerra púnica, se negó a reconocer el derecho de contraer matrimonio a los parientes que se hallaran dentro del grado establecido por la ley, o sea dentro del sexto grado, no obstante haberse reconocido desde bien temprano la igualdad de derechos hereditarios

de la hembra y el varón, y no obstante la tendencia a conservar indiviso el patrimonio de las familias. Después, durante un largo período de tiempo, el límite para celebrar dicho matrimonio era el cuarto grado de parentesco; posteriormente se dejó entregado el asunto en todo caso a la libertad de los individuos, y así siguieron las cosas durante la época republicana. No nos es dado decidir de un modo seguro si durante la misma produciría o no efectos para impedir legalmente el matrimonio el parentesco de afinidad.

La nulidad del matrimonio celebrado entre los parientes del grado referido corresponde estudiarla al derecho civil; nosotros ahora únicamente tenemos que ver hasta qué punto la unión carnal entre parientes, dentro del círculo mencionado, aparte de producir importantes consecuencias jurídicas para el matrimonio, era en general un hecho punible criminalmente. Con relación a la época de la República, sabemos que hubo de permitirse el matrimonio entre tíos y sobrinos a consecuencia de haberse entablado una acción criminal por causa de un matrimonio de estos y haber llegado el asunto a verse ante la ciudadanía, en virtud de haber hecho uso de la provocación ante esta el condenado; la ciudadanía acordó indultar al acusado y modificar la correspondiente ley. Es seguro que la ley sobre el matrimonio, dada por Augusto, se encontró ya con que la unión carnal entre parientes era un hecho que el derecho criminal castigaba. Como quiera que, sobre todo ninguna ley especial hace mención del hecho que nos ocupa, es probable que el mismo estuviera ya considerado como punible en el primitivo derecho penal, y muy bien pudo ocurrir que se conceptuara tal delito como una violación de las obligaciones religiosas de los ciudadanos. Prescindiendo, pues, de que quienes lo cometieren quedaban sujetos, todavía en tiempos posteriores, a la respectiva expiación religiosa, tenemos que la unión carnal entre parientes debió de ser un delito sometido al procedimiento penal público. Sin embargo, es difícil que en los tiempos históricos se hiciera un uso serio del mismo.

En el derecho penal exacerbado de la época del Imperio, volvió a considerarse como hecho punible el comercio sexual entre parientes, habiéndose no solo precisado, sino también ampliado el correspondiente concepto. Nosotros ahora vamos a hacer una breve exposición de las prohibiciones penales que encontramos en las fuentes jurídicas tocante al incesto y al matrimonio. El fundamento principal a que esas prohibiciones obedecían era el vínculo del parentesco, de manera que quienes entablaran comercio sexual no respetando ese vínculo, o sea los ascendientes con los descendientes, los hermanos con las hermanas, y los parientes con otros parientes en grados equiparados a los anteriores, cometían delito; siendo, por lo demás, de advertir que a menudo entraba aquí por mucho el arbitrio y que no pocas veces fueron

modificadas las respectivas disposiciones legales. Añádase que existían también bastantes prohibiciones o impedimentos para el matrimonio, motivados por fundamentos diferentes del indicado, o sea del parentesco.

Estaba considerado como punible el comercio carnal en los siguientes casos:

1º Entre ascendientes y descendientes. Extendíase la prohibición a los ascendientes y descendientes adoptivos, aun en el caso de que el vínculo de adopción hubiera quedado roto por haber sido emancipado el adoptado. Sin embargo de que el concepto jurídico del parentesco no era en modo alguno aplicable a los esclavos, hay que advertir que, con relación a los libertos, el parentesco efectivo de ascendencia y descendencia, engendrado durante su esclavitud, se equiparaba, bajo el respecto que ahora nos interesa, al parentesco jurídico existente entre los ciudadanos.

2º Entre hermanos y hermanas. También se hizo extensiva esta prohibición, de un lado, a los hermanos adoptivos, entre los cuales cesaba, no obstante, el impedimento matrimonial desde el instante en que la adopción quedaba disuelta por la emancipación, y de otro lado, a los libertos, quienes no podían unirse con sus hermanas consanguíneas, nacidas como ellos mientras estaban en esclavitud.

3º La mujer no se podía unir con el hermano de su padre o de su madre, ni tampoco con el hermano de un ascendiente más lejano, fuese del grado que quisiera, porque el hermano de los padres y el hermano de los abuelos ocupaban el lugar de padres. En tiempo del emperador Claudio se hizo legalmente libre el matrimonio de la sobrina con el hermano del padre, no con el de la madre; mas Constantino II restableció la antigua prohibición.

4º Tampoco se podía unir el varón con la hermana de su padre o de su madre, ni con la hermana de un ascendiente más lejano, porque ocupaban el lugar de la madre.

5º El matrimonio entre los hijos de hermanos fue prohibido por el emperador Teodosio I; pero esta prohibición fue muy luego abolida y no pasó al derecho justiniano.

6º La relación de parentesco entre suegro y nuera, entre yerno y suegra y entre padrastros e hijastros, por lo mismo que es producida por el matrimonio y que se asemeja a la existente entre padres e hijos, se convierte, mientras subsiste el matrimonio, de donde ella se deriva, en circunstancia agravante de las relaciones sexuales; porque añade el incesto al adulterio, y aun después de disuelto el matrimonio esas relaciones siguen siendo incestuosas.

7º La relación de parentesco que el matrimonio produce entre un cónyuge y los hermanos del otro, y que se asemeja a la existente en-

tre los hermanos consanguíneos, fue considerada también como impedimento del matrimonio por Constantino II, conminando con pena a los que no la respetaran.

8º El matrimonio entre el tutor y su pupila estaba declarado nulo, castigándose por lo regular a aquel con la pena señalada para los adúlteros.

9º También estaba prohibido el matrimonio del gobernador de una provincia o de alguno de los suyos con mujer de la misma provincia.

10. De la prohibición general del matrimonio que se imponía a la mujer condenada como adúltera se trata más adelante.

11. De la prohibición del matrimonio entre cristianos y judíos hemos tratado en el capítulo II de este libro (p. 387).

12. Mientras que la unión sexual entre libres y esclavos no era considerada punible antes de Constantino, este emperador incluyó entre los delitos capitales el de que una mujer libre hiciera vida común con su propio esclavo. La acción para perseguir este delito podía ejercerla, como en todos los delitos públicos, cualquiera persona; la pena señalada era la de muerte para ambos culpables, y además para la mujer, la pérdida de la testamentifacción.

Por lo que toca a los elementos constitutivos de este delito, era indiferente, tratándose de las prohibiciones para el matrimonio derivadas del parentesco, que la unión carnal se hubiera verificado sin forma de matrimonio o con intervención de este; mientras que cuando se trataba de infracción de otras prohibiciones meramente políticas, no había lugar a imponer pena sino habiendo mediado la forma de matrimonio. Para que el delito se diese era indispensable la conciencia de que se violaba la ley, conciencia que implicaba, de un lado, el conocimiento de las relaciones de hecho, y de otro lado, el de la prohibición legislativa. Pero en cuanto respecta a este último conocimiento, es de advertir que se establecían diferencias entre el incesto prohibido por la moral, a la vez que por la ley del Estado, y el prohibido exclusivamente por esta ley, no admitiéndose en el primer caso alegar la excusa del error de derecho, en tanto que en el segundo, quedando demostrado tal error, se libraba de culpa y responsabilidad, hasta cierto punto, el reo, siendo varón, y siendo mujer, se llegaba hasta la presunción contraria, es decir, se presumía, hasta prueba en contrario, que no había tenido conocimiento de la prohibición legal; de suerte que en este caso era frecuente que la penalidad se aminorara para los varones, y que no hubiera lugar a hacer uso de la misma para las mujeres. El derecho de dispensa, que correspondía al emperador, tampoco se hubo de aplicar más que a los incestos de la segunda categoría mencionada. Es difícil que estuvieran

deslindados de una manera clara y segura, ni para los efectos de admitir la excusa de la ignorancia de la ley, ni para el de ejercer el derecho de dispensa, los casos de prohibición del matrimonio fundados en la moral y en las relaciones naturales y los dependientes del arbitrio legislativo. Fuera del caso ya mencionado, la pena que se aplicaba a los contraventores de las prohibiciones del comercio sexual entre parientes, ora consanguíneos, ora por afinidad, era la misma para el varón que para la mujer. Finalmente, no se consideraba que había delito si este no se consumaba; la tentativa no era punible.

La forma procesal que en un principio se aplicara a estos delitos no pudo ser otra más que la del cuestor con los Comicios, forma que legalmente siguió en vigor aun en los tiempos posteriores. Difícilmente se aplicó al incesto en la época republicana el procedimiento por *quaestiones*, pues en ninguna parte se habla ni de una ley especial ni de un alto tribunal especial para este delito. En la época del Imperio quizá se encomendase el conocimiento de las causas de incesto a la *quaestio* establecida para el adulterio, salvo los casos en que se nombraran tribunales *ad hoc*, de aquellos que no tenían obligación de atenerse a ley ni formalidad alguna. Pero todo esto son conjeturas, careciendo completamente de testimonios en qué apoyarnos.

No obstante esta falta de documentos, es imposible dudar de que la pena correspondiente al incesto era, en el derecho originario, la de muerte. Aun en la época imperial condenaban a la pena de muerte los más altos tribunales, que tenían atribuciones para agravar la penalidad; sin embargo, lo regular era que el incesto fuera castigado con la deportación. Posteriormente, todavía se hicieron tentativas para aumentar mucho estas penas, pero no prevalecieron largo tiempo.

II.—Ofensas al pudor de la mujer

(ADULTERIUM, STUPRUM)

La mujer libre romana estaba moralmente obligada a no tener contacto sexual con nadie, antes del matrimonio, y a no tenerlo, durante este, más que con su marido. Por el contrario, el hombre solamente se hallaba sometido a esta prescripción moral hasta cierto punto, a saber: en cuanto no debía causar ofensa a la honestidad de las doncellas ni de las esposas de otros hombres. La observancia de esta doble obligación moral correspondía garantirla, según el sistema romano, al derecho penal doméstico, y conforme dejamos dicho en el correspondiente capítulo del libro primero (p. 15), el tribunal doméstico podía llegar en los casos de que se trata hasta imponer la

más grave de las penas, o sea la de muerte. Pero si el tribunal doméstico tenía por su propia índole facultades para castigar a toda mujer romana que faltara a la castidad, en cambio al varón cómplice del correspondiente delito solamente se le podía exigir responsabilidad cuando estuviera sometido a la potestad de su padre, y solo podía pedírsele su propio tribunal doméstico. El más elevado tribunal doméstico del Estado, esto es, el *colegium* de los pontífices, era competente desde luego para castigar tanto a las hijas de familia de la comunidad, o sea a las vestales, como a sus amantes. Dejando a un lado este procedimiento pontifical, tenemos que la severidad originaria del tribunal doméstico es anterior a la tradición que de él nos habla, y por consiguiente es más fácil inferir esa severidad que no demostrarla. Parece que la misma hubo de ceder bien pronto, aun con respecto a las hijas de familia, a lo cual debió de contribuir la circunstancia de que era imposible aplicar la misma medida a ambos culpables. Concíbese muy bien, por esto, que en tales casos, y sobre todo cuando se tratara de adulterio, se advirtiera a menudo la falta de defensa o auxilio propio; sin embargo, desde el punto de vista penal, a esta falta no se le prestaba atención alguna, sino en cuanto los malos tratos o la muerte que se diera al adúltero quedaban a menudo impunes, pues aunque legalmente se podía entablar procedimiento por injurias o por homicidio contra el autor de los maltratos o de la muerte, pocas veces se promovían, y estas pocas regularmente con mal éxito. Como la punición doméstica no pertenecía al número de las instituciones del Estado, el derecho público no tenía por qué preocuparse de si se ejercía o dejaba de ejercerse.

El orden jurídico de la época republicana apenas si prestó atención a las ofensas causadas a la honestidad femenina. Si para separarse los cónyuges que hubieran celebrado el antiguo matrimonio sacral era necesario un motivo jurídico, cosa que seguramente no puede ser demostrada, ninguna otra causa podía disputar la preeminencia en este punto al adulterio. El derecho matrimonial romano que nosotros conocemos, y el cual existía ya, sin duda alguna, en los últimos siglos de la República, dejaba a los cónyuges en libertad para separarse, sin exigir ningún motivo legal al efecto. Verdad es que al devolver la dote a la mujer divorciada por causa de adulterio, podía privársele de la sexta parte de aquella, mientras que si el divorcio obedecía a otros motivos provenientes de la misma mujer solo se la podía hacer perder la octava parte de la dote; pero esto no indica más sino lo poco en serio que se tomaban ya en los tiempos medios de la República las ofensas a la honestidad. En el derecho penal de la época republicana, aparte del delito de violación, ya examinado por otro aspecto (p. 416), las ofensas a la honestidad de las mujeres desempeñaron un pa-

pel tan subordinado como el que les correspondía en el derecho civil no referente a los delitos. Dada la estrecha concepción que el derecho de las Doce Tablas tenía de la acción privada por *iniuria*, es difícil que esta acción pudiera concederse por las ofensas a que nos referimos. Al desarrollarse posteriormente el derecho de las Doce Tablas por medio de la *interpretatio*, concedíase dicha acción a la mujer o a la doncella seducidas sin consentimiento ni complicidad por parte de ellas. Esta acción no podía serles negada a los parientes de la mujer ofendidos por el hecho, es decir, al padre y al marido; pero las penas pecuniaras, únicas que se permitían, no eran adecuadas a la culpabilidad moral que mediaba en el caso. Del procedimiento penal público de la época republicana se hacía uso, no solo contra los juegos de azar, sino también contra los burdeles; PLAUTO habla de una ley sobre el rufianismo, y la existencia de una lista oficial de las prostitutas profesionales, que conocemos por el mismo autor, no podía tener más que un fin penal. Sabemos también que, independientemente de que al tribunal penal del magistrado se le podía hacer funcionar de una manera indirecta con respecto a las mujeres, a menudo se promovieron acciones penales edilicias contra las mujeres de mala reputación. Pero, sin duda alguna, todo esto eran medidas excepcionales que se tomaban en los casos de graves escándalos públicos; por tal motivo, solo hasta cierto punto se puede decir que se atendía con ellas a prevenir los atentados al pudor, y antes bien cabe asegurar que la laxitud con que se condujo la República respecto a tales atentados contribuyó no poco a la relajación general de las buenas costumbres y a que el impudor se presentara en público de manera descarada.

No obstante que en el siglo último de la República se estableció legalmente un nuevo sistema criminal, este sistema no incluyó como delitos las ofensas a la honestidad. Sin embargo, a la legislación relativa al matrimonio, publicada por Augusto el año 736-18, pertenece la ley julia sobre el adulterio, la cual sometió al procedimiento acusatorio y a pena de carácter criminal, no civil, las ofensas a la castidad, constituyendo esta innovación penal una de las más intensas y más duraderas que la historia conoce. La ley julia sobre el adulterio siguió siendo la reguladora de este delito hasta los tiempos más adelantados.

El derecho no se hacía cargo de las ofensas al pudor sino con respecto a las mujeres libres obligadas a guardar castidad (*matronae, matres familias*); extendiéndose sin embargo, sus preceptos también a los varones que cometieran el delito juntamente con dichas mujeres. No caían bajo la acción de la ley las mujeres esclavas, ni tampoco aquellas otras, casadas o no, cuya condición social no las obligaba a ser castas, a saber: las mujeres públicas, mientras continuaran ejerciendo su oficio, las dueñas de burdeles, las comediantas, las dueñas de lo-

cales públicos y las mujeres que vivieran en concubinato indecente. Mas el mero hecho de llevar vida disoluta no libraba a las romanas libres de las consecuencias penales que la ley atribuía a los delitos contra la honestidad; tampoco se libraba de ellas el amante, salvo el caso de que hubiera podido engañarse en cuanto a la condición social o al género de vida de la mujer. La condición social o el género de vida del hombre culpable no se tomaba en cuenta para calificar el delito; la mujer libre podía faltar legalmente a la castidad, aun yaciendo con un esclavo.

Por consecuencia de lo que se acaba de decir, a las mujeres a quienes podía serles aplicada la ley julia sobre el adulterio, no se les permitía más comercio sexual que el autorizado por el matrimonio o por otra forma de unión equiparada a este. En el concepto romano del matrimonio se comprendía, para los efectos penales, no tan solo la unión matrimonial verificada con arreglo al derecho (*iustae nuptiae*), ya fuese celebrada por romanos, ya por extranjeros, sino también toda forma de vida común matrimonial, siempre que tuviera carácter monogámico, y aun cuando no se hallara sancionada por el matrimonio legítimo. Y por matrimonio legítimo entendían los romanos el que tenía por base la comunión matrimonial (*connubium*) de ambos contrayentes, reconocida por el Estado, y que además producía efectos jurídicos, especialmente la trasmisión del derecho personal del padre a los hijos engendrados dentro del matrimonio, de manera que si el padre era romano, sus hijos legítimos quedaban sometidos a su patria potestad. Pero tampoco era un acto punible el *matrimonium iniustum*, es decir, aquella unión sexual, análoga en todo el resto a la del matrimonio legítimo, verificada entre personas que no tenían *connubium* entre sí, y cuyos hijos, por consiguiente, seguían la condición de la madre. Tampoco eran castigadas por la ley de Augusto sobre el matrimonio aquellas uniones sexuales que, a pesar de la igualdad del derecho civil de los contrayentes, no producían los efectos jurídicos del matrimonio, bien porque mediara algún impedimento legal para la celebración de este último, bien porque así lo hubieran acordado las partes; esta forma de unión era lo que llamaban los romanos concubinato, el cual fue reconocido como forma legítima de unión sexual por la legislación sobre el matrimonio dada por Augusto.

Toda unión sexual no consentida conforme a las reglas anteriores caía dentro de los límites de la ley penal. Castigaba esta el comercio carnal con mujer no casada, es decir, el *stuprum* en sentido estricto, y también el comercio carnal de la mujer casada con otro hombre que no fuera su marido, o sea el *adulterium*. Para saber cuándo se cometía adulterio, es necesario que nos refiramos nuevamente al amplio concepto del matrimonio, expuesto poco ha; era, pues, también caso de adulterio la violación de la lealtad conyugal por parte de la mujer

unida en matrimonio ilegítimo o en concubinato. Del propio modo se excluía la existencia del adulterio si la relación carnal fuese con una mujer cuyo divorcio no fuese válido según el derecho estricto. La ley Julia no comprendía a los que solo estuviesen ligados por esponsales; por el contrario, según el derecho de tiempos posteriores, el comercio con una esposa ajena era equiparado al adulterio. Las uniones carnales entre los que hubiesen celebrado esponsales, parece que fueron siempre consideradas como casos de estupro.

Para que tanto el estupro como el adulterio fueran sometidos a pena, era necesaria la conciencia de la injusticia que se cometía; y como aquí era claramente inteligible la ley moral infringida, claro está que el conocimiento previo que se hacía preciso era el conocimiento de las relaciones de hecho, origen del delito. Este tampoco podía existir sino cuando se hubiera consumado; la tentativa de estupro o de adulterio solo se consideraba como *iniuria*, pero es de advertir que el derecho de los tiempos posteriores aumentó esencialmente la pena correspondiente a este caso. Lo regular era que el derecho penal de los romanos castigase lo mismo que al autor de un delito a los que contribuían o ayudaban para su ejecución; eso sucedía también en el estupro y el adulterio. Tocante a los actos de auxilio que se castigaban como actos de rufianismo, nos remitiremos a lo que diremos en la siguiente sección de este mismo capítulo.

El procedimiento por adulterio presentaba numerosas e importantes particularidades. Se estableció para el delito nuevamente llevado al número de los *iudicia publica* una especial *quaestio* cuya dirección quedó encomendada a un pretor, no siéndonos posible saber si su jurisdicción se limitaría a la ciudad de Roma o si abarcaría a toda Italia. La dicha *quaestio* existía seguramente todavía en tiempo del emperador Severo. En las provincias se llevaban los procesos de que se trata ante el presidente de ellas; posteriormente, sin embargo, Caracalla dispuso que pasasen al procurador de la Hacienda, pensando seguramente en las confiscaciones que tenían lugar especialmente en estas dos clases de causas. No es probable que los tribunales romanos tuvieran competencia para conocer tan solo de aquellos procesos por adulterio en que a lo menos uno de los acusados fuera ciudadano romano; por el contrario, también en este punto tuvo que prevalecer el amplísimo concepto del matrimonio a que hemos hecho referencia.

Según la ley de Augusto, el derecho de interponer la acción por causa de ofensas a la honestidad era en general tan extenso como lo era el de promoverla en todo procedimiento por *quaestiones*. Sin embargo, la ley otorgaba precisamente un derecho general de preferencia para ejercer dicha acción, a aquellas personas que la promovieran en su propio interés, cuando se diera el caso de haber precedido el divorcio por motivo de adulterio; así lo demuestra la circunstancia de

que pasados sesenta días después de la separación de los cónyuges, no se permitía hacer uso de la acción aludida a otras personas más que, en primer lugar al marido, y después al padre de la mujer. Mientras para otros efectos penales era a la concepción amplia del matrimonio a la que se atendía, en cambio, para conceder este derecho de preferencia era preciso que se tratara de un matrimonio romano plenamente legítimo. Ya hemos dicho en el libro tercero (p. 312) hasta qué punto, en el caso de haberse ejercido esta acción privilegiada, era indamisible la contraria acción por calumnia.

La acción por ofensas a la honestidad solo dentro de ciertos límites podía ejercerse contra la mujer que estuviera haciendo vida matrimonial. En general, era imposible entablar acción penal por ofensas al matrimonio existente, tanto contra la mujer como contra cualquier hombre en concepto de culpable con esta; se hacía, pues, preciso, en todo caso, para poder utilizar la acción dicha, que hubiera precedido la separación de los cónyuges, a la cual se obligaba al varón en ciertas circunstancias (p. 438). Si la mujer separada estuviera ya viviendo en nuevo matrimonio, contraído sin que el anterior marido se hubiese avenido aún al divorcio, podía, sin duda, promoverse la acción de adulterio; pero esta acción se debía dirigir, en primer término, contra el hombre designado como amante suyo, y solo una vez condenado este, podía dirigirse contra la mujer. Fuera de este caso, quedaba al arbitrio del actor el entablar la querrela contra la mujer antes que contra el varón, o al contrario; pero no podía ejercerla contra los dos al mismo tiempo. Aunque por cualquier causa fuera imposible interponerla contra alguna de las partes, no por eso quedaba impedido el actor para reclamar contra la otra.

El procedimiento probatorio en las causas por adulterio resultaba más severo que en otras causas, por no tener aquí fuerza la regla general, en virtud de la que los esclavos no podían prestar testimonio en contra de su señor (p. 267-268).

Finalmente, mientras en general regía la regla de que el delito no prescribe, la acción del adulterio podía prescribir de dos modos: primeramente, todas las acciones derivadas de la ley julia prescribían por el trascurso de cinco años, a contar desde el día en que se cometiese el delito; en segundo lugar, una vez que los cónyuges se hubieran separado por causa de adulterio, la correspondiente acción había de interponerse dentro de un plazo de seis meses, que se empezaban a contar desde el día de la comisión del delito, en el caso de que la mujer fuese célibe, y desde el día de la separación de los cónyuges, si fuese casada; siendo de advertir que de estos seis meses, los dos primeros le quedaban reservados, como ya se ha dicho, al marido anterior y al padre de la divorciada para que ejercieran el derecho preferente de querrellarse que por ley les correspondía.

El problema relativo a saber hasta qué punto, aun en el derecho de los tiempos posteriores, tenía lugar el autoauxilio en los casos de ofensa al pudor, y singularmente en los de adulterio, lo tratamos al ocuparnos del homicidio (p. 396 y ss.) y de la *iniuria*.

La pena establecida para los atentados al pudor era la misma respecto del varón que respecto de la mujer; por lo menos, la ley no tenía en cuenta para nada las diferencias que pudiera haber en cuanto a la culpabilidad moral de los reos. En lo esencial, esa pena era igual en caso de estupro que en caso de adulterio, y según la ley julia consistía, de un lado, en la relegación, advirtiéndose que era preciso enviar a los diferentes condenados por un mismo delito a lugares diversos; y de otro lado, en una merma del patrimonio, pues a los hombres y a las mujeres no casadas se les confiscaban la mitad de sus bienes, y a las casadas la tercera parte de sus bienes y la mitad de la dote. Tocante a las personas de condición inferior, para quienes estas penas no eran aplicables, se hacía uso, según el derecho de tiempos posteriores, de los castigos corporales. Además, a la mujer condenada se la prohibía contraer nuevo matrimonio (p. 438). Posteriormente se aumentó la penalidad. Ya las disposiciones legales del siglo III consideraron el adulterio como crimen merecedor de pena de muerte, y Constantino exacerbó de un modo muy acentuado este procedimiento capital. Este estado de cosas subsistió después, y en las prescripciones penales de carácter general, lo regular era que los delitos de que se trata fuesen considerados como excepcionales. JUSTINIANO dispuso que a la mujer culpable se la encerrase en un claustro.

III.—*Rufianismo* (LENOCINIUM).

Bajo esta denominación, que la ley de Augusto sobre el adulterio atribuía al más repugnante de los hechos concretos de que la misma trataba, agrupamos nosotros un conjunto de actos encaminados a facilitar la comisión del estupro o del adulterio, y los cuales pueden ser considerados como auxiliares o concomitantes de estos delitos. Son los siguientes:

1º El percibir uno de los esposos alguna recompensa por los agravios al pudor ejecutados por el otro.

2º El ceder la propia morada para que en ella pudieran realizar sus uniones carnales otras personas, comprendiendo entre esas uniones la pederastia.

3º El dejar libre un marido al adúltero cogido *infraganti*, y el no pedir el divorcio.

4º El aceptar o facilitar la aceptación de una suma de dinero, a cambio de no promover o de desistir de la acción de adulterio.

5º El transigir sobre una querrela de adulterio ya interpuesta y retirarla (p. 422).

6º Contraer matrimonio con una mujer antes condenada por causa de adulterio o de estupro.

Tocante al procedimiento, con inclusión de la prescripción de los cinco años, y tocante a la pena, son, en general, aplicables aquí las reglas que dejamos expuestas al estudiar el adulterio.

IV.—*Matrimonio deshonoroso.*

La legislación de Augusto sobre el matrimonio prescribió que, en el caso de que a sabiendas un ciudadano romano contrajese uno de los matrimonios tenidos por deshonorosos, ora porque la mujer estuviese desposeída de los derechos honoríficos, ora porque un senador se casara con una liberta, ambos cónyuges quedaban privados de testamentifacción. Constantino I agravó repetidamente esta prohibición con respecto a las personas de cierto rango, aun de las que habitaran en los municipios. Por lo menos en los tiempos posteriores, el matrimonio que se celebrara contraviniendo a la referida prohibición era considerado nulo. Pero los contrayentes de matrimonios deshonorosos no quedaban sujetos a penalidad alguna propiamente dicha, por lo que en el derecho penal basta con haber hecho del asunto esta breve mención, sobre todo teniendo en cuenta que para dar más detalles sería preciso referirse a todo el aludido derecho imperial relativo al matrimonio.

V.—*Bigamia.*

Como el matrimonio fue en Roma en todos los tiempos, a partir de los más antiguos, monogámico, claro está que mientras un matrimonio subsistiera, ninguno de los cónyuges podía contraer otro, y todo acto ejecutado contraviniendo a esta prohibición estaba desprovisto de validez jurídica; sin embargo, aun cuando la tentativa de bigamia la hubiera llevado a cabo quien supiera hallarse ligado por un matrimonio que no estaba disuelto, este acto, ni según el derecho de la República ni según el de los primeros tiempos del Imperio, era punible, por cuanto no entraba en el concepto del adulterio. Diocleciano fue el primero con consideró como delito independiente y que conminó con una pena la bigamia (p. 85), sobre todo, a lo que parece,

con el fin de abolir la poligamia en que vivían muchos de los súbditos del Imperio, autorizada por el derecho municipal de sus respectivas localidades. Esta disposición dejó al arbitrio de los juzgadores la pena que habían de imponer.

VI.—*Rapto.*

Cuando el rapto de una persona, fuera del sexo que quisiera, no hubiese de ser castigado como una de las modalidades de la coacción (p. 415), el padre y el marido de la persona raptada podían perseguirlo por medio de la acción de injuria, a causa de la que a ellos personalmente se les había causado de este modo; no obstante, en los tiempos anteriores a Constantino, el rapto no estaba considerado ni castigado como delito público. Este emperador fue el primero que introdujo en el derecho penal, como delito independiente, el rapto de una mujer libre, casada o soltera, con propósitos de comercio carnal, bien fuese para contraer con ella matrimonio, bien no. No había delito cuando hubieran consentido el rapto los padres o los demás parientes de la raptada, y era, por lo tanto, elemento esencial de este delito el que la raptada hubiera caído en poder del raptor contra la voluntad de dichas personas. El que ella misma hubiera o no consentido en el rapto era cosa indiferente para determinar la culpabilidad del raptor; a la raptada que hubiese consentido en el rapto se la castigaba lo mismo que a su raptor. En la época cristiana quedó también equiparado al anterior el rapto de una doncella o de una viuda que hubieran hecho voto de castidad, ejecutado contra la voluntad de ellas, y no tardó en equipararsele asimismo el de tales mujeres llevado a cabo contra la voluntad de los superiores espirituales. La pena correspondiente era la capital, exacerbada, y, en general, a los autores de este delito se les aplicaba toda especie de rigores; sin embargo, la acción para perseguirlo prescribía pasados cinco años.

VII.—*Pederastia.*

En la época republicana se castigaban acaso con mayor rigor los abusos sexuales con personas del sexo masculino que las inmoralidades del mismo género cometidas con mujeres. Es evidente que la punición doméstica era aplicable, a la vez que a otros casos, al de que ahora se trata; lo es asimismo que se podían ejercer contra los autores de tales hechos la acción pública de coacción y la acción privada de injuria, en caso de concurrir las condiciones necesarias para el ejer-

cicio de las mismas; pero, aparte de esto, es de advertir que, así como podía emplearse el procedimiento de los ediles con los Comicios para perseguir la fornicación y la conducta deshonesta, era posible hacer también uso del mismo procedimiento contra los pederastas que abusaran de un hombre libre. En los últimos tiempos de la República y primeros del Imperio, la pederastia se castigaba, análogamente al robo de hombres, con una multa de 10.000 sestercios, en virtud de una ley scantinia de fecha indeterminada; dicha pena se hacía recaer, ante todo, sobre el que hubiera abusado de un hombre libre para fines deshonestos, pero quizá también se imponía al que había consentido que de tal modo abusaran de él. Del procedimiento que se empleaba no tenemos noticia; de presumir es que conocieran de estos casos los tribunales civiles, considerándolos como casos de reclamaciones pecuniarias populares. Parece que la legislación dada por Augusto no comprendió la pederastia, salvo el caso que dejamos mencionado al tratar del rufianismo; por el contrario, la legislación justiniana la incluyó entre los atentados contra el pudor. Los pujos de moralidad de los tiempos posteriores tuvieron también aquí su bárbara expresión. La pederastia consumada se castigaba imponiendo al pederasta activo la pena de muerte, y al pasivo la confiscación de la mitad de sus bienes. Constancio mandó que también este último quedara sometido a la pena de muerte.

CAPÍTULO VII

ACEPTACIÓN DE DÁDIVAS Y EXTORSIONES EJECUTADAS POR AGENTES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

(*Crimen pecuniarum repetundarum*)

Según la concepción romana, no era admisible que nadie recibiera recompensa alguna por cumplir las altas obligaciones de ciudadano. La gente ordinaria, obligada al servicio de las armas, recibía su soldada, mas no así los oficiales; al trabajador manual y al escribiente se les pagaba, no a los gestores de negocios ni a los procuradores. Pero, sobre todo, los miembros del Consejo de la comunidad y los funcionarios de esta prestaban sus servicios gratuitamente. Como quiera que en la época de Catón se hubiera debilitado esta noble costumbre antigua, la cual, si no llegó a quedar abolida, fue decayendo poco a poco, las leyes trataron de impedir que nadie se enriqueciera escandalosamente con la abogacía o con la magistratura. Vamos a ocuparnos en este capítulo de las medidas tomadas a tal fin. Aunque es verdad que los reparos y regulaciones a que fueron sometidos los honorarios de los abogados no tenían una saliente importancia desde el punto de vista político, y que semejantes hechos no eran sometidos a una persecución penal propiamente dicha, en cambio, las medidas represivas que en los dos últimos siglos de la República se dictaron contra las ganancias que los funcionarios públicos obtenían, no solo revistieron una significación política intensísima, sino que también influyeron en la transformación del derecho penal en general, no ciertamente por la índole propia de ellas, pero sí por las modificaciones que experimentaron en el curso del tiempo.

El año 550-204, nueve años antes del consulado de Catón el viejo, a propuesta del tribuno del pueblo M. Cincio Alimento, se dio una ley por la que se privaba de validez jurídica a la promesa de donar hecha entre personas que no fuesen parientes, y que si bien consideraba válida en general la donación efectuada por causa onerosa, prohibía las que hubieran de hacerse a los procuradores o agentes, y

concedía, por respecto a estas últimas, la facultad de pedir judicialmente la devolución de lo donado. En la época del Imperio fue renovada muchas veces y determinada de un modo más preciso esta última disposición: primeramente, por Augusto, en el 737-17; después, en tiempo de Claudio, el año 49 de J. C.; y luego, por Nerón, en los años 54 y 58. En los tiempos posteriores siguió vigente este derecho solo que en ciertos momentos se llegó ya a reconocer a los abogados la facultad de percibir honorarios tasados por la ley, a prestarles el conveniente auxilio jurídico para cobrarlos.

No faltaban acciones penales que pudieran invocarse y ejercerse contra los funcionarios públicos que ilegalmente se apropiaran bienes del Estado o bienes de los ciudadanos o de los no ciudadanos; de esta materia trataremos en el capítulo siguiente. Pero si dichos funcionarios aceptaban regalos, no por eso faltaban al orden jurídico, aunque faltaran a las conveniencias, y si realizaban extorsiones o cohechos mediante regalos, su conducta, como tal, no caía bajo la acción de ninguna de las leyes penales vigentes. Aunque es posible que el antiguo orden jurídico otorgara facultades al pretor para considerar como delito privado el hecho de aceptar regalos indebidamente, o acaso también para anular el acto de la donación mediante la providencia de reponer las cosas al ser y estado que anteriormente tuvieran, la verdad es que en la práctica debía ser difícil aducir las pruebas indispensables para que tales sanciones tuviesen lugar. La ciudadanía de Roma y la de la confederación de ciudades itálicas que formaban la antigua República, por lo mismo que vivían en un estado social poco complicado, y por lo mismo también que las comunidades municipales aliadas con Roma gozaban de relativa independencia, apenas si tenían necesidad de una especial protección jurídica frente a los funcionarios romanos; y para los casos apurados o de abuso, que no faltarían seguramente, no se impetraría en vano el auxilio, por la vía administrativa, del gobierno de Roma. El empleo de medidas excepcionales contra semejantes abusos de poder, medidas que formarían parte del orden jurídico, no se hizo necesario hasta más tarde, cuando en el curso del siglo VI de Roma se agregaron a la confederación de ciudades itálicas los territorios ultramarinos dependientes de ella, y se notaron, por consecuencia, los abusos que cometían los intendentes o jefes de esos territorios o provincias, abusos inseparables del cargo. El primer hecho de esta clase de que nos dan cuenta los anales, que por la época a que se refieren son bastante seguros y completos, tuvo lugar con ocasión de las quejas formuladas el año 583-171 ante el Senado contra una porción de presidentes de provincia que habían cometido extorsiones y exacciones en las dos provincias hispanas. Para conocer de estos hechos se nombraron, en virtud de una orden del Senado y con arreglo a las normas vigentes para el procedimiento pri-

vado, tribunales de recuperadores, compuestos cada uno de ellos de cinco jurados del orden senatorial, dejando al arbitrio del pretor a quien se confiara la dirección del asunto el nombramiento libre de estos jurados, según acontecía en casos semejantes (p. 125); para cada uno de los funcionarios acusados se nombró un tribunal de los mencionados, al que se confió el conocimiento de todas las quejas presentadas contra el funcionario correspondiente; a los acusadores se les permitió servirse de los abogados que quisieran elegir entre los más eminentes varones que constituían el Senado, entre los cuales no faltó Catón. En realidad, por este medio se lograron, en parte a lo menos, condenas rigurosas contra los acusados. En los años sucesivos tuvieron lugar, por intervención del Senado, otros varios procesos análogos a los anteriores.

De este procedimiento privado de carácter excepcional surgió más tarde, en el año 605-149, una comisión permanente de jurados presidida por un pretor, la cual fue establecida por un plebiscito debido, de conformidad con una excitación del Senado, al tribuno del pueblo L. Calpurnio Pisón y cuyo objeto era ir contra la aceptación de dinero por parte de los magistrados. Tal fue el punto de partida del procedimiento por *quaestiones*, y, por lo tanto, del procedimiento criminal de los tiempos posteriores de la República y de la época del Imperio. Se trata, sin duda, de la misma ley calpurnia, que en el derecho civil hizo extensiva a toda clase de reclamaciones la acción personal introducida para pedir las deudas consistentes en dinero. A la ley calpurnia siguió bien pronto la junia, de la cual no conocemos nada más que el nombre; a esta, probablemente, la acilia, del año 631-32-123-22, cuya mayor parte ha llegado probablemente hasta nosotros; poco tiempo después, antes del año 643-111, se publicó la ley propuesta por el tribuno del pueblo C. Servilio Glaucia. La ley acilia, cuya promulgación fue debida al influjo de C. Graco, trasformó la acción para pedir una indemnización por el doble de lo indebidamente entregado, igual que en el caso de hurto, en una acción penal; además, agravó en otras formas las reglas existentes sobre el particular. La ley servilia, dada la posición política de su autor, debió de inspirarse en la misma tendencia, y aun acentuarla más; esta ley mandó que recayera la infamia sobre los condenados por el delito de que se trata, y extendió el derecho de pedir la devolución aun contra terceras personas que hubieran recibido los objetos donados. La ley *repetundarum* dada por Sila el año 673-81, después de vencida la democracia, se inspiró, sin duda alguna, en tendencias contrarias a las anteriores. La última ley publicada en la época republicana acerca de este delito fue la dada por César el año 695-59, durante su primer consulado, agravando de nuevo la pena; esta ley es la que siguió en vigor en los tiempos del Imperio.

La causa general de toda esta serie de disposiciones penales estuvo en las oscilaciones políticas relativas a la posesión de los puestos de jurado que en tales leyes especiales se creaban, y también en que durante el siglo último de la República fueron cada vez mayores la frecuencia y la gravedad de las extorsiones cometidas por los funcionarios. Evidentemente, las leyes dadas no sirvieron de gran cosa. Con la instauración del Imperio, con el robustecimiento del poder central y la fuerte vigilancia suprema que en esta época se ejerciera, hubieron de contenerse en cierto modo los abusos que antes se venían cometiendo. Ya se indicará más adelante que, mientras en los tiempos de la República la única acción que se ejercía contra los funcionarios que cometieran cohecho era en lo esencial la de pedir la devolución de lo entregado, esto es, la de *repetere*, en cambio la legislación imperial, seriamente aplicada, hizo que el procedimiento empleado en estos casos fuera un procedimiento criminal propiamente, el cual dio más tarde origen al procedimiento por concusión.

De la acción *de repetundis* en forma de *quaestio* no se podía hacer uso sino contra determinadas personas. Podía examinarse antes de nada en el juicio, como cuestión previa, si se concedía o no autorización para interponer dicha acción. Se podía acusar de este modo a las siguientes personas:

1º Al magistrado de la comunidad romana elegido en elección popular, o a aquel otro que se equiparase al elegido por el pueblo, incluso al tribuno de una legión que tuviese carácter de magistrado, los cuales hubiesen recibido regalos o gratificaciones mientras ejercieran sus funciones de magistrados o de promagistrados.

2º A los senadores romanos que desempeñasen funciones públicas, ora como auxiliares de los magistrados, ora votando en el Senado, ora ejerciendo el cargo de jurados, y acaso también interviniendo como acusadores en el procedimiento público o funcionando en concepto de procuradores, siempre que durante el desempeño de las dichas funciones hubieran recibido dinero de algún no ciudadano.

3º A los hijos de las personas mencionadas, por las dádivas o el dinero que recibiesen mientras sus padres estuvieran ejerciendo sus funciones. Las esposas de los presidentes de las provincias no podían ser perseguidas judicialmente por las dádivas que recibiesen; pero, según el derecho de tiempos posteriores, se hacía responsables en tales casos al marido.

4º Es posible que, con arreglo a la ley julia, pudiera acusarse por el delito de que se trata a toda persona en general que sin ser funcionario del Estado hubiese ejercido funciones públicas o equivalentes a estas.

El orden jurídico de la República no pasó de aquí; especialmente las personas del orden de los caballeros no podían ser sometidas a la

quaestio repetundarum, aun en el caso de que funcionarán como séquito de los magistrados o como jurados. Inútilmente se propuso en el Senado el año 699-55 hacer extensiva la persecución de que se trata a los acompañantes o séquito de los funcionarios públicos, y tampoco consintió la aristocracia del dinero el caso aún más importante de extenderla a los jurados que no pertenecieran al orden senatorial, habiendo fracasado cuantas tentativas al efecto se hicieron durante la época republicana.

Los estrechos límites en que podía moverse en dicha época el procedimiento *de repetundis* se ampliaron en la del Imperio. Durante esta última podían ser perseguidas, además de las dichas, las siguientes personas:

5º Los funcionarios imperiales cuasimagistrados pertenecientes al orden de los caballeros. Verdad es, sin embargo, que como estos funcionarios regularmente respondían de sus actos ante el tribunal del emperador, no llevándoseles sino muy raras veces ante el tribunal del Senado, son pocos los procesos contra los mismos que nos refieren los anales.

6º Los jurados, los acusadores o demandantes (p. 316) y los procuradores en general.

7º Los guías o acompañantes, sobre todo los de los gobernadores de provincia, sin diferencia de clase o condición social.

8º Los oficiales subalternos.

La acción *repetundarum* no podía entablarse, ni siquiera en tiempos posteriores, contra otros individuos particulares, no funcionarios, salvo, si acaso, contra aquellos que prestasen auxilio a los funcionarios para la comisión del delito de que se trata. A aquellos que se atribuyeran falsamente el ejercicio de un cargo público, o algún otro alto rango de carácter oficial, con el fin de cometer exacciones, se les castigaba severamente, pero a duras penas podía fundarse el castigo en haber sido concusionarios.

Las leyes *repetundarum*, que en realidad se dirigían contra el cohecho y el soborno, esquivaban las pruebas difíciles, de esta manera: acogiéndose a la analogía de las disposiciones de la ley cincia acerca de las donaciones o regalos a los procuradores y administradores, en virtud de las cuales les estaba prohibido a los funcionarios en general recibir dinero (*pecunias capere*), y en el caso de que lo hubieran recibido contraviniendo a la prohibición, se concedía al dador una acción para repetir lo entregado (*pecunias repetere*). De lo expuesto acerca de las personas contra las cuales se podía entablar la acción *de repetundis*, resulta en cierto modo cuáles eran los casos en que la aceptación de dinero se consideraba y castigaba como delito *repetundarum*; ahora vamos a tratar de los elementos constitutivos del

mentado delito, en todo cuanto no se deduzca de las aludidas prescripciones sobre las personas contra quienes la dicha acción podía ejercerse.

1º El punto de partida de la acción de repetición era la ilicitud de toda clase de donativos, dentro de los límites anteriormente designados. Y no solamente se consideraban como donativos de aquella índole los actos contractuales que encubrieran realmente una donación, sino que se llegaba a suponer que toda compra verificada por los magistrados era una donación encubierta, y por lo tanto, el vendedor quedaba autorizado para pedirle al comprador la cosa vendida sin restituírle el precio. No se tomaba en cuenta la circunstancia de que tanto el donante como el donatario podía haber obrado de buena fe, ni tampoco se hacía aprecio de las relaciones jurídicas que entre ambos pudieran existir; los presidentes de las provincias, no solo no habían de aceptar regalos de las personas que se hallaran sometidas a su poder, sino que en general no debían recibirlos de nadie. Estaban, sin embargo, exceptuados legalmente de esta prohibición:

a) Los regalos de comestibles y bebidas y de otras cosas menudas, cuya aceptación no envolvía en realidad un aumento propiamente dicho de bienes. Pero, con el objeto de que por este medio no viniera a eludirse la ley, se fijó el máximo del importe total a que podían ascender tales donativos durante el año que el gobernador ejerciera sus funciones, considerando como punible el traspasar dicho máximo. Era este, a lo menos en los tiempos posteriores, de 10.000 sestercios, igual que cuando se trataba de los honorarios de los abogados. A los subalternos, luego que quedaron sometidos a la ley que nos ocupa, ni siquiera se les permitía aceptar estos pequeños regalos.

b) Los donativos honoríficos que no enriquecieran al que los aceptaba. Sobre todo, era esto aplicable a los dineros dedicados a perpetuar la memoria de los presidentes de las provincias. Pero, a consecuencia de los abusos originados en esta materia de erigir monumentos en honor de los gobernadores, dispuso la ley cornelia que si el dinero en cuestión no se aplicase al objeto a que se le destinaba dentro de un plazo de cinco años, debía ser considerado como una donación ilícita.

c) Tanto la ley *repetundarum* como la ley cincia exceptuaban los donativos hechos por parientes, donativos que, por lo demás, no podían ser muy frecuentes con respecto a los funcionarios provinciales.

2º La apropiación de bienes ajenos, que era lo que constituía la esencia del hurto, también podía ser perseguida por la acción *de repetundis*, pues si bien es verdad que el concepto de la *condictio* suponía el cambio de propiedad, lo que no tenía lugar en el caso de hurto, sin embargo, esa acción se hizo extensiva a la persecución de los ladrones.

3º La extorsión, o sea el acto de obligar a alguno a dar regalos por el miedo a las consecuencias que pudiera producir el no darlos, no figuraba como delito en el antiguo derecho penal; la misma prohibición absoluta de hacer donaciones voluntarias servía para eludir la difícil demostración de que no se había donado libremente, y por lo tanto, los tribunales se limitaban en cierto modo a perseguir los hechos de esta clase que envolvieran alguna deshonra para el Estado. Pero, a lo menos a partir del siglo II después de J. C., y sin que por ello quedara proscrito el procedimiento *repetundarum*, la extorsión fue considerada como un delito independiente; es decir, se formó con ella el delito de *concessio*, de intimidación, consistente en constreñir a alguien a dar o prestar algo, abusando al efecto del poder oficial que el opresor tenía en sus manos.

4º Por el mismo motivo que la extorsión no fue considerada en el derecho romano como un delito especial, tampoco lo fue la corrupción o soborno de los empleados públicos. La aceptación de algún regalo por parte de un funcionario, a cambio de realizar o dejar de realizar algún acto propio de su cargo, solo estuvo sancionada en las antiguas leyes bajo la forma de prohibición general de recibir dinero; al enumerar la ley julia una porción de casos singulares de esta especie, hizo una cosa superflua, por cuanto el motivo a que la percepción del dinero hubiera obedecido no aumentaba la punibilidad del acto, lo cual hubo de cambiarse posteriormente, sin duda, cuando empezó a medirse y graduarse la pena en atención a diversas circunstancias. Tampoco producía efectos jurídicos el hecho de que el elemento de la inmoralidad fuese o no común a las dos partes que intervenían en el soborno; aun cuando al sobornador le pluguiese confesar que el soborno había sido el fundamento de su acto, quedaba autorizado para reclamar del magistrado corrompido la devolución de lo que le había entregado para cometer injusticia. En las leyes de los tiempos posteriores, donde en cierto modo se llegó a considerar como un negocio lícito la compra de los cargos públicos, al soborno se le miraba como un hecho censurable más bien que como punible, y cuando se le calificaba de este último modo, el castigo que por él se imponía era leve.

5º La imposición de nuevos tributos caía bajo la ley *repetundarum*, a menos que se tratase de tributos que el magistrado pudiera pedir fundándose en su poder discrecional. De esta clase era, según la ley julia, el cobro de dinero para coronarse por haber vencido en la guerra, a menos que el Senado hubiera decretado la concesión de los honores del triunfo a algún gobernador de provincia. También era, naturalmente, un delito de esta clase el exigir más impuestos que los consentidos por las leyes vigentes. Lo era igualmente el hecho, mencionado con frecuencia en los tiempos posteriores, de que los subalternos a quienes se encomendaba la misión de recaudar los impuestos y

los emolumentos exigieran más cantidad de la debida. Era requisito necesario en todos estos delitos que los funcionarios que los cometían se enriquecieran personalmente, pues este enriquecimiento constituía la base jurídica de la *condictio*; si los actos en cuestión se hubieran realizado en beneficio del Estado, no caían bajo la sanción de la ley *repetundarum*.

También era aplicable, en los casos de los mencionados delitos, la acción para pedir la devolución de lo entregado. Pero la legislación *de repetundis* contenía además otra serie de prohibiciones que no pueden ser incluídas en el concepto *repetundarum*, y son las siguientes:

1ª Es probable que desde el mismo momento en que a los funcionarios que desempeñaban sus cargos en las provincias se les prohibió aceptar regalos, se les negara también el derecho de practicar dentro del territorio de su mando acto alguno de comercio que no estuviese en absoluto requerido por el cumplimiento de las funciones oficiales; en general, los magistrados no debían enriquecerse en la circunscripción donde mandaban, no ya tan solo por medio de donaciones, sino tampoco por el comercio. Y esta prohibición, que estuvo vigente desde un principio para los magistrados, se hizo después extensiva también a los oficiales subalternos. Si a pesar de semejante prohibición celebraban dichos funcionarios negocios, debía poderse hacer uso contra ellos de la acción de devolución (p. 446); sin embargo, dicha acción no alcanzaba a una gran parte de los actos de referencia.

2ª Como se presumía que los barcos habían de tenerlos para dedicarlos al comercio, les estaba prohibido de un modo especial ser dueños de los mismos a los gobernadores de provincia y a los senadores.

3ª El hacer préstamos con el dinero público en provecho propio era considerado como un hurto de bienes públicos, y como tal entraña dentro del concepto de peculado; pero, si hemos de dar crédito en este punto a CICERÓN, parece que también se le aplicaba la ley *repetundarum*, si bien no podemos pensar que la comunidad romana ejerciera en este caso de coacusadora.

4ª El traspasar un gobernador de provincia los límites de esta.

5ª El licenciar a los legados o enviados de un gobernador de provincia antes que este mismo hubiera partido de ella.

Resulta, pues, de lo dicho que los legisladores se aprovecharon del sistema *repetundarum* para introducir, junto a la prohibición de la extorsión y la concusión, otros muchos y diversos preceptos relativos a los funcionarios provinciales; sin embargo, dicho sistema no llegó a convertirse en una instrucción de carácter general para estos. Contra los excesos cometidos por los gobernadores con las comisiones de honor o de gracias enviadas a los municipios a ellos subordinados, no se

formaba causa a aquellos con arreglo a la ley *de repetundis*, aunque hubieran traspasado el máximo legalmente determinado para los gastos de viaje; tampoco parece que fue considerado como caso *repetundarum* el violar las restricciones dentro de las cuales debían mantenerse los presidentes de las provincias al gravar a sus súbditos con impuestos destinados a los juegos de la capital o a los juegos provinciales. No tenía tampoco esto nada de particular; no era otra cosa sino una aplicación concreta del desarreglo y laxitud que caracterizaba a la legislación de los tiempos posteriores de la República. El delito *repetundarum*, como se desprende de su mismo nombre y como lo exige respecto de él una tradición segura, continuó consistiendo en enriquecerse indebidamente, con motivo de sus cargos, las personas que los ejercían oficial o semioficialmente.

La acción para repetir, en virtud de la ley cincia, contra los procuradores, o con arreglo a la ley *de repetundis*, contra los funcionarios, por el dinero que indebidamente hubiesen recibido, no era otra sino la *condictio*, que Gayo llama *de omni certa re* y que en los libros de derecho que nosotros conocemos es denominada *sine causa*, o bien *ob turpem causam*, y que tenía por objeto pedir la devolución del importe del dinero o valores adquiridos injustamente por los funcionarios o los procuradores, o la prestación de lo equivalente a dicho importe.

Cuando un ciudadano interponía esta acción, entendía de ella el pretor urbano, bajo el formulario establecido al efecto por este, o sea bajo la *legis actio per conductionem*. En un principio, no podían entablar-se tales demandas más que el por procedimiento civil ordinario, como lo demuestra de un modo irrefragable la circunstancia de que hasta la promulgación de la ley acilia era el pretor de los peregrinos quien presidía el tribunal excepcional del jurado establecido por la ley calpurnia, y ante este tribunal no podían entablar demandas los ciudadanos romanos perjudicados por algún funcionario de Roma. Este procedimiento de perseguir los casos *repetundarum* estuvo permitido en todos los tiempos y para todos los hechos de esta índole. La acción contra los abogados, por haber pedido más honorarios de los debidos, no se sustanciaba en la época republicana bajo la forma de *quaestio*, y hasta los tiempos imperiales no se la incluyó entre las que daban lugar al procedimiento *de repetundis*.

Aun después de haber sido creada una pretura propia para los casos *repetundarum*, no les estaba prohibido a los romanos legalmente entablar la acción por el procedimiento dicho. Más tarde, si bien es cierto que los ciudadanos no llevaban, por regla general, las *condictiones* de que se trata ante el alto tribunal *repetundarum* por jurados, y, por lo mismo, se consideraba a este como un tribunal apropiado para otorgar protección a los miembros de la confederación y a los extran-

jeros, y si bien es cierto, por otra parte, que las víctimas de los delitos de extorsión cometidos por los funcionarios eran casi siempre individuos no ciudadanos, sin embargo, también lo es que los ciudadanos podían a menudo encontrar inoportuno o molesto el hacer uso de las formalidades comunes para sus demandas. Por lo demás, el carácter del procedimiento no cambiaba porque entre los perjudicados por los funcionarios y entre los que entablaran la correspondiente acción contra estos hubiera ciudadanos romanos. En la época del Imperio fue cuando, a consecuencia de haberse extendido el derecho de ciudadano y el de entablar demandas, perdió el procedimiento *repetundarum* su carácter predominante de procedimiento para los miembros de la confederación de ciudades latinas.

Los no ciudadanos podían, sin duda, hacer valer sus derechos en la manera dicha por el procedimiento ordinario; pero también podían hacer uso de otra forma de demanda, forma que, aun cuando por su propia índole pertenecía al derecho privado, era, no obstante, una forma más grave, y de ella hubo de surgir luego el procedimiento criminal; de esa forma vamos ahora a ocuparnos. Ya en el libro tercero hemos estudiado los diferentes momentos que la constituyen, que fueron los que predominaron en general en el procedimiento criminal de tiempos posteriores; sin embargo, parece muy conveniente recapitular aquí con la brevedad posible las particularidades del procedimiento *repetundarum*.

1º La interposición de la acción tenía lugar, según las dos más antiguas leyes *de repetundis*, por medio de la fórmula generalmente entonces empleada para los juicios privados, o sea la de la *legis actio sacramentum*. La tercera ley *de repetundis*, la ley acilia, fue la primera que remplazó esta fórmula por la *in ius vocatio* o la *nominis delatio*, es decir, por la conducción del acusado ante el magistrado (p. 249), o también por la simple entrega de la acción (p. 251). Las pesquisas que pudiera ser preciso hacer en algunos lugares con el objeto de proporcionarse medios de prueba, debían practicarlas, durante la época de la República, los representantes del perjudicado, y durante el Imperio, el perjudicado mismo (p. 255-256).

2º Todos los procesos de la misma especie, preparatorios de esta *quaestio* y que se entablaran contra el mismo magistrado, solían acumularse en uno solo para sustanciarlos a la vez (p. 443-444); mas a diferencia de lo que pasaba en el procedimiento privado, la ley tenía, sin duda, prescrita semejante acumulación para todas las causas *de repetundis* entabladas contra el mismo magistrado; de hecho no era tampoco posible que pasara otra cosa, dado que el procedimiento de que se trata era muy largo y prolijo, y exigía a menudo la cooperación y la asistencia de cierto número de hombres importantes por una serie

de días. Al que no pudiera o no quisiera acudir a este procedimiento, le quedaba libre el ejercicio de la acción privada.

3º Se dispuso que el número de los jurados que habían de intervenir en estas causas colectivas o acumuladas fuese mayor que en las demás, y en lo sucesivo dejó de darse a los individuos que funcionaran en ellas como tales jurados el nombre inferior de recuperadores, cambiándoseles por el título completo de *iudices*; y el magistrado ante quien se interponía la acción no solo quedaba autorizado para instruir las correspondientes diligencias sumariales, como pasaba en el procedimiento privado regular, sino también para dirigir las discusiones y disponer la votación. Este magistrado era, tanto según la ley calpurnia como según la junia, el pretor de los peregrinos; más tarde, probablemente por prescripción de la misma ley acilia, se estableció un pretor especial para esta clase de causas.

4º El procedimiento *repetundarum* conservó su carácter de procedimiento privado aun después de experimentar las referidas modificaciones que lo hicieron subir en categoría, puesto que en él contenían entre sí las partes, la perjudicada y la causadora del perjuicio, mientras que en los posteriores *iudicia publica*, aun cuando formalmente se ponían el actor y el demandado el uno frente al otro, sin embargo, no había en realidad partes propiamente dichas desde el momento que el actor comparecía en concepto de representante de la comunidad. Pero también en las causas *de repetundis* el perjudicado se servía de un representante, y por lo mismo intervenía personalmente en ellas menos de lo que intervenía en los juicios privados propiamente dichos; pues la acumulación de las diversas acciones se hacía extensiva a la representación, y el nombramiento del representante dependía, más aún que de los demandantes, del magistrado que presidía el tribunal, por lo cual los patronos demandantes podían ser también considerados como representantes de la comunidad romana. Al patrono, pues, se le denominaba unas veces representante (*actor*, y también *cognitor*) del perjudicado demandante, y tal fue el nombre que predominó en los primeros tiempos, y otras veces se le llamaba *accusator*, o sea representante de la comunidad, habiendo llegado a ser esta última denominación la ordinariamente empleada en los tiempos posteriores.

5º En caso de que se reunieran varios de los procesos que nos ocupan, podían sustanciarse unos después de otros, o bien acumularlos y hacer que las partes presentaran sus alegaciones con respecto a todos ellos a la vez. Es difícil que las leyes determinaran cosa alguna tocante al particular, sino que esto se dejaba encomendado más bien al arbitrio del procurador y del presidente del tribunal; la práctica, sin embargo, o por lo menos la preponderante, fue también aquí el acu-

mular en una sola causa todas las reclamaciones que se hicieran por medio de acciones especiales y concretas (p. 273-274).

6º Como en el procedimiento privado regía la regla según la que era preciso que la condena consistiese en una cantidad fija y determinada de dinero, cuando se hubiera entablado una acción por la que no se pidiera desde luego una suma fija y concreta, si el actor llegase a vencer el pleito, el jurado tenía que dar un veredicto doble: en primer lugar, había de resolver afirmativamente acerca de la acción o petición entablada, y en segundo término, tenía que determinar el importe en dinero de lo que el actor hubiera de recibir, determinación que en Roma se llamaba tasación del objeto litigioso, *litis aestimatio*. La ley calpurnia disponía que, para que una reclamación dirigida contra todos los bienes de una persona por causa *repetundarum* pudiera ser hecha mediante la *condictio* establecida por la ley silia para las deudas líquidas, se hacía preciso que todo el objeto de la reclamación se valorara en dinero (*omnis certa res*). Claro es que de este modo se desnaturalizaba de hecho la relación. Si en el juicio privado ordinario no solía haber más que un actor, siendo excepcional el caso en que se ventilaran en él diferentes reclamaciones, y de todos modos el objeto de la demanda estaba siempre definido con anticipación en la fórmula, en cambio en los procesos *de repetundis* se englobaban las peticiones de distintos y con frecuencia numerosos demandantes, sin haberlas definido previamente, a pesar de lo cual los jurados habían de votar solo una vez tocante a la cuestión de hecho y sin referirse a las diversas peticiones concretas, de modo que solamente había de afirmarse o negarse una vez que el acusado había recibido dinero. Claro está que de esta manera la *aestimatio*, que no era en esencia otra cosa sino un cálculo de lo que valía la reclamación entablada, venía a quedar de hecho trasladada al momento mismo en que se afirmaba la existencia de cada una de las reclamaciones. Para subsanar este defecto, inherente al sistema mismo, se arbitró en la práctica un recurso, consistente en permitir al tribunal del jurado que, después de haber dado una contestación afirmativa a la cuestión general de hecho, discutiera y fijara en un segundo acto el importe de cada reclamación concreta. En la época republicana era siempre el mismo tribunal el que pronunciaba la condena y hacía la estimación. En el procedimiento consular-senatorio de la época del Imperio varió esto, a causa sin duda de que al Senado no se le podía exigir que fijara el importe de las diversas reclamaciones. En tales casos se encomendaba a un tribunal de recuperadores que hiciese la estimación, después de haber sido resuelta la cuestión de hecho por el jurado, o cuando el acusado se hallare confeso.

7º Si entablada la acción de repetición hubiera recaído sentencia favorable a los perjudicados, la ejecución de la misma habría de lle-

vase a cabo para todos ellos a la vez, del propio modo que se acumulaban todas las acciones. Esta ejecución correspondía a la comunidad romana. Antes que el tribunal procediese a la estimación o liquidación, era preciso que el condenado prestase fianza al Tesoro romano de satisfacer todas las reclamaciones dirigidas contra él y por todo el importe que a las mismas señalase previamente dicho tribunal. Hecha la liquidación, se entregaba a cada uno de los demandantes el importe de lo que le correspondiera, tomándolo del depósito hecho antes por el condenado. Aquí es donde especialmente se presenta el proceso *repetundarum* como cosa propia de la comunidad romana, reconociéndose la misma como responsable, hasta cierto punto, de los daños que sus propios funcionarios hubiesen inferido y librando a los demandantes de la carga de ser ellos mismos los encargados de ejecutar privadamente las sentencias, ejecución difícil y gravosa, sobre todo cuando se tratara de demandantes extranjeros.

8º Al condenado que no estuviera en situación de prestar fianza en la forma dicha, se le trataba lo mismo que al deudor insolvente. Que en el siglo último de la República se aplicase a estos deudores de la comunidad todo el rigor que en el antiguo derecho se empleaba con los que tenían deudas, y con especialidad la *addictio* y la prisión por deudas, es cosa que por lo menos no nos es posible demostrar. Pero la ley *acilia* ordenaba el embargo y la venta de los bienes del deudor y el pago con su producto a los acreedores en proporción al importe obtenido de la venta (véase el párrafo anterior, en esta misma página). Igual procedimiento se seguía cuando el acusado muriera pendiente la causa y los herederos no quisieran aceptar la herencia (p. 45, vendiéndose entonces el patrimonio del muerto, no seguramente como una masa de bienes sujeta a concurso, sino en la peor situación en que pudiera hallarse un patrimonio, o sea como una herencia abandonada. De igual modo, si el culpable perdiese su derecho de ciudadano antes de la condena (p. 48-49) con el fin de librarse de la exoneración a que personalmente se le había de someter, la comunidad vendía también sus bienes.

La *condictio* no comprendía más que la restitución de lo indebidamente adquirido. Esta misma cualidad conservaron la acción de que ahora se trata las leyes *calpurnia* y *junia*; limitábase, pues, dicha acción a pedir la simple devolución de lo entregado.

Cayo Graco hizo de la acción de restitución una acción penal y dispuso que al condenado por *de repetundis* se le impusiera la misma pena que al ladrón, o sea la de restitución del doble. Fue ello un efecto de la apasionada conducta de los grandes adversarios de la aristocracia y de su corruptibilidad y avaricia exageradas; pero como quiera que la esencia o los elementos constitutivos de este delito continuaron

siendo los mismos, y hasta quizá se considerara que caía dentro de su concepto la simple aceptación de regalos crecidos, la cólera hizo ahora, como siempre, que no se respetaran las exigencias éticas del derecho.

Sobre la manera como posteriormente se penara el delito *de repetundis* sabemos poco que merezca ser mencionado. La ley servilia no dulcificó la penalidad que señalaba la ley acilia; esto no necesita demostración. Tampoco puede haber duda, aun cuando carezcamos de documentos acreditativos, de que al verificarse la reacción de Sila contra la democracia de los Gracos volvió a quedar en vigor la restitución simple en vez de la del doble. Carecemos de toda clase de testimonios respecto a la pena que pudiera señalar la ley julia; las fuentes jurídicas justinianas no hablan de múltiplo alguno, pero esto podemos explicarlo por la completa transformación que sufriera el delito que nos ocupa en los tiempos posteriores del Imperio, si bien puede perfectamente suponerse también que las disposiciones de Sila tampoco dejaran en vigor múltiplo alguno.

Augusto decretó la restitución cuádruple para el caso de que un procurador traspasara el límite de los honorarios permitidos, y en diferentes constituciones imperiales de la época posterior a Constantino se encuentran preceptos análogos relativamente a los funcionarios. Estas varias disposiciones especiales no permiten concluir que se volviera al sistema general *de repetundis*.

La disminución de los honores no se compadecía con la *condictio*, y las antiguas leyes *repetundarum* tampoco privaban del *ius honorum* a los condenados por este delito; lo propio parece que cabe decir aun con respecto a la ley acilia. Por el contrario, la ley servilia dispuso que la condena por *de repetundis* llevara aneja la pérdida de los derechos políticos. Es probable que Sila aboliera esto, pero César lo restableció. Tampoco en los primeros tiempos del Imperio llevaba consigo penas propiamente dichas, penas de carácter criminal, la condena por *repetundis*, aunque sí, en cambio, la incapacidad para conservar los cargos públicos o sacerdotales que uno tuviera y para ocupar otros nuevos, para ocupar un puesto en el Senado, para funcionar de jurado, de representante de otro en juicio y de testigo en actos públicos. Como al Senado no le obligaban las leyes, a veces, por excepción, al dictar la sentencia condenatoria *repetundarum* prescindía este cuerpo de la pena privativa de los derechos honoríficos.

No tenemos noticia de ninguna otra pena, más que de esta pena política, para los casos, relativamente numerosos, en que, tratándose de delitos que cayeran bajo la jurisdicción de la ley *de repetundis*, no fuera posible hacer efectiva la obligación de restituir o indemnizar.

Con arreglo a estas normas se sustanciaron las causas *de repetundis* tanto durante la época republicana como en el primer siglo del Impe-

rio. Las consecuencias de las condenas por estos delitos no tenían, legalmente, verdadero carácter penal; sin embargo, aun en el caso de que la condena fuera a la simple devolución del tanto, producía, por regla general, efectos sobre los derechos de ciudadano del reo. Ya desde un principio se originaban estas causas, no por meras inconveniencias o irregularidades, ni por actos injustos de pequeña importancia, sino por grandes extorsiones o exacciones, que, de llegar a realizarse, servirían para fundar fortunas colosales, pero que, en cambio, si sus autores fracasaban, quedarían hundidos con solo la obligación de restituir el tanto. No era precisamente la pena misma la que producía tales efectos, sino el concurso de acreedores a que, de hecho, daba ella lugar, ordinariamente. El acusado podía, legalmente, apartarse de la ciudadanía de la comunidad dominante y dejar de formar parte de ella, con lo que perdía su existencia política; ya antes de la ley calpurnia acontecía esto gracias a los veredictos de los recuperadores, y desde esa ley no era otro el fin que regularmente tenían las condenas *repetundarum*.

A mediados de la época imperial cambiósese el carácter del procedimiento. En estos delitos de los empleados públicos es donde principalmente pudo tener aplicación la facultad que correspondía a los más altos tribunales para fijar a su arbitrio la pena que había de imponerse. Poco a poco se fue haciendo general en esta materia el uso de señalar los tribunales la pena a discreción suya; y tratándose del delito *de repetundis*, para el cual se empleaba unas veces el antiguo nombre, y otras, como ya hemos dicho (p. 447), el de *concessio*, esto es, el correspondiente a la verdadera extorsión, hubo de prescindirse de toda regla, aunque lo general era siempre aumentar la pena, imponiendo principalmente la de extrañamiento o deportación y la de confiscación, con lo cual se hacía imposible el ejercicio de la antigua acción de repetición o devolución de lo entregado. Prescindimos de hacer mención de las numerosas reglas penales especiales que en los tiempos posteriores se dieron para los casos que ahora nos ocupan, y entre las cuales no faltan las que imponían pena capital.

Era de esencia de la *condictio* el poderla entablar contra los herederos de la persona que indebidamente hubiese recibido dinero, siempre que ya no se hubiera hecho uso de ella contra esta persona misma y siempre que no se pidiera más que la restitución simple. Si el derecho de los tiempos posteriores permitía pedir mediante dicha acción la entrega del múltiplo, sobre lo cual existen dudas (p. 453-454), y si semejante derecho era posible ejercerlo, con la extensión que acabamos de referir, aun contra los herederos del acusado, preciso es que miremos tal circunstancia como una singularidad del delito que nos ocupa.

Una de las características especiales de este procedimiento era que, apartándose del concepto de la *condictio* y de la acción *de repetundis*, podía hacerse aplicación de él en contra de aquellas personas que se hubieran aprovechado de la adquisición ilícita. Semejante circunstancia era ajena a las tres primeras leyes *repetundarum*, y no fue añadida hasta la promulgación de la ley servilia. No se podía acudir a tal recurso sino cuando se hubiera demostrado ser insolvente el condenado, y se utilizaba contra toda persona que por cualquier motivo hubiese recibido dinero procedente de los bienes del acusado, incluso contra los acreedores a quienes este mismo hubiese satisfecho su deuda; el objeto de la acción era recobrar el importe de lo entregado. Una vez que la insolvencia del deudor principal hubiese llegado a ser conocida, ya durante el proceso, ya después de él, los mismos jurados que hubiesen fallado el negocio principal conocían de las demandas de repetición entabladas contra las terceras personas que hubiesen recibido dinero de dicho deudor. Pero ya este segundo juicio no era considerado como juicio *repetundarum*, y por consiguiente, ni estaba sometido a restricciones fundadas en la clase o condición social de las personas, ni en caso de condena producía esta el efecto de mermar al condenado sus derechos políticos. Era también otra consecuencia la de que las cosas adquiridas contraviniendo a la ley *de repetundis* no podían ser objeto de usucapión, de igual modo que los robadas, pudiendo por lo tanto, entablarse la reivindicación contra cualquier poseedor de ellas, incluso contra el de buena fe.

No había reglas especiales para la prescripción de la acción de repetición; hasta tiempos muy adelantados no se encuentra el precepto jurídico según el cual era preciso entablarla dentro del término de un año después que el funcionario hubiese cesado en su cargo. Pero contra los herederos tenía que ejercerse dentro del plazo de un año después de muerto el causante de la herencia.

CAPÍTULO VIII

SUSTRACCIÓN DE LA PROPIEDAD

(*furtum*)

Vamos en este capítulo a hacer el estudio del delito consistente en apropiarse la propiedad ajena, o sea de lo que los juristas romanos llamaban *furtum*, y al cual nosotros no podemos menos de dar también esta denominación, por más que el hurto del derecho moderno solo aproximadamente corresponde al *furtum* romano, supuesto que este último abarcaba también las distracciones e interceptaciones.

Distinguiremos las siguientes clases de *furtum*:

- 1º Hurto en general y, sobre todo, de bienes privados.
- 2º Hurto entre cónyuges (*actio rerum amotarum*).
- 3º Hurto de bienes pertenecientes a los dioses (*sacrilegium*) o al Estado (*peculatus*).
- 4º Hurto de cosechas.
- 5º Hurto cualificado de la época imperial.
- 6º Hurto de herencias.

El derecho romano no consideró al hurto violento, o sea al robo, como un delito independiente, sino que, sin excluirlo del concepto general del *furtum*, lo incluyó entre los delitos de coacción (p. 413 y ss.), concediendo para perseguirlo, ora la acción de homicidio, en el caso de salteamiento o robo en los caminos (p. 399 y ss.), ora la de daño violento en las cosas. Incluimos también en este capítulo, a manera de apéndice, el robo de hombres o usurpación del derecho dominical (*plagium*), delito este que, sin embargo de ser afín al hurto, no lo es en realidad.

I.—Hurto de bienes privados

Las palabras *fur*, que en griego es $\phi\acute{\omega}\rho$, literalmente «el que lleva algo», y *furtum*, la sustracción y lo sustraído, solamente tenían

aplicaciones de índole penal y significaban la apropiación ilegítima. En sentido técnico, estas expresiones no se usaban sino aplicándolas a la apropiación de los bienes privados; pero la apropiación de los bienes de los dioses, llamada técnicamente *sacrilegium*, y la de los bienes del Estado, que se decía técnicamente *peculatus*, casi no se diferenciaban del *furtum* privado más que en la nomenclatura, y aun a la apropiación de bienes del Estado se le daba no pocas veces el nombre de *furtum pecuniae publicae*. De lo primero de que vamos a ocuparnos es de las prescripciones legales relativas al hurto de los bienes privados.

Considerada esta acción por causa de delito bajo el respecto legislativo, tenemos que la primera ley que se ocupó de ella, igual que de todas las acciones procedentes de delito reconocidas por el derecho privado, fue la ley de las Doce Tablas, la cual mandaba que el pretor urbano fuese el que regulase las acciones; también se añadieron otras disposiciones, sobre todo la que prohibía la usucapión de lo hurtado, por acuerdo del pueblo en Comicios y por mandatos del Senado y de los emperadores. De otros detalles tocantes al particular hablaremos luego, especialmente al ocuparnos del procedimiento y de las penas en este delito.

Vamos ahora a examinar con detención los criterios relativos a la esencia o elementos que constituyen el delito que nos ocupa, criterios que en lo esencial son iguales que para el hurto de cosas privadas para todas las demás categorías del *furtum*, y consisten en la apropiación de una cosa mueble que se hallare en propiedad ajena, a fin de lograr el enriquecimiento propio y con perjuicio de un tercero.

1º La apropiación de la cosa se llamaba en términos jurídicos tocamiento, manoseo: *attrectare, contrectare, attingere*; pero esta expresión, usada en el lenguaje jurídico ordinario, no se aplicaba al hurto. Para el cual se empleaban en general las palabras *amovere, auferre, tollere, expilare, compilare*; además, para el caso de que se hiciese uso de violencia, estaba la voz *rapere*, y para el de apropiación clandestina, además de los términos *clepere, subripere, subtrahere, sublegere*, ya anticuados, se empleaban, mediando interceptación, los de *intercipere, intervertere, avertere, in rem suam vertere*. Ninguna de estas maneras usuales de designar el hurto tenía valor técnico, y, por consiguiente, no es menester que nos detengamos a explicar el significado y matiz de todos estos sinónimos jurídicos; tanto menos, cuanto que de ellos se hacía uso también en parte tratándose de otras acciones y relaciones, v. gr., *auferre* y *avertere* se referían también al concepto de delito *repetundarum*. Los jurisconsultos romanos sustituyeron la voz «manoseo» por la de «sustracción», porque el derecho no castigaba la tentativa de hurto como tal tentativa, y, por lo tanto, se estimaba conveniente anticipar el elemento de la consumación, considerando ya consumado el

hurto son solo tocar la cosa, sin necesidad de llevársela. Para el concepto de «tocamiento» eran valederas y aplicables las reglas generales relativas a la posesión y a la detentación, así que, por ejemplo, el pastorear los frutos del campo, el depositar la cosa hurtada en el domicilio del ladrón y, en general, todo acto por el que uno viniera a lograr la mera tenencia de la cosa, se equiparaba al manoseo o tocamiento; sin embargo, siempre había de existir un hecho determinado que constituyera a la persona en poseedor, de manera que al que por cualquier circunstancia se hallara ya en posesión o en tenencia material de la cosa no se le podía considerar como ladrón, sino cuando de nuevo se apoderase de esta con conciencia de que delinquía. Todo manoseo semejante que se hiciera después de la cosa robada se juzgaba ser un hurto repetido, lo cual podía tener trascendencia, especialmente para computar el valor o importancia de lo hurtado. Se reputaba haber apropiación de una cosa, no solo cuando se apoderaba alguno de las que se hallaran en posesión legítima de otro, sino también cuando se extralimitara delictuosamente en el derecho que de usarlas le correspondiera, sobre todo cuando el propietario hubiera concedido a un tercero la posesión o tenencia de alguna cosa, y el poseedor no hiciera de esta el uso que se le hubiera fijado o el que racionalmente debiera hacer. Por el contrario, no había hurto cuando no existiera ataque a cosa ajena. No entraban, pues, dentro de aquel concepto: la calificación engañosa de algún objeto; el constreñimiento verificado sobre alguien para que prestase un servicio o adquiriese alguna obligación; el dar otro empleo distinto del convenido a los valores o el metálico entregados en propiedad a una persona por voluntad de quien hasta entonces hubiera sido su dueño; finalmente, la extorsión. Estos actos no convienen con la forma como se había de cometer el delito, según lo concebía el derecho. «Sustractor» era tanto aquel que se apoderaba de una cosa por la fuerza, como el que se la apropiaba clandestinamente y sin que lo supiera su propietario. Es verdad que ya a fines de la República no se daba en los discursos ordinarios el nombre de *furtum* más que a la apropiación por la fuerza, aproximándose, por lo tanto, a la idea que hoy tenemos de tal delito; pero la ciencia del derecho no fue obedecida, y la apropiación violenta fue considerada siempre como hurto, aun después que se la empezó a castigar en todo caso como delito de coacción (p. 413 y ss.). Por el contrario, puede muy bien cuestionarse si, según la primitiva concepción de este delito, era o no un requisito para que el hurto existiera el que la cosa hurtada hubiese sido trasladada de un lugar a otro. Proviene tal duda, no solo de la denominación que se aplicaba al hecho delictuoso que nos ocupa, sino también de las prescripciones de la ley de las Doce Tablas, en virtud de las cuales a los que se apropiaran dinero recibido en de-

pósito o perteneciente a los pupilos cuya tutela tuvieran, se les castigaba con una pena especial igual a la señalada para el hurto ordinario, o sea la del duplo. Pero el derecho de los tiempos posteriores aplicó el concepto del hurto, tanto a la apropiación o distracción de fondos recibidos en depósito, como al hecho de que una persona que no tuviere facultades para ello tomase las cantidades con que otra pretendiera pagar un préstamo o una deuda, como también, en general, a cualquier otro acto en que concurriera la *contrectatio* delictuosa juntamente con los demás requisitos indispensables para que el delito existiera.

2º El *furtum* no podía recaer más que sobre cosas muebles, incluyendo entre estas las que estuviesen separadas de los inmuebles, así como también a los hombres libres que según la concepción jurídica antigua se hallaban en propiedad de alguna persona, y según el derecho de los tiempos posteriores estaban sometidos a la potestad doméstica. No podían ser objeto de *furtum* las cosas que no pudieran hallarse sometidas a propiedad, o que de momento tan solo no lo estuvieran, verbigracia, las mujeres no sujetas a potestad, todas las cosas sin dueño, las abandonadas y las que perteneciesen a una herencia sin aceptar. La imposibilidad de que los inmuebles fueran objeto de *furtum* no era racional, supuesto que estos bienes eran tan susceptibles de ser apropiados indebidamente como los muebles, sin que lo estorbaran dificultades de ninguna clase, ni de orden teórico, ni de índole práctica; y en efecto, el derecho civil concedía a los inmuebles una protección judicial análoga a la derivada de la acción de hurto. La primera protección jurídica que se otorgó al que se viera desposeído violentamente de su casa y su patio fue el interdicto posesorio dado por el pretor, interdicto antiguo, sí, pero no primitivo. Si una persona se encontrara privada de la posesión de sus inmuebles porque otra se los hubiera quitado por medios no violentos, se encontraba desamparada del todo; aun el derecho de tiempos bastante adelantados no le concedía, en general, recurso alguno para readquirir la posesión dicha, siendo más que dudosa la existencia de un interdicto posesorio paralelo al interdicto de deyección, antes mencionado, y cuya finalidad consistiera en reintegrar en la posesión de sus bienes inmuebles al que hubiera sido privado de ellos por modos no violentos; la proposición que hacía Masurio Sabino para que se hiciese extensivo el concepto del hurto a los inmuebles siquiera en este caso no llegó a ser aceptada y realizada. Igual conducta siguieron los romanos en el derecho sacral y en el público. La apropiación de cosas muebles que estuviesen colocadas en los sepulcros se consideraba como caso de sacrilegio; en cambio, para el caso, mucho más importante, de que lo apropiado indebidamente fuera el sepulcro, el derecho civil no concedía acción al-

guna al perjudicado, y la primera forma de protección jurídica al efecto hubo de concederla el pretor por medio de su edicto. El hurto de bienes del Estado recibió y conservó el nombre que se había atribuido al de animales pertenecientes a la comunidad; pero la apropiación indebida de bienes públicos no se hallaba protegida por ninguna clase de acción penal, a pesar de la extraordinaria importancia práctica que tal hecho revestía. La causa de haberse limitado el concepto del *furtum* a las cosas muebles —limitación que la etimología de la palabra nos prueba que arrancaba desde los orígenes— es menester buscarla, sin duda alguna, en lo siguiente: que en aquellos tiempos durante los cuales se estaba constituyendo y afirmando el orden jurídico, aun no era conocida en general la propiedad privada de los inmuebles; en las primitivas disposiciones dadas para perseguir el hurto, se ve con gran claridad, como se ve igualmente en otras varias cosas y relaciones, que en los orígenes no había propiedad privada más que sobre los «esclavos y animales».

3º La apropiación de lo ajeno había de ir encaminada al enriquecimiento ilegítimo del que la llevaba a cabo, debiéndose tomar la idea de enriquecimiento en un sentido amplio. Tal era el requisito del dolo punible, característico del hurto, y por el cual se distinguía este de los otros dos delitos privados, daño en las cosas (*damnum iniuria*) y ofensa personal (*iniuria*). En las fuentes no encontramos mencionada ninguna forma excepcional de apropiación, tal como la que existe en los casos de homicidio y de coacción y como la que quizás podemos pensar también aquí en el caso de estado de necesidad. Siempre que la apropiación se hubiese verificado sin la debida conciencia de que era ilegítima, aun cuando ello fuese debido a un error, quedaba excluido el hurto; por el contrario, el hurto existía cuando el agente tuviese realmente conciencia de lo ilegítimo de su proceder, pero no sabía quién era la persona cuyos derechos violaba.

4º La apropiación indebida no era punible sino cuando hubiera causado algún daño a un tercero en sus bienes. La acción de hurto, lo mismo si se refería a bienes de particulares que a los de los dioses o a los del Estado, no se fundaba en la culpabilidad moral del ladrón, sino en el hecho de haber sufrido el perjudicado un daño en sus bienes contra su propia voluntad; por lo tanto, no había hurto si no existía daño (v. gr., cuando uno se apropiaba una cosa suya, como si el deponente se apoderaba del depósito), o si existiendo, se hubiera producido a ciencia y paciencia del directamente perjudicado. En cambio, el daño queda producido en el momento de la *contractatio*, y no se deshace jurídicamente en el caso de que la cosa vuelva a poder de quien la tenía, aunque la devolución tuviera lugar *incontinenti*.

Como quiera que el delito de hurto tenía como supuesto indispensable el haber causado daño, claro es que la mera tentativa de hur-

tar no caía bajo la ley relativa al hurto; siendo de advertir, sin embargo, que en dicha tentativa podía contenerse una *iniūria*. Hay que tener aquí presente, sin duda alguna, que, según ya queda indicado, la consumación del hurto se verificaba, por el respecto jurídico, no en el acto de llevarse la cosa el ladrón, sino en el momento de tocarla.

La acción de hurto podía interponerse contra todo el que hubiera cometido la apropiación dicha, aun contra el mismo propietario o el poseedor de la cosa, siempre que estos al apropiársela indebidamente hubieran causado algún perjuicio al derecho real de alguien, ya al poseedor de buena fe, ya también al que no disfrutara más que del mero derecho de tenencia de la cosa (p. 459). Podía entablarla todo el que resultara perjudicado con la referida apropiación, de manera que a menudo correspondía ejercerla a diferentes personas a la vez. Según esto, tenían derecho a interponer la acción, por hallarse interesadas en el hurto, las siguientes clases de personas:

a) Por regla general, el primer interesado en el hurto era la persona a quien perteneciera en propiedad la cosa hurtada. Pero este interés desaparecía, y por lo tanto, desaparecía igualmente el derecho de entablar la acción, cuando un tercero, solvente, hubiera prestado fianza por el hurto y el propietario hubiese hecho uso de ella.

b) Estaba también interesado en el objeto robado el tenedor de algún derecho real sobre el mismo, como el usufructuario y el acreedor prendatario.

c) Lo estaba igualmente, por tanto, el poseedor de buena fe. El de mala fe tenía, sin duda, interés en el hurto, pero, por regla general, se le negaba el derecho de interponer la acción.

d) También lo estaba el detentador de la cosa robada, siempre que de la tenencia de la misma le resultara alguna ventaja, o de la pérdida algún perjuicio.

e) Aquel que tuviese derecho a pedir la entrega de una cosa específica e individualmente determinada, podía sin más entablar la acción de hurto contra el que la hubiese robado o, por lo menos, reclamar del que tuviera derecho a hacer uso de la acción, que la interpusiera.

El hurto podía ser cometido por muchas personas a la vez. La fórmula usual de la demanda, a saber «del hecho y del consejo», se aplicaba probablemente, no tan solo a los instigadores y a los cooperadores o auxiliares, sino también a los autores propiamente dichos. En general, para los casos de codelincuencia servía de guía el principio según el que el delito como tal era indivisible, principio que, según veremos, fue también el que sirvió de regla para la punibilidad. Tocante a la participación de varias personas en un mismo hurto, se aplicaban en los casos concretos las siguientes particularidades:

1ª Para que pudiera afirmarse la participación de varias personas en un mismo hecho, no era necesario que el acto de cada una de ellas presentara figura definida de delito, bastando con que fuese punible el ejecutado entre todos, v. gr., cuando entre varios ladrones se llevan una cosa que uno solo no hubiese podido manejar. Sin embargo, en el caso de fuga de esclavos este principio no podía tener aplicación completa.

2ª La instigación y el auxilio, sin que existiera una verdadera contrectación, solamente eran punibles, igual que el hurto mismo, cuando este hubiera sido consumado; pero, por otra parte, podían tales actos ser objeto de sanción penal, aun cuando existiera algún obstáculo jurídico que impidiese ejercer la acción de hurto contra el ladrón, v. gr., cuando fuese un esclavo quien, por consejo de otra persona, hubiera robado a su señor. El saber qué actos podían ser considerados como instigación y auxilio era más bien una cuestión de hecho que de derecho.

3ª Si un esclavo hubiera cometido el delito por mandato de su señor, ambos eran considerados como autores. Posteriormente, en el caso de que un esclavo hubiera ejecutado el delito con conocimiento previo del señor, era este considerado como codelincuente, si hubiera podido impedirlo (p. 70).

4ª Cuando varios esclavos pertenecientes al mismo dueño hubieran ejecutado un hurto en común, el señor podía estorbar el que se ejecutara la acción penal noxal contra cada uno de los esclavos, pagando una sola vez al perjudicado la pena pecuniaria correspondiente (p. 70).

5ª En el caso de que alguno de los empleados en un barco o en una posada hubiese cometido un hurto, y el autor de este fuera esclavo del dueño del barco o de la posada, dicho dueño tenía que responder del delito por medio de la acción noxal; si el delincuente fuera un hombre libre o un esclavo ajeno, el dueño del barco o de la posada respondía como coautor (p. 71).

6ª Cuando la servidumbre del arrendatario de los impuestos se hubiera hecho culpable de un hurto, el dueño de aquella, a petición del demandante, debía presentar a los acusados, si vivieren; y si no podía o no quería hacerlo, perdía el derecho de entregarlos en noxa.

7ª El encubrimiento, es decir, la ocultación y la utilización de las cosas robadas, no caía dentro del concepto de la codelincuencia, tal y como este quedó fijado desde bien pronto; en realidad, ya las Doce Tablas consideraron como distinto del hurto a este hecho, y según diremos muy pronto, al tratar del procedimiento y de la pena que se le aplicaban, lo conceptuaron como un delito independiente al que dieron el nombre de «hurto interceptado» (*furtum conceptum*), el cual

solamente existía en el caso de que los bienes robados hubieran sido hallados en una casa, en virtud de un registro legal realizado al efecto. No obstante, por lo menos la denominación de hurto se había hecho ya entonces extensiva a esta forma del encubrimiento; de otro lado, si en el antiguo derecho de ciudad, donde el concepto de los hechos punibles estaba perfectamente definido, había sido posible dejar impune el encubrimiento cuya existencia hubiera sido demostrada por otros medios que los que acabamos de mencionar, tal estado de cosas no podía ya ahora seguir subsistiendo, por ser incompatible con el derecho público que más tarde se había venido desarrollando; nada de extraño tiene, pues, que en tiempos posteriores la receptación y el aprovechamiento de objetos robados se considerasen como actos de auxilio para la comisión del delito de hurto, y que a sus autores se les castigase como a los de hurto, aun en el caso de que no hubiera suficientes testimonios expresos que demostraran su participación criminosa.

Ocupémonos ahora del procedimiento que se seguía para perseguir el hurto de cosas privadas y de la penalidad del mismo. En este delito, al revés de lo que sucedía en los de perduelión y homicidio, no se trataba de castigar a los reos por su culpabilidad moral, sino de dar la satisfacción debida a los damnificados, ora permitiendo el ejercicio de la venganza, ora reparando el daño causado.

Era un trámite preparatorio del procedimiento por hurto, a la vez que particular del mismo, el de realizar una pesquisa doméstica en busca del objeto robado. Requisito previo al efecto era el de que el actor determinase siempre con entera exactitud la cosa que se iba a buscar, dando sus señas y su nombre con toda claridad. Las doce Tablas tenían señalada una forma para hacer el registro: la persona robada, sin más vestido que un delantal (*licium*), y teniendo un plato (*lanx*) en la mano, penetraban en la casa donde sospechaba que había de hallarse la cosa sustraída, a fin de hacer un registro en ella. Además de este procedimiento, que según parece se hallaba todavía en uso en la época imperial, aun cuando con algunas modificaciones, solía en los tiempos posteriores solicitarse el registro doméstico ante el magistrado, el cual designaba a un subalterno del tribunal para que acompañase al robado en sus pesquisas. El que prohibiese el registro de su casa o se negara a devolver el objeto encontrado en ella era equiparado, por el edicto del pretor, al autor de hurto, y como a tal se le castigaba, empleando por cierto la forma más grave de hacerlo, autorizada por el derecho privado. Posteriormente decayeron estas acciones privadas y fueron sustituidas por penas pecuniarias de carácter público.

El hurto de bienes particulares era uno de los delitos que podían ser perseguidos a instancia de parte. El procedimiento se sustanciaba

interponiendo el perjudicado la acción ante el pretor conforme a las reglas del derecho privado, lo cual verificaba en un principio verbalmente, por medio del *sacramentum* personal; más tarde, utilizando la fórmula escrita, y posteriormente, pidiendo al magistrado que regulase la acción y estableciera la *litis contestatio*, tras de la que venía la declaración del fallo, bien por un solo jurado, bien por los recuperadores (p. 125-126). Lo demás que podríamos añadir respecto de este punto se trata al hablar de la interposición de la querrela criminal y de las penas.

El hurto de cosas privadas se castigaba con la pena de muerte, según el derecho de la guerra de los tiempos de la República; en un principio, el derecho civil también lo reprimía en general del mismo modo. Todavía las Doce Tablas admitían un doble procedimiento para el hurto, y el más severo de ambos era capital.

La forma más grave de este delito, es decir, aquella a la que se daba la denominación técnica de «hurto flagrante» (*furtum manifestum*), tenía lugar cuando el ladrón era sorprendido y cogido en el mismo lugar donde estaba la cosa, ya en posesión de ella, pero antes de habérsela llevado; a este hurto se hallaba legalmente equiparado aquel otro, ya referido (p. 464), en que, después de haberse llevado a casa el ladrón la cosa robada, se encontraba esta mediante un formal y autorizado registro (*furtum conceptum*). La razón de emplear en estos dos casos una forma de penalidad de las más severas, no obstante que la maldad o injusticia moral del hecho no fuese mayor que en otros casos, consistía en que tanto en el primero como en el segundo el ladrón se encontraba personalmente enfrente del robado, y es claro que ahora es cuando se presentaba la ocasión más propicia y cuando había mayores motivos para hacer uso del derecho de propia defensa o propio auxilio (p. 42), cuya regulación por el Estado es lo que sirvió de base y origen a los delitos privados. Si el jurado declaraba que el hurto había sido manifiesto, y el ladrón no era un individuo libre, se le aplicaba el suplicio; y las formas que entonces se empleaban, a saber, la flagelación y la precipitación de una roca, indican que se las consideraba como de índole privada, según veremos en el siguiente libro. Para el caso de que el ladrón fuera un hombre libre, la legislación antigua no prescribía el suplicio, sino la *addictio* o adjudicación; pero, sin duda alguna, esta adjudicación no era igual a la que se hacía por deudas, la cual no mermaba el derecho de ciudadano del adjudicado, sino que tan solo suspendía la libertad de su persona; la adjudicación por hurto manifiesto privaba efectivamente al reo de su libertad personal, le segregaba del grupo de los ciudadanos y le constituía formalmente en esclavitud. Por tanto, la pena que se imponía a los hombres libres por hurto grave era también una pena capital.

Pero la pena capital impuesta en juicio privado por causa de hurto se diferenciaba teóricamente de las impuestas por delitos públicos. La pena capital pública no podía ser conmutada ni perdonada por vía de procedimiento jurídico de ningún género; el derecho vigente no lo admitía; de la privada, en cambio, podía desistir el demandante victorioso. Y no solo esto, sino que el primitivo y verdadero fin que el Estado perseguía por medio de los procesos privados fue el de obtener el consentimiento de la víctima del hurto para que pudiera ser perdonado el reo, y determinar a aquella a que aceptase una indemnización que el tribunal juzgase proporcionada al perjuicio sufrido, con lo que el perjudicado por el delito consentía en la absolución del dañador. Precisamente porque los procesos por hurto venían, en sus orígenes, a parar a una verdadera composición, es por lo que más tarde, cuando ya no dependía de la voluntad del demandante recibir o no la indemnización que se le ofrecía, continuaron sin embargo revistiendo dichos procesos la forma de la composición.

El procedimiento por causa de hurto, en su posterior desarrollo, fue dulcificándose, sobre todo por haberse cambiado la antigua tentativa de reparación del daño hecha por el demandante ante el tribunal, en una verdadera sentencia pronunciada por este e independiente de la voluntad del acusador. Pudo ocurrir durante un largo período de tiempo que cuando el ladrón estuviera dispuesto a devolver la cosa robada y a dar un equivalente del valor de la misma por motivo del hurto, o cuando se hallara dispuesto a indemnizar al robado por un múltiplo del referido valor, entonces el tribunal arbitral ante el que acudían las partes propusiera que el robado debía aceptar el precio del rescate o composición que se le ofrecía. Más tarde, en las Doce Tablas, acaso influídas por la legislación ateniense, quedó establecida como legalmente obligatoria la aceptación del precio del rescate, en el caso de que el ladrón no hubiera sido cogido infraganti y ofreciera al robado una indemnización por valor del duplo. Acentuóse todavía más posteriormente tal tendencia, y entonces el pretor urbano dispuso en su edicto que fuera obligatoria la aceptación del precio del rescate, pero habiéndolo elevado al cuádruplo tanto con relación al ladrón manifiesto como con respecto a aquel otro ladrón a quien se le hubiera encontrado la cosa robada por medio del registro doméstico de que hemos hablado. Ahora bien: cuando este último demostrara que se había procedido de mala fe al hacer el registro, podía él a su vez pedir que al que lo había solicitado y practicado se le condenase a igual pena que a él le hubiera sido impuesta en otro caso (*furtum oblatum*). Es indudable que estas indemnizaciones múltiples se consideraban verificadas por vía de adjudicación penal; de manera que si el ladrón devolvía la cosa robada quedaba obligado a entregar además al perju-

dicado el tanto del valor de la misma, tratándose de hurto ordinario, y el triplo si de hurto manifiesto, y en caso de que la dicha devolución no hubiera tenido lugar, la indemnización consistía, respectivamente, en el duplo y en el cuádruplo del valor de la cosa robada. En la jurisprudencia de tiempos posteriores esta concepción hubo, sin embargo, de empezar a vacilar, y la imposición de las indemnizaciones múltiples revistió un carácter completamente penal. Sin duda alguna, con esto quedaron abolidos, en general, los procesos capitales seguidos por hurto en juicio privado; a partir de entonces, si los reos del delito en cuestión no eran individuos libres, se empleaba con ellos el procedimiento noxal, y si eran libres estaban obligados a indemnizar, quedando reservada la *addictio* para el caso de insolvencia, sin que, por lo tanto, envolviera la misma merma ninguna en los derechos personales del condenado. La manera de proceder en los juicios seguidos con arreglo a la ley sobre la aceptación obligatoria del precio del rescate era esta: ante todo, el tribunal resolvía la cuestión de hecho, y si en esta resolución se reconocía el derecho del demandante, entonces aún estaba a tiempo el demandado para satisfacer a su contrario conforme a las reglas que hemos anteriormente sentado, y por consecuencia, para lograr, en cierto modo, quedar absuelto mediante el pago de la composición; si no quería o no podía allanarse a esto, se procedía a la litisestimación, tomándose al efecto como tipo el mayor valor que la cosa hubiera tenido durante el tiempo que se hubiera encontrado en el poder del deudor (p. 459), no teniéndose, por regla general, en cuenta el interés o aprecio que el perjudicado pusiera en la cosa; valorada esta, se pronunciaba la sentencia en que se condenaba al reo a pagar una suma de dinero más o menos grande, según el múltiplo que correspondiese aplicar, conforme se ha dicho. Como el delito era considerado jurídicamente indivisible, si fuesen varias las personas que hubiesen tomado participación en él, cada una de ellas era condenada al importe total de la pena. El procedimiento para ejecutar la sentencia era el que ordinariamente se seguía en el derecho privado; si el ladrón condenado pagaba o era solvente, se le trataba lo mismo que a cualquier deudor de una suma de dinero. De hecho, al que se le condenase a ser adjudicado (*addictio*) por hurto, se le enviaría, regularmente, a la cárcel de los esclavos.

La condena por hurto era considerada infamante desde antiguo, cuando el condenado fuese el mismo ladrón, y esta infamia se extendía también a los casos en que el reo comprase la condena por medio de la composición. Esta infamia implicaba especialmente la incapacidad para adquirir cargos públicos y municipales, para obtener un puesto de senador, para ser decurión, y también la incapacidad para representar en juicio a otras personas.

Cuanto a la materia de sucesión, el hurto de cosas privadas se hallaba sometido a la regla general. Pero contra aquel que, sin haber tenido participación en el delito, hubiera venido a enriquecerse por consecuencia de él, podía entablar la *condictio* el perjudicado, para obligarle a devolver la cantidad que indebidamente hubiera adquirido.

Tampoco en punto a la prescripción regían normas especiales para el hurto; según el antiguo derecho, la acción no se extinguía, en general, por el trascurso del tiempo; según el derecho de la posterior época imperial, prescribía a los treinta años.

Era difícil concebir el procedimiento anteriormente mencionado, cuando se siguiera contra los individuos no libres acusados de hurto manifiesto, como un procedimiento por acción noxal. Pero como el hurto daba origen a la obligación de indemnizar, las causas por hurto se sustanciaban conforme a las reglas vigentes para el procedimiento de la noxa, siempre que el delito hubiera sido cometido por un hijo de familia o por un esclavo, pues podían entonces el padre de familia o el propietario del esclavo librarse de la acción, y en su caso de la condena por hurto, con solo hacer entrega del autor del delito a la víctima de este, para que lo guardara en cuasipropiedad, o en propiedad efectiva. En los casos de delitos colectivos cometidos por esclavos, se aplicaban las atenuaciones penales de que anteriormente (p. 463 y 464) dejamos hecha mención. Si el señor no se hallara en posesión del esclavo acusado al tiempo de ser interpuesta la acción, esta quedaba en suspenso; y cuando el autor del delito moría, esa acción quedaba extinguida.

Réstanos por examinar, de un lado, las relaciones de la acción de propiedad del robado con la acción correspondiente al mismo por causa de delito, y de otro lado, la acción personal que en tiempos posteriores hubo de otorgarse al mismo robado, y la cual no se sustanciaba como las procedentes de delito. Una y otra acción eran verdaderas anomalías.

Al dueño de la cosa robada le correspondía de derecho, y le correspondía desde la época antigua, la acción reivindicatoria, a no ser que pudiera estorbar su ejercicio la usucapión. No sabemos con seguridad qué es lo que las Doce Tablas dispondrían al efecto para lo relativo a los bienes privados; lo que si sabemos es que, según el plebiscito atinio, del siglo último de la República, la cosa robada podía serle reclamada en todo tiempo, aun al poseedor de buena fe. Pero esto no debía ser permitido de derecho, más que en el caso de que el robado no hubiese hecho valer sus pretensiones por medio de la acción de hurto. Era de esencia del juicio arbitral el que, cuando el condenado por hurto hubiera de devolver la cosa robada, se le impusiera también por vía de pena la obligación de entregar a la víctima

del hurto una cantidad equivalente al valor de lo robado, y el que si tal devolución no hubiera tenido efecto, la cantidad que tenía que entregar fuese el doble del equivalente dicho. La equidad exigía que, aun en este último caso, no pudiera hacerse uso de la acción reivindicatoria de la cosa robada. El hurto de cosas no fungibles debía ser castigado con más rigor que el de dinero o de otra cosa no susceptible de reivindicación, siempre que en el primer caso le quedase reservado al propietario el derecho de reivindicar su cosa, y que, por consiguiente, pudiera pedirse que el ladrón la eviccionara. Tenemos también vestigios de esta concepción, por un lado en la circunstancia en virtud de la cual la obligación de indemnizar quedó, en general, incluida entre las acciones por hurto que daban lugar al pago de cantidades múltiples (p. 466); y, por otro lado, en el hecho según el que, cuando el propietario de la cosa robada hubiera recibido la tasación de la misma hecha por el tribunal, o sea la litisestimación, ya no había estorbo para que el ladrón que poseía la cosa pudiera usucapirla. A pesar de todo, esta concepción tan racional no llegó a echar raíces; las reparaciones que se imponían por causa de hurto, lo mismo las consistentes en el duplo que las del cuádruplo, se consideraban predominantemente como verdaderas y propias penas, juntamente con las cuales podían hacerse valer las acciones que competían a los propietarios, en cuanto tales (p. 466-467).

Todavía fue más lejos en esta dirección la jurisprudencia romana, puesto que la *condictio* que, según mostraremos pronto, se concedía en caso de hurto entre cónyuges, la hizo extensiva a todos los hurtos. Que el magistrado, al negarse a conceder la acción de hurto fundándose en simples motivos de piedad, otorgara en cambio de ella una acción de índole no penal, encaminada a obtener de una persona la devolución de lo que esta hubiera adquirido ilegítimamente, era cosa sin duda anormal, pero explicable, por cuanto el ladrón no obtenía ganancia ninguna; lo que difícilmente se explica es que se concediera una *condictio* igual a la anterior, o sea una *condictio furtiva*, a toda persona robada, no ya como supletoria de la acción penal, sino juntamente con esta. Por lo demás, esta acción, cuya base era el desconocimiento del delito, se sustanciaba completamente según las reglas que regían para las demandas no procedentes de delito, y, por lo tanto, difería de un modo esencial de la acción de hurto. Mientras que esta última correspondía a toda persona perjudicada por el hurto, la *condictio furtiva* no se daba más que al propietario de la cosa robada, y a quien realmente tuviera derecho a serlo, como si hubieran sido despojados de su propiedad. Por medio de esa acción se pedía, supuesta esta ficción, el valor de la cosa, incluyendo en él los frutos e intereses de la misma, siendo indiferente para el caso el que se hallara o no to-

davía en posesión del demandado, y hasta que existiera o hubiese dejado ya de existir. Como acción de indemnización, podía interponerse por el importe total del daño, al menos contra cualquiera de los verdaderos autores de este; pero una vez obtenida la indemnización de alguno de ellos, no podía ejercer la misma acción contra los demás culpables, ni pedirse tampoco la devolución de la cosa robada, ni ninguna otra clase de reparación. En caso de que el ladrón mismo poseyera la cosa robada, no era tampoco lícito hacer uso contra él al mismo tiempo de la *condictio* y de la reivindicación, que antes hemos dicho era permitida. La más importante, con mucho, de las consecuencias derivadas de esta transformación en los efectos jurídicos del hurto, fue el haber hecho extensiva la acción de indemnización a los herederos del ladrón. También aquí existía un motivo práctico que justificaba el cambio: si el heredero quedaba ligado con relación al acreedor de su causante de un modo tan absoluto como lo estaba este mismo causante, claro es que no había obstáculo alguno para que a la persona que hubiera sido robada por el premuerto se le concediera cuando menos el mismo derecho que al acreedor. No es cosa segura, pero sí probable, que los efectos infamantes que esta acción trataba de evitar no se produjeran tampoco en aquellos casos en que se hiciera uso de ella por personas que no fuesen cónyuges entre sí.

El ambiente social y el estado de relaciones creado en los tiempos posteriores eran poco favorables para que el hurto de cosas privadas pudiera sustanciarse por el procedimiento privado o acusatorio por causa de delito, y aunque en las fuentes jurídicas que conocemos hay una serie de reglas relativas a esa sustanciación, reglas cuidadosas y que revelan mucho ingenio, podemos asegurar que en la práctica no se aplicaban y que su valor era puramente doctrinal y teórico. Sin embargo, había muchos casos en que no era inadecuado el ejercicio de esta forma de demanda, sobre todo cuando se trataba de distracciones de bienes y de hurto de esclavos, que era muy frecuente; todavía en los códigos justinianos se estima admisible, y en ocasiones hasta necesaria, la acción privada a que hacemos referencia. Únicamente en casos de hurtos domésticos de escasa importancia es cuando no se debía incomodar a los tribunales.

II.—Hurto entre cónyuges (ACTIO RERUM AMOTARUM).

Por respeto a las relaciones engendradas por el matrimonio, aun después que este se hubiera disuelto, ya por divorcio, ya por la muerte de alguno de los cónyuges, las buenas costumbres prohibían a ambos cónyuges o a sus herederos entablar la acción de hurto, que era

infamante, contra el otro cónyuge, fundándola en que este hubiera sustraído alguna cosa al cónyuge demandante o a la persona en cuya potestad estuviera el mismo, en el caso de que se hallare sujeto a potestad ajena. Pero como no era posible rehusar una indemnización equitativa cuando se hubiera sustraído a alguno de ellos una cosa, concedíanse entonces al robado, a sus derechohabientes o a la persona que lo tuviera bajo su potestad, una acción personal de restitución, igual que se concedía también al acreedor contra el deudor para reclamar el pago de la deuda vencida, y lo mismo que se concedía a todo perjudicado para pedir la *devolución de lo adquirido injustamente por aquel que lo hubiese adquirido*; se trata de aquella misma acción que hemos visto podía entablarse por causa *repetundarum* contra procuradores y autoridades. En el caso que ahora nos ocupa, se prescindía del hurto, en atención a la persona que lo había cometido, y por tal causa, hasta la acción recibía otro nombre, llamándose *actio rerum amotarum*. Los elementos de hecho necesarios para poderla entablar eran los mismos que en el *furtum*, y las consecuencias jurídicas que producía eran también iguales, salvo lo de no tratarse de una acción penal. Como, a lo que parece, esta *condictio* reconocida a los cónyuges no era distinta de la que en tiempos posteriores se concedía a toda persona robada (*condictio furtiva*), podemos remitirnos a lo que, tocante a esta última, dejamos dicho.

III.—Hurto de bienes pertenecientes a los dioses

(SACRILEGIUM) o al Estado (PECULATUS).

Sacrilegium, lo mismo por su etimología que según el uso corriente de la palabra, era el hurto de bienes pertenecientes a los dioses (p. 458), como *peculatus* era el hurto de bienes pertenecientes al Estado (p. 458). A pesar de la diferente denominación del uno y el otro, es indudable que desde un principio se les consideró como formando realmente un solo grupo, pues en Roma los bienes divinos y los del Estado no se distinguían jurídicamente, distinguiéndose más bien tan solo por el uso que de ellos se hacía.

No sabemos nada en cuanto a la manera como las leyes considerarían este delito en los antiguos tiempos; es posible que se hallara comprendido en las Doce Tablas, pero nos faltan testimonios seguros para afirmarlo. Aplicósele el procedimiento por *quaestiones*, si no desde luego, sí cuando menos, sin duda ninguna, a partir de la época de Sila. Debió también existir algún antiguo acuerdo del pueblo que lo regulara; sin embargo, lo único demostrado tocante al particular es que hubo una

ley julia —la cual, por consiguiente, tuvo que ser promulgada en la época de César o en la de Augusto—, que estableció un sistema procesal para el hurto de bienes pertenecientes a los dioses o al Estado, ley a la que se añadió más tarde otra ley julia, distinta de la primera, a lo que parece, y que se refería al dinero restante (*de residuis*). El sistema de referencia es el que quedó vigente a partir de entonces. Pero, además de esto, muchas veces regularon el procedimiento que había de seguirse en tales delitos, por una parte las ordenanzas o los estatutos de los templos, y por otra, las leyes municipales, cada cual dentro de sus respectivas esferas.

Estaban consideradas como cosas divinas, ante todo, las dedicadas a los dioses del Estado por la Constitución o las leyes romanas (*res sacrae*). Era indiferente para los efectos jurídicos el que se encontraran en algún lugar sagrado o fuera de él. Es, en cambio, cuestionable si las cosas privadas custodiadas en algún templo o santuario pertenecían al número de las sagradas, y, por lo tanto, si la sustracción de las mismas era un sacrilegio o un hurto. En general, por el hecho de dedicar privadamente sus cosas los particulares ciudadanos a los dioses, no quedaban estas convertidas en cosas divinas; formaban, no obstante, excepción a esta regla las dedicadas a los manes, es decir, los sepulcros (*res religiosas*). Las cosas divinas de otros Estados o comunidades, aun de los que se hallaran en relaciones de amistad con Roma, solo por privilegio podían ser equiparadas a las romanas.

El hurto de las cosas pertenecientes a los dioses municipales era equiparado por las correspondientes leyes o estatutos locales al hurto de las cosas del respectivo municipio.

Los elementos o requisitos esenciales del sacrilegio eran los mismos que los del hurto en general: manejo o contacto de la cosa; solo de cosa mueble; propósito de enriquecerse de manera ilegítima; daño causado a la respectiva divinidad.

Llamábase *depeculatus* o *peculatus publicus*, y, por lo general, meramente *peculatus*, el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado; y se le daba este nombre, porque antes que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase.

En los tiempos históricos, el hurto de bienes públicos revistió las siguientes formas:

1ª Sustracción de metales o de monedas del Erario de la comunidad romana o de alguna otra caja pública; era, con mucho, la forma más frecuente y la más importante del peculado. Las autoridades y sus subalternos eran quienes preferentemente se encontraban en disposición de

poder cometer este delito. La distracción u ocultación de bienes, que aquí también era equiparada al hurto, igual que hemos visto sucedía en el *furtum* de cosas privadas, tenía gran importancia en el peculado, sobre todo porque podía entablarse esta acción contra el que hubiese tomado dinero público para que entregase lo que le quedara (*pecuniae residuae*) después de haber dado cuentas al Erario. Según una disposición de la ley julia acerca del dinero restante, disposición que vino a dulcificar el estado anterior de las cosas, el importe por el cual hubiera resultado deudor al Erario, al rendir cuentas al mismo, aquel que hubiera tomado dinero de la comunidad, se consideraba, dentro del plazo de un año, a partir de la rendición de aquellas, como una deuda simple de cantidad líquida; pero una vez transcurrido el plazo referido, el deudor quedaba sujeto, si no a la acción de peculado, sí por lo menos a una acción pública y a la entrega, por vía de adjudicación penal, de una tercera parte de la suma debida.

2ª También se ha cuestionado sobre si se debía hacer uso de la acción de peculado o de la de hurto para pedir la devolución de una cosa pública mueble que hubiera sido sustraída de la caja del Estado donde debiera hallarse; pero nos parece indudable que debe ser la primera solución la que prevalezca. Preséntase el problema especialmente con relación al botín de guerra, sobre el cual no tenía el Estado menor derecho de propiedad que sobre las cosas depositadas en el Erario. Ciertamente es que el funcionario que se hubiera apoderado de aquel tenía facultades para disponer del mismo con entera libertad, no estando sometido bajo este respecto a la obligación de rendir formalmente cuentas, como cuando se trataba de los dineros que se le hubiesen confiado de los sacados del Erario; pero ni debía conservar el botín para sí, ni emplearlo en provecho suyo. Toda porción del botín guerrero que se encontrara siendo objeto de la posesión privada del jefe del ejército se consideraba como robada; toda cantidad que él viniese a percibir como consecuencia de un artificioso o falso avalúo del botín mencionado se consideraba como ocultación o distracción de fondos, por lo que también en estos casos podía hacerse uso contra él de la acción de dinero restante (*pecuniae residuae*).

3ª Toda defraudación contra la caja pública, aun cuando no consistiese en tomar dinero de esta, sino que se lograra, v. gr., falsificando documentos, era considerada como caso de peculado, a menos que pudiera incluirse en la categoría del *furtum*. Los siguientes casos, de especial relieve e importancia, no son sino algunas de las aplicaciones singulares de este concepto

4ª El hecho de que las autoridades competentes para percibir el importe de una deuda en favor de la comunidad perdonasen contra de-

recho esa deuda, o también el hecho de que cobrara cualquiera de tales deudas una persona incompetente para ello.

5ª El hecho de alterar el valor de la moneda hecha en los talleres del Estado, aplicándole una liga distinta de la establecida por la ley.

6ª El hecho de acuñar más moneda pública que la autorizada, en beneficio de los funcionarios que intervenían en estas operaciones.

7ª Probablemente también, las manipulaciones ilícitamente realizadas en los libros de la contabilidad pública, o el hecho de hacerlos desaparecer; según un senadoconsulto de tiempos posteriores, era caso de peculado hasta el permitir que alguien se enterara de estos libros sin que hubiera razón para semejante tolerancia.

8ª No cometía peculado aquel particular que habiendo recibido en propiedad privada, pero por voluntad del Estado, y para un determinado fin, dineros públicos, no les daba el destino para el cual le hubieran sido entregados. Pero la ley julia sobre el dinero restante, ya mencionada, concedió también una acción pública para pedir la devolución del dinero del Estado no empleado con arreglo al destino con que se entregara, y además la adjudicación de una tercera parte más por vía de pena.

9ª Es posible que también se considerase como peculado la pérdida dolosa o simulada de una embarcación en perjuicio de la caja del Estado.

En la época del Imperio, los bienes del emperador eran equiparados esencialmente, aun desde el punto de vista del derecho penal, a los bienes del Estado.

El peculado municipal, ya consistiera en la distracción de fondos de los municipios, ya en la falsificación de los libros o documentos municipales, se perseguía y castigaba criminalmente con arreglo a las disposiciones de los distintos derechos o estatutos locales. Estos estatutos contenían también preceptos acerca del dinero restante; según el derecho municipal malacitano, el administrador de fondos públicos, o sus herederos, tenían que rendir cuentas a la caja municipal y entregar a esta el dinero que perteneciente a ella tuvieran, dentro de los treinta días posteriores a aquel en que hubiese cesado la administración. Seguramente que en los antiguos tiempos no estuvieron incluidas como casos de peculado, a tenor de las leyes romanas, estas irregularidades cometidas contra los bienes municipales; pero la jurisprudencia de los tiempos posteriores equiparó el peculado municipal al peculado público, aun cuando no sin introducir algunas modificaciones al hacer la adaptación.

Los mismos requisitos esenciales que hemos dicho constituían el *furtum* eran también los que constituían el peculado, según el primitivo y limitado concepto de este delito, a saber: contacto o manoseo de

la cosa; solo de cosa mueble; propósito de enriquecerse ilícitamente; daño causado a la comunidad. Estos requisitos no eran aplicables a las extensiones o ampliaciones que del concepto de peculado se hicieron; sobre todo, no podían aplicarse al peculado que recaía sobre el dinero restante.

No hay más que fijarse en la índole del hurto de cosas divinas y públicas, para comprender que desde un principio estuviera de derecho conminado con igual pena que los delitos contra el Estado; las pocas noticias que tocante al particular han llegado hasta nosotros confirman también que ambos correspondían en los primeros tiempos a la competencia de los cuestores del parricidio. Apoyándose sin duda en el antiguo sistema jurídico, CICERÓN, en su constitución ideal e imaginaria, incluye el sacrilegio entre los delitos que se sustanciaban por el mismo procedimiento del homicidio, y la más antigua causa por peculado de que encontramos hecha mención en los anales de Roma fue llevada, según la versión más aceptable, por los cuestores ante los Comicios. Si en tiempos posteriores sería remplazado el procedimiento anterior por el otro procedimiento en que intervenían los tribunos imponiendo penas pecuniarias, es cosa que con seguridad ni puede ser afirmada ni negada. Puede a este propósito aducirse que el procedimiento en que intervenían los cuestores, y del que no se hacía uso probablemente sino para los casos de pena capital, era un procedimiento inadecuado en los tiempos posteriores de la República, y que la comunidad estaba tan directamente interesada en los casos de delito de sacrilegio y de peculado como en los de delitos contra el Estado, mas, por otra parte, las noticias que tenemos sobre la manera como se sustanciaban estos delitos que ahora nos ocupan contradicen casi totalmente la anterior inducción.

Es cosa probada, con relación al sacrilegio, y en cierto modo también con relación al peculado, que la pena correspondiente a estos delitos era en un principio la capital. Pero es bien seguro que esta pena desapareció para el delito del hurto público no mucho tiempo después que para el hurto de cosas privadas. Como ya queda dicho, carecemos de pruebas que nos demuestren suficientemente que el procedimiento capital fue remplazado para tales delitos por el procedimiento criminal por multas, y es también muy posible que en los tiempos posteriores los romanos se limitaran en este particular a hacer uso del procedimiento de indemnización agravado, de que vamos a hablar.

Además del procedimiento penal público por causa de sacrilegio o de peculado, debía de existir un procedimiento de restitución ofrecida a la comunidad perjudicada, por cuanto el daño sufrido no quedaba reparado con que se aplicase la pena capital, y aun en el caso de que la pena impuesta fuese la de multa, esta, que tenía carácter de tal

pena, esto es, de expiación, no podía ser considerada jurídicamente como restitución de lo robado. Es indudable que desde un principio hubo de existir a este efecto una forma procesal análoga a la de la acción privada por causa de hurto, forma procesal que encontramos tratada en las ordenanzas o estatutos municipales como *iudicium publicum*, promovido unas veces por el magistrado y otras veces por acción popular. La *quaestio* establecida para el sacrilegio y el peculado en el siglo último de la República no fue una derivación del procedimiento criminal propiamente dicho que a estos delitos se aplicaba, sino del procedimiento criminal que para los mismos se sustanciaba conforme a las reglas y formas del derecho privado. Las causas, en que se hacía mención también de la litisestimación, no podían ser sustanciadas de manera esencialmente distinta de la que hemos visto se empleaba en los procesos por hurto. Por regla general, tanto según el sistema romano como según los estatutos municipales, se condenaba a indemnizar el cuádruplo del importe o del valor de la cosa sustraída, pero en los casos leves solo había que entregar el duplo o también una tercera parte, por vía de adjudicación penal (p. 473 y 474). Es de presumir que la antigua acción capital y esta otra acción de restitución continuaran existiendo conjuntamente, en teoría, por largo tiempo, del propio modo que también subsistieron en teoría, una al lado de otra, como ya se ha dicho, la acción de perduelión para ante los Comicios y la acción de lesa majestad; por tal motivo el sacrilegio continuó siendo considerado durante mucho tiempo todavía, por lo menos nominalmente, como delito capital (p. 475). Pero más tarde se añadieron penas propiamente tales para que pudieran imponerse en la *quaestio* relativa a este delito, penas que fueron probablemente, según la ley julia, la de extrañamiento de Italia y la de interdicción, y luego, cuando se trasformó el sistema penal, la de deportación para las personas de alto rango, y la de trabajo forzoso para las de rango inferior. Además, pudo continuar subsistiendo la pena de la restitución o indemnización del cuádruplo, por cuanto la interdicción no privaba del patrimonio, y de la deportación no se hacía probablemente uso en la práctica más que como pena máxima para los casos extremos.

En los tiempos posteriores del Imperio, el hurto de cosas pertenecientes a los templos fue incluido entre los hurtos cualificados creados en esta época; volveremos, pues, a ocuparnos de él cuando tratemos de estos últimos (p. 479). Los fraudes cometidos por las autoridades y los funcionarios los castigaron frecuentemente los emperadores, haciendo uso de su potestad penal ilimitada, más gravemente que otros fraudes, a veces hasta con pena capital.

La regla general, según la que la acción para perseguir un delito se extinguía con la muerte del culpable, no pudiendo exigirse la pena

a los herederos del mismo sino cuando el proceso se hubiera entablado durante la vida de aquel, quedaba abolida con relación al peculado, e indudablemente también con relación al sacrilegio. Ya hemos hecho mención de los procesos entablados en forma de *quaestio* contra los herederos de Cn. Pompeyo Strabon (p. 472) y contra los del dictador Sila (p. 471), y según los testimonios de los tiempos posteriores, tales acciones no se ejercían exclusivamente para pedir la devolución de la cosa ilegítimamente adquirida, o la indemnización por el simple valor de ella, sino que podían dirigirse contra los herederos del culpable con la misma extensión que hubieran podido ser dirigidas contra este. No es posible encontrar razones teóricas que justifiquen este procedimiento excepcional; la única disculpa que puede darse para él es la del interés público.

La acción de peculado tenía señalado un plazo excepcional para prescribir, que era de cinco años.

IV.—*Hurto de cosechas.*

Hasta donde nosotros sabemos, las Doce Tablas no señalaban pena pública para el hurto de cosas privadas más que en un solo caso, que era el hurto de cosechas en pie, siempre que se realizara de noche, segándolas o pastándolas con ganado, o también si se hiciera uso de medios mágicos; y la razón de ello era seguramente que el poseedor de las cosechas no se hallaba en ninguno de los casos referidos en disposición de defenderlas. Que este delito era considerado como público y castigado como tal, no solo nos lo demuestra el hecho de que se le había incluido entre los homicidios, sino también el que se le aplicaba la *sacratio*. Este procedimiento cayó seguramente en desuso bien pronto; las fuentes jurídicas que nosotros conocemos, al hablar del hurto de cosechas, cosa que ocurre muy a menudo, no hacen nunca mención de las penas con que antiguamente estaba conminado este delito. También tenía lugar en este caso, según el derecho de las Doce Tablas, un procedimiento para la restitución o indemnización de las cosechas robadas; mas no está aun suficientemente claro cuáles fueran las prescripciones que rigieran tocante al particular.

V.—*Hurto cualificado, de la época imperial.*

Es evidente que desde los antiguos tiempos tuvieron facultades los jefes de la comunidad romana para proceder por la vía administrativa contra aquellas clases de ladrones que no solamente causaban da-

regular era que se condenara, igual que en el abigeato, a las personas de condición superior, a la relegación y pérdida de los derechos honoríficos, y a las de condición inferior, a castigos corporales y además al trabajo obligatorio, que en ciertas circunstancias podía llegar a ser hasta perpetuo.

6º El ladrón de balnearios (*fur balnearius*), ya se tratara de un dependiente del establecimiento (*capsarius*), ya de otra persona.

7º El ladrón de sacos (*saccularius*), bajo cuya denominación parece que se comprendía a los que defraudaban al hacer envoltorios o paquetes, y a los que abrían sacos o talegas de mercancías o de dinero.

8º El ladrón nocturno.

9º El gran ladrón (*expilator*).

A lo que parece, esta enumeración de casos de hurto cualificado, que encontramos en los documentos jurídicos, no tiene otro valor sino el meramente directivo, para que sirviera de guía a las correspondientes autoridades, las cuales, siempre que encontraran motivos semejantes de agravación en un hurto, habían de sustanciarlo y resolverlo por el procedimiento criminal, en vez de enviárselo al tribunal civil para que este entendiera del mismo. Pero al propio tiempo que tenían de hecho facultades para imponer una pena pública a todo ladrón denunciado o procesado, también las tenían para dejarlo en libertad con una simple reprensión y previa devolución de la cosa, siempre que se tratara de casos leves o poco importantes.

VI.—Hurto de herencias.

Cuando una herencia correspondiese a personas que a la muerte del causante de ella estuvieran sometidas a la potestad del mismo, todos los bienes y derechos patrimoniales del premuerto pasaban, de derecho y sin intervalo alguno de tiempo, a aquellas personas, y, por lo tanto, la muerte del causante de la herencia no producía efecto alguno respecto del hurto. Pero como, en los demás casos, esa muerte hacía cesar todos los derechos patrimoniales del difunto, y a consecuencia de ello quedaban sin dueño las cosas que se hallaran en su propiedad, claro está que era imposible, a tenor de lo dicho en la página 460 de esta obra, cometer hurto en los objetos que componían esta «herencia yacente» (*hereditas iacens*), y a todo el mundo le era lícito apoderarse de la misma, igual que del botín guerrero o de los bienes del enemigo, y adquirir la plena propiedad de ella conforme a las reglas de la usucapión. Si este modo de considerar la herencia yacente era una consecuencia de la construcción jurídica de los romanos, no puede decirse lo mismo respecto a ulteriores principios de derecho, que pres-

cribían: primero, que la prescripción adquisitiva de una herencia no pudiera aplicarse a los particulares objetos que la constituyesen, y sí tan solo al derecho hereditario; segundo, que aun cuando las cosas inmuebles no podían usucapirse en el plazo de un año, sin embargo, este plazo fuese aplicable a las herencias, a pesar de que hubiera en ellas inmuebles; tercero, que la buena fe, requisito indispensable para la prescripción no cesaba de existir, por más que quien estaba prescribiendo llegase a saber que había sido reclamada la herencia, ni siquiera porque llegara a saber que se había presentado un heredero con derecho a ella. Estas irracionales disposiciones, que solamente existieron en el antiguo derecho civil, no se explican sino teniendo en cuenta que aquella comunidad, en cuyo seno se había elaborado la jurisprudencia romana, puso sus principales cuidados en vigilar las cosas sagradas, y lo que ante todo se procuraba en punto a herencias era asegurar la continuidad efectiva de los *sacra* privados del premuerto. Estos *sacra*, juntamente con las deudas del difunto, debían quedar fijamente unidos al patrimonio de este, con lo que se prevenía eficazmente la tentativa que el heredero abintestato pudiera muy bien hacer de apoderarse de hecho del activo del causante de la herencia, y en cambio librarse de las cargas de la misma; por esto seguramente se daba por supuesto que, al entrar en posesión de la herencia, el heredero se hacía también cargo de todas las obligaciones contenidas en ella, y por eso, mientras que, aparte casos especiales, no existía ningún plazo legalmente obligatorio para posesionarse de la herencia, no era fácil demorar mucho la toma efectiva de posesión de los inmuebles pertenecientes a esta, porque el breve plazo señalado para poder adquirirlos por prescripción cambiaba fácilmente las consecuencias hereditarias. Por su naturaleza, pues, esta usucapión, cuyo estudio más detallado corresponde al derecho civil, era, lo mismo que la adición de la herencia, una toma de posesión, no solamente de derechos, sino también de obligaciones, y el que usucapía no quedaba enteramente libre de estas, ni siquiera después que el heredero hubiese adquirido la herencia. Sin embargo, claro es que esta usucapión privilegiada no tenía razón de ser, ni por lo regular existía, cuando el heredero se presentaba a tomar posesión de la herencia, efecto de lo cual la abolió un senadoconsulto del tiempo de Adriano. Mas, a pesar de lo dicho, la acción de hurto concedida por el derecho civil no se hizo extensiva de ningún modo a las cosas hereditarias. En la época del emperador Marco fue cuando, teniendo en cuenta la manera como se trataba criminalmente el hurto en la mayoría de los casos, se publicó otro senadoconsulto mandando considerar la apropiación indebida de herencias como *crimen expilatae hereditatis*, y en virtud del cual este delito quedó incluido en el número de los delitos extraordinarios. Los elementos constitutivos

del mismo eran iguales a los del hurto, pues la acción penal de hurto es la que seguramente se empleaba cuando se notaban las lagunas referidas.

VII.—*Usurpación del derecho dominical* (PLAGIUM).

El *plagium* —así llamado, a lo que parece, de la voz griega *πλάγιος*, torcido, empleada también en sentido moral— fue un delito tolerado todavía en la época republicana, aun cuando estaba prohibido por la ley *fabia*, de fecha desconocida; y consistía, unas veces, en usurpar dolosamente y contra la voluntad del robado los derechos dominicales que un ciudadano romano tuviera sobre otro ciudadano romano o sobre algún liberto de un romano cuando el liberto perteneciera a la clase de los latinos o de los *dediticios*, y otras veces, en usurpar dolosamente y contra la voluntad de su dueño los mismos derechos dominicales de un ciudadano romano sobre sus esclavos; por el contrario, no estaban comprendidas dentro de esta ley las usurpaciones de los derechos dominicales que se ejercieran sobre los peregrinos libres, incluyendo entre estos a los latinos, o sobre los esclavos de un peregrino. Originóse este delito a consecuencia de la anarquía social reinante en Italia durante los últimos tiempos de la República, y su objeto debía ser poner coto a los robos de hombres y de esclavos, que a la sazón eran corrientes, y a cuya comisión se dedicaban, según parece, verdaderas compañías y empresas. Para que el delito existiese era indiferente, desde el punto de vista legal, el modo como se hubiese ejecutado la apropiación; también era indiferente el que el *plagiator* se hubiera apoderado del esclavo contra la voluntad de este, o en inteligencia con el mismo, según acontecía con frecuencia. Claro es que el que con previo conocimiento de que se había usurpado injustamente un derecho dominical negociaba con el usurpador, quedaba sometido a la misma pena que el primer plagiario. Por consecuencia de los numerosos abusos que se cometían albergando esclavos fugitivos, hubo de prohibirse en general posteriormente el cambio de la propiedad de los mismos mientras durase la fuga, y la tentativa de este delito se castigaba imponiendo a ambos contratantes la pena del plagio.

El antiguo derecho no concedía otra protección contra los usurpadores del derecho dominical más que el proceso de libertad que por vía de privilegio podían entablar ante los *decemvros* aquellos hombres libres a quienes contra derecho se les tratara como esclavos; al dueño a quien se le hubiera robado algún esclavo le concedía la acción de hurto, pues los requisitos o elementos constitutivos de esta acción coincidían esencialmente con los del plagio. En ambos casos otorgaba

la ley fabia, a lo que parece, una acción popular de multa. Todo ciudadano podía en este caso presentarse como demandante ante el pretor, y al reo convicto del delito, lo mismo que a los asociados con él en compañía (p. 482), podía imponérsele una multa de 50.000 sesteracios, cantidad que iba a parar al Erario después de deducir una parte para el actor. En el caso de que hubiera tenido participación en este delito algún esclavo, no era posible manumitirlo dentro de los diez años siguientes. En tiempos posteriores, probablemente en los de Caracalla, se prescribió que el delito principal fuese tratado por el procedimiento criminal, pero aumentándose la pena, que a partir de entonces, fue, regularmente, la de relegación y de confiscación de la mitad de los bienes tratándose de personas de la clase superior, y la de trabajo en las minas, y también la de muerte, si se trataba de personas de clase humilde. Por eso, la ciencia jurídica de la época posterior colocaba el plagio entre los delitos sometidos a procedimiento criminal.

La venta de un hijo por el padre que lo tuviese en su potestad no era considerada como caso de plagio. Según el sistema antiguo, semejante acto era legítimo, por formar el hijo parte de la propiedad del padre, y aunque es cierto que no se podía privar al hijo de su libertad política, también lo es que se le podía someter al poder dominical con arreglo al derecho privado. En los tiempos posteriores, la venta de los hijos fue considerada como merecedora de censura; sin embargo, a lo sumo, se la estimaba como un abuso del derecho indiscutible de patria potestad. La antigua concepción de esta se hallaba tan viva todavía en dichos tiempos, que ni siquiera podía ocurrirse que a nadie que vendiese a su hijo se le castigara como ladrón de la libertad del hijo vendido.

CAPÍTULO IX

OFENSA PERSONAL (*iniuria*)

Lo opuesto al derecho, *ius*, no en su sentido ético, sino en el político, era en Roma la injusticia, *iniuria*. Esta derivación de la palabra responde al sentido esencialmente negativo en que principalmente se hacía uso de ella, limitándolo a las relaciones reguladas por el Estado. Pero técnicamente se daba a dicha voz un significado más restringido, aplicándola con sentido positivo a las ofensas causadas a un tercero en su cuerpo o en sus cosas, en contraposición a la apropiación ilegítima de cosas ajenas, o sea el *furtum*. Como consecuencia de esta contraposición, al desarrollarse posteriormente el derecho, se dividió la *iniuria* en *iniuria* simplemente, o sea ofensa antijurídica causada a la persona, y *damnum iniuria*, o daño causado injustamente en las cosas, partiendo, al efecto, de la idea de que, en el primer caso, no se debía atender sino a la imposición de penas, mientras en el segundo había que procurar, ante todo, la indemnización del daño. En esto estribaba la tripartición del delito privado. En el presente capítulo hemos de ocuparnos, ciertamente, del amplio concepto antiguo de la *iniuria*; pero de lo que trataremos principalmente será del concepto estricto de la misma en cuanto ofensa personal, concepto del que quedan excluidos los daños en las cosas.

La Doce Tablas, lo mismo que codificaron las normas relativas a los otros delitos privados, codificaron también las relativas a este, y esas normas han llegado, en lo esencial, hasta nosotros. La legislación de los tiempos posteriores apenas si se fijó en este delito, salvo un acuerdo del pueblo propuesto por Sila y que no hizo sino variar el funcionamiento del tribunal que había de entender en ciertos casos de injuria; si la figura de dicho delito sufrió algunas transformaciones, fueron estas debidas a la *interpretatio* y a las consecuencias que se sacaron del derecho de las Doce Tablas, o lo que es lo mismo, al sistema judicial de los pretores. El mismo derecho imperial limitóse en esta materia a cambios puramente procesales.

Iniuria era la ofensa intencionada e ilegítima a la personalidad de un tercero. Lo primero, por consiguiente, de que tenemos que ocuparnos es de averiguar qué es lo que debe entenderse por ofensa a la personalidad, y después, de cuál sea el dolo que se requiere para este delito, o lo que es lo mismo, la intención injusta con que la ofensa a la personalidad ha de ser ejecutada.

La personalidad cuya ofensa o lesión constituye la injuria era la personalidad física, en el sentido que dejamos explicado en el libro primero (p. 46). Como la muerte hace cesar esta personalidad, un vivo podía ser injuriado tomando como instrumento para la ofensa a un muerto, pero al muerto mismo no se le podía injuriar; únicamente al caso de la herencia yacente es al que se hacía extensiva la ficción de la personalidad, aun por lo relativo a la injuria. Tampoco podían ser injuriadas las corporaciones, aun cuando la injuria fuera dirigida a la vez contra diferentes personas físicas, por cuanto a los miembros que componían aquellas no se les consideraba entonces como seres individuales; sobre todo, era imposible causar injuria al Estado (p. 359), ni a otras personas que no eran tales sino por ficción jurídica. De otro lado, el concepto de la persona no hay que entenderlo políticamente, pues entraban dentro de él los extranjeros sin limitación alguna, y también los esclavos, en cuanto que las injurias inferidas a estos se consideraban como causadas a su señor. Menos todavía era necesario para ser persona la capacidad de obrar; aun los locos y los menores podían en este respecto ser sujetos pasivos de la ofensa. Aun cuando entraban dentro del concepto de la injuria, no eran consideradas como delitos privados las que se infirieran a los magistrados de la República, y posteriormente al emperador, por la razón de que a estas injurias se las perseguía como crímenes contra el Estado.

Según parece, en el derecho más antiguo no se consideraba como injuria punible más que la lesión corporal, el hecho de ponerle uno la mano encima a otro. En general, la *iniuria* de las Doce Tablas —aun prescindiendo de la amplitud que se le dio aplicando su concepto al daño en las cosas, como veremos en el siguiente capítulo— se diferenciaba teóricamente de la *iniuria* regulada por el derecho de los tiempos posteriores, en que la primera era la lesión corporal, cuyo autor pudiera ser responsable legalmente de ella, y la segunda era la ofensa causada dolosamente a la personalidad; de modo que el concepto de aquella era, por un lado, más amplio que el de esta, toda vez que abarcaba las lesiones corporales culposas (p. 491-492); pero por otro lado era más restringido, por cuanto excluía toda ofensa a la personalidad que no fuese una lesión corporal. De los tres grados de injuria establecidos por el Código de las Doce Tablas, y de los cuales hablaremos al tratar de las penas, a saber: la mutilación, la fractura de

hueso y la *iniuria* meramente, parece que esta última era la que designaba la verdadera injuria real, porque de no ser así, habría que admitir que los elementos constitutivos de este delito eran muy amplios e ilimitados, cosa que se armoniza mal con el carácter concreto y positivo del antiguo código, donde, por otra parte, se da el nombre de *infamia*, y como a casos de infamia se les trata, a las pocas injurias no consistentes en lesiones corporales, que en ese código encontramos. La única aplicación de esta ley penal que nosotros conocemos se refiere también a un caso de golpes o lesiones corporales.

Pero las cosas no pudieron continuar en tal situación; consuetudinariamente se fue ampliando, ya que no el concepto mismo de la injuria, el número de casos en que podía entablarse la acción correspondiente. Entonces ya la personalidad podía ser ofendida de tres maneras: en su cuerpo, en su condición jurídica o en su honor. No había palabra que sirviera para designar técnicamente estas diversas categorías de hechos. El concepto de injuria se limitaba en un principio, como queda indicado, a las lesiones corporales; pero una vez ampliado el círculo de los hechos que daban lugar a la acción de injuria, no existía una voz técnica que designara adecuadamente nuestra verdadera injuria corporal. La segunda clase mencionada de hechos injuriosos ni siquiera podía ser designada con una palabra especial, a pesar de que realmente eran injurias de importancia grande. Y con respecto a las ofensas del honor, se aplicó la palabra *convicium*, en su restringida significación primitiva, que después (p. 490) explicaremos, haciéndose uso de ella sobre todo cuando la ofensa se infería verbalmente; pues si bien es cierto que la voz *contumelia* abarcaba legalmente las ofensas contra el honor, sin embargo, el sentido ético que a ese término se le daba trascendía de la esfera jurídica. Es tan poco acertado el restringir la *iniuria* romana a las ofensas contra el honor, cuanto que ni permite hacerlo el nombre bien trasparente que este delito recibía, ni tampoco las primitivas y más importantes aplicaciones que del mismo se hicieron; es muy probable que hasta una época en que se hallaba bastante adelantada la evolución del derecho, no se hiciera extensiva la acción de injuria a las mentadas ofensas contra el honor.

Pero si las Doce Tablas concedían incondicionalmente una acción de *iniuria* a las víctimas de lesiones corporales, cuando, más tarde, los pretores hicieron también extensiva dicha acción a las víctimas de ofensas que no recayeran en el cuerpo, la concesión no tuvo un carácter absoluto e incondicional. Más bien se debe decir que, en punto a este delito, predominaba de la manera más amplia el arbitrio judicial, y que los magistrados, teniendo muy atinadamente en cuenta los abusos que podían cometerse en el particular de que se trata, sobre

todo en materia de responsabilidad judicial por causa de ofensas al honor, no solían conceder la acción de injuria sino en los casos más evidentes y notables (aparte de los de lesión corporal, para todos los cuales otorgaba una acción, según queda dicho, la ley de las Doce Tablas), ateniéndose en cuanto a los demás a las circunstancias especiales que los rodearan, para, en vista de ellas, conceder o denegar la acción de injuria. En ningún otro delito se advierte semejante desigualdad; todo hurto y todo daño en las cosas daba lugar a acción, no así toda injuria. De esto dependía el contraste establecido, no por el edicto, sino por la jurisprudencia, entre la injuria grave (*iniuria atrox*) y la leve (*iniuria levis*), incluyéndose entre las de la primera clase todas las lesiones corporales y además todas las ofensas en que concurrían circunstancias agravantes derivadas del tiempo o del lugar en que se realizaran, y muy especialmente de las relaciones de piedad o de las diferencias de condición social existentes entre ofensor y ofendido, como pasaba con las injurias del esclavo contra su señor, del liberto contra el que le hubiese manumitido y del hijo de familia contra su padre. En el caso contrario, es decir, cuando, por ejemplo, el injuriante fuera el manumitente y la víctima fuese el manumitido, no se concedía acción para perseguir a aquellos más que si las injurias revistieran especial gravedad. Por lo tanto, eran injurias graves aquellas para las cuales tenían que conceder los tribunales una acción con arreglo a las leyes, o en que no era fácil negarse a otorgarla; y eran leves aquellas otras respecto de las que el pretor estaba facultado para conceder o denegar a su arbitrio dicha acción, en vista de las circunstancias. De consiguiente, los límites entre ambas se hallaban establecidos en parte por la ley, y en parte había ido fijándolos, cuando más, la práctica de los tribunales.

Si ahora procuramos determinar, no ya lo que los romanos entendían por *iniuria* —la mayor parte de cuyos actos constitutivos se trataban más bien por el procedimiento de los delitos de lesa majestad, en cuanto ofensas al emperador, que como delitos privados de injuria—, sino en qué casos podía entablarse la correspondiente acción, hemos de preguntarnos, ante todo, si a cada hecho concreto de injuria había de aplicarle el pretor una determinada ley, o por lo menos una determinada regla del edicto, o si, por el contrario, de los testimonios de los libros de derecho no resulta más sino que los pretores daban la acción de injuria para el caso controvertido y la teoría aprobaba este modo de proceder. Pocas partes del derecho privado fueron tratadas con tanto agudeza teórica y con tanta penetración práctica como esta, y pocas también quedaron tan intactas como ella en el general desmoronamiento jurídico efectuado en los tiempos del Imperio.

1º Ya las leyes de las Doce Tablas no incluían en el concepto de la *iniuria* el homicidio, ora recayese en persona libre, ora en no libre,

pues la destrucción de la persona no era considerada como ofensa a la misma. Cuando la muerte hubiera sido intencional, se castigaba al autor de ella, igual si hubiese sido consumada que si solo hubiera quedado en grado de tentativa, con arreglo a la ley sobre el homicidio; cuando sin intención, pero culpablemente, se hubiera dado muerte a un individuo libre o no libre, el hecho era considerado como caso de daño en las cosas.

2º La *iniuria*, según las Doce Tablas (p. 491-492), consistía en la lesión corporal inferida a una persona, lo mismo libre que esclava, sin que hubiera distinción entre la causada intencionalmente y la originada por simple imprevisión. Según el derecho de tiempos posteriores, solamente se concedía la acción de injuria en caso de que se hubiese producido intencionalmente alguna lesión corporal o alguna perturbación espiritual; las injurias no intencionales se trataban entonces como daños en las cosas. En el derecho pretorio no se negaba la acción de injuria por causa de lesiones corporales causadas intencionalmente a algún individuo privado de libertad; sin embargo, esa acción no se hallaba incluida de un modo especial en el edicto, porque se consideraba ordinariamente el hecho como caso de daño en las cosas.

3º El derecho de las Doce Tablas, y también la ley de Sila tocante a las injurias, concedían una acción de esta clase siempre que se hubiera causado a un hombre libre una injuria real, esto es, siempre que se hubiera pasado a vías de hecho, pero sin producir daño corporal; esto era lo que se denominaba técnicamente empujar (*pulsare*) y golpear (*verberare*). Hízose esto extensivo también a las amenazas de causar una de estas formas de injuria.

4º Para los casos de injuria real violenta cometida contra individuos no libres, pero sin producirles daño corporal ni disminuir el valor del injuriado, especialmente cuando se les atormentaba, el edicto pretorio concedía, por regla general, la acción de injuria.

5º En caso de que se hubiera cedido algún individuo, libre o no libre, para fines inmorales u obscenos, se daba una acción de injuria a quien los tuviera bajo su potestad, mientras que a la persona seducida se le negaba esta acción si la seducción hubiera sido consentida por ella.

6º Por las noticias que la tradición nos ha transmitido, no nos es posible saber desde cuándo y hasta qué punto quedarían incluidos en este delito privado los atentados al pudor. Estos atentados, contra personas de ambos sexos, caían fuera de la *iniuria*, en cuanto que los mismos, a lo menos en los tiempos que nosotros conocemos, eran castigados como delitos públicos. El estupro de una mujer que hubiera nacido libre, ora estuviese casada, ora no lo estuviese, si se hubiera

ejecutado con el consentimiento de ella, constituía, sin duda alguna, una *iniuria* para el marido o para la persona que la tuviera bajo su potestad, y aun cuando es difícil que las Doce Tablas extendiesen a este caso el concepto de injuria, lo es asimismo que el pretor, durante la República, concedía en tales ocasiones una acción por injuria (p. 432). Otra cosa sucedió después que la ley de Augusto sobre el adulterio y el estupro introdujo el procedimiento criminal para estos delitos. Lo propio es de suponer que sucediera con la pederastia, después de la promulgación de la ley *scantinia* (p. 440). Por lo tanto, la acción por injuria quedó subsistente solo para el caso de atentado al pudor contra un niño nacido libre y que se hallara en edad en que todavía no podía cometer delitos; pero como las dichas leyes no consideraban punibles los hechos a que se referían más que cuando hubieran sido consumados, de esa acción de injuria se hacía uso, ante todo, para pedir la represión de la tentativa del delito de que se trata, cuando recayese sobre una mujer libre o sobre una niña libre, de conducta honesta. Y esto se hizo extensivo luego aun a todo acto que ofendiera el pudor de una mujer honrada. En el edicto del pretor se consideraron como especialmente sometidos a esta regla todos aquellos actos que ofendieran las conveniencias o la honestidad públicas, las uniones obscenas en la vía pública, el emplear públicamente palabras torpes y el perturbar las uniones sexuales.

7º La ley *cornelia* ordenaba el empleo del procedimiento penal agravado para los casos de ofensa al derecho doméstico, siempre que hubiera sido realizada violentamente, y preciso será añadir que cuando la hubiese practicado un individuo libre. Equiparábase al que hubiera perturbado la paz doméstica aquel otro individuo que hubiera violado el domicilio ajeno (*derectarius*). El propósito de robo era lo que a tales personas solía determinarlas a entrar en el domicilio ajeno, pero esto no se podía castigar como hurto.

8º El causar perjuicios o incomodidades domésticas, por ejemplo ensuciando las aguas, especialmente cuando anduviera comprometido en ello el interés público.

9º El tratar a un conciudadano como si no tuviera iguales derechos que los demás, v. gr., no reconociéndole su libertad, o sus privilegios de clase y condición social, o aprisionándole, o excluyéndole del goce que correspondía a todos los ciudadanos en el campo público, desposeyéndole de su haber, o impidiéndole el libre uso de su propiedad, o queriendo comportarse con él como si fuera un insolvente. La publicación anticipada de un acto de última voluntad ajena era también considerada como ofensa dolosa a la personalidad.

10. Las Doce Tablas castigaban con rigor el cantar públicamente cánticos ofensivos para alguien (*carmen famosum*). No se diferen-

ciaba esencialmente de este caso el *convicium* en su primitivo sentido, y que consistía en hacer manifestaciones injuriosas contra alguna persona delante de su propia casa y en tumulto. Luego que la escritura fue facilitando cada vez más la publicidad, empezó a hacerse uso del escrito difamatorio (*libellus famosus*) como medio de ofender, al lado del cántico difamatorio, y aun con preferencia a este. Eran igualmente punibles la exhibición, la lectura pública y la difusión de los insultos causados. El anonimato y el seudonimato agravaban el delito cometido por medio de escritos insultantes o difamatorios; valiéndose de anónimos y seudónimos se cometieron graves abusos, especialmente en los tiempos posteriores del Imperio, y por eso Constantino y los emperadores que le sucedieron castigaron con las penas más graves a los que enseñaran y difundieran los referidos anónimos y seudónimos, aun cuando las imputaciones que en ellos se hiciesen fueran verdaderas. Este delito, cuyo elemento fundamental no consistía legalmente en la cualidad de la ofensa inferida, sino en la publicidad dada al cántico haciéndolo pasar de boca en boca, o al escrito haciéndolo pasar de mano en mano, estaba considerado y castigado en las Doce Tablas, no como ofensa inferida a un particular, sino como hecho peligroso para el Estado; y aun en los tiempos posteriores no desapareció esta concepción, según veremos al hacer el estudio del procedimiento y la pena correspondiente al mismo. Pero como el pretor, al interpretar y aplicar las disposiciones de las Doce Tablas, las modificaba, y haciendo uso de estas facultades suyas introdujo en su edicto el *convicium* como uno de los hechos que daban origen a la acción por injuria, claro está que desde entonces los cánticos y los libelos difamatorios quedaron incluídos en el círculo de los delitos privados de injuria.

11. En los demás casos de injuria en que la concurrencia de circunstancias agravantes aumentara la delictuosidad del hecho, ya por razón del lugar o del tiempo en que se cometiera, ya por la condición de la persona lesionada, el magistrado podía conceder o no a su arbitrio la acción correspondiente de injuria, según queda dicho (p. 487). Para hacer el estudio jurídico de la acción por causa de injuria, tiene más importancia que nombrar los varios casos singulares de esta clase de que nos habla la tradición, y de los cuales solo merece ser mencionado el de que un vivo fuese nombrado en escena por un vivo; tiene, decimos, más importancia que esto, el hecho de haber colocado en lugar secundario las ofensas causadas por medio de discursos injuriosos o por medio de actos análogos a estos. Fácil era que el lenguaje extendiese la calificación de *convicium*, desde las injurias causadas colectivamente y en tumulto a las injurias verbales cometidas por uno solo; y en efecto, no dejan de encontrarse algunos casos de esta especie entre las acciones entabladas por injuria; sin embargo, parece que

fue regla general el denegar la acción correspondiente cuando el hecho no hubiera revestido cierta publicidad o no se hallara interesado en el mismo el orden público. En general, las fuentes que hasta nosotros han llegado observan un elocuente silencio tocante a las injurias causadas en el comercio privado o por medio de la correspondencia particular.

Resulta, pues, que según el derecho de los tiempos posteriores, el pretor, interpretando y aplicando como bien le parecía la ley de las Doce Tablas, concedía una acción en los casos de injuria real y aquellos otros en que se hubiera difamado a alguien mediando publicidad y tumulto, y que también se concedía dicha acción, con arreglo a la ley de Sila, en caso de que hubiera sido ofendido violentamente el derecho doméstico. Para algunos otros pocos casos, sobre todo para cuando se hubiera causado una ofensa pública al honor de una mujer honrada, el pretor otorgaba en su edicto una acción con carácter general, de una vez para todas; en todos los demás casos los pretores se reservaban el derecho de conceder o denegar la acción con arreglo a lo que los correspondientes demandantes alegaran para pedirla.

Una vez que ya queda dicho cuál era la ofensa a la personalidad, constitutiva de la esencia de la injuria, veamos ahora de determinar el propósito antijurídico con que la dicha ofensa había de ejecutarse, y que era también otro de los elementos necesarios del delito que nos ocupa. Desde luego, es más que dudoso que las Doce Tablas exigieran la presencia del propósito o dolo indicado para que hubiese injuria. Ya entonces no se imponía pena a los autores de lesiones corporales causuales o accidentales, por analogía con lo que pasaba en los casos de homicidio accidental; pero cuando en tales casos se acudiese por modo extraordinario al derecho penal, difícilmente se distinguirían en él entonces las lesiones dolosas de las culposas. En este estudio prescindimos de las últimas, dejándolas para el capítulo siguiente. Según el derecho de los tiempos posteriores, la injuria no podía cometerse culposamente; para que existiera, se hacía precisa la ofensa jurídica intencionada. Por lo tanto, no tenía lugar la acción de injuria en los casos siguientes:

1º Cuando el hecho lo hubieran ejecutado individuos no susceptibles de imputabilidad, v. gr., locos o infantes.

2º Cuando se realizaran actos cuyo fin no fuese violar el derecho. Era, por consiguiente, lícito descubrir hechos nocivos, siempre que el fin con que se ejecutasen fuera otro que el de deshonar u ofender a nadie.

3º En todos los casos en que se realizaran actos permitidos por el derecho, como cuando se ejerciera el derecho de punición doméstica, y en general siempre que se tratara de castigos impuestos por el jefe de familia, o cuando los magistrados castigaban dentro de sus atri-

buciones. Ni siquiera se admitía la injuria cuando el castigo se hubiera impuesto mediando error, v. gr., castigando a un individuo libre que se juzgara ser un esclavo propio. Este era también el caso de la legítima defensa. Qué había de entenderse por tal, era cosa que dependía de las costumbres, y en cada caso concreto, del intérprete de estas, o sea del magistrado correspondiente. Tal fue la causa de que les fuera denegada la acción a los banqueros por las injurias reales sufridas por los mismos durante los juegos de azar, y tal fue sobre todo la razón por la que los adúlteros se hallaban, por decirlo así, privados de toda protección jurídica contra las injurias que se les infiriesen. En la época republicana se ejecutaron impunemente, en estos casos, las más graves lesiones corporales, y el mismo derecho de los tiempos imperiales tenía establecido el principio según el cual, estando permitido el homicidio en caso de adulterio (p. 396-397), debía quedar igualmente impune todo abuso en esta materia. Además, en la ley de Augusto sobre el adulterio se prescribía expresamente que al adúltero cogido *infraganti* podía el ofendido tenerlo sujeto por espacio de veinte horas.

4º El consentimiento del agraviado excluía la acción, cuando lo que se cuestionara fuera ese consentimiento.

Para la existencia de la injuria era indiferente, por el respecto jurídico, el que se hubiera puesto directamente de manifiesto la intención de ofender al perjudicado, o que se hubiera inferido esta intención por medios indirectos. Estos medios indirectos podían recaer sobre algún objeto, v. gr., sobre una imagen, o bien sobre una persona, por ejemplo, cuando se ofendiera a la esposa, al hijo, al siervo, con intención de injuriar también, y hasta en primer término, a su marido, padre o señor. Requeríase, sin embargo, en estos casos, para que hubiera ofensa indirecta, que el injuriante hubiera tenido conocimiento de las relaciones existentes entre el injuriado y las cosas o personas referidas, y por tanto que no pudiera menos de saber que la ofensa recaía sobre el primero. No dándose esta condición, y por lo tanto, si no pudiera decirse que había injuria indirecta, es difícil que el marido, el padre ni el señor del injuriado pudieran ejercer acción alguna, a lo menos según el derecho antiguo.

Como las personas libres que estuvieran sujetas a la potestad de otra no tenían, como tampoco las no libres (p. 485), derecho para interponer acciones judiciales, cuantas hubiera que ejercer por las injurias inferidas a las personas de referencia tenían que hacerlas valer, por el procedimiento privado y en representación, aquellos que tuvieran bajo su potestad a las mentadas personas. Sin embargo, al hijo de familia se le concedían facultades, en determinadas circunstan-

cias, para ejercer por sí e independientemente de su padre la acción que nos ocupa.

La injuria intentada, pero no consumada, no era punible.

También aquí los instigadores y auxiliares del delito eran jurídicamente equiparados al autor o autores principales de él. Si el esclavo lo cometiera por orden de su señor, ambos eran considerados como coautores (p. 54).

En el antiguo derecho penal, no se incluía dentro del campo de los delitos públicos ninguna otra injuria más que la causada por medio de cánticos o de escritos oprobiosos, y aun estas no eran consideradas como delitos públicos, según ya se ha dicho (p. 489), como tales injurias, sino en cuanto constituían una lesión de las obligaciones del ciudadano. El cántico injurioso debió de ser, por consiguiente, un delito sometido *ipso iure* al procedimiento de los Comicios con el magistrado; pero no tenemos noticia alguna de que efectivamente se aplicara a este caso tal procedimiento, y aun es posible que cayera en desuso desde muy pronto. Tampoco, al trasformarse durante el último siglo de la República el procedimiento criminal, se atribuyó este delito a la competencia de ninguno de aquellos tribunales de jurado; en cambio, el pretor lo incluyó entre los hechos que se sujetaban al procedimiento privado (p. 490). Un senadoconsulto de la época de Augusto fue el primero que, retrocediendo a la concepción originaria de este delito, incluyó los cánticos y los escritos injuriosos entre los crímenes de lesa majestad.

La pena con que las Doce Tablas conminaban este delito era la capital y, además, la pérdida de la testamentifacción, la pérdida del derecho de prestar testimonio y de mantener el ya prestado, y, por consiguiente, la pérdida del derecho de ser testigo. No nos corresponde ahora dilucidar si esta última pena estaba reservada para el caso de que no se ejecutase la capital, o si, como sucedía con la pérdida del derecho de ciudadano en el caso de perduelión, se consideraba como ligada al delito mismo, produciendo efectos retroactivos en caso de que el agente fuese condenado. Al reproducirse con los emperadores el procedimiento capital, hiciéronse extensivas al delito que nos ocupa las penas señaladas para los casos de lesa majestad; sin embargo, en la época anterior a Constantino no se impuso nunca pena superior a la de relegación y, en todo caso, a la de deportación. Los posteriores emperadores castigaron con la pena de muerte los libelos injuriosos anónimos. También la pérdida de la testamentifacción está todavía considerada como derecho vigente en los Códigos justinianos.

A la vez que del procedimiento público por causa de lesa majestad, en caso de injurias inferidas por escrito, podía también hacerse

uso de la acción privada de injuria; pero si se hubiera seguido ya cualquiera de los dos procedimientos, no podía entablarse el otro.

Fuera del caso del libelo infamatorio, todas las demás injurias se sustanciaban, según el derecho antiguo, por la vía del procedimiento privado; así sucedía no solo con arreglo a las Doce Tablas, sino también según el edicto pretorio y según la ley cornelia. El juicio este, en el cual no era utilizable el concepto de reparación o indemnización del daño causado, no tenía por objeto más que lograr que se impusiese una pena, bien hubiera ella de consistir en otro mal o dolor del reo, bien en una pena pecuniaria.

Según las Doce Tablas, el proceso se entablaba, lo mismo que en los otros delitos privados, por medio de una tentativa o petición de expiación reparadora, la cual no estaba mencionada expresamente en la ley más que para los casos más graves. No conocemos ninguna especialidad de estos juicios. La pena era, para los casos más graves de injuria admitidos por las Doce Tablas, la de mutilación, si se tratara de un individuo libre, el talión retributivo (*talio*); para los casos de lesiones corporales con fractura de hueso, una multa fija de 300 ases ($\zeta = 75$ pesetas?), si se tratara de un individuo libre, y la mitad, si de un esclavo; para todos los demás casos de injuria, bajo cuyo concepto entendía probablemente la ley todo hecho que consistiera en poner encima la mano a un hombre libre (p. 485), una multa fija de 25 ases ($\zeta = 6,25$ pesetas?).

Estas disposiciones dejaron de ser adecuadas para el nuevo estado de cosas creado posteriormente. Se siguió, sin duda, condenando al talión; pero es seguro que, como consecuencia de ello, ya desde bien pronto hubo de restringirse la facultad antigua de poderse uno también tomar libremente la justicia por su mano, haciendo que no se ejecutara la sentencia condenando al talión, sino que en la mayor parte de los casos el tribunal mandase sustituir dicho talión por un equivalente en dinero, y del propio modo se conminaron también con penas pecuniarias así las demás injurias enumeradas por la ley como aquellas otras que posteriormente fueron protegidas por una acción, gracias a la amplitud con que se interpretaban las disposiciones legales. Tampoco la ley cornelia fue más adelante en este punto. Las penas pecuniarias fijas señaladas por el antiguo Código de las Doce Tablas eran tan poco aplicables y tan poco aplicadas como el talión cuando cambiaron las relaciones sociales, pues ni el cambio de estas relaciones, ni tampoco la circunstancia de acusar una culpabilidad moral muy diferente los varios autores del delito que nos ocupa, consentían imponerlas. En las prescripciones jurídicas de tiempos posteriores no encontramos tampoco penas de estas sino en algún caso aislado; por ejemplo, en el edicto pretorio para el caso de que el patrono fuese

citado a juicio por el liberto; lo general era que las multas se impusieran tomando en consideración las particulares circunstancias de cada hecho.

Al demandante era a quien de derecho correspondía determinar la suma de dinero que se le había de entregar como equivalente de la ofensa recibida. Pero en los casos más graves se solicitaba del pretor que fijase a su arbitrio, previa inspección ocular si lo creyera necesario, la cantidad que había de depositar el demandado en concepto de fianza (*vadimonium*) para responder en su caso de las resultancias del pleito, y entonces el demandado pedía por medio de la acción una cantidad igual a la de la fianza, estando, pues, autorizado hasta cierto punto por el magistrado para hacerlo así. En los casos leves, el actor, sin necesidad de la autorización dicha, fijaba a su arbitrio la cuantía de la demanda penal.

Como el procedimiento debía ser rápido, el tribunal se formaba generalmente de recuperadores. Pero para los casos de injuria real, siempre que ambas partes litigantes fueran personas libres (p. 488), y para los de perturbación de la paz doméstica (p. 489), con la misma limitación sin duda alguna, la ley cornelia encomendó el conocimiento de los respectivos asuntos a un *consilium* dirigido por un cuasimagistrado, con lo que los juicios por injurias se aproximaron a los verdaderos juicios criminales, del propio modo que también se concedió el derecho de funcionar como demandantes o acusadores en ellos a los hijos de familia, quienes eran incapaces para ejercer la acción civil. Sin embargo, el juicio de referencia era también considerado como juicio privado, por cuanto no se reconocía a todo el mundo el derecho de ejercer la acción correspondiente, lo cual constituía el carácter esencial del *iudicium publicum*, sino que el único que podía interponerla era el lesionado mismo (p. 242). La presidencia de estos juicios la desempeñaba, o bien el pretor civil que los instruía, o bien probablemente un sustituto, según pasaba en las causas por coacción, conforme se ha visto (p. 416). La ley excluía la intervención de los recuperadores en estos procesos por injurias, y por esto se les hizo pasar al edicto de los pretores; pero, según una constitución de Severo, podía hacerse uso de la acción pretoria y, al mismo tiempo, de la reconocida por la ley cornelia, aun con respecto a las categorías excepcionales de injurias.

La demanda tenía siempre por objeto pedir una suma fija de dinero. En los casos en que se ejerciera la acción cornelia, el tribunal se veía obligado a atenerse a la demanda, no pudiendo hacer otra cosa sino absolver al demandado o condenarle a lo que de él se pedía, pues el hecho de seguirse la causa ante un *consilium* constituía una dificultad esencial para hacer la tasación del asunto. En el procedimiento

por recuperadores no existía tal obstáculo; pero en el caso de que el pretor hubiera hecho indicaciones tocante el valor de la cosa, el tribunal solía atenerse a ellas al dictar su sentencia condenatoria. Por el contrario, cuando no hubiera más que la propuesta hecha por el actor, el tribunal podía a su arbitrio disminuir el importe de la misma. En la acción por injuria no era posible contraponer la litisestimación y la condenación, y el tribunal se pronunciaba a la vez sobre el delito y sobre la medida penal.

El condenado, además de tener que pagar la multa quedaba infamado, debiendo recordarse al efecto que esta acción no se concedía sin más a todo injuriado. Esta regla era extensiva a las demás composiciones reconocidas por las leyes, siempre que las partes hubiesen llegado a ponerse de acuerdo sobre la cantidad que una de ellas debiese entregar a la otra. El que hubiera interpuesto una acción de injuria calumniosamente no quedaba de derecho sujeto a la acción criminal por calumnia, pero era castigado con un rigor semejante a como se les castigaría en virtud de la dicha acción.

Cada uno de los codelincuentes en este delito era responsable por el importe total. Si hubiera sido un esclavo el injuriante, quedaba sujeto a las reglas de la noxa.

La muerte del culpable extinguía la acción.

La tendencia a limitar todo lo posible las acciones por injuria no solamente se manifestó restringiendo el número de casos en que era permitido interponerlas, sino también poniendo trabas a la sustanciación de las mismas. El pretor exigía la acumulación de las injurias conexas y la designación precisa de ellas para entregar la causa instruída a los jurados. Al demandado le estaba permitido delatar bajo juramento al actor, y también se rehusaba a este la acción por injurias que de hecho hubiera perdonado. Rehusábaseles en todo caso la acción de referencia a los herederos del injuriado en caso de que este no hubiera llegado hasta el momento de la litiscontestación. Solamente en el juicio pretorio por causa de injurias era donde, por medio de una acción contraria (*contrarium iudicium*), se le imponía al actor, en el caso de que perdiera el asunto, una pena pecuniaria consistente en la décima parte de la cantidad que él había demandado. Aplicábase a la acción que nos ocupa la prescripción a breve plazo introducida por el pretor, si bien se la podía hacer entroncar con la ley de las Doce Tablas, con igual derecho que de esta ley se hacía arrancar la acción de hurto flagrante o manifiesto. En el caso de condena, se solía también prescindir de la infamia, no obstante ser esta última una consecuencia jurídica de aquella.

En la época posterior, el delito de injuria fue considerado de un modo semejante al de *furtum*; continuó siendo permitido hacer uso

con respecto a él de la acción privada, pero en muchísimos casos se empleaba un procedimiento criminal público que, a pesar de recibir el nombre de extraordinario, era en realidad un procedimiento cualificado por injurias. Prescindiendo de las faltas eclesiásticas y de las ofensas a la divinidad (p. 380), se acudía preferentemente a este procedimiento cualificado cuando se tratara de injurias contra autoridades y funcionarios; o cuando se causaran en algún escrito presentado a dichas autoridades, principalmente cuando en un escrito de apelación se ofendiera al juez de primera instancia; o cuando no se pudiera o no se debiera hacer uso del procedimiento civil, por ejemplo, cuando el delito hubiera sido cometido por una persona que no tuviera bienes bastantes con qué responder o por un esclavo cuyo señor estuviese ausente. Sustanciábanse también por el procedimiento criminal, además de los casos de injuria primeramente tenidos por tales, los de ofensas de los hijos a sus padres, los de ataques a la libertad (p. 489), perturbación de la paz del matrimonio (p. 489), lesión del derecho doméstico (p. 489), daños producidos en acueductos y otros delitos análogos (p. 489), instigación a un esclavo para fugarse al asilo (p. 490), y en general todo escándalo o desorden público (p. 491); también se incluyó en esta época en el círculo de delitos a que nos referimos el cántico injurioso (p. 493). Castigábase de igual modo por el procedimiento criminal, en virtud de su analogía con la calumnia causada en un juicio público, el ejercicio malicioso de la acción de injuria (p. 496). Las injurias graves del derecho antiguo no figuran, como tales, en esta enumeración, por lo demás meramente incidental, que de memoria se hace de los casos particulares a que se aplicaba la regla de que se trata. Según el derecho justiniano, además de la acción civil se concedía en general una acción penal de injuria (p. 496-97), es decir, que en cada caso concreto tenía facultades el magistrado correspondiente para acudir al procedimiento referido. Cuando las autoridades no procedieran por sí mismas, sin excitación de nadie, en virtud del conocimiento que del delito tuviesen, sino previa denuncia, el procedimiento empleado era en la mayoría de los casos sumario; no es que estuviera prohibido emplear las formalidades de la acusación, pero lo más frecuente es que no se las empleara. Las penas, si se exceptúa el caso de los libelos difamatorios anónimos, se limitaban, por regla general, tratándose de personas de rango superior, al destierro temporal, y en ciertas circunstancias, a la suspensión de profesión o empleo, y tratándose de individuos de clase inferior, a los castigos corporales; a los esclavos se les flagelaba. Sin embargo, a veces se impusieron condenas más graves.

CAPÍTULO X

DAÑOS

Las ofensas a la propiedad podían ser de dos maneras: apropiándosela y destruyéndola o causando en ella algún daño. De ambos modos podía atentarse tanto a los bienes de los dioses y a los del Estado como a los de particulares; pero si la apropiación indebida de los bienes de los dioses daba origen al sacrilegio, la de los bienes del Estado al peculado, y la de los bienes de particulares al hurto, la tradición no nos muestra, al lado del concepto jurídico general de los daños contra los bienes privados, ningún concepto jurídico general que se corresponda con el sacrilegio y con el peculado, si bien parece que en los antiguos tiempos se designaba con la palabra técnica *violatio* el daño causado en las cosas sagradas, palabra que indica por su derivación que en este orden, lo mismo que pasaba en el de los bienes privados, el daño en las cosas sagradas se consideró como punible, ante todo como hecho de violencia o coacción. La tradición nos muestra, sin duda, algunos preceptos relativos a los daños inferidos a ciertos templos singulares, a ciertas vías públicas y a ciertos acueductos, y relativos así bien a otras violaciones jurídicas análogas a estas; pero carecemos casi completamente de reglas o disposiciones generales sobre los daños en los bienes de los dioses y en los bienes del Estado, con solo alguna excepción tocante a los sepulcros, los cuales, aun no perteneciendo propiamente a la esfera del derecho privado, debieron de ser incluídos en él a comenzar desde los más antiguos tiempos de la República. La causa de la escasez de disposiciones generales a que acabamos de referirnos debe atribuírse, menos todavía a la justicia administrativa que ejercían los censores y otros funcionarios semejantes a ellos, y en la cual no se hacía uso, regularmente, del procedimiento contradictorio, que a la costumbre de dar una ley especial y concreta para cada impuesto o asunto público. El derecho penal no debe desconocer esta materia de daños causados en los bienes de los dioses y en los del Estado, pero tampoco debe aventurarse a construir una teoría fantástica sobre pocos e insuficientes casos particulares; lo que nos-

otros vamos a hacer es intentar reunir y ordenar cuanto encontramos en las fuentes respecto de la materia.

En este capítulo tenemos que estudiar también los daños y lesiones corporales y las muertes de hombres libres, en el caso de que ni unos ni otros hechos pudieran ser considerados como casos de injuria o de homicidio, pues por su analogía con los daños causados en las cosas, les corresponde ser tratados en este sitio del derecho penal, más bien que en otro alguno.

I.—*Daños en los templos.*

Las dedicaciones de santuarios del Estado, como en general toda dedicación de edificios públicos, solían hacerse bajo la forma de acuerdos del pueblo; pero, como quiera que se fijaban preceptos contra el robo y el daño al ejecutar estos actos, es posible que tuviesen también fuerza obligatoria aun en el caso de que se llevaran a cabo puramente en forma de dedicación. Todo templo tenía sus propias reglas; pero en los tiempos posteriores, al hacerse las dedicaciones, solía recordarse la antigua dedicación del templo de Diana sobre el Aventino, de manera que, según parece, el sistema de reglas que respecto de este templo regían vino a convertirse con el tiempo en sistema sacral general. Pero de todo esto no nos ha sido conservado nada. Por otra parte, es preciso reconocer que, en el derecho sacral, los daños, como se explica perfectamente, se concebían como teniendo un carácter más intensivo que en el derecho privado; así que, no solo era punible toda suciedad producida en terreno consagrado, sino también toda edificación o cualquier otro modo de aprovechamiento de este terreno, opuesto a los fines sacrales. La pena, cuya imposición presuponía siempre un obrar intencional o doloso, y que se diferenciaba expresamente de la expiación (*piaculum*) exigida en caso de profanación no intencionada, debía de ser, para los casos graves, la capital, imponiéndola por el procedimiento público, igual que cuando se trataba de sacrilegios; no nos debe extrañar la carencia de documentos comprobatorios de estas suposiciones, por cuanto ni la literatura, ni tampoco, salvo alguna excepción, las inscripciones alcanzan hasta la época en que los romanos eran unos verdaderos creyentes. Para los casos leves se hacía uso de penas pecuniarias, en su doble forma, es decir: ya por vía de multa, impuesta por el magistrado —no por el sacerdote—, a su arbitrio, multa que sin duda no podía traspasar ciertos límites señalados de antemano, y si los traspasaba podía ejercerse contra ella el derecho de provocación a los Comicios; ya como reparación o indemnización pecuniaria, que se hallaba fijamente regulada por las normas

del templo y que todo ciudadano podía pedir, mediante acción civil, que se hiciera efectiva por la vía rigurosa del procedimiento ejecutivo (*pro iudicato*), entregándose una parte de la misma al demandante vencedor.

II.—*Daños en los sepulcros*

Si a todo templo consagrado para fines de la comunidad se le agregaba, conforme queda dicho, un conjunto de normas jurídicamente obligatorias, por lo que en cierto modo se hacía innecesaria para él la existencia de un sistema penal general que lo protegiese; por su parte, como se consideraba que los sepulcros eran panteones exclusivamente familiares, y estando además reconocida por el Estado, dentro de ciertos límites, la autonomía de la familia o grupo de parientes, es muy posible que la dedicación de los sepulcros a los manes revisitiera en los primitivos tiempos un carácter jurídicamente obligatorio, y que, por lo tanto, hubiera disposiciones penales que sancionaran el respeto a dichos sepulcros. Pero en los tiempos históricos, cuando se había ya desarrollado, junto al concepto de la propiedad privada, el de los sepulcros privados, si bien es probable que a los que fundaran en terrenos de su propiedad algún panteón se les otorgaran ciertas garantías jurídicas, sin embargo, es imposible que las dedicaciones hechas privadamente a los espíritus de los muertos dieran, sin más, origen a una protección jurídica general, ni que las violaciones de esos sepulcros privados sirvieran de materia a procedimientos penales por causa de delito. Menos adecuado todavía para estos efectos era el sistema piaculatorio, que continuó seguramente en vigor hasta los tiempos posteriores. Pero el hecho de que las Doce Tablas prohibieran usurpar los sepulcros, cosa que no sucedió jamás con respecto a los bienes privados, indica que ya entonces no podía menos de existir una protección prestada por el Estado a las sepulturas. Sin embargo, todo lo que aquí podemos decir es negativo, o sea que los daños causados en los sepulcros no estaban protegidos por el derecho y el procedimiento civil de los primitivos tiempos, y que no nos es dado tampoco señalar un delito público dentro de cuyo concepto se hallaran incluidos esos mismos daños. Es posible que, al igual de lo que pasaba en los casos de daños causados a los templos, se empleara aquí el procedimiento capital en los casos graves, y que en los leves se impusiera una multa, ya al arbitrio del magistrado, ya con arreglo a anteriores normas legales; pero nos faltan totalmente los testimonios en qué apoyar nuestras aserciones.

Es fácil, por el contrario, demostrar que los pretores otorgaron su protección jurídica a los sepulcros, introduciendo en su edicto, probablemente desde bien pronto, una acción privada para perseguir las violaciones cometidas contra los mismos. Entendíase por violación de esta clase, según consta, no solo por los Códigos y libros de derecho, sino también por numerosos epitafios que coinciden en lo esencial con lo prescrito en aquellos, además de la destrucción directa del panteón o de los perjuicios causados en él, sobre lo cual no es preciso dar mayores explicaciones, el depositar en la tumba cadáveres de otras personas que las permitidas por el fundador del sepulcro, y el comportarse con el panteón como si fuera una cosa perteneciente a la propiedad privada convirtiéndola en morada, comprándola, vendiéndola o realizando con ella cualquier otro acto análogo. En estos casos, el pretor concedía una acción, en primer término a las personas interesadas en el sepulcro, pero si no las hubiera, o no se presentasen, a cualquier otra persona, para pedir una indemnización de 10.000 sestericios (= 2.500 pesetas) que iban a parar a poder del actor, indemnización que en ciertas circunstancias podía ser más crecida todavía, en caso de que quien ejerciera la acción fuera alguna de las personas con interés en la sepultura. Además, la condena producía efectos infamantes.

Las penas en favor del erario, por el delito de violación o profanación de sepultura, no llegaron a imponerse hasta el siglo II de J. C. Sin embargo, ya en la época de Marco y Vero, y acaso desde la de Pío, las violaciones de sepulcros, difícilmente las de todo el Imperio, pero sí cuando menos las cometidas en Roma, en Italia y en cierta parte de las provincias orientales, fueron incluídas en el número de aquellos juicios penales que daban lugar a indemnizaciones cuyo importe iba a parar en el todo o en su mayor parte a las cajas públicas. En los monumentos itálicos no se hace referencia ninguna al fundamento jurídico de tal sistema; en las provincias orientales se invocan constituciones imperiales tocante al asunto. Dicho fundamento era, probablemente, ante todo, un senadoconsulto promulgado tan solo para Roma e Italia, como por ejemplo, el hosidio sobre la demolición de edificios municipales; pero luego, tomando pie de este senadoconsulto y en relación con él, se dieron en las diferentes provincias, mediante constituciones imperiales y edictos de los gobernadores, y muy singularmente como producto de la autonomía municipal, varias reglas y disposiciones análogas a las del senadoconsulto fundamental. El silencio de las fuentes jurídicas —no conocemos esta institución sino en virtud de numerosas inscripciones— y las diferencias locales en cuanto a la imposición y aplicación de la indemnización de que se trata, hacen imposible suponer que hubiera disposiciones generales que regularan para todo el Reino; sin embargo, se hallaba tan difun-

didada, que bien nos podemos permitir una exposición de lo más esencial de su contenido.

La indemnización (*Busse*) pública, de que se hacía uso a la vez que de la pretoria —pues la acción que por causa del delito concedían los pretores no estaba de ningún modo abolida—, no podemos considerarla como impuesta o exigida por la autoridad, sino como un mandato del fundador del sepulcro, en virtud de permisión legal, lo propio que acontecía en los casos de injuria, y por eso precisamente no se la daba el nombre de *multa*, sino el de *poena*, en griego *πρόστιμον*. Pero, probablemente, el fundador de la tumba no podía establecer la indemnización penal de referencia sino en virtud de previa notificación a aquellas autoridades que posteriormente hubieran de decidir acerca de la prestación de la indemnización, o sea, según lo que después decimos, previa notificación, en Roma, al colegio de los pontífices, y fuera de Roma, a las autoridades del correspondiente municipio. Estas autoridades podían muy bien tener alguna facultad o influjo sobre la fijación de la cantidad que debiera indemnizarse, cantidad que, por lo que resulta de las inscripciones, era muy diversa; además, parece que existían por todos los lados, en las cláusulas fundacionales, preceptos donde se señalaba el *máximum* del que no podía pasar la suma indemnizada, aun cuando ese *máximum* no era en todas partes igual, pues en Italia, con escasas excepciones que no hay para qué mencionar, la indemnización no podía exceder de 100.000 sesteracios (= 25.000 pesetas), y en las provincias no era a menudo mayor de 5.000 denarios (= 5.000 pesetas).

El importe de la indemnización iba a parar, o a la caja del Estado, o a una caja municipal, o a la del colegio de los pontífices.

1º El Estado romano podía ocuparse de esta indemnización en cuanto la misma estuviera en uso. De derecho, esta indemnización no correspondía al fisco, sino al Erario, lo mismo que pasaba, por regla general, con todo el dinero de procedencia penal; de hecho, al erario es al que nombran regularmente las inscripciones de Italia, y al único que nombran las inscripciones de las provincias. Se comprende muy bien que en las más modernas inscripciones de Italia, y en la mayoría de las del Oriente, sea el fisco el que se encuentra nombrado para el efecto dicho, con solo tener en cuenta que en el siglo II de J. C., la diferencia entre el fisco y el erario estaba ya muy borrosa, y, sobre todo, que en las provincias eran los administradores financieros del emperador los que, al mismo tiempo que las correspondientes al fisco, percibían también las cantidades debidas al erario, y para ellos solamente existía una caja central.

2º La indemnización podía ser determinada, no solo para aquellas comunidades municipales dentro de cuyo territorio se hallase en

clavada la sepultura en cuestión, sino, en general, para toda colectividad municipal. Estas indemnizaciones locales podían coexistir con las correspondientes al Estado.

3º Por último, cuando el sepulcro estuviese dentro del distrito de la ciudad de Roma, la indemnización podía también ser destinada a la caja de los pontífices, o a la de las vestales, solamente de hecho separada de la anterior. Fuera de Roma no encontramos aplicación alguna de esta regla. No se trataba aquí de otra cosa, sino de una diversa manera de expresar la indemnización al Estado, pues la caja de los pontífices no era más que una división o sucursal de la caja del Estado, solo de hecho separada de esta última. Con frecuencia se entregaba parte de la indemnización al Estado, y parte al colegio de los pontífices.

En general, para Italia no encontramos que la indemnización fuera a parar a otras personas, y aun en las provincias ocurría esto en proporción muy escasa. Lo cual demuestra claramente que estas penas excepcionales tenían una base legal, así como la circunstancia de que no intervengan para su imposición las divinidades paganas es una prueba de que tuvieron origen en los tiempos posteriores.

El procedimiento que se seguía en estos casos de indemnizaciones penales no era siempre el mismo, sino al revés.

En Roma correspondía entender de ellas al colegio pontifical, por la vía administrativa, siendo de advertir que el derecho de denuncia correspondía ante todo, lo mismo que en los juicios ante el pretor, a las personas directamente interesadas; pero a falta de estas, podía entablar la denuncia cualquiera otra. No se seguía un juicio verdaderamente tal, y tampoco se concedían recompensas a los acusadores. Es probable que de este procedimiento se hiciera uso, no solamente con relación a las indemnizaciones pontificales, sino también con relación a las que iban a parar al Estado, pues el hecho de que a menudo se acumulaban unas y otras parece demostrarnos esa comunidad de sustanciación.

Fuera de Roma se empleaba para las indemnizaciones de referencia el procedimiento popular privado, con premios a los acusadores, entablándose la demanda, sin duda alguna, ante aquellas autoridades municipales a quienes correspondía conocer de la indemnización penal. En estos procesos municipales se hacían también condenas sobre las indemnizaciones para el Estado; por eso es frecuente encontrar en ellos condenas a indemnización doble. No hay ningún vestigio seguro por el cual inferir que las autoridades del Estado tomaran directamente las cantidades que a ellas les correspondían; más bien parece que se atribuía en absoluto el conocimiento de los respectivos procesos, tanto en Roma como fuera de Roma, a las autoridades locales, tenien-

do también en cuenta para hacerlo así que no era fácil resolver tales asuntos sin previa inspección ocular, y el importe de las indemnizaciones penales correspondiente al Estado lo percibían el colegio de los pontífices y las autoridades municipales.

Cuando en tiempos posteriores se agravaron todas las penas en general, la exacerbación de las mismas afectó de una manera notable a las señaladas a los delitos contra las sepulturas, los cuales se resintieron de la laxitud y el descaro que se manifestaran en la esfera penal de esta época corrompida. Las penas pecuniarias no se estimaban ya suficientes al efecto. Ya se ha dicho que los jurisconsultos de fines del siglo II incluyeron las profanaciones de sepulturas entre los delitos de coacción; con ello se hacía violencia a la ley julia, pero esta errónea aplicación de la misma, quizás justificada por motivos de índole práctica, pasó a los Digestos de JUSTINIANO. Oportuna y conveniente fue la inclusión de los atentados contra los sepulcros entre los llamados delitos extraordinarios, y probablemente aquí tuvo su origen la acción penal por *τυμβωρυχία*, que encontramos mencionada a menudo, a la vez que la indemnización, en las inscripciones del Asia Menor. Mas este procedimiento no impedía que se hiciera también uso del acusatorio. La pena que se imponía variaba con arreglo a las circunstancias. En caso de que el delito se hubiera cometido con armas y tumultuariamente, la pena era la capital; si se hubiera sacado el cadáver de la sepultura, el castigo era la deportación para las personas de clase alta, y la muerte para las de condición inferior. En general, a las personas de aquella clase se les imponía pena de deportación o de relegación, y a las de clase humilde el trabajo forzoso, ya de primer grado, ya de segundo. En los tiempos posteriores a Constantino, continuó existiendo, al lado de las penas más graves, la de indemnización pecuniaria, la cual nuevamente volvió a adquirir preponderancia, aunque ahora ya el antiguo *máximum* de 100.000 sesteracios se cambió en el de 20 sueldos de oro.

III.—*Daños en la propiedad pública*

En los casos de daño causado a la propiedad pública —entre los cuales se hallaba comprendido también el hecho de no cumplir las obligaciones legalmente impuestas a los propietarios de terrenos colindantes con el terreno público— las autoridades procedían ordinariamente por la vía de la justicia administrativa, pero también los particulares directamente perjudicados podían entablar interdictos civiles. De entre los numerosos casos particulares de esta índole —pues no había preceptos generales tocante a la materia—, debemos tratar

aquí de las ocupaciones indebidas de alguna parte de las vías públicas, de la remoción de las piedras de amojonamiento y de los daños causados en las conducciones de aguas y en los acueductos públicos.

Según el sistema del *ager* romano, las lindes y veredas que separaban unas de otras las varias parcelas de terreno pertenecientes a las familias o a los particulares eran de propiedad común. En el caso de que se alterasen los límites entre las parcelas, conturbando la vereda o apropiándose algo de la misma, con lo que se impedía utilizarla conforme a su destino, el hecho era considerado por el más antiguo derecho como un crimen capital, y tanto al arador como a su yunta se les condenaba a muerte. La tradición no nos ha transmitido ningún caso de aplicación de esta antigua norma en los tiempos históricos. En la época posterior, cuando, con intervención del Estado, se trazaron los límites entre las heredades, lo cual trajo consigo el que las lindes o veredas limitantes llegaran a ser consideradas como vías públicas, y cuando se colocaron piedras de amojonamiento y deslinde, todo acto que consistiera en borrar los límites dichos se castigaba con pena de 4.000 sestercios, y toda remoción o supresión de los mojones con la de 5.000, que ingresaban a beneficio del municipio interesado, aun cuando si el culpable fuese un esclavo, la pena que se le imponía era la de muerte. Es de advertir que, si bien esto es lo que de hecho acontecía en la generalidad de los casos, lo probable es que cada uno de ellos estuviera regulado formalmente por una ley especial. La acción para perseguir al culpable era popular, y en los casos en que no hubiese ningún funcionario especial para conocer de ella, se interponía ante las correspondientes autoridades municipales, quienes nombraban después un tribunal de recuperadores para su decisión. Adriano sustituyó las mentadas penas pecuniarias con otras de verdadera índole criminal, que fueron, cuando la remoción de los mojones se hubiera hecho dolosamente, para las personas de clase alta, la de relegación temporal, y para las de clase humilde, el trabajo obligatorio por espacio de dos o tres años; y si el delito se hubiera cometido culposamente, la pena de castigos corporales. Posteriormente se aumentó esta penalidad, y entonces a las personas de clase alta se les imponía la relegación perpetua y, además, la pérdida de una tercera parte del patrimonio; a las de clase humilde, el trabajo obligatorio, y a los esclavos se les condenaba a las minas. Estos preceptos pertenecen al derecho del Reino, y se refieren a las vías del Reino. El primero de ellos, que se refiere al acto de borrar los límites, lo vemos repetido con el carácter de precepto municipal en la ley municipal dada por César a la colonia hispana de Genetiva; pero en vez de señalar la pena de 4.000 sestercios, señala solo 1.000.

Sobre la protección jurídica otorgada a las conducciones de aguas de la ciudad de Roma, tenemos por una excepcional fortuna bastantes informes, gracias sobre todo al hermoso escrito de Frontino. Según este, para cada uno de los acueductos de Roma —el más antiguo de ellos era seguramente el acueducto apio, del año 442-312— acordaba el pueblo normas singulares, conforme queda dicho que sucedía con los templos públicos; hasta los tiempos de Augusto, pueden reducirse estas disposiciones a una serie de senadoconsultos del año 743-11 y a un acuerdo del pueblo, año 745-9. El contenido de estas disposiciones legales, que en su mayor parte se ha conservado hasta nosotros, se reduce en lo esencial a prohibir que se causen daños a la conducción de aguas y a prescribir que a ambos lados de la misma se deje una faja de terreno de cierta anchura, libre de plantaciones y edificaciones. Las prescripciones antiguas prohibían también enturbiar las aguas. Todo el mundo estaba facultado para entablar la acción correspondiente. La resolución de la misma competía al curador de los acueductos y a sus dos auxiliares, curador al cual se le encomendó en la época del Principado el conocimiento de esta parte de asuntos propios de los censores; y eventualmente, cuando no pudiera conocer de ellos el mencionado curador, se entregaban al conocimiento del pretor para los peregrinos. Al magistrado que diese la sentencia le correspondía señalar los medios coactivos que creyera más adecuados para ejecutarla. Para el caso de que se hubiera causado dolosamente lesión a un acueducto, la ley disponía que el autor de la misma, o si este fuese esclavo, su señor, quedase obligado, no solo a reparar el daño causado, sino también a pagar por vía de pena la fuerte indemnización de 100.000 sestercios (= 25.000 pesetas), y por cada atentado contra las vías laterales, que debían estar libres, señalaban los senadoconsultos la indemnización penal de 10.000 sestercios, y la ley la de 100.000. La mitad de la cantidad que el demandado fuese obligado a pagar iba a poder del demandante vencedor. Ya en la época republicana, los censores, u otros cualesquiera magistrados llamados a conocer de los daños contra los acueductos, hicieron uso en lo esencial de este procedimiento, al que consideraban como acusatorio, aun cuando también acudieron los correspondientes magistrados al derecho que tenían para imponer multas dentro de ciertos límites, en virtud de su potestad coercitiva. La intervención de jurados era en general facultativa tratándose de la justicia administrativa, y no parece difícil que se hiciera uso de ellos para asuntos en que mediaban intereses por lo regular de importancia, si bien tampoco queda excluida la posibilidad de que en los antiguos tiempos la indemnización legalmente fijada y regulada se hiciera efectiva por el pretor mediante el procedimiento por multas, bien procediendo él espontáneamente a imponerla, bien a excitación

de cualquier ciudadano. Todavía a principios del Imperio se hizo uso alguna vez de este procedimiento: según las reglas dadas por Augusto para el acueducto venafrano, en todo caso de daño o contravención contra el mismo, un representante del municipio venafrano, nombrado por el concejo municipal, pedía ante el pretor de los peregrinos en Roma una indemnización penal de 10.000 sestercios, resolviendo acerca de la demanda el tribunal de recuperadores nombrado por dicho pretor. Todas estas disposiciones desaparecieron, como puede comprenderse bien, de las reglas dadas para la ciudad de Constantinopla; pero lo que las leyes de JUSTINIANO prescriben respecto a las conducciones de aguas no es, en esencia, distinto de lo anteriormente expuesto. También, según estas leyes, consiste el delito en causar daño en los acueductos o en las vías laterales; sin embargo, estas disposiciones iban más allá que las antiguas, por cuanto, si bien es verdad que se referían en su mayor parte a particulares acueductos, también lo es que no faltan algunas de carácter general. No nos es posible hacer aquí un examen circunstanciado de ellas, como tampoco de otras prescripciones semejantes y conexas, especialmente de las relativas al río Nilo.

Conocemos, además, otras varias acciones penales análogas a las que vienen ocupándonos, cuyo objeto era la protección de la propiedad pública, como por ejemplo, la que garantizaba la limpieza y la policía de las calles, a la cual parece que se le aplicaba el procedimiento ejecutivo, y la que se daba contra los que perjudicaran o estorbaran los procedimientos de promulgación o notificación públicas. Pero estas disposiciones particulares y concretas no tienen puesto en el derecho penal, y es difícil que las hubiera de carácter general respecto de los asuntos que al presente nos ocupan.

IV.—Daños en la propiedad privada (DAMNUM INIURIA)

Según el derecho de las Doce Tablas, se consideraba como delito privado, además de la privación de la propiedad, o sea el *furtum*, el daño causado a alguien en su cuerpo o en sus cosas, daño que, conforme queda dicho en el capítulo anterior (p. 484), es probable que, así en el lenguaje como en la idea, se concibiese como *iniuria*, del propio modo que también el antiquísimo concepto de *pauperies* abarcaba el daño causado por un animal en el cuerpo o en los bienes de alguna persona. El lenguaje aplicaba a ambos casos el mismo término «injusticia», *iniuria*. Cuando más tarde se produce la separación entre las dos esferas, persistió en cierto modo la misma denominación para ambos delitos; pero en el derecho de los tiempos posteriores, a la ofensa personal en que vino a cambiarse la lesión corporal antigua se la

llamaba sencillamente injusticia, *iniuria*, mientras que, por el contrario, la manera de designar técnicamente el daño en las cosas era «prestación por causa de injusticia», *damnum iniuria*. La palabra «prestación» añadida a la de «injusticia» indicaba lo que tenía de común el daño en las cosas con los demás delitos contra la propiedad, y caracterizaba exactamente a uno y a otros como actos que exigían una reparación del perjuicio sufrido, mientras que cuando se trataba de ofensas personales no había que reparar daños, y solamente era posible hablar de imposición de pena. No han llegado hasta nosotros las disposiciones generales del Código de las Doce Tablas tocante al daño en las cosas; la norma que servía para regular este hecho era el plebiscito aquilio, dado antes del año 678-76, acaso mucho antes, y cuyo nombre se empleaba no pocas veces en lugar del concepto jurídico a que el mismo se refería. La legislación de los tiempos posteriores se ocupó poco de esta materia; por el contrario, la práctica de los tribunales y la doctrina de los jurisconsultos ampliaron mucho y acertadamente, por medio de la interpretación extensiva, la concepción estrecha y exterior que de la letra del plebiscito aquilio se desprendía, haciendo posible su aplicación a las necesidades reales.

Consistía el daño en las cosas, *damnum iniuria*, en destruir una cosa ajena o mermar su valor, sin tener derecho para ello. Tenemos, por consiguiente, que determinar: primero, cuál sea el contenido del concepto de propiedad; segundo, qué actos deben ser considerados como destructores o aminoradores del valor de esta; tercero, en qué consiste la antijuridicidad propia de este delito, más amplia que la de otros hechos incluídos en el derecho penal.

Conforme a la esencia del delito privado, a cuya categoría se ha dicho que pertenece el daño en las cosas, solamente el causado en las que se hallaran sometidas a propiedad era el que podía tomarse como constitutivo de este delito, el cual, en rigor, no consistía en el daño producido en la cosa, sino en el inferido a la persona a quien la misma perteneciera. No podía, por lo tanto, recaer tal delito sobre las cosas sin dueño; sin embargo, la acción correspondiente se hizo extensiva, aunque no sin dificultades, a las cosas hereditarias. Concedíase la misma, no solo al propietario, sino también, aunque tampoco sin dificultad, a todo el que tuviese derecho sobre la cosa. Según el Código de las Doce Tablas, la acción dicha se limitaba a las cosas muebles, lo cual se demuestra no solo por la analogía de este hecho con las correlativas apropiaciones indebidas o hurtos ya estudiados (p. 460-461), sino también por las disposiciones especiales contenidas en las mismas Doce Tablas, y que luego mencionaremos, tocantes al incendio (p. 514), al pastoreo (p. 513) y a la corta de árboles frutales (p. 513), las cuales parece que se proponen llenar esta laguna. La concepción

Si en el delito de daños hubiesen intervenido diferentes personas, debía determinarse, hasta donde fuera posible, la culpabilidad de cada una, para castigarlas con arreglo a ella; si se demostrara que todas ellas habían contribuido directamente a ejecutar el hecho, o si no fuera posible aquilatar la diversa participación que cada cual hubiera tomado, se consideraba también ahora el delito como indivisible. La inducción o instigación y el auxilio eran castigados lo mismo que la culpabilidad del reo principal. Para el caso de que el delito se hubiera realizado por cooperación entre el señor y el esclavo (p. 70), o entre varios esclavos de un mismo dueño (p. 70), se aplicaban las reglas generales.

Los procesos por daños se sustanciaban como los procesos por hurto o apropiación indebida, solo que en los por daños no se acudía al procedimiento capital, por cuanto la culpabilidad ética del reo era escasa, y los perjudicados tenían incondicionalmente la obligación de aceptar el pago o indemnización por el daño sufrido. Constaba también este procedimiento de dos partes, pues primeramente había de fijar el jurado la realidad y la extensión del daño causado, y después, como la ley aquilia no establecía una tarifa fija, el mismo jurado había de valorar dicho daño; cuando el dañador reconociera el perjuicio causado, el procedimiento judicial se limitaba a hacer la estimación del mismo. Igual que en el hurto, aun después de dada la primera resolución por el jurado, las partes podían llegar a un arreglo, y entonces lo que legalmente procedía era la absolución del demandado.

Las Doce Tablas, que habían señalado penas para los casos de daños causados en el cuerpo de los individuos, las prescribieron también para el caso especial de corta o destrucción de árboles (p. 513), y aun puede suceder que dicho Código contuviera otras disposiciones análogas que no han llegado hasta nosotros; en la ley aquilia no existen semejantes preceptos penales, y hasta puede ocurrir que el fin principal que se persiguiera al promulgarla fuese el de abolir tales disposiciones de las Doce Tablas. La ley aquilia prescribía la simple reparación del daño en cada caso particular; pero es de advertir que esta reparación la consideraba como una verdadera pena, absolutamente, como así nos lo demuestra sobre todo la manera de ser tratada en ella la codelincuencia y además el hecho de no poder ser transmitida por herencia la correspondiente acción. Según la ley aquilia, en caso de haber sido destruída o despedazada una cosa, se calculaba el total valor que la misma tenía o hubiera tenido en el mercado, y en caso de habersele producido daños se calculaba lo que hubiera perdido de este valor en el mercado, y además el importe de los frutos que el perjudicado hubiese dejado de percibir por causa de los daños, el de los gastos que hubiera tenido que hacer y en general el de todos los per-

juicios sufridos. Hasta se consentía tomar en cuenta el valor que la cosa hubiera tenido en el mercado durante el año anterior, siempre que se tratara de esclavos o de animales de los que viven en rebaño, y durante el anterior mes si se tratase de otro daño cualquiera, de suerte que al actor o demandante se le dejaba en libertad para apreciar el importe del daño sufrido tomando como tipo el valor que hubiera tenido la cosa en cualquiera de los momentos comprendidos dentro del plazo de referencia. Frecuentemente, pues, las reclamaciones que el perjudicado tenía derecho a hacer tomando por base el hecho dañoso superaban más o menos el importe del daño efectivamente sufrido, y tal era el caso siempre que las personas que hubieran tomado participación en el delito fuesen varias, por cuanto cada una de ellas tenía que responder por el todo de aquel importe. También se condenaba al demandado a pagar el doble de la suma pedida en la demanda, siempre que sin razón alguna hubiera negado la existencia del daño.

Cuando el autor del delito hubiera sido un hijo de familia o un esclavo, la acción noxal que entonces procedía quedaba sujeta a las reglas generales concernientes a estas acciones, salvo las limitaciones legales que se imponían en el caso de que el delito lo hubieran cometido juntamente muchos esclavos (p. 70).

La acción por daños, igualmente que todas las acciones análogas a ella que vamos a examinar en lo que resta del presente capítulo, se extinguía por la muerte del autor del hecho y no podía ejercerse contra sus herederos.

La acción aquilia, lo mismo que todas las demás comprendidas en este capítulo, incluso aquellas que por su carácter penal o por la manera de interponerse eran acciones pretorias, se hallaban sujetas a la regla general en punto a la prescripción, y por lo tanto, prescribían en el plazo de treinta años; únicamente las indemnizaciones fijas impuestas por pretores y ediles, de las que hablaremos pronto, eran las que se hallaban sujetas al plazo anual.

V.—*Acciones por daños análogas a las estudiadas*

Réstanos todavía por estudiar una serie de acciones derivadas de delitos, las cuales no caían dentro del círculo de los daños a la propiedad sancionados por la ley aquilia, pero que sin embargo eran consideradas y sentenciadas de un modo más o menos análogo a las aquilianas. Se referían a los delitos siguientes:

- 1º Daños de animales, según las Doce Tablas.
- 2º Derribo de árboles frutales, según las Doce Tablas.

3º Homicidio culposo de hombres libres, según el derecho honorario.

4º Lesión corporal de hombres libres, según el derecho honorario.

5º Incendio, según las Doce Tablas.

6º Abuso de la adstipulación, según la ley aquilia.

7º Corrupción moral de las personas sometidas a la potestad doméstica, según el derecho honorario.

8º Daños por tener animales peligrosos, según el derecho honorario.

9º Daños por echar o tirar algo, según el derecho honorario.

10. Lesiones corporales cualificadas y daño en las cosas, según el derecho imperial.

1º El daño causado por un animal perteneciente a la propiedad privada de alguien no estaba considerado por el derecho de las Doce Tablas, ni tampoco por el de los tiempos posteriores, como caso de «injusticia», esto es, de *iniuria*, pero sí como caso de pastoreo abusivo, *pauperies*, y en tal concepto se le trataba como delito semejante a la *iniuria*. Considerábase como modos de la *pauperies*, igual que sucedía en un principio con la *iniuria*, tanto el daño que el animal causara en el cuerpo de una persona, como el que causara en las cosas (p. 484). A los animales se les consideraba enteramente lo mismo que a los hombres, sujetos a la organización social; se hacían merecedores de castigo siempre que pacieran ilícitamente; si luchando dos animales se hacía daño uno de ellos, se hacía según esto merecedor de pena aquel que hubiese dado comienzo a la lucha; cuando el animal fuera conducido por un hombre, solo a este se le hacía responsable. La acción que en estos casos se concedía era necesariamente noxal y quedaba extinguida por la muerte del animal; solo en el caso de que el propietario del animal negara pertenecerle la posesión de este, es cuando perdía el derecho de librarse de la acción entregando el animal. En todo lo demás, esta acción se hallaba sometida a las reglas de la acción aquiliana.

2º La acción por causa de derribo de árboles frutales la establecieron probablemente las Doce Tablas, por el motivo de que, según esta ley, el daño en las cosas se limitaba al producido en cosas muebles (p. 508); y si bien es cierto que se permitió en tiempos posteriores la aplicación a este caso de la acción aquiliana, también lo es que al lado de la aquiliana se conservó vigente la anterior, y que hasta en épocas muy adelantadas siguió constituyendo el derribo de árboles un delito privado independiente. Los elementos constitutivos de él eran los mismos exigidos por la ley de las Doce Tablas, con la única diferencia de que solamente se concedía la acción cuando el agente hubiera obrado con dolo. La pena de 25 ases, fijada por la ley de las Doce Tablas para el derribo de árboles, fue luego cambiada, es de su-

poner que por el pretor, en la de indemnización del doble del daño causado.

3º Según la ley de las Doce Tablas, cuando la muerte dada a un hombre libre no pudiera ser castigada como homicidio, solamente daba lugar a imponer por ella una expiación de carácter religioso; y que era así podemos inferirlo del hecho de haber quedado postergada y vencida la antigua constitución y organización social basada en la familia y del hecho de haberse abolido ya a esta época la venganza de sangre: al ocurrir este cambio y al establecer como consecuencia un procedimiento público para las causas de homicidio, aquellos hombres pudieron muy bien considerar difícil incluir la muerte culposa de una persona entre los delitos privados. El fundamento que los libros de derecho alegan para justificar semejante particularidad, es a saber, que no hay equivalente posible de la vida humana, era también aplicable a los daños causados en el cuerpo de las personas, y es difícil por otra parte creer que lo tuvieran en cuenta los antiguos legisladores. Posteriormente, el derecho honorario o de los magistrados dispuso que en caso de homicidio, no doloso, sino culposo, si este hubiera sido causado por un animal fiero que indebidamente tuviese alguna persona, el autor del mismo debía ser condenado a pagar por vía de pena una indemnización de 2.000 sestercios, indemnización que subía a 5.000 sestercios si el homicidio hubiera provenido de haber tirado o arrojado alguna cosa que matara a la víctima.

4º Las lesiones corporales causadas culpablemente a un hombre libre, y que no pudieran ser consideradas según la ley correspondiente como tentativa de homicidio (p. 397), eran castigadas por el derecho de las Doce Tablas como caso de injuria, siendo probable que el resultado fuera el mismo, tanto si hubieran sido producidas con intención como si lo hubieran sido sin ella. En este último caso, el derecho de tiempos posteriores no admitía la acción de injuria, y en rigor jurídico, tampoco era posible conceder una acción civil, lo propio que acontecía en el caso de homicidio culposo; sin embargo, para poder perseguir los daños inferidos al cuerpo de los hombres libres, se consentía utilizar en estos casos las acciones por daños en la propiedad, así la acción aquilia, como las por daños provenientes de animales salvajes tenidos indebidamente, y las por daños inferidos por cosas arrojadas.

5º El incendio doloso era incluido por las Doce Tablas entre los delitos de homicidio, por el peligro que llevaba envuelto para la vida humana (p. 406-7); mas esto no impedía que se le pudiera considerar también, en general, como caso de daños, con tanto mayor motivo cuanto que la acción de homicidio no garantizaba ninguna indemnización a aquellos que hubiesen sido perjudicados por el incendio. Es

probable que las Doce Tablas, del propio modo que contenían preceptos especiales para el caso de derribo de árboles, mandando indemnizar el perjuicio sufrido, los tuvieran también análogos para el caso de incendio; pero forzoso nos es dejar sin resolución la pregunta tocante a saber si estos preceptos se limitarían a la hipótesis del incendio doloso, o si, lo que es más verosímil, abarcarían también todo incendio producido por negligencia indisciplinable. Ya diremos después cuál fue la manera de ser tratado el incendio en los tiempos posteriores.

6º La ley aquilia, no sin fundamento, equiparaba el empleo abusivo de la adstipulación al daño en las cosas. Si, en otros órdenes, el ejercicio de los derechos que corresponden a los acreedores no podía traer perjuicios para terceras personas, en cambio, cuando a los acreedores a quienes corresponde realmente un crédito equiparamos otra cualquier persona a quienes ellos hayan conferido mandato legal, es claro que el perdón de la deuda realizado por este adstipulador extingue también el derecho de crédito que correspondía al acreedor primero; y como a la época en que la ley fue dada todavía el mandato no producía probablemente acción de ninguna clase, se acudía a este medio a veces para burlar a los acreedores, y por eso, cuando semejante acto hubiera sido ejecutado, se concedía al acreedor principal una acción contra el mandatario para pedirle la reparación del daño sufrido, lo mismo que si se tratara de un caso de daño en la propiedad.

7º La corrupción (*corrumpere*) de personas no libres, o lo que es igual, todo atentado a la moralidad de las mismas que hubiera dado por resultado la aminoración en el valor en venta de ellas, daba origen, según el derecho pretorio, a una acción análoga a la aquilia, acción que se concedía al correspondiente dueño para pedir una indemnización por el doble del daño causado. Igual acción se daba también cuando la corrupción se hubiera ejercido sobre un hijo de familia.

8º El tener animales peligrosos en los sitios de mercado daba lugar, según el edicto de los ediles curules, a una acción que podían ejercer los que hubieran sido perjudicados en su cuerpo o en sus cosas, contra quienes tuvieran dichos animales, y por la cual se pedía una indemnización por el doble del daño causado. De la acción penal que correspondía cuando en estos casos hubiera habido muerte de persona, ya hemos hablado.

9º Los daños que se causaran en los sitios de mercado por cosas tiradas o pendientes de alguna casa o de un barco caían bajo la acción de la ley aquilia siempre que se pudieran poner a cargo de una determinada persona. Quedaba también responsable en este caso todo poseedor de la casa cuando no se le hubiera visto y el que habitare o se hallare en ella de un modo puramente transitorio, o sin pagar alquiler, o como subarrendatario. Por esta acción se conseguía la indemni-

zación por el doble del daño; pero si esta indemnización se prestara una vez, ya quedaban libres de ella las demás personas obligadas a prestarla. De la acción penal para el caso de muerte de alguna persona, ya se ha hablado antes. Si el daño de la especie que nos ocupa no se hubiera producido, pero estuviese amenazando con producirse, se concedía una acción penal popular contra el poseedor de la casa para pedirle la suma de 1.000 sesteracios.

10. Durante el Principado, muchos casos de lesiones corporales y de daños, igual que también sucedió con los hurtos y las injurias, fueron considerados como delitos extraordinarios, y en cuanto tales, sometidos al procedimiento penal de la cognición del magistrado. También en esto es preciso reconocer (p. 412) una aplicación del hecho por virtud del cual las normas relativas a los delitos privados según el sistema antiguo pasaron al nuevo derecho penal público.

a) Conforme ya dejamos dicho, el homicidio culposo de un hombre libre no era en general castigado por la vía del procedimiento ordinario. Había, sin embargo, que distinguir aquí diferentes casos:

1º El de propinar, sin pensarlo, sustancias venenosas; un senado-consulta incluyó este caso entre los castigados por la ley cornelia sobre el homicidio.

2º El de dar muerte a alguien sin intención, como acto de arrogancia o durante una riña.

3º La muerte de un hombre libre por negligencia del médico.

4º La muerte de un hombre libre por algún objeto que impen-sadamente se hubiera arrojado desde un árbol.

Estos casos están considerados en las fuentes como casos verdaderamente criminales, a los que era aplicable la ley sobre el homicidio; y como estaban conminados con penas graves, y además el primero de ellos había sido incluido en la ley cornelia sobre el homicidio y el envenenamiento, parece inferirse de aquí que estos hechos caían dentro del concepto del homicidio. Mas no debemos dar importancia a lo que ocurre con el primer caso, porque en el envenenamiento se habían incluido de un modo irregular todos los actos conexos con el mismo ejecutados con fines de lucro (p. 402 y ss.); y por lo que respecta a los otros casos de muerte, es de advertir, por un lado, que la intención o propósito era, aun para los juristas de tiempos posteriores, un requisito, sin duda alguna, indispensable para el concepto de homicidio, y por otro lado, que del último de los casos mencionados se declaraba expresamente que no caía bajo la acción de la ley sobre el homicidio. Con acierto se separaron estos casos de los de homicidio y se les consideró como delitos extraordinarios, esto es, no previstos legalmente; tal y como se nos presentan, lo único que respecto a ellos puede suponerse es que el derecho penal de los tiempos imperiales hi-

zo extensivo a los casos graves de muerte culposa el procedimiento por cognición del magistrado. También encontramos que, en semejantes casos de muerte, el culpable había de entregar una reparación pecuniaria a los parientes pobres del muerto.

b) El incendio se consideraba como un delito doble; probablemente, ya las Doce Tablas lo miraron así (p. 514), pero lo seguro es que los jurisconsultos de la época del Imperio lo formulaban y trataban de diferente modo, según que ofreciera peligro de muerte o solo daño en la propiedad: en el primer caso lo incluían en el horizonte de la ley sobre el homicidio (p. 406), y en el segundo lo consideraban como daño cualificado y en tal concepto lo incluían entre los delitos extraordinarios; para considerarlo del primer modo era preciso que se hubiese realizado con dolo, mientras que para considerarlo del segundo solamente se exigía la existencia del incendio en general. En cuanto a la punición de este delito, hay que distinguir los siguientes casos:

ba) El incendio doloso dentro de Roma se castigaba, por regla general, con la muerte, que en la mayoría de los casos se imponía en formas agravadas o crueles a las personas de clase humilde; a las de clase superior también se las castigaba con la deportación.

bb) El incendio doloso fuera de la ciudad era reprimido con la reclusión si se trataba de reos pertenecientes a las clases altas, y con las minas, los trabajos forzados a perpetuidad o la reclusión si se trataba de personas de clase humilde.

bc) El incendio no intencionado solo era punible cuando hubiera sido causado por efecto de una gran negligencia, y la pena pública que entonces se imponía no era muy severa.

bd) La acción de indemnización, o sea la aquiliana, seguía las reglas generales.

c) Los delitos cometidos con ocasión de un naufragio fueron ya incluidos, lo mismo que el incendio, entre los casos de homicidio según la ley cornelia (p. 406), y partiendo de aquí se les consideró y castigó en la época imperial como delitos extraordinarios, lo mismo que aconteció también con el incendio, conforme queda dicho; sin embargo, ni con relación a aquellos, ni con relación a este, podemos decir con seguridad cuáles pudieran ser los elementos constitutivos de tales delitos. No obstante, lo regular era que los delitos cometidos con ocasión de naufragio se considerasen como delitos de coacción en caso de calamidad pública (p. 415).

d) El derribo de árboles frutales durante la noche y con tumulto se castigaba como un delito público.

e) El hecho de tener o de conducir animales peligrosos daba lugar en determinadas circunstancias a imponer una pena pública.

CAPÍTULO XI

ABUSO DE LOS DERECHOS

Vamos en el presente capítulo a estudiar los siguientes delitos, considerados como hechos punibles por abusar de las facultades concedidas a los distintos miembros del Estado:

1º Intrusiones en el campo público.

2º Incumplimiento de las obligaciones correspondientes a los poseedores de inmuebles.

3º Usura de dinero.

4º Usura de grano y de mercaderías.

5º Abuso de los derechos industriales y mercantiles.

6º Abuso del estado civil.

7º Usurpación de estado civil.

8º Atentados contra las buenas costumbres de la República.

9º Ganancias provenientes del juego.

10. Adivinación.

11. Abusos electorales.

12. Abuso del derecho de asociación.

13. Abuso de las denuncias fiscales.

14. Otras contravenciones.

Excluimos de esta enumeración, sin embargo de que podía realmente formar parte de ella, la aceptación de donaciones o regalos por parte de los procuradores o de los funcionarios públicos, ya porque tales actos pasaron muy pronto a la esfera de las extorsiones o exacciones ilegales cometidas por los funcionarios de referencia, ya también porque la sustanciación de los mismos fue el punto de partida y la clave del procedimiento criminal romano de los tiempos posteriores. Claro es que excluimos de la anterior lista todas aquellas disposiciones represivas que no pertenecen al derecho penal propiamente dicho, así las de índole civil, a cuyo círculo pertenecían sobre todo casi todos los interdictos, como las meramente coercitivas, v. gr., las leyes sobre el lujo, que en Roma eran numerosas. Únicamente hacemos una excepción por lo que toca a la sección señalada con el número sétimo, por-

que el caso más importante comprendido en ella, a saber, la usurpación del derecho de ciudadano romano, si bien no daba lugar a una pena en el sentido propio de la voz, sino a establecer un hecho que reclamaba un puesto en el derecho penal con igual motivo que el perjuicio lo reclamaba en el derecho civil, sin embargo, a ese hecho no hay más remedio que darle algún lugar en un estudio del derecho penal romano.

La enumeración antes expuesta, y hasta el epígrafe general que hemos colocado al frente de la misma, ofrecen sin duda materia para importantes objeciones; quizá la única justificación que pueda encontrarse para la conducta del autor consista en decir que ni el derecho penal puede prescindir de ocuparse de un gran número de estos delitos, ni es tampoco posible por otra parte hacer un cuadro sistemático y orgánico de ellos. Pero es menester dar al grupo alguna unidad, y creo que puede disculparse el que se le haya dado el nombre genérico de abuso de los derechos. No es posible establecer entre el uso y el abuso del derecho una separación tan precisa como la que hemos visto existe, con relación a todos los delitos ahora estudiados, entre lo moralmente lícito y lo moralmente injusto. El hurto y la usura se equivalen, mirados desde el punto de vista moral, y a menudo hasta es bastante más disculpable aquel que esta; la conciencia es la que traza los límites entre lo lícito y lo ilícito, lo mismo en el uno que en el otro caso; pero mientras con relación a la propiedad hay una ley que excluye todo arbitrio, cuando de la usura se trata el arbitrio es inevitable en cuanto a la calificación de los intereses como lícitos o como ilícitos, y claro está que las leyes penales no pueden menos de ajustarse a la situación de las cosas, lo mismo en el uno que en el otro caso. Por esta razón, la conciencia de la injusticia del hecho, o sea el *dolus* romano, base de toda pena, era en cierto modo un supuesto ficticio en el caso que nos ocupa (p. 63), y por eso, para remediar la falta, la ficción, se acudía a un principio que no se armonizaba enteramente con aquel derecho penal y que consistía en imponer a todo ciudadano la obligación de conocer las leyes del Estado (p. 64). En los casos de auxilio para el delito se muestra bien la aplicación de estas reglas: por ejemplo, la corrupción electoral era sencillamente un delito con respecto al que corrompía solicitando el voto, y no lo era con respecto al corrompido, ni tampoco con respecto a los agentes electorales sino en ciertos casos marcados por la ley positiva; en cambio, en los delitos que tenían una base ética no era permitido establecer diferencias como la que se acaba de mencionar.

Había también un procedimiento común en cierto modo a todos los delitos que nos ocupan, pues a todos se les aplicaba el juicio penal en que intervenían los Comicios y el magistrado. Mientras que los de-

litos propiamente éticos los sustanciaban los distintos magistrados competentes para conocer de los delitos de alta traición y de homicidio, en cambio, los de que ahora se trata los sustanciaban siempre, a lo menos de hecho, los ediles (p. 113 y ss.), cosa muy explicable, por cuanto eran actos muy íntimamente relacionados con el orden público de la ciudad y con la policía de las costumbres. Puede demostrarse que acontecía de este modo con relación a la apropiación indebida de terrenos comunes, a la usura de dinero y de granos y a los atentados contra el pudor; pero es posible que aún fueran más los casos en que sucedía esto mismo.

Claro es que en esta materia juegan las circunstancias de lugar y tiempo, las cuales provocaron la promulgación de especiales leyes acomodadas a ellas, un papel mucho más importante que cuando se trata de delitos con base puramente ética, los cuales ofrecían siempre y dondequiera poco más o menos los mismos caracteres. De esto depende también que la mayoría de los mentados delitos no ofrezcan conexiones suficientemente claras sino con la singular evolución del pueblo romano, por lo que el derecho penal apenas tiene que ver con ellos. Por ejemplo, los abusos electorales no pueden ser comprendidos sino en relación con la organización y el sistema de los Comicios, sistema cuyo conocimiento es necesario dar por supuesto en un estudio del derecho penal. El estudio del derecho penal de un pueblo tan saliente por su índole y por su historia, como el romano, siempre ofrece un alto interés para el jurisconsulto; tal estudio no puede hacerse extensivo sino en limitada medida a los delitos y contravenciones que hemos agrupado en el presente capítulo. Nos es, por consiguiente, forzoso renunciar a la pretensión de agotar la materia, por cuanto los casos pertinentes a la misma son muchísimos, limitándonos a exponer en las doce secciones primeras un resumen, lo más breve posible, de los más notables hechos comprendidos en las mismas, y dejando para las dos últimas, de carácter complementario, el ocuparnos en grupo de otros varios casos de reducida importancia.

I.—*Intrusiones en el campo público*

Todo ciudadano, y aun el no ciudadano, siempre que lo requiriese el comercio, tenía derecho al goce de los terrenos públicos, concurriendo los dos requisitos siguientes: en primer lugar, que no diera a las correspondientes parcelas de terreno otro destino sino aquel a que debieran dedicarse y cumpliera otras cualesquiera condiciones que el Estado hubiera impuesto, y en segundo lugar, que no dañara el derecho de otras personas. Las contravenciones que en esta esfera se co-

metiesen daban lugar a una protección de las vías públicas que no revestía carácter penal, a no ser que hubiera habido disminución en el área del terreno o remoción de los hitos limitantes, pues entonces existía un delito de daños causados a la propiedad (p. 504); las contravenciones dichas solo daban origen a una acción popular para pedir la reposición de las cosas a su anterior estado. El terreno común aprovechable se ponía a disposición de los ciudadanos, ora para que cazaran o llevaran allá el ganado, ora para que lo cercaran y lo dedicaran a la agricultura y al aprovechamiento de arbolado, en cuyo caso al poseedor se le concedía una protección jurídica contra terceras personas igual a la que el derecho privado otorgaba al precario, en tanto que el Estado era libre de incautarse de derecho cuando quisiera el terreno concedido. De asunto tan importante como este, que fue el que originó en su mayor parte las luchas sociales o de clase en Roma, sabemos poco más que la ley licinia del año 387-367 y otras leyes semejantes señalaron el máximum de terrenos que cada cual podía guardar o acotar, y que se imponían fuertes multas por el procedimiento de los ediles con los Comicios a los que contravinieran a estos preceptos. Más tarde, el terreno común fue gradualmente dejando de estar sujeto al referido aprovechamiento general por parte de los ciudadanos, ya por haberse ido distribuyendo en parcelas que entraban en la propiedad privada, ya porque se daba en arrendamiento, ya por otras causas, y entonces las disposiciones mencionadas no podían, en general, tener aplicación a la ciudadanía romana. Todavía en épocas posteriores encontramos preceptos análogos, contenidos en las ordenanzas locales de muchas ciudades, regulando el aprovechamiento del terreno municipal. Así la ley municipal dada a Genetiva prohíbe, de un lado, a los funcionarios del municipio, bajo la pena de 20.000 sestercios, que se aprovechen ni directa ni indirectamente del *ager publicus*, y de otro lado, prohíbe vender los terrenos comunales o arrendarlos por más de un lustro, imponiendo, para el caso de aprovechamientos particulares de esos terrenos, una multa de 100 sestercios por cada jugada y cada año.

II.—*Incumplimiento de las obligaciones correspondientes a los poseedores de inmuebles*

La propiedad privada del suelo, que según la concepción jurídica romana tuvo su origen general en la distribución que de ella hiciera primitivamente la comunidad, tenía limitaciones legales, consistentes unas en ciertas prohibiciones, y otras, en la imposición de determinados actos. De aquí surgían diferentes acciones penales, a saber:

1º En atención a los peligros de incendio, las Doce Tablas prohibían quemar los cadáveres dentro de la ciudad y exigían que las hogueras se hiciesen a una distancia de 60 pies cuando menos de todo lugar habitado. Esta prohibición iba dirigida principal, aunque no exclusivamente, contra los propietarios de inmuebles. En caso de que se contraviniera a ella, el magistrado hacía uso de los medios de coercición que le correspondían. La ley municipal de Genetiva prohibía en todo caso la cremación de cadáveres dentro de la ciudad, igualmente que la construcción de hornos crematorios en la misma y a una distancia de menos de 500 pasos, bajo la multa de 8.000 sestercios; también prohibía la instalación de grandes tejares dentro de la ciudad, bajo la pena, a lo que parece, de confiscación del terreno de que se tratara.

2º Estaba prohibido, no desde un principio, pero sí en todo caso ya por las Doce Tablas, el enterrar y el contruir monumentos sepulcrales dentro de la ciudad de Roma. La misma prohibición establecieron la mayoría de los derechos municipales, y Adriano la hizo extensiva a todo el Reino. Tocante a la pena, en los antiguos tiempos debió de ser la misma que en el incendio. La ley de Genetiva imponía, además de la destrucción del monumento sepulcral, una multa de ocho mil sestercios en favor de la caja municipal, multa que podía pedirse por medio de una acción civil popular; Adriano, además de la destrucción del monumento y de la confiscación del terreno, imponía una multa de 4.000 sestercios en favor del fisco. En los tiempos posteriores, las trasgresiones de esta clase se castigaban como delitos públicos por el procedimiento extraordinario.

3º La demolición de casas dentro de la ciudad, a no ser que fuese para reedificarlas y se hiciera con las debidas condiciones de seguridad, estaba ya en tiempos de la República sujeta a limitaciones legales, siempre que se tratara de ciudades de Italia. Según los estatutos municipales de Tarento y Genetiva, dados en los tiempos posteriores de la República o en la época de César, y según el de la ciudad de Malaca, dado en tiempo de Domiciano, se exigía para la referida demolición el consentimiento del concejo municipal. En tiempo del emperador Claudio, la venta en Italia para demolición se hizo depender del beneplácito del Senado romano. En los tiempos posteriores, para demoler una casa era preciso en todo el Reino la licencia de alguna autoridad perteneciente al mismo, y que era, para Italia, el Senado, y para las provincias, el curador de la ciudad o el presidente de la provincia. No podemos hacernos cargo en este lugar de las varias disposiciones locales referentes al asunto, tan distintas por lo regular unas de otras. La pena impuesta a los contraventores en el caso de venta para demolición era, a lo que parece, aparte de la anulación del contrato, la de

privar al vendedor del fundo comprado, en beneficio del erario, y en cuanto al comprador, condenarle a que entregase al mismo erario una suma igual al precio de lo vendido. Según los derechos municipales de Tarento y Genetiva, el poseedor tenía que entregar a la Caja municipal una suma equivalente al valor de la casa demolida. Posteriormente se dispuso que los edificios ruinosos se reedificasen a costa del propietario, y en algunos casos se confiscaba el fundo.

4º Con el fin de que se conservasen en buen estado así las calles de las ciudades como los caminos y vías del campo, era costumbre romana, no solo exigir el cumplimiento de muchas obligaciones a los poseedores de los fundos colindantes, sino el constreñirles, en el caso de faltar a ellas, a que indemnizasen el daño y frecuentemente a que pagasen una pena.

III.—*Usura de dinero*

Una consecuencia jurídica de las facultades que en caso de préstamo correspondían al acreedor era la de fijar a su arbitrio las condiciones a que había de someterse el deudor; pero como se abusara de semejantes atribuciones, el legislador se creyó obligado a intervenir, y hasta donde nosotros sabemos, primeramente las Doce Tablas, y después otras disposiciones, fijaron al máximum de condiciones que el acreedor podía imponer al deudor en caso de préstamo de dinero, y algunas veces prohibieron sencillamente tal préstamo. Dichas disposiciones pertenecen a la esfera del derecho patrimonial, no correspondiéndonos a nosotros hacernos cargo de otra cosa sino de las contravenciones a las mismas por su aspecto penal. Se procedía contra los autores de esas contravenciones de dos modos: o bien las autoridades se servían del procedimiento en que intervenían los ediles y los Comicios para imponer fuertes multas a los usureros, lo que es de suponer no sucediera más que en ciertos casos de especial peligro, o bien se concedía a todo el que la pidiera una acción civil por causa de delito, para reclamar contra el usurero el cuádruplo de los intereses que injustamente hubiera percibido, siendo para el actor una parte a lo menos del importe de tales indemnizaciones pecuniarias. También se concedía, como es natural, dicha acción a la persona perjudicada en primer término, y si fuesen varias las que la solicitaran, a ella es a quien se le reconocía el derecho preferente de ejercerla; en caso de que se le hubiera anticipado alguien, no sabemos lo que sucedería. Parece, como ya hemos hecho observar (p. 125), que estas acciones penales, una vez fijadas y reguladas por el pretor, no se enviaban a la resolución de un jurado nombrado en cada caso concreto, sino que

se confiaban a la resolución de unos triumviros nombrados en la misma forma que los magistrados, y que solo desempeñaban sus funciones, igual que estos, por el término de un año. El ejercer como una industria y con fines de lucro dichas acciones y otras análogas, por las que se pedía también el cuádruplo, tuvo que ser un fenómeno de gran importancia en los primeros tiempos republicanos, y hasta mediados del siglo VI de la ciudad; en época ya para nosotros mejor conocida, esas acciones se habían abolido, sin duda por el gran abuso que de ellas se hiciera, siendo remplazadas por una rigurosa acción de restitución no más que del importe simple de los intereses injustamente percibidos. Parece que el dictador César ordenó que a los autores de usura de dinero se les sometiese al procedimiento por *quaestiones*, y que tal estado de cosas subsistió durante los primeros emperadores. Quizá se aplicara también a la usura de dinero la *quaestio* de que se hacía uso con relación a la usura de grano, según se verá en el párrafo siguiente. Es de suponer que la pena que se impusiera fuese mayor que la de indemnización simple; pero carecemos de testimonios para demostrarlo. Probablemente, el procedimiento criminal por usura fue muy pronto abolido o cayó en desuso. Continuaron subsistiendo las disposiciones que fijaban el máximum de condiciones que el mutuante podía imponer al mutuario, pero la trasgresión de las mismas solo daba al deudor el derecho de computar en el capital que había de restituir los intereses que hubiera indebidamente pagado, o bien el de pedir en su caso la devolución de los mismos. Si se exceptúa la infamia que se hacía recaer sobre el usurero, hay que decir que este, en la época imperial, no quedaba sujeto ni a las acciones civiles por las que se pedía el pago de un múltiplo, ni tampoco a ninguna acción criminal, aunque en algunos casos de especial gravedad los emperadores encomendaban al prefecto de la ciudad el conocimiento de las correspondientes denuncias de esta clase. Es preciso reconocer que la potestad capital se abrió también libre camino en la Roma de los emperadores.

IV.—*Usura de grano y de mercaderías*

Sobre la usura de grano, y en general de mercaderías, encontramos pocas noticias. Con respecto a negocios de grano en grande, no faltan indicaciones relativas a la introducción de granos, a la formación de sindicatos para el encarecimiento de los precios, y también estaban mal mirados los intermediarios de mercancías de todas clases, y principalmente los que comerciaban con los medios de vida, a los que en los tiempos posteriores se les llama, sin que sepamos por qué,

dardanarii. En la época republicana, lo mismo que se aplicó el procedimiento por multas en que intervenían los ediles y los Comicios, a la usura de dinero, así también se aplicó a la usura de grano. Luego se publicó la ley julia, dada probablemente por el dictador César (*lex Iulia de annonae*), contra los usureros de grano, y entonces se introdujo una *quaestio* especial para la sustanciación del juicio criminal correspondiente, como es de suponer que también se introdujera otra para el delito de usura de dinero (p. 524), *quaestio* que todavía en la legislación justiniana ocupaba un lugar entre los *iudicia publica*. No sabemos si estaría encomendada la dirección procesal de la misma a un pretor propio para ella, o si se sustanciaría de otro modo. Es, sin embargo, probable que esta *quaestio* quedara muy pronto abolida de hecho, por haberla suplantado la administración de justicia encomendada a los funcionarios imperiales. Augusto tomó a su cuidado personal el negocio de granos relativo a la misma ciudad de Roma, y después que fueron abolidos los funcionarios del orden senatorial que en un principio entendían de tal asunto, encomendó la dirección del mismo, en los últimos años de su reinado, a un representante perteneciente al orden de los caballeros, con jurisdicción delegada del emperador para entender lo mismo en lo que afectase al orden civil como en lo referente al orden penal, mientras que en las provincias era atribución de los gobernadores la suprema vigilancia en la materia que nos ocupa. Ante el dicho procurador imperial para los negocios de granos de la capital se presentaban las denuncias contra los contraventores de lo dispuesto sobre la materia, admitiéndose, por razón de interés público, aun las denuncias formuladas por soldados, por mujeres y por esclavos; el procedimiento que se siguiera debía ser el mismo que aplicaba el prefecto de la ciudad. La pena era distinta según la índole y el carácter de la contravención que se hubiese cometido; en general, para las personas de clase alta solía ser la interdicción del negocio o la relegación, y para las de clase humilde, trabajos forzados, aunque también se imponían penas pecuniarias, y aun la de muerte.

V.—*Abuso de los derechos industriales y mercantiles*

Las restricciones impuestas por el Estado al ejercicio de la industria y del comercio, los monopolios, las aduanas, las prohibiciones de importar o exportar, la fijación de un precio máximo a las mercancías, eran cosas que no interesaban, en general, al derecho penal. El conocimiento de las correspondientes contravenciones competía a las autoridades administrativas, no a los tribunales, y las penas se hallaban reguladas conforme a este principio; solamente cuando se hubie-

ra realizado una exportación de mercaderías con el objeto de prestar ayuda a los enemigos de la patria, es cuando el hecho era considerado como delito contra el Estado (p. 348). Pero en los tiempos posteriores, cuando desaparecen en general todas las limitaciones legales, se borraron también las que habían anteriormente existido entre las penas financieras y las propiamente criminales. El año 301 fijó Diocleciano el precio máximo de las mercancías y del trabajo, bajo pena capital a los contraventores, lo cual hizo derramar mucha sangre antes que un decenio más tarde llegara a reconocerse lo inaplicable y duro de tal ley. Al regular el comercio internacional entre los romanos y los persas, también se amenazó a los que contravinieran a lo preceptuado con las penas de confiscación de bienes y destierro perpetuo. Bástenos con haber hecho aquí las precedentes indicaciones respecto a los actos de referencia, los cuales, habiendo sido en un principio simples abusos de índole administrativa, luego fueron incluidos en el derecho penal como verdaderos delitos.

VI.—*Abuso del estado civil*

Según el sistema republicano, una persona no podía perder su estado civil, fundado en el derecho, sino por haber sido condenada criminalmente a pena que llevara consigo la pérdida de la libertad; por el contrario, con arreglo al sistema vigente en tiempos del Principado, existía una porción de casos, que no se podían llamar crímenes capitales, sino meramente abusos del estado civil, en los que se privaba a las correspondientes personas de la ingenuidad o de la libertad mediante el procedimiento privado por causa de delito. Esos casos eran los siguientes:

1º Cuando los libertos que no gozaban sino de la peor condición jurídica que podía tener un peregrino (*dediticiorum numero*) faltaban a la obligación que la ley *aelia-sentia* del año 4 de J. C., les había impuesto de no entrar en Roma ni acercarse a ella en un radio que llegaba hasta la centésima piedra miliaria, quedaban convertidos en esclavos, sus bienes eran vendidos por la comunidad, y si posteriormente se les debía manumitir quedaban hechos esclavos de la comunidad. Aun en el caso de que un esclavo hubiera sido enajenado con la condición de que no había de residir en un determinado lugar, y pisara este después de habersele manumitido, se sobrentendía, a lo menos según el derecho de los tiempos posteriores, que enajenaba su libertad en favor del fisco, y entonces este le vendía con prohibición de manumitirlo.

2º Al hombre libre mayor de veinte años que, fingiéndose esclavo, se dejara vender como tal esclavo por un tercero con el fin de recobrar después su libertad y participar del precio de la venta, o también con el fin de proporcionarse alguna ventaja solo concedida a los esclavos, se le negaba el derecho correspondiente a toda persona que siendo libre fuese tenida sin razón por esclavo, para pedir su libertad, quedando en tal caso como esclavo del comprador; a lo que parece, esta medida la tomó un senadoconsulto de la época de Claudio.

3º Otro senadoconsulto dado también en tiempos del mismo emperador, el año 52 de J. C., dispuso que cuando una mujer libre que gozara del derecho romano o del latino viviera maritalmente con un esclavo ajeno, a sabiendas de lo que hacía, o a sabiendas de la persona bajo cuya potestad se encontrara, y continuase en la misma manera de vida a pesar de que el propietario del esclavo se lo hubiera prohibido por tres veces, dicha mujer libre quedase siendo también esclava del mismo propietario. Pero si la mujer libre mantuviera esas relaciones parecidas al matrimonio con el consentimiento del dueño del esclavo, en tal caso se convertía en liberta del mismo. Lo propio debe decirse de la liberta que mantuviera las mentadas relaciones matrimoniales con consentimiento de su patrono; si las mantuviera sin tal consentimiento, volvía a caer en poder del mismo como esclava, sin que se la pudiese manumitir de nuevo. Los hijos nacidos de tales relaciones seguían la condición de su madre. Constantino dulcificó el rigor de las consecuencias jurídicas que originaba el contubernio de una mujer libre con un esclavo del emperador, y JUSTINIANO suprimió este caso de entre aquellos que producían la pérdida de la libertad. Ya al tratar de los delitos sexuales (p. 430) nos hemos ocupado de la manera como Constantino dispuso que había de castigarse criminalmente el contubernio de una mujer libre con su propio esclavo.

4º El antiguo orden jurídico tomaba en cuenta para distintos efectos, especialmente para lo relativo al derecho hereditario y para lo relativo a la acción de injuria, la obligación moral que los libertos tenían de mostrarse agradecidos con aquella persona que había sido su señor; también Augusto concedió, o más bien toleró a los patronos, el derecho de expulsar a sus libertos de Roma y sus alrededores (p. 12). Pero ni el derecho de la época republicana ni el de los primeros tiempos del Imperio reconocían que la ingratitud del liberto fuese un motivo para anular la manumisión hecha válidamente. El emperador Claudio dictó varias resoluciones que contradicen esta afirmación, pero esas resoluciones no se pueden considerar como casos en que se aplicase el derecho vigente, sino al revés, y una propuesta que se hizo en este sentido al Senado en tiempo de Nerón no prevaleció. Un edicto del emperador Cómodo fue la primera disposición

donde se dijo que el liberto que abandonara a su patrono en un caso de apuro volviera a serle adjudicado a este, y que en casos extremos dicho liberto fuera vendido por la autoridad en beneficio del patrono. A partir de entonces, el patrono podía pedir al magistrado que este, a su arbitrio y por el procedimiento de la cognición, revocase la manumisión por causa de ingratitude del liberto. Disposiciones posteriores permitieron que aun los herederos del patrono ejercieran este derecho contra el liberto ingrato y también contra sus hijos.

5º De igual manera, el hijo emancipado tenía obligación de no ser ingrato para con su padre emancipante, y el derecho de tiempos posteriores permitía volverlo a poder de este en caso de ingratitude.

VII.—*Usurpación de estado civil*

Si la usurpación de parentesco o la de rango o condición social se consideraban como modalidades del delito de falsificación (p. 422-23), no podía decirse lo mismo del caso en que una persona hiciera uso de un estado civil falso. Al no libre que se quería hacer pasar por libre, al liberto que pretendía ser ingenuo, al peregrino que decía ser ciudadano, claro está que podían rechazarlos como tales y volverles a su propia esfera, así el magistrado como los particulares a los cuales se trataba de engañar; en cambio, solo en muy reducida medida era posible aplicar a semejantes usurpaciones de estado civil un procedimiento penal verdadero, u otro procedimiento equivalente al penal.

Cuando un esclavo se hubiera sustraído a la potestad de su señor y se hubiera atribuido la condición de individuo libre, el señor, a menos que concurrieran circunstancias agravantes, podía readquirir su potestad sobre el esclavo y, si le parecía oportuno, castigar a este por usurpación de la libertad, advirtiéndole que a los individuos libres que hubieran tomado parte en el hecho se les podía perseguir criminalmente por hurto (p. 462) o por plagio (p. 482). El interés social lo demandaba así, sin duda alguna; el que impedía al propietario legítimo, reconocido como tal por la opinión pública, que persiguiera y buscara a su esclavo, era responsable penalmente, lo mismo que también lo era la persona que no denunciara y entregara a su propietario o al magistrado cualquier esclavo fugitivo que se hallare refugiado o escondido en su casa. Sin embargo, solo en casos excepcionales intervenía la autoridad para castigar el hecho a que nos referimos, cuando el esclavo hubiese vuelto a poder de su señor.

No podemos decir si, según el derecho de la época republicana, se impondría pena, cuando usurpara la ingenuidad, al liberto cuyo

status podía haber sido establecido, con eficacia jurídica, a lo menos para las partes interesadas, mediante un juicio civil prejudicial. La cuestión podía muy bien ponerse, sobre todo con respecto a la usurpación de puestos reservados en los espectáculos públicos a personas de cierta condición. En tiempo de Tiberio se publicó un plebiscito, el plebiscito viselio, del año 24 de J. C., uno de los últimos acuerdos tomados por el pueblo reunido en Comicios, por el que se concedió, para el caso que nos ocupa, una acción criminal, de cuya sustanciación, como tampoco de la pena correspondiente, no sabemos nada.

La más importante, con mucho, de las usurpaciones de estado civil era la usurpación del derecho de ciudadano. Esta cuestión debía ser discutida y resuelta a menudo, ya por la vía administrativa, ya por la judicial; parece que en el primitivo derecho no existió un procedimiento uniforme y fijo para sustanciarla. Sin embargo, a consecuencia de las reclamaciones formuladas por las comunidades aliadas o confederadas con Roma por causa de los muchos individuos suyos que emigraban a esta última ciudad con o sin derecho a formar parte de la ciudadanía romana, es claro que no solo se establecerían limitaciones al derecho de ingresar libremente en la unión de los ciudadanos romanos y de pertenecer a ella, y no solo se pondrían trabas a la expulsión de Roma de los no ciudadanos, sino que probablemente hubieron de darse también normas, por lo menos administrativas, que regulasen la autorización para entrar en Roma y disfrutar dentro de ella de tales o cuáles derechos. Ya en el siglo VI de la ciudad había en Roma un pretor encargado de dar oído a aquellos que afirmaran haber sido injustamente expulsados de Roma o reclamados por otra comunidad. En el siglo siguiente se estableció al efecto, en armonía con el procedimiento por *quaestiones*, un tribunal especial, debido probablemente a una ley pronto promulgada y, con seguridad, a la ley licinio-mucia del año 659-95, la cual provocó la guerra contra Roma de las ciudades confederadas con ella, por haber ordenado la expulsión de Roma de los no ciudadanos; y pasada esta guerra, vino la ley introducida por el tribuno del pueblo M. Papio el año 689-65. Esta *quaestio* la dirigía un pretor nombrado especialmente para tales causas, aunque es difícil que lo fuera exclusivamente para ellas, y la resolvía el jurado. Parece que era en ellas demandante la comunidad que contradecía el derecho de ciudadanía romana o el individuo que quisiera tomar a cargo suyo la acción; y demandado, por lo tanto, quien pretendiera el derecho de ciudadano romano. En cuanto nosotros sabemos, no se ejercía querrela o acción penal, sino que es lo más probable que se concediera o se denegara el derecho de ciudadano por la vía civil, a manera de cuestión prejudicial. A la sentencia se le podía atribuir fuerza jurídica, no tan solo con relación a las partes, sino en

general con relación a todo el mundo. Todavía en la época imperial se hacía uso de este procedimiento; sin embargo, entonces ya se daban para tales casos sentencias penales propiamente dichas.

VIII.—*Atentados contra las buenas costumbres de la República*

Ya hemos hablado de la ley sobre el rufianismo mencionada por PLAUTO (p. 433), del procedimiento edilicio contra la seducción de las mujeres (p. 431-432) y de la pederastia (p. 439). La supresión de parto y la suposición de infante son hechos que PLAUTO nos presenta en todo caso como castigados con el cuádruplo, y es muy posible que en los primeros tiempos de la República existieran también semejantes acciones penales para tales ocasiones. En los últimos tiempos de la República, la ley scantinia incluyó la pederastia entre los delitos propiamente dichos (p. 440), y lo mismo se hizo en la época de Augusto con el adulterio y la seducción de doncellas (p. 433), por lo que nos hemos ocupado de los mismos en sus lugares correspondientes.

IX.—*Ganancias provenientes del juego*

Las leyes del tiempo de la República persiguieron rigurosamente los juegos de azar; nosotros, sin embargo, solamente sabemos acerca del particular que se dieron três leyes tocantes a la materia, la ticia, la publicia y la cornelia, y que ya a mediados del siglo VI de la ciudad estaba en vigor una de ellas. Estaban permitidas las apuestas en los juegos de lucha, y hasta se concedía una acción para pedir el cumplimiento de las promesas que se hubieren hecho en ellos, siempre que se hubiese observado la forma prevenida por el derecho civil. En los demás juegos estaba prohibida la apuesta (*alea*), y el incumplimiento de las deudas originadas en ellos no producía acción; al contrario, se podía conceder una de estas para pedir la devolución de lo entregado, siempre que el actor no fuera también, por su parte, culpable, hipótesis que se daba especialmente cuando el que hubiese perdido en el juego fuera un hijo de familia o un esclavo. Los magistrados que intervenían en estos asuntos eran sobre todo los ediles, por la vía de la coercición; pero también podían ser sometidos los juegos de azar y envite al procedimiento criminal. No nos es posible demostrar que se aplicara a los mismos la pena del cuádruplo, ni tampoco sabemos si serían estas causas de aquellas que se sometían al procedimiento

en que los ediles con los Comicios imponían multas; lo que sí diremos es que durante el último siglo de la República se empleaba para los juegos prohibidos un procedimiento criminal que llevaba consigo, probablemente, la pena de extrañamiento o destierro. Ningún dato seguro poseemos que nos demuestre la existencia en la época imperial de penas propiamente dichas por juegos, salvo con relación a los eclesiásticos.

X.—Adivinación

Entre los romanos, la adivinación, o sea la averiguación, por las vías no naturales, de cosas futuras, o también ocultas, intervenía bajo diversas formas, así en la administración de los negocios del Estado, como en la marcha de la vida individual. Por el primer respecto, existía la costumbre de interrogarse, antes de realizar ningún acto, si este tendría buen o mal éxito; a menudo también se observaban signos de los dioses que advertían la proximidad de una desgracia que amenazaba y que debía evitarse. Tal sucedía con la inspección de las aves (*augures*), con la de las entrañas (*haruspices*), con la indicación y uso de especiales señales divinas (*prodigia*) y con la interrogación a un oráculo, que regularmente era extranjero. Para lo relativo a los asuntos privados, aunque también se interrogaba en la manera dicha a los dioses, lo que desempeñaba el principal papel era la adivinación, por medios cuasi-científicos, del destino futuro de cada individuo, o sea la especial posición de su horóscopo o nacimiento, a cuyos investigadores y conocedores se les daba en los tiempos antiguos casi siempre el nombre de *Chaldaei*, y posteriormente, por lo regular, el de *mathematici*, aun cuando también los de *astrologi* y *genethliaci*. También se hace mención de los encantadores (*arioli, incantatores*) y de los profetas (*vaticinatores*). Al lado de la averiguación de las cosas futuras quedaba relegada a lugar secundario la producción de las mismas, esto es, la dirección del porvenir apoderándose de las causas próximas del mismo, aunque no dejaba también de haber actos de esta clase, los cuales no se juzgaban merecedores de censura alguna, siempre que se ejecutasen con el fin de prevenirse contra acontecimientos desgraciados o con el de provocar la realización de acontecimientos favorables. Estaba permitido llevar amuletos, y no menos también hacer que lloviera o que luciera el sol. Esta adivinación, permitida en principio, y muchas veces prescrita, tuvo fervientes y sinceros partidarios bajo las diversas formas a que se aplicaba, y los tuvo lo mismo en los primitivos tiempos que en los posteriores. Fírmico, en tiempo de Constantino, consideraba a los que fijaban el horóscopo de las perso-

nas como los supremos sacerdotes de la naturaleza, y juzgaba que había que tener frente a ellos mayores exigencias morales que frente a nadie. Pero, por otra parte, no tardó mucho en hacer presión sobre el ánimo de las gentes, más aún que la vanidad e ineficacia de semejantes averiguaciones, el peligro que ellas envolvían. El que podía producir la lluvia y hacer lucir el sol, podía también hacer uso de sus poderes en sentido perjudicial. Por eso, la producción de cosas malas por medios sobrenaturales, es decir, la hechicería y la magia, fueron equiparadas por la ley al envenenamiento, probablemente ya en los tiempos republicanos, pero con toda seguridad en los del Imperio, y como casos de envenenamiento se les trató desde bien pronto (p. 404 y ss.). Dada la irracional y predominantemente secreta manera de tratar estos asuntos, no había posibilidad de establecer límites seguros entre el comercio lícito con los dioses y los espíritus, y el comercio prohibido; se puede, sin embargo, reconocer que se hacían esfuerzos por determinar cuáles fueran los requisitos que habían de juzgarse necesarios para imponer pena en los casos de que tratamos. La adivinación verificada de noche o en otras circunstancias agravantes se consideraba como caso de magia, y como tal se la castigaba (p. 405). También era punible cuando se realizaba clandestinamente, o cuando tuviera por objeto fijar el día en que debía morir cualquier persona. Castigábase como hecho perturbador del orden público el vaticinio, esto es, la instalación pública de profetas encargados de hacer predicciones. Pero el hecho contra el cual se dirigía principalmente la represión era contra el de convertir la adivinación en una industria u oficio lucrativo; en tal caso se tenía por punible aun aquella adivinación que sin eso hubiera sido lícita. Ya en la época republicana, y en tiempo de Augusto, se expulsaba de Roma a los extranjeros que ejercían la profesión de adivinos, pues extranjeros eran principalmente los que a ella se dedicaban. Desde Tiberio en adelante se consideró y castigó como delito el ejercicio en Roma y en Italia de la industria adivinatoria, castigándola con la confiscación de bienes y, además, con el destierro, continuando las cosas en lo sucesivo, según asegura Tácito, dispuestas de este modo, y no sufriendo alteración alguna. La jurisprudencia del siglo III fijó de una vez para siempre que la pena correspondiente al caso que nos ocupa fuese la expulsión del reo del territorio de la ciudad, y en caso de reincidencia, penas agravadas de privación de libertad, pudiéndose llegar hasta la de deportación.

El primero que dictó una prohibición general, cuando menos de fijar el horóscopo de las personas, fue Diocleciano, siendo de advertir que el motivo principal de hacerlo fue el temor o sospecha en que vivía el soberano con relación a sus súbditos, sospecha o temor que crecía tanto más cuanto mayor iba siendo de día en día la decadencia del

Estado. Constantino permitió de un modo expreso y aun aplicó él mismo los arúspices (p. 531), tolerando también, cuando menos, la adivinación en general; y Magencio llegó hasta conceder libertad para que de nuevo pudieran celebrarse las ceremonias nocturnas (p. 405). Pero después de Constancio consiguieron predominar los adversarios de semejantes actos, y entonces fue expresamente prohibida la adivinación en todas sus formas, bajo pena de muerte. Juliano volvió a dejar sin efecto la prohibición, y Valentiniano I, en un edicto notable, concedió protección, por lo menos a los antiguos arúspices. Mas al cristianizarse el Reino quedó definitivamente abolida la adivinación, por ser incompatible con la nueva religión del Estado. A partir de entonces, los adivinos fueron considerados y castigados como autores de delito, pero de un delito diferente de la magia, y por el que se les imponía pena inferior a la que correspondía a los autores de magia.

XI.—*Abusos electorales* (AMBITUS, SODALICIA)

Dada la organización del Estado romano en la época de la República, no había más remedio que pedir el voto a los que lo tuvieran. Era esta petición uno de los elementos indispensables de aquella comunidad, pero era asimismo un mal necesario. Antes de ir más allá, advertiremos que en el derecho penal de Roma no estaba considerado como delito independiente y sustantivo más que el hecho de cometer abusos al solicitar votos, no el hecho en general de aspirar a los cargos públicos y hacer lo posible por obtenerlos. El peor de los modos de realizar los abusos de referencia, modo por lo demás inevitable, a saber, la compra de votos, estaba incluido entre los crímenes capitales del antiguo orden jurídico republicano, y de él hemos tratado al ocuparnos de la falsificación (p. 419). Pero no es de las leyes que prohibían este delito de lo que ahora tenemos que hablar, sino de la inconveniencia o ilicitud del hecho de ambicionar cargos. Los escritores romanos que se ocupan de este particular sentían perfectamente que el Estado republicano más poderoso que el mundo había visto llevaba dentro de sí un germen de muerte con los abusos electorales, y por eso, con un sentido y un golpe de vista práctico, de que en otras ocasiones no dieron muestra, hicieron que las leyes empezaran a prohibir y a reprimir, aunque débilmente, dicho mal; a ello fue debido el que ya, poco años después de publicadas las Doce Tablas, el año 322-432, se prescribiera a los que aspirasen a ser elegidos que no se presentaran en los sitios públicos como tales aspirantes, vestidos con hábitos especiales de brillantes colores, para que pudiesen distinguirles sus con-

ciudadanos, y al mismo motivo obedeció la ley propuesta el año 396-358 por el tribuno del pueblo C. Petelio, según la cual quedaba prohibido a los que aspirasen a un cargo público visitar los lugares de mercado, los sitios de reunión y las aldeas. Es cosa singular y característica de la lucha desigual entablada contra la corrupción en esta esfera, que precisamente las dos prohibiciones legales que acabamos de mencionar fueron las que dieron nombre a las ambiciones electorales que en los tiempos posteriores eran tan corrientes y consideradas como cosa no digna de censura. En efecto, por el vestido blanco que el aspirante solía vestir, se le llamó *candidatus*, nombre que todavía hoy se da en todos los países civilizados al que pretende cargos públicos; y por las vueltas y gestiones que la busca y solicitud de votos obligaba a hacer, se denominaba a esta *ambitio* y *ambitus*, forma esta última que el uso aplicó posteriormente para designar tan solo la aspiración y las gestiones ilegales para ocupar puestos públicos.

Apenas si es posible considerar como leyes propiamente penales los plebiscitos dichos contra el vestido y las visitas de los candidatos; quizá no se tratara de otra cosa más que de simples exhortaciones o advertencias a los ciudadanos, y de indicaciones a los ediles sobre la manera como habían de ejercer su potestad coercitiva; a lo sumo, podía ocurrir que conminaran con leves penas pecuniarias. De las leyes represivas de época posterior, dos de ellas, de los años 573-181 y 595-159, son anteriores al tiempo del procedimiento por *quaestiones*. Este último se hizo extensivo al *ambitus* antes del año 604-114, sin duda alguna por medio de una ley que nosotros no conocemos. En los últimos tiempos de la República, las leyes contra el *ambitus* se sucedían unas a otras con rapidez ostensible, como síntoma inequívoco de la agonía de aquel gran Estado y de lo inútil que era la legislación para atajar el terrible mal contra el cual se daban: la ley cornelia, de Sila, del año 673-81; la calpurnia, del 687-67; la tulia, de 691-63; la licinia, del 699-55, la cual, sin embargo, solo iba dirigida contra una determinada clase de *ambitus*, a saber, contra el delito de *sodalicia* (p. 537); por fin, bajo la cuasidictadura de Pompeyo, la ley pompeya, del año 702-52, la cual, según se decía en tiempos posteriores, concluyó con el *ambitus*, y, efectivamente, concluyó con él, en cuanto tres años más tarde concluyó también la República. En la época del Imperio, Augusto dio, el año 736-18, la ley julia contra el *ambitus*; y más tarde, cuando las elecciones, y con ellas las gestiones y abusos electorales, se hacían en el Senado, Trajano publicó un edicto para reprimir el *ambitus*. Todas estas leyes se referían a las elecciones para los cargos públicos del Reino; el *ambitus* de las elecciones municipales lo reprimían, además, las ordenanzas o estatutos especiales de cada municipio.

¿Qué es lo que las leyes consideraban como *ambitus* punible? Cosa es esta que no podemos determinar sino por lo que se refiere al último período de la República, durante el cual es probable que, tan luego como quedó establecido un tribunal especial de jurado para conocer de este delito, se hicieran objeto de igual punición en él el primitivo crimen capital de la compra de votos, y una porción de actos encaminados a ejercer indirectamente influjo sobre los electores. El hecho de dejarse corromper estos no fue jamás considerado, hasta donde nosotros sabemos, como constitutivos del delito que nos ocupa, y, como ya queda dicho (p. 519), el auxilio o cooperación tampoco se estimó nunca punible, fuera de algunos pocos casos excepcionales; la busca y sollicitación ilícitas de votos no se reputaban delito más que cuando las llevaban a cabo los candidatos mismos. Por lo que respecta a la práctica de otros actos, que siendo en sí lícitos le estaba prohibido realizarlos al que aspiraba a algún cargo público, es de advertir que, cuando menos en los tiempos posteriores, se hallaba fijado legalmente el período electoral, constituyéndolo el bienio inmediatamente anterior al día en que se había de comenzar a desempeñar el cargo. Para el efecto de la punibilidad del acto, era indiferente que el candidato consiguiera o no consiguiera sacar mayoría de votos.

El influir en las elecciones era un hecho legalmente prohibido y castigado, ya se influyera proporcionando electores, ya haciendo uso de formas ilícitas de asociación, la cual por otra parte estaba permitida lo mismo para fines electorales que para otros fines lícitos. Era característico del *ambitus* romano, a lo menos del perteneciente a la época republicana, que es el que conocemos mejor, el verificarlo ejerciendo directamente influjo sobre las masas; la corrupción de algunos hombres influyentes caería también bajo la acción de la ley penal, pero no encontramos testimonios de que se hiciera aplicación de ella.

1º El primer lugar entre los hechos punibles que ahora examinamos lo ocupaba la compra inmediata de votos, o, según se decía con expresión velada, los regalos u obsequios a los electores. La realización de este negocio o pacto ofrecía grandes dificultades, porque si el corruptor hubiera pagado el voto antes de darlo el votante, fácilmente podía este dejarle burlado, y si el pago se demoraba hasta después de dado el voto, el burlado podía serlo fácilmente el corrompido; por eso, en vista de tales mutuas y bien fundadas desconfianzas, no raras veces se depositaba el precio pactado en una persona de confianza, el *sequester*. Como en las elecciones de los Comicios lo que decidía la victoria no era la mayoría de votos, sino la de los distritos, la de las tribus o divisiones de tribus, la de las centurias, claro es que la corrupción electoral, cuando adquiría grandes proporciones, se organizaba en todo caso por distritos, y los *divisores* de estos, o sea los agentes

profesionales encargados de entregar a las correspondientes fracciones de los Comicios el precio de su voto, que muchas veces provenía de fundaciones y de contribuciones voluntarias, eran los mediadores natos de este asunto tan poco honroso. Ya al agravarse la ley contra el *ambitus* el año 687-67, se dice en ella que el hacer extensiva la pena señalada por la misma a los *divisores* era el único medio eficaz de prevenir el *ambitus*, y ciertamente entonces todavía se impide, pero cuatro años después aparece en la ley *tulia*.

2º Los festines o convites dados a la ciudadanía o a alguna parte de ella se consideraban como agasajos o donaciones.

3º Se estimaban también como donaciones, para los efectos de que ahora tratamos, los festejos públicos con fines electorales, y principalmente los juegos de esgrima, y también la concesión de puestos para que la multitud presenciase estos juegos cuando los diera y costeara una tercera persona.

4º Era costumbre que al llegar a Roma el candidato le recibieran con fiestas y alegremente sus amigos, y también parece que, en general, siempre que se mostraba en público lo hacía rodeado de las personas que constituían su acompañamiento o séquito electoral, las cuales, por este simple hecho, se lo recomendaban a los otros individuos que formaban la ciudadanía. Una ley *fabia*, de la que no tenemos más noticias, limitaba el número de personas que podían formar el mentado acompañamiento, y la ley *tulia* consideraba como caso de corrupción electoral el remunerar a esas personas.

5º Si bien es verdad que al candidato mismo no se le prohibía hacer en favor de su candidatura las gestiones que por costumbre se estimaban lícitas, como visitar a los electores particularmente, darles apretones de manos, saludarles nominalmente, rogarles que le concedieran el voto, también lo es que, cuando menos el Senado, tenía declarado que terceras personas no debían solicitar votos de estas maneras en favor de un candidato.

6º Según el sistema republicano, el derecho de asociación no conocía limitaciones de ningún género, y como es fácil comprender, para lo que principalmente se hacía uso del mismo era para fines electorales, no alcanzando censura ni reproche alguno a quienes lo utilizaran. Legalmente, estaba también permitida la *coición* o *coalición*, esto es, el acuerdo o reunión de dos candidatos para procurar unidos el fin que todos buscaban; esta *coición* tenía analogía con el sistema de la *colegialidad* que dominaba en la magistratura romana. Cada candidato solía tener a su lado una clientela electoral propia, y como disponía de los votos de ella y de otros que la misma le proporcionara, fácil era entrar en componendas y en permutas. El derecho de asociación y el de *coición*, efectos y causas cooperadoras a la vez del poderoso indi-

dividualismo que dio en tierra con la comunidad de la época republicana, llegaron a organizar y desarrollar la compra de votos en los últimos decenios de la República con caracteres verdaderamente criminales, lo cual contribuyó a disolver dicho Estado. Asociábanse los grupos electorales cerrados y fijos formados dentro de los distritos (decuriación), y los tribulos o jefes de ellos ponían sus votos a disposición de los directores de la asociación, y en cierto modo llegaban a establecer una dirección común a todos para celebrar así los correspondientes pactos electorales con los candidatos, o más bien con las parejas de candidatos que hubieran llegado a entenderse y a formar coición. Tanto para el ofrecimiento de los votos como para el pago de los mismos, que por lo regular había de ser depositado de antemano, una gran asociación de estas ofrecía garantías de relativa seguridad. Contra tal compra de votos en grande se promulgó la ley licinia del año 699-55, la cual incluyó en el derecho penal con el carácter de delito formalmente independiente, al lado y antes que los otros delitos comunes de esta clase, el de asociación o sodalicio. En los tiempos posteriores dicho delito desapareció, con otros varios productos de la democracia.

7º Aun cuando es verdad que el derecho de época posterior castigaba con la pena correspondiente al *ambitus* el hecho de violar un demandado el domicilio de un jurado y el de imponer tributos ilegales, sin embargo, no por eso estaban incluidos tales actos en el concepto del mentado delito.

La tradición no nos ha transmitido particularidad alguna esencial que ofrecieran las antiguas leyes en cuanto al procedimiento y sustanciación del *ambitus*. A partir de Sila, cuando menos, había un pretor especial encargado de conocer de este delito. Como una concesión excepcional en favor del demandado, se le permitía en esta *quaestio* que durante la instrucción preparatoria de la misma nombrara una persona que interviniera de su parte en la misma y funcionase juntamente con el actor, y también se le reconoció facultad para citar a los testigos, facultad que en los demás asuntos siempre le estaba reservada al actor o demandante. En otro lugar (p. 147) hemos dicho que la constitución del alto tribunal del jurado, establecido para este caso por la ley licinia sobre los sodalicios del año 699-55, quedó dependiendo, poco menos que exclusivamente, del arbitrio del actor, y lo propio vino a ocurrir con las demás innovaciones procesales, más profundas y graves aún que la anterior, establecidas por la ley pompeya del año 702-52, a saber: el no admitirse la ampliación (p. 273), el limitar las discusiones y pruebas a un determinado número de días (p. 276), el abreviar la duración de los discursos (p. 274), la no admisión de testigos de carácter (p. 281), el haber de pronunciar el

fallo unos pocos jurados sacados a la suerte inmediatamente antes de la votación de entre un gran número de los llamados al efecto (p. 147 y 273).

Ya tenemos dicho que, según el derecho antiguo, la compra de votos era un delito capital, y que si en las más antiguas leyes promulgadas para hacer frente a las aspiraciones inmoderadas o ilícitas a los cargos públicos se señalaban en general penas concretas, estas penas no pudieron ser otras sino multas moderadas. Por las noticias que la tradición nos ha transmitido, no podemos saber qué penalidad tendría fijada este delito, tan desigual en sí, pero al que en el procedimiento por *quaestiones* siempre se le trataba y castigaba del mismo modo, una vez que se creó para él un especial juicio por jurados. La ley de Sila, que probablemente dulcificó dicha penalidad, castigaba el *ambitus* con la incapacidad para obtener cargos públicos por término de diez años (p. 534); y la ley calpurnia, con la expulsión del Senado, la cual llevaba consigo también la incapacidad legal perpetua para ocupar cargos, y además con una pena pecuniaria. La ley tulia señalaba la pena de extrañamiento de Roma y de Italia por diez años. La ley de 699-55 sobre los sodalicios y la ley pompeya del año 702-52 aumentaron estas penas, siendo presumible que las hicieran subir hasta el extrañamiento perpetuo. El dictador César provocó un acuerdo de los Comicios para que pudieran volver a su país los condenados por causa del delito de *ambitus* y, sobre todo, los condenados en virtud de la última ley citada. La tradición no nos dice si en el porvenir se dulcificaría la pena referida, pero es probable que sucediera así efectivamente, por cuanto Augusto, en su ley de 736-18, se limitó a imponer al *ambitus* la pena de exclusión de los cargos públicos por espacio de cinco años. Seguramente que fue la Monarquía la causa única y total de semejante conducta; con la ruina de la República, la fiera competencia por conseguir cargos públicos recibió un golpe mortal, y el mal entonces estuvo más bien en lo contrario, es decir, en la indiferencia con que se miraba la cosa pública, haciéndose preciso resucitar de nuevo la ya olvidada obligación coactiva de desempeñar cargos. Tocante a la pena que se impondría a los *divisores*, no sabemos nada.

Tomando por modelo el procedimiento que en la ciudad de Roma se empleaba para perseguir a los autores de *ambitus*, las ordenanzas municipales de otras ciudades establecieron también un procedimiento contra los que emplearan medios ilícitos para ocupar cargos municipales (p. 534). Pero la pena por *ambitus* municipal no pasaba nunca de la multa. La ley municipal de Genetiva fijaba el importe de la misma en 5.000 sestercios, que ingresaban en la caja de la ciudad, y un senadoconsulto incluido en la legislación justiniana estableció que tal multa fuera en general el doble cuando se tratara de

magistraturas y de sacerdocios municipales. Esa multa se pedía ante el tribunal municipal por medio de una acción popular recuperatoria. Además, recaía la infamia sobre el condenado.

XII.—*Abuso del derecho de asociación*

El derecho de asociación estaba expresamente garantizado ya por la ley de las Doce Tablas, aunque, como se comprende, con la condición de que los estatutos de la asociación no contradijeran al derecho general. Con mucha frecuencia debieron ser disueltas aquellas asociaciones que infringiesen este precepto o pareciese que lo infringían; y de que hasta se prohibía a veces toda clase de asociaciones, nos ofrece un testimonio el hecho de que el año 568-186 se ordenó la disolución, no solo en Roma, sino en toda Italia, de las asociaciones (*foederatei*) dedicadas al servicio de Baco (p. 366). Durante la época republicana, al derecho de asociación no se le pusieron en principio limitaciones; los senadoconsultos dados en los años 690-64 y 698-56, y examinados en el párrafo anterior, solamente se dirigían contra las asociaciones para fines electorales, cuyo empleo en conquistar cargos públicos se consideraba inmediatamente comprendido en la ley penal, y el plebiscito clodio, contrario al primero de los referidos senadoconsultos, lo único que debió de hacer en todo caso fue abolir de nuevo estas disposiciones excepcionales. Pero los innumerables abusos que al amparo del derecho ilimitado de asociación se producían, no solo en materia electoral, sino también con respecto al robo de hombres, muy extendido a la sazón, y asimismo para lograr fines precisamente criminales, determinaron ya al dictador César a establecer restricciones generales al ejercicio de tal derecho, y en la época de Augusto probablemente fue abolida por acuerdo del pueblo la presunta libertad de asociarse los individuos. A partir de entonces, las altas clases de la sociedad que quisieran conservar las corporaciones heredadas de los antiguos habían de fundar nuevas asociaciones en virtud de especial autorización del gobierno, del propio modo que ya se había hecho esta misma reserva o excepción al ser suprimidas las sociedades para el servicio de Baco, siendo de advertir que la autorización dicha la concedía por regla general, para Italia y las provincias senatoriales, el Senado, como el más alto cuerpo legislativo existente, aun cuando el emperador tenía atribuciones para otorgarla en toda la extensión del Reino. A las clases sociales inferiores, incluyendo en ellas los esclavos, se les dejaba en libertad para asociarse, salvo a los soldados, con respecto a los que la prohibición era absoluta, y salvo también probablemente dentro de la ciudad de Roma, donde dichas clases infe-

riores no debían de poder constituir asociaciones; pero para gozar de la libertad dicha era preciso que las asociaciones, las cuales constituían regularmente a modo de cofradías para el culto de determinada divinidad, revistieran la forma de cajas de auxilio y socorros por defunción, y debemos añadir que los asociados no podían reunirse, excepto para celebrar actos del culto, más de una vez al mes, y que ninguna persona podía pertenecer más que a una de semejantes congregaciones. Como por sepultar en las vías públicas no sucedía nada, y como por otra parte no puede menos de haber existido alguna vigilancia general respecto del asunto, parece que estas medidas legislativas tenían por objeto esencial garantizar la seguridad de aquellas, y el mismo fin tenía el permitir la asociación a los esclavos y el prohibir que un mismo individuo formara parte de varias asociaciones. Las violaciones de estos preceptos se consideraban incluidas en el delito de coacción pública, en el caso de que concurrieran los elementos necesarios para constituir este delito; y que cuando así no aconteciera, además de ser disuelta, como es natural, la asociación, podía también imponerse una pena extraordinaria, es cosa sobre la cual no cabe duda, aun cuando no nos sea posible aducir pruebas verdaderas y propias de ella. Podía, por consiguiente, emplearse también aquí el procedimiento acusatorio.

XIII.—*Abuso de las denuncias fiscales*

Así como a los denunciadores y acusadores de hechos verdaderos se les otorgaban recompensas, del propio modo también se perseguía y encausaba a aquellos que abusaban del derecho que correspondía a todo el mundo de promover juicios penales públicos por denuncia o querrela; cuando estas fueran falsas, se procesaba al *iudex* (p. 313) y al *accusator* (p. 311); ambas cosas, la recompensa en unos casos y el proceso en otros, eran correlativas entre sí, y por eso las hemos considerado unidas al hacer el estudio del procedimiento penal. El abuso del derecho de denunciar y entablar querrela no corresponde tampoco, en primer término, al presente capítulo, sino a aquellos otros donde se examina la serie de hechos delictuosos que tienen un fundamento propiamente moral.

Pero nos quedan por estudiar aquí las denuncias hechas a la caja del Estado por causa de créditos o derechos patrimoniales, cuyo importe debiera ingresar en ella. No es posible que en los tiempos republicanos dejara de haber delaciones de esta naturaleza; sin embargo, no las vemos aparecer en parte alguna como hechos independientes y especiales. La vigorosa organización y economía financiera de la época

de lucro se equiparaban, así por su esencia como por su nombre, a las acciones criminales entabladas con igual fin, y por eso en las noticias históricas que tocante a las mismas han llegado hasta nosotros, casi nunca se establece diferencia alguna entre las delaciones criminales y las fiscales. En realidad, el abuso de estas últimas perjudicaba probablemente a la comunidad de un modo más grave que el abuso de la facultad de acusar, y por eso, si es verdad que nunca se aplicó al abuso de las delaciones fiscales el procedimiento por calumnia que se empleaba en los casos de denuncias criminales abusivas o falsas, lo es también que muy a menudo se perseguía criminalmente a los que abusaban del derecho de presentar delaciones fiscales. Por regla general, estas delaciones falsas o infundadas eran castigadas como crímenes graves por las autoridades fiscales en funciones, y la pena que se imponía era a menudo la de destierro; cuando el acto hubiera sido realizado con fines de lucro, aunque la denuncia fuese fundada, se imponía al agente la pena de infamia. A veces, el gobierno llegó hasta prohibir, al menos nominalmente, las delaciones fiscales bajo la amenaza de una pena; y todavía más: una vez hecha la tercera denuncia, aun cuando fuese o pudiera ser justa y fundada, se imponía a su autor pena de muerte. Este raro delito no llegó a estar sometido a una regulación legal, propia y clara.

XIV.—*Otras contravenciones*

Los preceptos penales de que vamos a ocuparnos en esta sección, y que se refieren a los abusos cometidos en el ejercicio de los cargos públicos, en el ejercicio del cargo de jurado y en el desempeño de otras funciones públicas y privadas, tienen su origen y su raíz en relaciones sociales por la mayor parte transitorias, y por tal motivo se puede decir que su carácter es todavía más de derecho positivo que el de los demás preceptos penales estudiados en este mismo capítulo (p. 519), y que, por consecuencia, en lo tocante a los actos delictuosos de que ellos se ocupan, se prescinde completamente del dolo penal. Las noticias que de semejantes disposiciones tenemos dependen principalmente tan solo del accidente o la casualidad; pero si eso podemos decir en general de las mismas, añadiremos que las que ahora van a ocuparnos no tienen absolutamente más causas determinantes sino los caprichos o accidentes del momento. Sin embargo, podemos reunir las en un solo grupo, por cuanto se puede aplicar a todas ellas el siguiente carácter negativo: que todas caen fuera del sistema del derecho penal propiamente dicho, no habiendo intentado declaradamente ni una sola vez la ciencia jurídica romana someterlas a las categorías

o conceptos fundamentales de aquel sistema. Como quiera que el delito contra el Estado romano, delito capital, no abarcaba en principio sino las más graves violaciones que contra sus respectivos deberes realizasen los magistrados o los ciudadanos (p. 352 y 359), se hizo preciso completar el concepto de semejante delito, concediendo, al lado de la acción que de él brotaba, otra multitud de acciones de las que en este momento nos ocupan. Y como en los casos en que se echaba de ver en los actos humanos la falta de un elemento ético, es decir, la carencia de inmoralidad intrínseca, no era permitido hacer uso de penas graves, acudíase entonces, por lo general, a la imposición de multas, las cuales podían también causar sufrimiento a los ciudadanos. Consideradas en general y en globo, forman esas multas un factor no despreciable en el procedimiento penal romano, especialmente porque en los tiempos posteriores de la República, en lugar de ejercer siempre los magistrados sus facultades coercitivas, cuyo carácter era discrecional y arbitrario, según sabemos, muchas veces se interponían acciones contra los autores de los hechos de que se trata, acciones de que conocía el jurado, aun cuando también las resolvían en ocasiones los Comicios, imponiéndose en todo caso a los condenados penas pecuniarias, que eran las que podían pedirse por medio de las acciones dichas. Esta manera de proceder contribuyó, por lo tanto, a ir poniendo también poco a poco limitaciones esenciales a las facultades y al poder de los magistrados. Estas acciones, aun habiendo tenido siempre un carácter particular, y siendo tan distintas entre sí, merecen ser incluidas en un estudio del derecho penal romano, siquiera sea tan solo con sentido ejemplificativo. Lo relativo al procedimiento que se empleaba para imponer las multas mencionadas se tratará en el libro siguiente. Los casos concretos de que hablaremos los tomamos principalmente: unos, de la tradición de la época republicana; y otros, de las leyes municipales de esta misma época y de los comienzos del Imperio. No nos proponemos en modo alguno exponerlos todos; creemos inútil hasta un catálogo ejemplificador de las muchísimas formas de penas y sanciones análogas que nos encontramos en los edictos y constituciones imperiales de los tiempos posteriores establecidas contra los funcionarios, y especialmente contra el personal burocrático.

1º—*Irregularidades en el ejercicio de funciones públicas*

a) En virtud de la ley elia y de la ley fufia, cuando se dieran leyes sin respetar las correspondientes normas religiosas, se incurría en una contravención que daba origen a procedimiento penal; lo mismo pasaba, en virtud de la ley licinio-junia, del año 692-62, cuando

no se depositaran las proposiciones de ley en el Erario. El procedimiento que se seguía en este caso era el por *quaestiones*. De la pena que se imponía no sabemos nada.

b) La cláusula final de las leyes (*sanctio*) no solo libraba regularmente a aquellos que, obedeciendo a esta ley, infringieran otra, de la pena señalada en la primera, sino que además imponía con frecuencia una sanción penal, que era la mayoría de las veces una multa, a aquellos que, apartándose de los preceptos especiales contenidos ante todo en la ley en cuestión, contravinieran a las disposiciones de índole general de la misma ley. Deben incluirse, por consecuencia, en este caso, además de las amenazas penales para obligar a la derogación de la ley, aquellas otras, que encontramos con frecuencia, donde se prescribe que los magistrados, una vez en posesión de sus cargos, y también los senadores, quedan obligados a prestar juramento de respetar la ley, castigándose con una pena pecuniaria el dejar de prestar este juramento.

c) Las violaciones del derecho de intercesión, tal y como lo organizara Sila, se hallaban conminadas con fuertes multas, que podían hacerse efectivas por la vía civil ejerciendo ante el pretor las correspondientes acciones. Según el derecho municipal de Malaca, se imponía también una multa de 10.000 sestercios al que por medio de la intercesión impidiera el ejercicio de la coercición.

d) El llevar el protocolo de modo irregular o inconveniente.

e) Al magistrado que distribuyera el grano en la capital a persona sin condiciones para ello, se le castigaba con la crecida multa de 50.000 sestercios por cada modio.

f) Según las leyes municipales, se castigaba con multas a los magistrados que dejaran de prestar juramento, a los que no hicieran los sacrificios obligatorios, a los que no tomaran juramento a sus subalternos y a los que permitieran a personas sin condiciones ocupar puestos públicos o formar parte del Concejo municipal, o ser patronos municipales, u ocupar sitios privilegiados en el teatro.

2º.—Irregularidades en el ejercicio del cargo de jurado

a) Excusarse de ejercerlo sin suficiente motivo

b) Intervenir en un juicio por jurados en forma contraria a la ley.

c) Ocultar el voto.

3º—*Contravenciones de diferentes clases*

a) Es cosa dudosa la de saber hasta qué punto serían punibles, según el orden jurídico de la República romana, el hecho de aspirar a cargos públicos y el de adquirirlos sin tener las condiciones requeridas al efecto. El hecho de ocupar por sorpresa la magistratura un esclavo se castigaba con la pena de muerte, y por eso se consideraba como caso de perduelión (p. 353). Carecemos de noticias respecto al modo como podían ser tratados los casos de menor gravedad, como por ejemplo las infracciones de la ley de la anualidad sobre la duración del ejercicio de los cargos públicos. El aspirar a cargos municipales sin tener las condiciones debidas lo castigaba la ley julia con la fuerte multa de 50.000 sestercios. En los tiempos posteriores del Imperio, cuando se estableció un esquema fijo en la jerarquía de los puestos subalternos, el hecho de aspirar a la reelección y el de aspirar a ser elegido sin derecho para un cargo de la primera categoría se hallaban prohibidos bajo la amenaza de severas penas.

b) Lo propio tenemos que decir con respecto a la ocupación de puestos en el Senado sin las condiciones necesarias de capacidad; hasta donde nosotros sabemos, el hecho este no tenía señalada penalidad alguna en los preceptos u ordenanzas de la ciudad de Roma. La ley municipal julia señaló igual pena que en el caso precedente.

c) Cuando algún miembro de un Concejo municipal no poseyera en el correspondiente municipio una casa propia, de 1.500 tejas por lo menos, tenía que pagar una pena pecuniaria anual a la caja municipal.

d) El hecho de negarse a aceptar una comisión o delegación municipal.

e) El hecho de negarse a ir a una colonia latina fundada nuevamente por el Estado.

f) Después que fue consagrado César, víctima de un asesinato, el hecho de que un senador o el hijo de un senador se negaran a tomar parte en las fiestas que se hacían el día del natalicio del mismo César se castigaba con la fuerte multa de un millón de sestercios, y esa misma negativa se castigaba en general como delito contra el Estado, y por lo tanto con pena capital (p. 360). Claramente se muestra aquí la contraposición entre los dos círculos de derecho, la ineficacia de la amenaza de penas graves, y al contrario la eficacia de las pecuniarias.

g) Cuando alguien protestase sin derecho para ello contra el representante de la comunidad municipal que hiciera uso del procedimiento ejecutivo en contra de un deudor insolvente a la misma comunidad, y se apoderara de él, al falso *vindex* se le castigaba, conforme a la ley municipal de Genetiva, con una multa de 20.000 sestercios.

b) En los posteriores tiempos del Imperio se castigaba gravemente al que se enriqueciera de manera ilícita por medio de embrollos, vendiendo favores que conseguía abusando de sus relaciones privadas con el emperador; pero en este caso, más bien que de un procedimiento criminal propiamente dicho, se trataba de una forma de punición doméstica sobre las gentes que constituían la servidumbre del emperador

i) En caso de desobediencia contra los magistrados que ejercieran jurisdicción, estos, aparte de poder ejercer sus facultades coercitivas, podían también nombrar un tribunal de jurado para que fijara la multa que el desobediente había de pagar, no concediéndose en tal caso a este último el derecho de apelar, que regularmente llevaba consigo todo procedimiento por multas (p. 35).

j) El mutuo contraído entre un prestamista romano y el representante de alguna de las comunidades dependientes de Roma, enviado con alguna misión cerca de esta, no producía ninguna acción, según la ley gabinia del año 696-58; en cambio, la misma ley imponía pena a ambas partes contratantes, pena que consistía probablemente en una multa fija.

k) Los magistrados municipales que, en caso de fuga de un esclavo, no prestaran auxilio para buscarlo al dueño legítimo de él, eran castigados, según un acuerdo del Senado, a una pena pecuniaria de 10.000 sestercios. Ya hemos dicho (p. 464-465) que a los particulares que se encontraran en semejante caso se les castigaba también de una manera análoga.

CAPÍTULO XII

CONCURRENCIA DE ACCIONES PROVENIENTES DE DELITO

En el libro tercero (p. 247 y ss.) hemos estudiado la acumulación de las acciones penales derivadas de diferentes hechos delictuosos en un mismo proceso. Pero también podía ocurrir que un mismo hecho punible diera origen a distintas acciones. Cuando estas correspondieran a diversas personas, podían ellas ejercerlas al mismo tiempo, como acciones independientes entre sí, sobre lo cual nada de particular hay que decir. Pero si el hecho punible origen de varias acciones se hubiera realizado contra una sola persona, o si por consideraciones personales no podía ser mirado como delito público, entonces se ofrecía la duda sobre si había de ser objeto de un solo procedimiento judicial, o si era permitido ejercer distintamente diversas acciones de él derivadas.

En el concepto fundamental de cada delito, fijado por la ley o por la costumbre que tuviese fuerza de ley, no era posible incluir un mismo hecho más que una sola vez por la vía del procedimiento criminal; las diferentes clases y modalidades de procedimientos no podían ser empleadas sino alternativamente. La acción derivada de los delitos contra el Estado se podía ejercer ante las tribus o ante las centurias, y más tarde ante los Comicios o ante el tribunal de la *quaestio*; lo que no se podía hacer era ejercerla ante ambos, uno después de otro. Aquel que hubiera pedido en un juicio por hurto el doble del valor de lo robado no podía entablar nuevamente otra acción por hurto manifiesto o flagrante. Al que hubiera ejercido ante los recuperadores la acción de injuria, no le era permitido entablar la acción reconocida por la ley cornelia. En el caso de hurto o de daño en las cosas cometido por el dueño de una hospedería o por el jefe de un barco, la persona perjudicada podía elegir entre la forma ordinaria de la correspondiente demanda y la modificada por el pretor; pero la elección de una de ellas excluía el empleo de la otra. Ninguna acción podía repetirse añadiéndole la cláusula noxal.

En cuanto a la determinación del concepto fundamental de la concurrencia de delitos, no debe olvidarse que los delitos más graves excluían a los más leves. Como, por ejemplo, el homicidio de un magistrado se consideraba como caso de perduelión, es difícil que se le pudiera incluir en la ley relativa al homicidio en general. La acción de injuria quedaba extinguida desde el momento en que el acto se estimara punible como delito contra el Estado (p. 485), o como adulterio (p. 432-33 y 488-89). En los casos en que se ejercieran acciones, así civiles como criminales, por hechos en que hubiera intervenido dolo (p. 424 y ss.), se hacía resaltar expresamente el carácter subsidiario de las mismas.

Pero si ocurriese que una misma relación jurídica diera origen a varias acciones, ya se tratara de concurrencia de una acción procedente de delito y otra no procedente de delito, ya de varias acciones todas procedentes de delito, se observaban las siguientes reglas:

1ª Cuando un mismo hecho diese lugar a dos acciones, una por delito y otra por causa no delictuosa, esas acciones se consideraban como independientes entre sí, y, por tanto, se podía ejercer una de ellas en pos de la otra. La acción de herencia podía entablarse contra el que hubiera entrado en posesión de esta en virtud de un testamento falso, y por medio de las acciones derivadas de contrato y de la acción de tutela, se podía promover un juicio civil, caso de haber sido sustraída u oculta alguna cosa, para recobrarla; en general, en todo juicio de índole no penal se podía hacer valer una reclamación que revistiera sustancialmente esa índole. El actor o demandante podía también, a discreción suya, hacer valer la acción derivada del delito por la vía no delictuosa o civil, y al contrario. La única restricción impuesta en este particular era que, mientras estuviese pendiente de resolución una causa por adulterio, no podía entablarse el correspondiente juicio civil para que se hiciesen efectivas las consecuencias que el adulterio había de traer consigo en materia de dote y en las demás relaciones patrimoniales. Pero si ambas las acciones referidas hubieran de dar por resultado una indemnización pecuniaria, entonces la regla general era que solamente había obligación de prestar la indemnización cuyo importe fuera más subido, y, por lo tanto, en el caso de que se hubiera entregado ya la indemnización más corta, con la otra acción solo se podía pedir la diferencia entre lo recibido y la indemnización mayor.

2ª Podía también haber concurrencia de varias acciones procedentes de un mismo delito, siempre que este hubiera de ser incluido en diferentes categorías por tener distinto fundamento ético en los diversos casos; este principio se aplicaba lo mismo a la concurrencia de varias acciones procedentes de delitos públicos, que a la concurren-

cia de acciones que surgieran de delitos privados. Pero en el caso de que dos de estas acciones con igual fundamento ético hubieran de producir como resultado la condena a indemnizaciones pecuniarias, cosa que acontecía siempre con respecto a los delitos privados, entonces, aun cuando se permitía ejercerlas ambas, sin embargo, el condenado solo tenía que satisfacer el importe de la condena mayor; de suerte que si ya hubiera hecho efectiva la condena por la menor, con la otra no podía pedírsele sino el resto hasta completar el importe mayor. Esto es lo que se hacía cuando se ejercían acciones por hurto y por rapiña o robo, cuando se ejercían la acción de la ley aquilia por daño en las cosas y la concedida por las Doce Tablas a causa de derribo de árboles, y en general, según el criterio que vino al cabo a convertirse en predominante, siempre que se ejercía cualquiera clase de acciones por delitos privados.

3ª Por el contrario, cuando de un mismo delito naciesen por igual fundamento ético dos acciones que hubieran de ser sustanciadas en juicio criminal, no podían promoverse ambas, sino que el empleo de la una excluía el ejercicio de la otra. Hacíase aplicación de este principio a un caso, sobre todo, que se nos presenta no raras veces en la legislación del pueblo romano con carácter ejemplificativo, y que consistía en que un mismo hecho punible fuese incluido en el concepto fundamental de diversos delitos, cual acontecía, v. gr.; con la excitación a la rebelión, que tanto podía llevarse, y se llevaba a veces, al concepto de los delitos contra el Estado, como al del homicidio, como al de la coacción. Un senadoconsulto de la época de Tito dispuso que, en el caso de un único hecho, no pudieran nacer diversas acciones criminales. Seguramente, era bastante más fácil sentar el principio que aplicarlo, pues con frecuencia tenía que advertirse la dificultad de resolver si en un mismo hecho punible podía encontrarse más de un fundamento ético, es decir, más de un delito, o si lo que sucedía era que distintas leyes penales preveían y castigaban de diferente manera un hecho idéntico. Los jurisconsultos romanos vacilaron también muchas veces en esto, y en caso de duda se resolvían por la concurrencia.

4ª En el caso de que concurriese una acción por delito privado con otra por delito público, podía hacerse uso de ambas separada y sucesivamente, por cuanto la expiación de la injusticia cometida contra la comunidad y la de la cometida contra los particulares eran diferentes. Pero, según el antiguo derecho republicano, la resolución que hubiese recaído en el juicio privado o civil no prejuzgaba el fallo que hubiera de darse en lo criminal, y por lo tanto, mientras el juicio penal estuviera pendiente de decisión definitiva, o pudiera promoverse, no podía admitirse la acción civil. La aplicación principal de esta regla tenía lugar con respecto a la acción de injuria en sus relaciones con

el juicio criminal por homicidio. Solamente en los casos de daños causados a la propiedad es cuando se dejaba a la libertad del perjudicado el hacer uso primeramente de la una o de la otra acción, sobre todo cuando se trataba de ejercer en juicio privado la acción por privación violenta de la posesión o la acción por robo frente a la acción criminal por coacción, o cuando se deseara ejercer la acción civil de daños frente a la acción penal de homicidio.

5ª Si concurrieran acciones privadas por causa de delitos con acciones criminales de las llamadas extraordinarias en los tiempos posteriores, no había reglas fijas para resolver la cuestión, porque en la sustanciación de las acciones de esta última clase predominaba el arbitrio del tribunal. Muchas veces parece que las acciones del último género predominaban sobre las primeras; lo ordinario era, sin embargo, que el haber ejercido las unas impidiera poder hacer uso de las otras.

LIBRO QUINTO

LAS PENAS

CAPÍTULO I

LA PENA

Pena era el mal que, en retribución por un delito cometido, se imponía a una persona, en virtud de sentencia judicial y con arreglo a preceptos legales, o bien con arreglo a costumbres que tuvieran fuerza de ley. No había pena posible sino en virtud de sentencia pronunciada en nombre del Estado con relación a una determinada persona, aun cuando el modelo del orden jurídico del Estado en este respecto fue la sentencia doméstica, es decir, aquella resolución por la que se imponía un mal a las personas sometidas a la potestad del jefe de familia. Tampoco se consideraba como pena en sentido jurídico el mal impuesto por los magistrados, no ya sometiéndose a preceptos legales, sino en virtud de su discrecional arbitrio (p. 34); para que hubiera pena propiamente dicha, era necesario que existiera una ley del Estado donde se regulase previamente el delito y el procedimiento correspondientes.

El poder discrecional absoluto de los magistrados, poder que, según las exigencias teóricas del derecho público, fue el que dominó de una manera exclusiva en los comienzos de la vida de la comunidad romana (p. 24), y de él se hacía aplicación práctica contra los no ciudadanos, hizo que la coercición de los magistrados quedara fuera del derecho penal, como ya se ha dicho (p. 24 y ss.). Pero el arbitrio no deja de ser arbitrio porque se halle reconocido por la ley; si el magistrado no podía a discreción suya mandar ejecutar a un individuo llevándolo al suplicio, en cambio por esto mismo se le reconocían facultades para hacer todas las demás cosas.

La coercición del magistrado no quedó abolida en el curso de la posterior evolución de la libertad correspondiente a los ciudadanos; pero sí se restringió el círculo dentro del cual predominaba el *imperium* y donde este se podía ejercer sin ligaduras legales a que el magistrado tuviera que atenerse en cuanto a requisitos o condiciones del delito y de la pena. En la vida de la comunidad ya desarrollada y adelantada, subsistían, una al lado de la otra, dos esferas con igual

fundamento ético y con igual fuerza e importancia política, ambas las cuales se hacían valer hasta donde ello fuera realmente posible. Aunque a una vestal la absolviese el tribunal doméstico del incesto que se la imputara, no por eso quedaba libre del correspondiente proceso penal público (p. 135). En los juicios penales, ya fuesen privados, ya públicos, seguidos contra los hijos de familia y contra los esclavos, no había obligación de tener en cuenta para nada las reglas que pudieran regir en otras esferas, v. gr., en la de la familia.

Sin embargo, en la práctica no fue respetado este principio sino en corta medida, sobre todo con respecto a los delitos públicos cometidos por individuos sin libertad. En efecto: si cuando un esclavo cometiera uno de estos delitos públicos, el propietario de él, en lugar de castigarlo por sí mismo, podía entregárselo al magistrado, claro está que debemos considerar semejante hecho como una denuncia, y que, cuando menos en teoría, el magistrado era quien había de resolver la cuestión de la culpabilidad. Sin embargo, era muy frecuente, aunque constituyera una anomalía, el procedimiento contrario, es decir, que el magistrado que hubiese de imponer una pena pública a un esclavo entregara este a su señor para que el señor lo castigara. Las causas que originaron esta anomalía fueron varias; pero la más importante, con mucho, de todas ellas consistió en el deseo de que al castigar el delito del esclavo se causara el menor perjuicio posible a los intereses patrimoniales de su dueño. Estos miramientos a la propiedad contribuyeron esencialmente en la época republicana a producir robos de esclavos y sublevaciones de estos, y aun en los tiempos del Principado, a pesar de hallarse mejor organizadas las cosas, volvió a producirse con frecuencia el mismo fenómeno de las consideraciones al propietario del esclavo delincuente. En otros casos, la entrega del esclavo a su señor para que lo castigase debía tener por objeto impedir las restricciones que de otra suerte se impondrían al derecho que al señor correspondía de disponer libremente de sus esclavos, y también librar a las autoridades del Estado de un compromiso difícil en el desempeño de sus funciones. El primer caso se presentaba, sobre todo, cuando la víctima del delito hubiera sido el mismo dueño del esclavo. Y por causa del segundo motivo era frecuente encomendar al señor del esclavo la ejecución de los castigos corporales que contra este último hubiera decretado la autoridad pública; los casos en que principalmente se hacía la entrega del esclavo culpable a su señor con el consentimiento de este para que le impusiera la pena decretada por el magistrado, eran, no obstante, aquellos en que se tratase de una pena de reclusión o de trabajos forzados. Pues en tanto que el Estado romano solamente conocía la cárcel bajo la forma de prisión por deudas y de prisión preventiva mientras durase la instrucción sumarial,

enemigo de la patria o se colocara en situación análoga a la de este no podía la comunidad —como ya hemos dicho al tratar de los delitos contra el Estado (p. 373)— privarle de su derecho de ciudadano; pero en virtud del acto mismo cometido dejaba *ipso iure* de pertenecer a aquella; por lo tanto, la sentencia que en tales casos pronunciaba el magistrado y confirmaban los Comicios no tenía más que un carácter declarativo, sin hacer otra cosa que conceder el derecho o, mejor aún, la obligación de tratar al agente como a un enemigo de la patria. Al lado de esta concepción, evidentemente originaria, de los delitos contra el Estado, concepción que no desapareció jamás, hubo de subsistir más tarde, cuando el poder público adquirió todo su desarrollo, aquella otra concepción en virtud de la cual se suponía que a los magistrados que ejercían sus funciones dentro de la ciudad, con arreglo a las limitaciones legales establecidas para el caso, se les había transmitido la plenitud del poder que los jefes de familia tenían sobre los individuos pertenecientes a esta (p. 370). En esto estribaba la posibilidad de tratar como hechos criminales el homicidio y todos los demás delitos que no implicaban una ofensa inmediata contra la comunidad; al homicida se le condenaba a muerte, no ya como enemigo de la patria, sino como ciudadano (p. 409). El mismo fundamento jurídico tenía también la intervención del Estado como tribunal arbitral en los casos de delitos privados (p. 42-43). Es de presumir que en un principio no interviniera el Estado sino para intentar que se diera alguna satisfacción al ofendido, y que después se pasara a un juicio de arreglo o composición que poco a poco se fue haciendo obligatoria para las partes, con lo que llegamos a la constitución de un verdadero tribunal cuyos fallos tienen fuerza ejecutiva.

Primitivamente, la forma que revestía la penalidad impuesta, ora por la vía de la coercición, ora más tarde por vía de juicio, a los que cometieran alguna falta contra la comunidad, era la forma de la *sacratio*, siendo de advertir que, como el delito hace responsables a los hombres (p. 46-47), todo culpable había de ser sacrificado, igual si fuese libre como si no lo fuera, igual si era ciudadano que si fuese extranjero. De la propia manera que para establecer la ley penal había sido necesario observar ciertas prácticas religiosas, así también era menester cumplirlas cuando se ejecutaban penas públicas. La sentencia penal personal era una consagración del condenado a una divinidad. Por eso se la denominaba en el lenguaje legal de los romanos «ley completa», *lex sacrata*, dándose el nombre de *sanctio* a las prescripciones penales decretadas por la ley para los contraventores de ella. Confirma también el carácter fundamentalmente religioso de las penas personales la circunstancia de que, según mostraremos en el siguiente capítulo, la más antigua forma de ser ejecutada la pena de

muerte responde al ritual empleado para los sacrificios, y además que dicha pena era concebida, sin duda alguna, en los primitivos tiempos como un sacrificio humano; lo confirma igualmente el hecho de que este carácter sacral no se atribuía más que a la ejecución capital que el mismo magistrado de la comunidad efectuaba ateniéndose estrictamente a la ley, mientras que las ejecuciones verificadas con arreglo a las disposiciones de los plebeyos se consideraban como casos de homicidio no punible. Todavía se ve de una manera más clara y más permanente la consagración cuando se fija uno en los bienes sobre que recaía la pena. La forma plena de la ejecución o pena capital abarcaba, en los tiempos primitivos, no solamente la consagración de la persona, sino también la de todo el patrimonio del culpable. Los cuasimagistrados plebeyos podían, por medio de sus facultades de coercición, decretar la confiscación de todos los bienes, como forma de represión independiente y sustantiva; pues bien: esta confiscación se consideraba siempre como una consagración (p. 33). Los bienes que por vía de pena fuesen a parar a la comunidad habían de ser aplicados a fines religiosos. El importe de las penas pecuniarias impuestas por el procedimiento criminal en que intervenían los Comicios iba a parar, de derecho, a los templos. Según expondremos más al pormenor en el capítulo referente a las penas pecuniarias, la judicación *in sacrum* se equiparaba a la imposición de multas, sobre todo cuando se trataba de las impuestas por los ediles. De las penas que en el antiquísimo procedimiento privado tenía que pagar la parte que resultara vencida en él, o sea del *sacramentum*, procedían los animales destinados a los sacrificios públicos, o a expensas de esas penas se adquirían. Siempre caían las personas o el patrimonio de los culpables en poder de alguna divinidad, parte según ley o por costumbre de esta o aquella, y frecuentemente también según lo dispuesto a su arbitrio por la autoridad correspondiente: los dioses que preferentemente se nombraban son los dioses subterráneos y Ceres, esta también en unión con Liber y Libera, y asimismo Júpiter y Semo Sancus, y en los tiempos posteriores se menciona igualmente junto con Júpiter al consagrado dictador César. Cuando el culpable fuese indultado por la comunidad, conforme aconteció en tiempo del rey Tulio en caso de asesinato de hermanas, el derecho de los dioses no quedaba satisfecho y Roma necesitaba una expiación. Según la organización primitiva vigente en Roma, y nos referimos ahora no solo a la de los patricios, sino también de igual modo a la de los plebeyos, la comunidad, al imponer una pena, no practicaba ningún negocio o acto; la persona del culpable caía en poder de los dioses para serles sacrificada, y los bienes de la misma iban a parar a los templos de estos dioses; los objetos tomados en pren-

da no se vendían por cuenta de la comunidad, sino que eran despedazados (p. 35).

Si, pues, toda pena pública, y especialmente la más grave de ellas, la de muerte, única que se conocía en los tiempos primitivos, debe ser considerada como una expiación de la comunidad a causa de una culpa que pesaba sobre la misma, expiación que se verificaba por medio de una ofrenda en honor de los dioses, y singularmente por medio de la ofrenda de mayor estima, o sea el sacrificio humano; en cambio, no se puede decir lo contrario, esto es, que toda *sacratio* fuese una pena. La organización más antigua del Estado prescribía la expiación capital pública por causas que no eran la comisión de un delito. Los hijos deformes eran un mal y un daño para la comunidad, según lo demuestra no solamente el hecho de hallarse ordenada regularmente la expiación pública (*procuratio*) siempre que se hiciera la denuncia o notificación debida, sino también la circunstancia de imponérsele al padre la obligación de suprimir a esos hijos (p. 391); lo que no sabemos es si la muerte de estos se verificaría mediante la intervención del Estado. Es, sin embargo, seguro que, por orden del cónsul, se les arrojaba al mar, considerándoles como seres hermafroditas, siendo probable que el origen de esta costumbre haya de buscarse en una superstición arraigada en Roma a la época de Aníbal y por influjos etruscos. No podemos demostrar que también se sacrificara a los dioses, por prescripción del primitivo derecho sacral, a individuos que ni habían cometido delitos ni tampoco podía decirse que tuvieran figura monstruosa o que fuesen abortos de la naturaleza; pero tampoco podemos demostrar lo contrario; es indudable que en los tiempos históricos se realizaron en algunos casos sacrificios de esta clase. Pero, en general en la evolución jurídica romana hubo de quedar bien pronto limitada la aplicación de la expiación capital por parte de la comunidad al caso de los delincuentes, y el concepto de la pena pública hubo de formarse partiendo de esta forma de expiación.

El derecho penal privado o, mejor dicho, porque acaso es preferible llamarlo así, el juicio penal a instancia de parte, no partía de fundamentos religiosos, y estribaba más bien en el derecho de venganza, es decir, en la facultad que correspondía a la víctima de una injusticia para ejercer el propio auxilio contra el autor de la misma. El magistrado desempeñaba en estos casos el papel de mediador entre las partes encontradas. Él era quien fijaba por sí mismo o permitía fijar los elementos de hecho en el asunto que se ventilara; además, él era quien, una vez demostrado que se había cometido una injusticia, dejaba unas veces que ejercieran la venganza o propio auxilio las personas con derecho a ejercerlo, y otras veces negaba el ejercicio de semejante facultad, por haber recibido en pago de la misma alguna

cosa la parte contraria. De aquí que las injusticias cometidas contra el jefe de familia por las personas semilibres o por los esclavos sometidos a su poder, si podían ser objeto de procedimiento público, en cambio no podían ser sometidas a juicio privado; así, el hurto realizado por un esclavo contra su señor era un delito que producía las mismas consecuencias jurídicas que en cualquier otro caso, salvo la de dar origen a la acción de hurto, porque, no habiendo partes encontradas en el juicio, era imposible la mediación. En las Doce Tablas todavía aparece el derecho penal privado casi en su forma primitiva y originaria: para los casos más graves de daños a la propiedad o de lesiones corporales, el procedimiento penal daba entrada al propio auxilio por vía del suplicio o del talión, y para los más leves, una vez demostrada la existencia de la injusticia o delito, se obligaba al actor a aceptar de parte del demandado una indemnización, que era el *damnum* (p. 9) o la *poena* (p. 9). En los tiempos posteriores quedaron abolidos completamente la venganza y el propio auxilio, y todo delito privado daba lugar a una compensación o pago, fijado por un órgano de la comunidad, y que el lesionado tenía la obligación de recibir.

La forma de la ejecución de las penas era distinta según la clase de estas últimas. En el procedimiento penal público, la ejecución correspondía a los magistrados o bien a los cuasimagistrados plebeyos. En los casos de delito privado, la ejecución debía verificarla el mismo perjudicado, siempre que se le hubiera consentido hacer uso del propio auxilio; si, por el contrario, se trataba de una compensación que él forzosamente debía aceptar, la entrega de la misma le privaba de todo derecho a pedir más; y en caso de que no se le hubiera hecho efectiva la compensación de referencia, le correspondía el mismo derecho que a todo acreedor para constreñir al pago al deudor, esto es, echarle la mano encima, la *manus iniectio*.

En la época de la República se contaban seis u ocho medios de penalidad; pero es de advertir, con relación a ellos, que no a todos les cuadraba el concepto de pena en su riguroso sentido jurídico. Enumerábanse entre los mismos los castigos corporales y el encerramiento o reclusión, los cuales eran medios coercitivos, mas no penales; el destierro, que también se cita como pena, era, según el antiguo derecho, una medida administrativa que podía tomarse contra los no ciudadanos para alejarlos más allá de los límites del territorio. La pérdida o merma de los derechos civiles era una consecuencia jurídica que podían llevar consigo las sentencias penales, pero que también podía derivarse de otros hechos o relaciones distintos de estas; no era una pena independiente, y, según el antiguo derecho, no se podía condenar a nadie a ella. De los restantes medios penales, dos de ellos, el cambiarse un ciudadano libre en no libre y el talión, correspondían

exclusivamente al antiquísimo derecho penal privado, siendo, en general, ajenos al derecho penal público de la época republicana. Por lo tanto, según el orden jurídico, tanto público como privado, de los tiempos republicanos históricos, solamente existían de hecho dos formas de penalidad: la condena a muerte y la condena a una cantidad fija de dinero, la primera de las cuales es la única que queda siendo propia del derecho penal público en los tiempos posteriores, pues la condena pecuniaria —que, desconocida en un principio como pena independiente o principal dentro del procedimiento criminal público sustanciado por los magistrados patricios, empezó desde bien pronto a ser permitida en el mismo— donde encontraba siempre, aun desde antiguos tiempos, su principal campo de aplicación, era en el procedimiento privado, del cual al cabo quedó siendo dueña exclusiva. Podemos explicarnos la maravillosa simplicidad de este sistema de penas teniendo en cuenta que el delito público se retribuía con la muerte, y el privado con reparaciones pecuniarias; siendo de advertir, no obstante, que el primero de estos procedimientos, el capital o público, hubo de atenuarse y dulcificarse de un modo esencial, a partir de los primeros tiempos, merced, de un lado, al indulto, que a menudo lo provocaba el condenado ausentándose voluntariamente de Roma, y de otro lado, merced al hecho de permitirse imponer, en lugar de la pena de muerte, indemnizaciones pecuniarias.

La *poena capitis* era, ante todo, la de muerte; y si en la legislación de Sila se da también el nombre de pena capital a la interdicción, debemos ver el motivo de ello en que, castigándose de hecho con la muerte el quebrantamiento del destierro, podía muy bien considerarse la interdicción como una pena de muerte condicional; por otra parte, es preciso tener en cuenta que parecía chocante el que los delitos de lesa majestad y el homicidio fuesen castigados meramente con el destierro, a lo cual pudo ser debida la circunstancia de que se eligiera aquella expresión extraña con relación a estos casos, con respecto a los cuales es cuando se usa. Pero, en el lenguaje jurídico de los romanos, la pena de muerte no era la única *poena capitis*. También se hizo extensiva esta denominación desde antiguo a la pérdida de la libertad y del derecho de ciudadano, paralelamente a la *capitis diminutio* del derecho privado. No tenemos documentos que nos demuestren el empleo de la pena capital en este sentido durante la época republicana; pero semejante falta podemos explicárnosla muy bien, teniendo en cuenta que en los tiempos posteriores de la República no era permitido imponer a nadie por vía de pena, ni en el procedimiento público ni en el privado, la pérdida de la libertad ni la del derecho de ciudadano. Después que esta pérdida volvió a quedar incluida en el número de los medios penales, siempre se daba este sentido amplio a

las palabras *causa* o *res capitalis*, sentido que limitaba, sin embargo, a solo estos casos el lenguaje técnico: la vaga aplicación extensiva que se encuentra a menudo en los discursos de los abogados romanos, que emplean la palabra *caput* para significar la plenitud de los derechos del ciudadano, era ajena al lenguaje legal. A consecuencia de esto, aun no habiendo una terminología clara y definida, es indudable que la pena de muerte se diferenciaba de las otras penas capitales que no privaban de la vida, mientras que, a su vez, se admitían grados en ella, fundados en las distintas formas de ejecutarla.

No había una expresión común y genérica con que designar las penas no capitales. A menudo se hablaba de la pena pecuniaria como la opuesta a la capital, y, en efecto, esta oposición era acomodada a la situación de las cosas en la primitiva época, por cuanto la pérdida o disminución de los derechos civiles, incluso de la testamentifacción, no podía ser utilizada como un medio penal independiente; esa pérdida, o se imponía como pena accesoria de otras penas, o era una consecuencia de algún hecho no declarado por medio de sentencia penal. Pero cuando menos la legislación de Sila —donde si la interdicción del agua y el fuego quedó incluida entre las penas capitales fue de una manera violenta, y donde se castigaba el delito de *ambitus* con la incapacidad para obtener cargos públicos por espacio de diez años—, no podía acomodarse a la antedicha bipartición, y menos aún podían someterse a ella la relegación y, en general, el sistema penal entero de la época de los emperadores; en ninguna de estas formas de penalidad se conocían grados intermedios. Si las penas contra el honor llegaron a constituir, en cuanto tales, una forma de penalidad propia, *poenae existimationis*, el fenómeno pudo ser debido a que las mismas no eran otra cosa sino una derivación o transformación de la pérdida del derecho electoral pasivo y de otros modos semejantes de penalidad; con todo, la denominación que nos ocupa indica poco adecuadamente la categoría de penas a que se refiere.

En los antiguos tiempos, la pena correspondiente a cada delito estaba por lo regular fijada por la ley misma o por costumbre equivalente a la ley, y la sentencia penal se limitaba a declarar que el delito en cuestión se había cometido. De este modo se dejaba cierta amplitud a la ejecución de la pena; sobre todo en lo relativo a la pena de muerte, es probable que a menudo no estuviera determinada ni por una norma general ni tampoco por la sentencia la forma de la ejecución, quedando, por consiguiente, entregado esto al arbitrio de la correspondiente autoridad, quien no conocería otras limitaciones más que las que le fueran impuestas por la costumbre. Por el contrario, el orden jurídico de los tiempos posteriores fue fijando cada vez con

más seguridad las penas, y dando disposiciones donde se regulaba la manera como los jueces habían de graduar estas.

En el estudio que a continuación vamos a hacer de las penas, según el derecho romano, no solo hemos de tratar de las dos únicas conocidas en los primitivos tiempos, a saber, la de muerte (cap. II) y las penas pecuniarias fijas (cap. XI), y de las otras que posteriormente fueron agregadas a estas, o sea la pérdida de los derechos civiles (cap. IX), el destierro y la reclusión introducidos por Sila (cap. VII), y los trabajos forzados introducidos por Tiberio (cap. IV), sino que, además, es preciso que nos ocupemos, por una parte, de la cárcel (cap. VI) y de los castigos corporales (cap. VIII), pues aunque, en realidad, se trata de dos formas de sanción que los magistrados imponían en virtud de sus facultades coercitivas, no pocas veces se hacía también uso de ellas en el derecho penal propiamente dicho; por otra parte, de la pérdida de la libertad (cap. III), de la pérdida de los derechos de ciudadano (cap. V) y de la confiscación de bienes (cap. X), pues aunque no eran penas independientes o principales, sino accesorias de otras, sin embargo, caían dentro del derecho penal. Cerramos el libro con un estudio acerca de la evolución de la medida penal, y con una ojeada de conjunto sobre la aplicación de las penas a los delitos en particular (cap. XII).

CAPÍTULO II

LA PENA DE MUERTE

Para la pena de muerte no había más nombres técnicos que los de *supplicium* y *poena capitis* o *capitalis*, los cuales se aplicaban en los primitivos tiempos a una forma determinada de ella, de que vamos a hablar inmediatamente, pero cuyo uso se generalizó en los tiempos posteriores a todas las otras modalidades de la misma pena. Por el contrario, la voz *animadvertere*, que literalmente significaba «considerar», «tomar en cuenta», quedó restringida y velada por el uso, significándose con ella, no ya meramente la amenaza penal, sino regularmente el suplicio capital.

Según el derecho penal de la época republicana, no era legalmente necesario que mediara plazo alguno entre la sentencia de muerte con fuerza ejecutiva y la ejecución de la misma; por el contrario, lo ordinario era que se ejecutara la pena inmediatamente de pronunciada. No había motivo alguno por el que pudiera pedirse legalmente el aplazamiento de la ejecución más que en el caso de que la condenada fuese una mujer encinta, a la cual no se la ejecutaba hasta después de dar a luz. En la época del Principado, un senadoconsulto del año 21 de J. C., dispuso que todo acuerdo del Senado por el que se condenara a alguien a muerte —acuerdo que, como cualquier otro de la misma procedencia, no adquiría fuerza de obligar hasta tanto que fuera protocolizado en el Erario— había de ser registrado lo más pronto diez días después de ser tomado, con lo que es claro que se concedía al condenado por este medio un plazo antes de la ejecución. En una causa seguida ante el Senado en el siglo V se invoca de una manera expresa lo dispuesto en este antiguo senadoconsulto, y se establece en virtud de ello un plazo de treinta días, lo que acaso obedeciera al hecho de haber antes introducido el emperador Graciano una modificación en semejante senadoconsulto, por medio de una constitución dada el año 382, en virtud de la cual quedó fijado dicho plazo de treinta días cuando se tratara de sentencias capitales dictadas directamente por el emperador. Por lo demás, es de presumir que los

dos tribunales que en la época del Principado podían proceder sin someterse a ley alguna, o sea el del Senado y el del emperador, prescindieran muchas veces de las autolimitaciones que ellos mismos solían ponerse.

Por otra parte, las leyes, del propio modo que no reconocían un plazo mínimo dentro del cual hubiera de ser ejecutada la sentencia, tampoco reconocían un plazo máximo; antes bien, la determinación del término correspondiente dependía del arbitrio del magistrado que la había de ejecutar, con lo que no solo se hacía posible diferir la ejecución con el objeto de adquirir nuevos datos o hacer nuevos interrogatorios, o por otros motivos, sino que también se podía dejar de ejecutar la sentencia, cosa que se verificó lo mismo en la época de la República que en la del Principado; y como era necesario tener preso, de derecho, al condenado a pena de muerte (cap. VI de este libro), resultaba esta última trasformada así en la de prisión perpetua. En el siglo III de J. C., se dispuso, con relación a las sentencias capitales dictadas por los gobernadores de las provincias, que el plazo máximo para llevarlas a ejecución fuese de un año; pero este precepto no pasó a la legislación justinianea.

Cuando la ejecución de la pena de muerte hubiera de ser pública, no podía verificarse ni en día de fiesta ni de noche.

Tocante al lugar de la ejecución, diremos que la antigua fórmula de la crucifixión concedía facultades a la autoridad correspondiente para elegir el lugar que mejor le pareciera para el suplicio, estuviese dentro del *pomerium* o fuera de él, tomándose como límite al efecto la primera piedra miliaria. Es de suponer que esta regla valiese para todas las ejecuciones en la ciudad de Roma. El suplicio realizado durante los tiempos de César en el Campo de Marte, con el hacha, y previo el consejo de los flámines de Marte y de Júpiter, siendo después colocada la cabeza del ajusticiado en el mercado, sobre la Regia o residencia real, no fue, seguramente, otra cosa sino la resurrección de una forma de ser ejecutada la pena de muerte en los primitivos tiempos; al Campo de Marte se le da también en otras ocasiones el nombre de lugar de suplicios o ejecuciones. Pero, según la tradición antigua, en el mercado y por medio de la segur se verificaban ejecuciones, y en los casos en que se empleaba la crucifixión se azotaba al condenado. Durante el Principado, las ejecuciones públicas tenían lugar, de ordinario, sobre el Esquilino. De las ejecuciones en la cárcel se hablará después. El ejecutar al reo en el sitio donde se hubiera cometido el delito, con el fin de que sirviera de escarmiento la ejecución, fue ya cosa de los tiempos posteriores.

Tocante a las formas de la ejecución, hay que distinguir las que se verificaban bajo la dirección de los magistrados, contándose como

tal para semejantes efectos la intervención de los pontífices, y las que tenían lugar sin esa dirección.

La ejecución en que intervenían los magistrados la efectuaban los oficiales de los mismos. En primer término correspondía verificarla a los lictores, es decir, a aquellos ciudadanos romanos que llevaban las varas y las hachas indispensables para el suplicio en sus formas principales y más solemnes. En las ejecuciones de individuos no libres y en las que se practicaban en la cárcel, intervenían, en lugar de los magistrados depositarios del *imperium*, unos funcionarios auxiliares, los triumviros, y en lugar de los lictores, el *carnifex* o verdugo, hombre que se consideraba sin honor, y a quien parece que se encomendaron también en los tiempos posteriores las ejecuciones que antes corrían a cargo de los lictores. En las ejecuciones bajo la forma militar se empleaban soldados; pero de esto trataremos al ocuparnos de tales ejecuciones.

La ejecución de las sentencias capitales bajo la dirección de los magistrados podía tener lugar, bien públicamente, al aire libre, bien en secreto, dentro de la cárcel. En el primer caso se requería por antigua costumbre la asistencia de la ciudadanía, a la que se convocaba con un cuerno. Una vez conducido el reo al lugar del suplicio, el magistrado, vestido de luto, esto es, con la toga del revés, subía al estrado del tribunal y rogaba a los oficiales que desempeñaran su función en nombre de la ley. El magistrado mismo no ejecutaba jamás la pena por su propia mano.

La ejecución se efectuaba por medio de la segur, por la crucifixión, por el saco, por el fuego, por la espada y, finalmente, en forma de espectáculo popular.

1º La más antigua de todas las formas era la decapitación con el hacha. Ella es la que dio origen a las dos denominaciones con que en los tiempos posteriores se designaba en general la pena de muerte, a saber: la de «pena capital», *poena capitis* (p. 560-561), y la de «genuflexión», *supplicium*, denominaciones de las cuales llegó a hacerse uso aun con respecto a otros casos. El hacha aparece en el procedimiento del tiempo de César, anteriormente mencionado (p. 564). El ir acompañado del hacha representaba la expresión visible del pleno poder o *imperium* de los magistrados, como se ve de ello una prueba sobre todo en la leyenda histórica de la última ejecución capital verificada en esta forma en la ciudad de Roma, en la ejecución del hijo del primer cónsul, en quien se había jurado restablecer la monarquía, y en la supresión consiguiente del hacha del verdugo de entre las insignias características de la magistratura romana. Fue esto el símbolo, no ya de la abolición de la pena de muerte para los ciudadanos, la cual no hizo más que cambiar de forma, sino de la supresión

del régimen de la guerra para dentro del recinto de la ciudad; pues en virtud de ese régimen, los depositarios del *imperium*, de la propia manera que podían cortar la cabeza a los soldados desobedientes, podían cortársela también, hasta esta época, a los ciudadanos que no les rindiesen obediencia. Por causa de la dicha abolición es por lo que en el Código de las Doce Tablas no encontramos nada de esta forma de ser ejecutada la pena de muerte; pero la forma en sí continuó subsistiendo. Dentro de la ciudad de Roma se llevaban a ejecución de esta manera las sentencias de muerte pronunciadas por el dictador, contra el cual no podía ejercerse el derecho de provocación a la ciudadanía, y también se verificaban del propio modo y dentro de Roma, según los usos vigentes, las ejecuciones de los extranjeros que hubieran sido hechos prisioneros de guerra; en cambio, por lo regular se efectuaban fuera de Roma las ejecuciones de las penas de muerte impuestas por los depositarios del *imperium* a los ciudadanos romanos o a los individuos libres que no fuesen ciudadanos romanos. En la época del Principado, efecto del predominio del régimen militar, es cuando empezó a caer en desuso el hacha, la cual cedió el puesto a la espada. En la forma de ejecución que nos ocupa, se le ligaban al reo las manos atrás, se le ataba a un poste, se le desnudaba y flagelaba, y luego, tendido en tierra, se le decapitaba a golpes de segur. Este procedimiento respondía con toda exactitud al que se usaba para dar muerte a los animales destinados al sacrificio, lo cual era un efecto necesario del carácter sacral que, según hemos visto (p. 556), tuvieron en la primitiva época las ejecuciones capitales.

2º La crucifixión, según las noticias que de ella tenemos, se verificaba de tres modos: primero, como forma de ejecución capital impuesta por los magistrados a los ciudadanos libres «en virtud de las antiguas costumbres» (*more maiorum*), según la leyenda de la época de los reyes y de las de sucesos históricos que a la misma se refieren, y probablemente también con arreglo al Código de las Doce Tablas; segundo, como medio de ejecución por los pontífices, cuando se tratase de reos incestuosos varones; tercero, como forma de ejecución para los esclavos, de la cual se hizo uso seguramente desde los tiempos más antiguos, pero que también quedó como manera constante de ejecutar a estos individuos en las épocas posteriores. Según las noticias referentes a la primera clase de crucifixión, para llevar a cabo esta, se desnudaba al condenado y se le cubría la cabeza, se le ponía la horca (*furca*) en la cerviz y se le ataban ambos brazos a los extremos de aquella; después, la horca, y con ella el cuerpo del reo, se colocaban en lo alto de un palo levantado en el lugar del suplicio, y a ese palo se ataban también los pies del criminal. Una vez así crucificado este, se le azotaba. De la misma manera se ejecutaba, en el procedimiento

pontifical, la pena de crucifixión de los reos que hubiesen cometido incesto con alguna vestal (p. 566). Finalmente, cuando se tratara de ejecutar a esclavos, después de ponerles la horca, se les amarraba con ella a un poste, y en esta posición se les flagelaba. En estas ejecuciones podía producirse la muerte por languidez y debilitación de fuerzas; pero también podía ser originada por los golpes que se daban al reo, y asimismo se la podía precipitar despedazándole las piernas. Todas tres formas recibían el mismo nombre de crucifixión, y entre unas y otras no había diferencias esenciales; toda ellas se enlazaban también con costumbres de los predecesores; la ejecución, en el caso de proceso por incesto con las vestales, hasta se designaba expresamente como verificada lo mismo que en el caso de individuos no libres. Es probable que la crucifixión no fuera más moderna que la decapitación por medio del hacha, debiendo de haber existido ambas formas conjuntamente desde tiempos antiguos, sin hallarse restringidas, como la ejecución por el saco y la por el fuego, a determinados delitos, sino, antes bien, pudiendo aplicarse en general por todos ellos. Sin embargo, la decapitación no la encontramos usada sino bajo la forma de sacrificio a la divinidad y como pena ordinaria para los ciudadanos. En cambio, la crucifixión no tenía carácter religioso. No era imposible que se aplicara a los ciudadanos; antes bien, después de quedar abolida el hacha para las ejecuciones dentro de la ciudad, fue ella, salvo casos y formas especiales, el modo corriente y ordinario de imponer la pena de muerte en Roma; pero como, según resulta de lo expuesto, era una forma de penalidad que se consideraba deshonrosa, de aquí que, en los tiempos históricos, se juzgara su aplicación adecuada preferentemente para los individuos no libres (p. 566). A partir de la época en que la condición de las personas fue uno de los elementos que se tomaban en cuenta para aplicar las penas, la de crucifixión quedó excluída del número de las que era posible imponer a los individuos de cierto rango; sin embargo, cuando se trataba de los más graves delitos, se prescindía de esta consideración, según hemos podido ver detalladamente en el libro cuarto y lo veremos también en conjunto en el capítulo último del presente libro. Por influjo del cristianismo, que encontró su símbolo en la cruz, la crucifixión fue abolida como pena en los años posteriores del emperador Constantino, siendo entonces remplazada por la estrangulación pública en la horca.

3º El saco (*culleus*) era la forma de ejecución capital que se aplicaba a los autores de parricidio, y por lo tanto, dado el amplio concepto primitivo de este delito, a los autores de homicidio de una persona libre. Este procedimiento de ejecución, aparte de la creencia según la cual el agua tenía una virtud purificadora, creencia que intervenía en general en toda expiación, tenía su fundamento en la idea

de que al homicida se le debía privar de sepultura; también influía en ello, con respecto a este delito, el más frecuente, sin duda alguna, de los capitales, la circunstancia de hallarse situada Roma sobre un río navegable. De esta manera podemos explicarnos asimismo la particularidad de que las Doce Tablas castigaran más gravemente el hurto de cosechas que el homicidio, puesto que al ladrón de cosechas se le imponía la crucifixión, y al homicida, la muerte en saco. Por las noticias que hasta nosotros han llegado respecto a la manera de ejecución de esta forma de penalidad, donde es de suponer que no existieran normas legales generales, sino que fuese el correspondiente magistrado quien en cada caso concreto ordenara a su arbitrio lo que mejor le pareciese, lo primero que se hacía era azotar al condenado, y después se le cubría la cabeza con un gorro de piel de lobo, se le calzaban los pies con unos zapatos de madera, se le metía en un saco de cuero de vaca, juntamente con culebras y otros animales, se le conducía al río en un carruaje tirado por caballos negros y se le arrojaba al agua. Luego que cayó en desuso la aplicación de la pena de muerte para las demás clases de homicidio, la de que ahora tratamos quedó convertida en pena aplicable a los parricidas en sentido estricto, o sea a los autores de homicidio de parientes; esto ocurrió en el siglo último de la República. En los últimos tiempos republicanos, la pena del saco quedó abolida aun para los parricidas *stricto sensu*; y cuando en la época del Principado se restableció la pena de muerte, el restablecimiento no alcanzó a esta forma especial de ejecución de ella, o de alcanzarle solo le alcanzó por extensión, no de un modo expreso; quien la puso en vigor nuevamente por prescripción legal y para el parricidio fue Constantino.

4º Según las Doce Tablas, el incendiario, luego de sufrir la flagelación, debía sufrir la pena de muerte por el fuego, lo cual obedecía, sin duda ninguna, a la idea de la retribución. Pero ya en la misma época republicana se aplicó esta pena a mayor número de casos; y en la del Principado, sobre todo, se hizo frecuente uso de ella. Para ejecutarla se desnudaba también al condenado, se le clavaba o se le ataba a un poste, se enarbolaba luego este, y dando de fuego a la leña amontonada alrededor del mismo se verificaba la ejecución.

5º En la época del Principado (sin que podamos determinar desde qué momento; a lo que parece, desde el comienzo de esta época), desapareció la intervención de los oficiales civiles en la dirección de las ejecuciones capitales, y como consecuencia de ello, los juicios penales contra los ciudadanos quedaron sometidos al procedimiento propio del derecho de la guerra. En estos casos, las sentencias de muerte se ejecutaban, por regla general, dando el correspondiente magistrado una orden a un oficial militar o a un soldado para que llevaran al

condenado al suplicio. La forma ordinaria de ejecutar la pena de muerte continuó siendo la decapitación, pero la segur fue remplazada por la espada. La muerte por la espada empezó a ser desde entonces considerada como la forma simple de la pena capital, en contraposición a las formas agravadas o cualificadas de la misma, las cuales podían también ser ejecutadas militarmente. La dirección del acto correspondía a un oficial militar de alta o de baja graduación; la ejecución material la verificaba por regla ordinaria el *speculator*, delegado subalterno que ya intervenía durante la República en tales operaciones, y que formaba parte de los ejércitos imperiales, así de la guardia del emperador como de las legiones.

6^o La ejecución de la pena de muerte entregando a los condenados a las fieras para que les sirviesen de cebo en los combates públicos de las mismas, o bien para otras diversiones públicas —de las cuales debemos distinguir la entrega de dichos condenados a las escuelas de esgrima, no para que les dieran muerte, sino para que combatieran como gladiadores—, es decir, la ejecución de la pena de muerte en forma de espectáculo popular, que es como debemos llamarla, pertenecía en todo caso al derecho de la guerra; y por lo que a la época republicana se refiere, no podemos demostrar que se llevara a cabo sino contra los prisioneros de guerra y previa orden dada por el jefe del ejército, con especialidad contra los romanos desertores, ya fuesen personas libres, ya no lo fueran. Pero también se aplicaba dicha forma de ejecución a los individuos no libres que, habiendo sido declarados culpables de un crimen capital por sentencia del tribunal doméstico, fuesen entregados por el jefe de familia a quien diera una fiesta popular para que en ella se les ejecutase; esto tuvo que ocurrir ya durante la República, pues un plebiscito petronio, promulgado probablemente en los comienzos del Imperio, ordenaba que para que semejantes entregas tuvieran validez era preciso que el fallo del tribunal doméstico fuese confirmado por un tribunal público. También las autoridades del Estado mandaron, ya en la época de Augusto, a lo menos en algunos casos, que la ejecución de la pena de muerte tuviera lugar en esta forma. Durante todos los tiempos posteriores se hizo mucho uso de ella, y se aplicaba frecuentemente trasportando a la capital desde las provincias, para exponerlos en semejantes espectáculos, a malhechores de renombre o que por cualquier otra causa fueran notables. Esta manera de ejecutar la dicha pena era una dura agravación de la misma, y por eso no se permitía aplicarla a las personas de cierto rango sino en condiciones análogas a las referidas, como ya queda dicho de la crucifixión. Mas no se la tenía incluída entre las formas regulares de la ejecución capital, porque el aplicarla dependía de la casualidad de que tuviera que celebrarse alguna de las mentadas fies-

tas populares. En caso de que se fueran a celebrar, el que tenía que darlas, regularmente un magistrado o un sacerdote, se presentaba ante el tribunal correspondiente para que le hiciera entrega del culpable; si este le fuera entregado, el que daba la fiesta podía, bien arrojar inmediatamente el reo a las bestias, bien arrojárselo después que se le hubiera hecho objeto de otros actos o modalidades que aquel hubiese creído conveniente aplicarle; pero el examen de esto último no corresponde al derecho penal. Lo único que había de suceder, cualesquiera que fuesen las circunstancias de que se rodease la ejecución, es que el delincuente perdiera por ello la vida, y de derecho no podía acudir al indulto en estos casos sino con los mismos requisitos y condiciones que cuando se tratara de otra cualquiera forma de ejecución. Las luchas de fieras continuaron existiendo aun después de abolidos los juegos de los gladiadores, lo cual explica que todavía en el derecho justiniano encontremos esta forma de ejecución de la pena de muerte.

Además de las seis formas mencionadas de ejecuciones públicas, podían también ordenar los magistrados otras que se verificaban en lugares cerrados y sin publicidad.

7º Para las mujeres no había más forma de ejecución que el suplicio realizado sin publicidad, en virtud de mandato de un magistrado o de un sacerdote; por lo menos, no conocemos testimonio alguno de que tales ejecuciones se verificaran públicamente. La flagelación del reo, que era lo primero en toda ejecución pública, tampoco se aplicaba a las mujeres. El antiguo ritual, que se conservó siempre, nos da una descripción detallada de la ejecución de la pena de muerte con respecto a las sacerdotisas de Vesta declaradas culpables. La dirección le correspondía al pontífice máximo. La reo era despojada de sus insignias sacerdotales, y, metida en el féretro, se la colocaba en la sepultura, acompañándola los usuales lamentos y manifestaciones de duelo. La sepultura se encontraba dentro de la ciudad —pues para esta ceremonia siguió subsistiendo la antigua costumbre de los enterramientos en el recinto de la ciudad—, en la Puerta Colina, a la derecha de la vía del Campo de los Vicios (*campus sceleratus*); estaba metida en un corredor subterráneo, el cual, cerrado ordinariamente, no se abría sino para estas ejecuciones capitales. Abríase allí un hoyo, donde se depositaban una lámpara, un panecillo y cantarillas con agua, leche y aceite; el sumo pontífice mandaba luego que la condenada descendiera a su tumba con un guía. Hecho esto, se volvía a sacar al guía y se tapaba de nuevo la abertura sobre la enterrada viva, a la cual no podían serle tributados honores fúnebres. Cuando, por excepción, tenían que intervenir los magistrados en las ejecuciones de mujeres, estas ejecuciones se verificaban dentro de la cárcel de la ciudad (p. 203). También a los hombres se les ejecutaba en este sitio, sin publicidad, a

lo menos desde los tiempos de la guerra con Aníbal en adelante, sin que sea posible decir que hubiese una norma jurídica donde se determinara esta variedad de formas de ejecución; parece más bien que los magistrados que habían de dirigir las ejecuciones tenían facultades para elegir a su arbitrio el modo como hubieran estas de llevarse a cabo, empleándose las ejecuciones secretas principalmente cuando los condenados fuesen personas de rango. Estas ejecuciones secretas iban precedidas, por lo menos en algunos casos, de la flagelación. Al suplicio verificado dentro de la cárcel se le llamaba pena de muerte triumviral, porque se ejecutaba en presencia de los *tres viri capitales*. Sin embargo, el mismo depositario del *imperium* que hubiera ordenado la ejecución podía también dirigirla personalmente, y esto debió ser lo usual cuando los delincuentes fuesen personas de rango. En este procedimiento podía ser producida la muerte lo mismo que en el de las vestales, o sea por la privación del alimento, y es de presumir que tal fuese la regla general en la primitiva época; más tarde, el condenado o la condenada eran, regularmente, estrangulados por el verdugo. En los posteriores tiempos del Principado ya no estaba en uso esta forma de ejecución.

Siempre que la pena de muerte se ejecutaba bajo la dirección de los magistrados o de los sacerdotes, tenía que verificarse la ejecución por alguno de los modos anteriormente descritos. Pero también podían tener lugar ejecuciones legales sin la dirección dicha; a saber: ya en una forma fijada consuetudinariamente, ya sin sujeción a ninguna de las formalidades prescritas.

8º La forma usual de ejecución legal de la pena de muerte, para los casos en que no podía intervenir el magistrado, era la de precipitar al delincuente de la roca Tarpeya, situada en el Capitolio, siendo de derecho flagelado previamente aquel, lo mismo que cuando se tratara de ejecuciones dirigidas por el magistrado. Se aplicaba esta ejecución en dos maneras:

a) Los particulares podían ejecutar la pena de muerte, con el beneplácito de la comunidad, y sin formalidades de ninguna clase, contra el autor de un delito privado, en aquella época en que tenían derecho a ejercer frente al mismo la venganza de sangre, y en que todavía no había llegado a establecerse como obligatorio el rescate de ese derecho de venganza por dinero. Estas ejecuciones fueron muy frecuentes en dicha época. En la ley de las Doce Tablas se habla de esta ejecución, disponiendo que el culpable fuese precipitado de la roca Tarpeya; y en cuanto nosotros sabemos, esa disposición se limitaba a dos clases de delitos, a saber: la especie más grave de hurto, que era el hurto flagrante o manifiesto, cometido por una persona no libre, y el falso testimonio. Pero, aun con relación a estas clases de delitos,

debió desaparecer muy temprano la forma de ejecución capital que nos ocupa; ningún dato poseemos que nos demuestre que se aplicaba en realidad.

b) Los tribunos de la plebe, representantes especiales de esta parte de la comunidad a que ellos pertenecían, pero que no eran magistrados, ni gozaban de las insignias de tales, ni tenían a su servicio funcionarios que les auxiliaran en el desempeño de su cometido, como los tenían los magistrados patricios; los tribunos de la plebe, decimos, gozaban sí de la facultad de imponer penas capitales, pero no en cuanto magistrados, sino solo como particulares. Aunque los tribunos estaban autorizados para proceder sin más a la ejecución de la pena que nos ocupa, debemos advertir que jamás se les reconoció de un modo efectivo la autorización correspondiente; y si hacían uso de tales atribuciones, es porque el partido de la democracia progresista creía que debían tenerlas y amparaba su ejercicio. Por otra parte, si, después de terminada la lucha de clases entre patricios y plebeyos, los tribunos de la plebe tenían el derecho de conseguir la confirmación de la ciudadanía para las penas capitales que impusieran, preciso es añadir que, no teniendo dichos tribunos lictores ni hachas, como no las tenía ningún particular, forzosamente habían de proceder a la ejecución de las mencionadas penas con sus propias manos, sin el auxilio de agentes ni de instrumentos; y si en tales casos se hacía resistencia contra ellos, como su persona era inviolable, se les prestaba el apoyo de la fuerza pública. Luego que la institución del tribunado del pueblo se convirtió en constitucional, la forma de ejecución capital de que ahora se trata quedó incluida entre las formas públicas de ejecución; y, a partir de entonces, fue esta la forma ordinaria de ejecutar dentro de Roma a los ciudadanos, mientras que, según las Doce Tablas, podía también serles aplicada a los individuos que carecieran de libertad; como las causas capitales contra los ciudadanos las sustanciaban, regularmente en esta época, los tribunos del pueblo, estos tribunos mismos eran los que ejecutaban el fallo precipitando por la roca Tarpeya al reo, en tanto que a los individuos no libres condenados a pena capital se les crucificaba. Todavía en los tiempos posteriores del Imperio, cuando las sentencias de muerte dictadas por el Senado hubieran de ejecutarse en forma de precipitación de la roca, quienes dirigían esta ejecución eran los tribunos del pueblo. Los magistrados patricios también suprimían del mundo por este medio a los desertores que hubiesen sido hechos prisioneros y a los individuos en rehenes que se hubieran escapado; y en las épocas de revolución se precipitaba asimismo de la roca a los ciudadanos rebeldes o desobedientes que tomaran parte en motines populares; pero estas dos formas represivas formaban parte de los medios de coercición capital, correspondiente

a los magistrados, y caían, por lo tanto, fuera del procedimiento penal ordinario. No hay dato alguno que demuestre el empleo de la precipitación después del emperador Claudio, y en los tiempos posteriores del Imperio se hallaba prohibido el uso de ella.

Por último, hay que considerar en este sitio aquellas ejecuciones capitales en que se dejaba el género de muerte a elección, ya de los parientes, ya del condenado mismo, ya de cualquier otra persona.

9º Cuando se trataba de ejecutar una sentencia de muerte dictada por un magistrado contra alguna mujer, era muy frecuente, o quizá fuese la regla general, el dejar la forma de dicha ejecución al arbitrio del jefe de familia a cuya potestad estuviera sometida la mujer, o bien al arbitrio de los parientes más próximos, si se tratara de una mujer independiente (p. 13). No puede demostrarse que se encomendara también al jefe de familia la ejecución de las penas de muerte impuestas por la comunidad a los esclavos y a los varones libres que aquel tuviera bajo su potestad.

10. Durante la época republicana se concedía algunas veces al condenado a muerte la facultad de elegir el género de esta que le pareciese mejor, considerándolo como una aminoración penal; en los tiempos del Principado nos encontramos con frecuentes casos de tales concesiones, pero estas no las hacía entonces el tribunal que hubiese impuesto la pena, sino el emperador.

11. Muchísimo más importante era la ejecución popular. La ley o la sentencia condenatoria hacían un llamamiento a todos los individuos para que, en la forma que quisieran y pudieran, llevasen a efecto el fallo dictado. Esto es lo que con expresión legalmente poco precisa, pero propia, se denominaba proscripción. Esta forma de ejecución de las sentencias pertenece en parte a los tiempos semihistóricos, cuya oscura tradición ha sido muy desfigurada por un dogmatismo jurídico-fantástico, y en parte a las formas jurídicas engendradas por medio del abuso en épocas revolucionarias. Sin embargo, forzoso es convenir en que dicha forma de ejecución capital tenía un serio fundamento en la realidad. Pertenecen a esta esfera los siguientes casos:

a) La proscripción fue un producto de aquella falta general de protección jurídica en que durante la primitiva época consideraban los romanos colocados a los individuos pertenecientes a alguna comunidad extranjera que no tuviese celebrados pactos internacionales con Roma; los romanos creían a dichos individuos fuera de toda comunión jurídica con ellos. El concepto del delito entre los romanos surgió de aquí, considerando que solo lo cometían los miembros de aquel Estado con quien Roma se hallaba en guerra; y este concepto, aun cuando ya atenuado, continuó subsistiendo hasta tiempos muy posteriores (p.

72 y 393). Aun después de consolidados en el orden jurídico los conceptos del delito y de la pena, estribaban sobre esta base.

b) La proscripción, como concepto jurídico, fue probablemente una transformación del quebrantamiento del destierro, y este, a su vez, vino a originarse como consecuencia de aquellos casos en que la comunidad romana, por consideraciones de carácter personal, denegaba a un individuo no ciudadano la protección jurídica que por contrato internacional con el Estado respectivo había de prestar a los súbditos de este, o bien le denegaba la protección jurídica que otorgara Roma a los extranjeros en general; en estos casos no solo era expulsado el individuo en cuestión, sino que se le prohibía absoluta y terminantemente que en lo sucesivo volviera a pisar en el territorio romano, y todo el mundo había de rehusarse a concederle techo, agua y fuego. Se mejante procedimiento contra los extranjeros no pudo menos de existir (p. 51); sin embargo, no tenemos datos que comprueben su efectiva existencia, sino en el sentido de que cuando un ciudadano romano quisiera librarse de las consecuencias que para su persona había de traer una condena penal, podía renunciar a su derecho ciudadano, y en tal caso se le imposibilitaba el retorno a Roma de la manera dicha (p. 48 y ss.). En los tiempos posteriores podían también ser expulsados de Italia, por vía de pena, haciéndoles perder antes sus derechos de ciudadanía, los ciudadanos romanos, imposibilitándoles el regreso mediante la interdicción del techo, el agua y el fuego. Cuando tratemos del destierro, hablaremos con más detalle del asunto. Según todas las apariencias, al expulsado de esta manera que quebrantase la prohibición de regresar al territorio de Roma o de Italia se le consideraba enteramente como a un enemigo, y, por lo tanto, se le colocaba fuera de toda comunión jurídica, sin reconocerle derecho alguno; lo cual no venía a ser otra cosa sino una diferente manera de expresar que, no habiéndose realizado dicha expulsión por la vía administrativa, como es de presumir que pudiera hacerse cuando se tratara de extranjeros, sino que el fundamento de la misma era una sentencia penal, la ejecución de esta sentencia podía verificarla cualquiera (ejecución popular), tanto con relación al condenado mismo como con relación a la persona que le prestase protección. Augusto restableció la antigua rigurosa manera de tratar el quebrantamiento del destierro, pues en la época revolucionaria se había hecho un gran abuso de las proscripciones; y en los tiempos del Principado siempre se castigó con la muerte dicho quebrantamiento cuando se tratara de penas graves de libertad y, sobre todo, de la condena a las minas y de la deportación. Sin embargo, más bien era una pura exigencia teórica que una verdadera realidad práctica lo de considerar como hecho exento de pena el acto de dar muerte, sin formalidad procesal de ningún género, al individuo que

hubiera quebrantado el destierro; esa impunidad no se conciliaba con el orden jurídico vigente, y tampoco poseemos testimonios demostrativos de que efectivamente tuviera aplicación. La ley julia castigaba como delito de coacción, de importancia subordinada, el hecho de albergar a un individuo que hubiese quebrantado el destierro.

c) Diferentes leyes que se atribuyen a la época de los reyes, pero sobre todo las que sirvieron de constitución a la República, las cuales prohibían el restablecimiento de la Monarquía e introdujeron el derecho de provocación ante la ciudadanía, llevaban aneja, según los informes que de las mismas poseemos, la ejecución popular.

d) Para que los tribunos del pueblo y, en general, los derechos especiales de la plebe tuvieran la correspondiente protección jurídica, hubieron de ser reforzadas las leyes en que se reconocían tales derechos de particular manera, concediendo expresamente, con relación a ellas, la ejecución popular; en principio, esto era suficiente, por cuanto la ejecución que los magistrados verificaban con arreglo a preceptos legales no era aplicable en manera alguna a estas prescripciones, propiamente revolucionarias, y por su parte la ejecución por los tribunos, ya mencionada, ejecución que, como se ha visto, era privada y no pública, no hubiera podido efectuarse, de no invocar revolucionariamente los plebeyos su derecho a hacer uso del propio auxilio, o sea el derecho a tomarse la justicia por su mano. Durante las crisis de la lucha entre patricios y plebeyos, lucha que es difícil nos describan con toda la violencia que revestía los anales que hasta nosotros han llegado, también se hubo de proceder en la misma forma; la tradición, sin embargo, no nos ha conservado dato alguno tocante al particular. Las ofensas contra algún tribuno del pueblo eran castigadas por el mismo ofendido o por sus colegas; ni la leyenda ni los documentos históricos mencionan la intervención en este caso de los particulares individuos.

e) Ya se ha dicho (p. 215 y ss.) que en el curso ordinario del procedimiento penal en que intervenían el magistrado y los Comicios, el magistrado director de la causa podía dictar sentencia capital aun en el caso de que el inculpado no estuviera en su poder; si bien la regla era que, siempre que ello fuese posible, había de procurarse huír de los procesos capitales contra personas ausentes. Pero la misma ejecución de las referidas sentencias capitales dependía de que los condenados estuvieran o no sometidos a prisión provisional; no poseemos dato alguno que nos pruebe que el magistrado tuviera facultades para excitar a la ciudadanía a la ejecución popular, lo que, por otra parte, apenas hubiera dado tampoco resultado práctico, de no conceder algún premio por la ejecución.

f) Así acontecía, seguramente, en los casos de sentencias de muerte dictadas por aquellos tribunales y magistraturas de los tiempos pos-

teriores, contra las cuales no podía interponerse la provocación, del propio modo que también sucedía esto con las proscipciones de Sila y de los triumviratos, y con las decretadas por los cónsules y por el Senado en los casos de estado de guerra (p. 173). Pero el carácter de este acto y la falta de una palabra técnica que sirviese para designar la proscipción obligan a suponer que semejante procedimiento no se admitía en el derecho penal ordinario. Claro está que los autores de tales proscipciones consideraban a estas como sentencias capitales válidas y dadas con arreglo a derecho, y que, además, se hizo en tales casos muchísimo uso de las penas accesorias, singularmente de la confiscación de bienes.

Que la ejecución de la pena de muerte según los usos de la época republicana, cualquiera que fuese la forma de que se hiciera empleo, iba siempre precedida de la flagelación, cuando los condenados eran varones, y que esta flagelación iba legalmente implícita en la sentencia capital, son cosas que ya llevaba consigo el primitivo sistema de la provocación, y de las cuales hemos hablado en los correspondientes capítulos. Las modalidades de la flagelación dependían del arbitrio del magistrado que dirigiese la ejecución; también se podía disponer que el reo fuese azotado hasta morir (p. 567). Estas reglas no eran extensivas a la ejecución de las mujeres (p. 570), ni tampoco a las ejecuciones militares, ni en general a las formas de ejecución capital inventadas y aplicadas solamente en los tiempos posteriores. Al imponer la pena de muerte, solían emplearse también otros modos de martirio, cosa muy frecuente sobre todo cuando los reos fueran esclavos; pero, en cuanto nosotros sabemos, esos tormentos se imponían por lo regular a discreción de los ejecutores, bien de alta, bien de baja jerarquía, no imponiéndose sino rara vez por prescripción legal, y esto, solamente en tiempos ya adelantados. Acerca de otras penas accesorias que llevaban a menudo consigo la de muerte, como eran la privación de sepultura, la memoria deshonorosa y la confiscación de bienes, se ha hablado ya en los correspondientes capítulos.

Después de haber expuesto la complicada variedad de formas, relativamente iguales o indiferentes, de ser ejecutada la pena de muerte, procuremos ahora, para concluir el presente capítulo, trazar en líneas generales un cuadro de conjunto respecto de esa pena entre los romanos; y al efecto, a fin de que las concepciones fundamentales sobre el asunto tengan la mayor claridad apetecible, prescindiremos de todo aquello que pudiera complicarlo y ser fuente de oscuridad: por ejemplo, del derecho de coercición capital que correspondía a los jefes del ejército, y del derecho de coercición capital que sobre los no ciudadanos podían ejercer los magistrados de la República. Por consiguiente, la potestad penal capital, según el sistema romano de los tiempos de

la República, solamente correspondía a los tribunales que ejercían sus funciones dentro de la capital, Roma, y acaso también a los que las ejercieran en los municipios de ciudadanos; en la época del Imperio se concedió también potestad penal capital, aparte de los anteriores tribunales, a aquellos otros que podían proceder libremente y sin sujeción a regla alguna, o sea al tribunal del emperador, al de los delegados imperiales, al de los cónsules con el Senado y al de los gobernadores de provincia.

Si es lícito sentar conjeturas acerca de cuál pudiera ser el punto de partida, diremos que en el derecho penal público originario no debía de haber más que un solo delito, a saber, el daño a la comunidad, o lo que es lo mismo, la perduelión, y una sola pena, la muerte del que causara ese daño, y que la declaración de aquel y la imposición de esta había de depender del arbitrio del jefe de la comunidad, aun cuando la ciudadanía gozaba de atribuciones para, de acuerdo con el rey, indultar dicha pena. Por el contrario, el derecho penal privado tenía por base la venganza de sangre, y el Estado no intervenía en la regulación del ejercicio de esta venganza sino en cuanto, en los casos en que algún ciudadano hubiera hecho a otro víctima de algún homicidio, de algún hurto o de alguna otra ofensa análoga, el magistrado intervenía para procurar arreglarlos y apaciguarlos, y en tales casos, bien aconsejaba al perjudicado que renunciase a la venganza a cambio de una compensación equitativa que le había de entregar el ofensor, bien dejaba en libertad a aquel para que él mismo y sus parientes procurasen, por medio del auxilio propio, esto es, de su fuerza, la correspondiente retribución del daño sufrido.

La primera y más antigua restricción impuesta a la justicia capital consistió en transformar la provocación de potestativa en obligatoria, o lo que es igual, en imponer por ley al jefe de la comunidad la obligación de consentir que el ciudadano condenado a muerte pudiese apelar de esta condena para ante la comunidad, lo cual implicaba una limitación en las atribuciones de la magistratura, supuesto que las sentencias dictadas por esta necesitaban, para ser ejecutivas, la confirmación de la ciudadanía en sus Comicios. Y por lo que respecta a la justicia capital privada, es de advertir, de un lado, que, a medida que el tiempo corría, se iba gradualmente restringiendo el círculo de los casos en que era judicialmente tolerado el ejercicio de ella, y de otro lado, que los fallos dictados por el magistrado en concepto de árbitro pacificador de los contendientes, y por medio de los cuales ofrecía la paz al ofendido a cambio de una compensación que el ofensor le diera, fueron adquiriendo un carácter cada vez más obligatorio para el actor.

El Código de las Doce Tablas no hizo tentativa alguna por determinar de un modo legalmente preciso qué es lo que fundamental-

mente había de entenderse por daño a la comunidad; así que el procedimiento seguido en Roma para perseguir y castigar los delitos contra el Estado no perdió nunca su primitivo carácter de procedimiento discrecional, libre de trabas legales. Pero o este Código se encontró ya variados los límites divisorios entre la justicia capital pública y la privada, o los varió él mismo, puesto que el homicidio y el incendio, el hurto de cosechas, los cánticos injuriosos y algunas otras, no muchas, clases de daños u ofensas causados en primer término a los ciudadanos, en cuanto particulares, son delitos que el referido Código incluyó en la primera de dichas esferas, dejando por consiguiente de pertenecer a la otra, con lo que se consiguió, en lo esencial, abolir la venganza de sangre. La única pena que podía imponerse por el procedimiento penal público continuó siendo la de muerte. Pero bien fuese obra del Código directamente, bien de la manera como se fue haciendo más tarde aplicación de él por los tribunales, es lo cierto que la ley penal perdió su primitivo carácter, obligatorio aun para el mismo magistrado; y por efecto de ello, y merced también, probablemente, a la circunstancia de haberles sido concedido a los representantes de la plebe, o sea a sus tribunos, el poder de imponer penas, resultó que los juzgadores, a partir de las Doce Tablas, gozaban de atribuciones para hacer uso de penas pecuniarias, en lugar de imponer siempre la de muerte, que era la prescrita por la ley.

El derecho penal privado del mismo Código de las Doce Tablas no permitía la imposición de la pena de muerte, en concepto de pena privada, más que por virtud de sentencia judicial y por causa de determinados delitos, que es probable fijara de un modo taxativo. La dejó subsistente para el hurto manifiesto y para el falso testimonio; pero es probable que, aun con relación a estos casos, no tardara mucho en ser abolida, por ley o por costumbre. A partir de entonces quedó abolido, en general, el procedimiento capital por delitos privados, sin que en lo sucesivo volviera a resucitar. La idea de la retribución pecuniaria por causa de delitos privados, idea que desde antiguo había echado fuertes raíces, es la que al cabo se hizo dueña absoluta del campo; la composición obligatoria se extendió a todo el círculo de los delitos privados, siendo el sustitutivo de la misma, para los reos pobres, la esclavitud por deudas.

La República romana no abolió de un modo formal la pena de muerte; después de la época de los Gracos se impusieron y ejecutaron sentencias de esta clase en causas por homicidio de parientes; todavía en los últimos decenios de la República impuso el magistrado la pena de muerte por un delito contra el Estado, y esta sentencia se ejecutó después de haber sido confirmada por los Comicios. Con todo, en el siglo último de la República dominó la tendencia a la supresión de la

pena de muerte, y las leyes realizaron, de hecho, en lo esencial, esta abolición. La cual fue producida principalmente por estas dos instituciones: el autodestierro o *exilium*, y el procedimiento por *quaestiones*.

El autodestierro verificado antes que recayera condena en causa capital no daba, ciertamente, al procesado derecho alguno a pretender una aminoración de pena (p. 50-51); pero desde bien pronto la asamblea de ciudadanos, que no se inclinaba en verdad hacer uso de todos los rigores prescritos por la ley para la pena de muerte, una vez que se le notificaba que el delincuente se proponía castigarse a sí mismo huyendo de Roma, se limitaba a prohibir al expatriado que volviera a entrar en esta (p. 51).

La *quaestio*, es decir, la atribución, por medio de una ley general o especial, del conocimiento y resolución de un delito calificado de capital por el derecho penal público, a un jurado individual o a un colegio de jurados, no excluía en modo alguno el que el reo pudiera ser condenado a muerte; los *quaesitores* nombrados por leyes especiales daban sentencias de esta clase (p. 137), y la comisión permanente de homicidios impuso condenas capitales a los parricidas todavía en época posterior y con arreglo al sistema implantado por Sila (p. 406). Pero los más antiguos e importantes de estos tribunales permanentes provinieron del procedimiento privado, del cual tomaron sus normas. Es probable que, al emplear esta forma de juicios, no se condenara jamás a muerte sino por medio de la interdicción del agua y el fuego, salvo cuando se tratara de parricidios, y aun con relación a este último delito, abolió Pompeyo la pena de muerte veinte años después de Sila (p. 406). Si dicha pena se conservó, legalmente a lo menos, para los delitos contra el Estado, fue debido a que, junto al procedimiento por jurados, continuaba existiendo el procedimiento penal público, del cual se intentó hacer uso, aun cuando sin buen éxito, todavía en los últimos años de la República.

Durante la dictadura de César y los primeros tiempos del Principado, la pena de muerte, que en lo esencial había quedado antes abolida en las leyes, no fue legalmente restablecida; la exacerbación penal verificada en dicha época no se extendió demasiado. Aun en este tiempo los tribunales ordinarios no condenaban a muerte por delitos contra el Estado o por homicidio. De hecho, sin embargo, la práctica de los tribunales restableció seguramente dicha pena en la época de Augusto. La jurisdicción capital de los magistrados con los Comicios, jurisdicción que a fines de la República aparece en el proceso de Rabirio como cosa de un arqueólogo democrático, al serles trasferida a los tribunales extraordinarios y exentos de trabas de la época del Principado, o sea al tribunal de los cónsules con el Senado, al del emperador y al de los delegados de este, se convirtió en un arma terrible,

de que se hacía bastante uso. En esta época los tribunales ordinarios de la ciudad no debieron ejercer ni una vez sola el derecho de vida y muerte sobre los ciudadanos romanos (p. 149). Pero, en cambio, las condenas capitales del tribunal consular-senatorio llenan los anales, especialmente del siglo I del Imperio: no hay sino que recordar, en efecto, los procesos capitales ante el prefecto de la ciudad, la delegación que el emperador hacía en los presidentes de las provincias del derecho de la espada, el envío de romanos desde las provincias a Roma para que allí el emperador les condenase en juicio capital. No debe, sin embargo, olvidarse que, excepto cuando se trataba de procesos por motivos políticos o de causas contra gentes de baja condición —sobre lo cual puede verse el capítulo último de este libro—, la tendencia general en el gobierno era a no aplicar la pena de muerte a los ciudadanos romanos, tanto menos cuando los reos fuesen personas de rango elevado. Adriano dispuso todavía que dicha pena no pudiera imponerse sino en los casos de homicidio de parientes.

Si los juicios capitales contra los ciudadanos romanos fueron más o menos excepcionales durante los dos primeros siglos del Imperio, en cambio, después de Pío y antes de Alejandro, acaso en tiempo de Severo, la pena de muerte se convirtió en pena ordinaria, no tan solo para los delitos de lesa majestad, sino en general para todos los delitos graves; a partir de entonces, la evolución de esta pena se verificó toda ella, y con gran rapidez, en esta misma dirección. La pena de muerte se imponía cada vez con mayor frecuencia, y cada vez por faltas de menos gravedad; la ejecución de la misma fue revistiendo formas más y más crueles; el arbitrio judicial se fue entronizando y ampliando de día en día con más vigor. Tantas y a menudo tan variables y contradictorias eran las disposiciones acerca del particular contenidas en las leyes, cuya aplicación, por otra parte, era en la práctica sumamente desigual, en cuanto los tribunales estaban expresamente autorizados para no atenerse a ellas, que nos es imposible hacer una exposición detallada de la materia; en el capítulo último de este libro encontrará el lector cierta síntesis tocante al particular.

Respecto del procedimiento capital seguido contra los no ciudadanos, no es mucho lo que puede decirse en el derecho penal. Durante la época republicana, las causas penales ordinarias contra los no ciudadanos se seguían ante los tribunales de sus localidades respectivas; el injerirse en tales causas los funcionarios de Roma, ya por haberse cometido algún delito contra el Estado romano, ya por algún otro hecho semejante (p. 163), era una arbitrariedad, a la que no puso límite ni medida alguna el derecho romano, y para cuyos malos efectos apenas si daba remedio alguno la comunidad romana. En la época del Principado se varió y mejoró tal estado de cosas, por cuan-

to, a lo que parece, las autoridades locales adquirieron desde luego, y de un modo regular, el derecho de vida y muerte sobre sus administrados (p. 84, 162); por otra parte, la jurisdicción que en tales materias correspondía a los gobernadores provinciales estaba en algún modo sometida a la inspección superior del gobierno, y tenía que ejercerse de conformidad con las reglas legales a que habían de atenerse al ejecutar sus funciones los tribunales de la ciudad de Roma, con lo que la jurisdicción dicha se asimilaba hasta cierto punto a la que se ejercía sobre los ciudadanos, asimilación que al cabo fue completa cuando el derecho romano vino a convertirse real y efectivamente en el derecho de todo el Reino. Sin embargo, también estos procesos penales eran arbitrarios, sin sujeción a restricciones legislativas, como lo demuestran los seguidos en Bithinia, en las Galias y en Africa contra los no ciudadanos acusados de profesar el cristianismo (p. 162).

CAPÍTULO III

PÉRDIDA DE LA LIBERTAD

Según el sistema de derecho público republicano, era posible imponer la pérdida de la libertad o, lo que es lo mismo, convertir en hombres no libres a aquellos ciudadanos romanos que hubieran causado daños graves a la comunidad, especialmente cuando faltaran a las obligaciones militares o cuando infirieran ofensas al derecho internacional de los legados; mas es de advertir que los medios represivos empleados en casos semejantes no correspondían al derecho penal, sino a las atribuciones coercitivas de los magistrados, como ya hemos dicho (p. 29 y ss.); y aun entonces, la pérdida de la libertad la imponían los funcionarios referidos, a lo que parece, no ya con el carácter de sanción principal e independiente, sino, antes bien, como medio más suave que la pena de muerte y en sustitución de esta; el procedimiento que en tales casos se seguía no se hallaba, en general, sometido a prescripciones legales fijas, igual que siempre que se ejercía la coercición. Cuando una persona pasaba de esta manera a ser propiedad del Estado, el Estado solía venderla en el extranjero, a fin de evitarse que un hombre antes libre continuara residiendo dentro de la comunidad, pero privado de libertad; hasta en el caso de que se hubiera cometido algún agravio internacional, la comunidad romana hacía entrega del ofensor al Estado agraviado. Puesto que en el juicio penal público seguido ante los Comicios con el magistrado no se condenaba nunca a la pena de pérdida de la libertad, ni siquiera como medio de conmutar la pena de muerte por otra más suave, y puesto que durante el período de florecimiento de la República no podían ser considerados como fallos judiciales los dichos medios o formas de coercición, resulta que entre los romanos se juzgaba imposible privar de su libertad a un hombre por sentencia de los tribunales.

Por el contrario, en el derecho penal privado, la pérdida de la libertad era una pena propiamente dicha, que podía imponerse al hombre libre convicto de hurto, el cual era adjudicado en plena propiedad a la persona perjudicada por el delito (p. 465). El adquirien-

te no quedaba obligado a desprenderse del hombre que se le adjudicaba en propiedad, vendiéndolo en el extranjero; pues si la comunidad romana podía ordenar que se hiciera tal cosa con los esclavos propios, no pasaba lo mismo con los de un particular ciudadano. En el Código de las Doce Tablas todavía estaba reconocida esta facultad del perjudicado por el hurto, pero solo con respecto al ladrón cogido *infraganti* (p. 465). Pero el buen sentido de los romanos no podía permitir que la comunidad pudiera privar de su libertad a los ciudadanos, ni aun en el caso de que estos se hallaran convictos de algún crimen, y por eso desde bien temprano se comenzó en la época republicana a considerar el caso mismo de hurto manifiesto o flagrante como un delito de los que podían recompensarse o rescatarse con dinero. Con lo cual quedó definitivamente suprimida del derecho penal la pérdida de la libertad. Sin duda que, aun después de esta abolición, la insolvencia o incapacidad de pagar la retribución pecuniaria por causa de delito era motivo de que el reo fuera adjudicado a la víctima; pero esta esclavitud por adjudicación, que se aplicaba del mismo modo a todo deudor insolvente, no tenía su fundamento en la comisión del delito, ni era tampoco una pena: era una suspensión provisional de la independencia de la persona, que cesaba en el momento en que esta cumplía su compromiso, y que en manera alguna envolvía la pérdida de la libertad.

Lo que se acaba de decir era aplicable a los ciudadanos romanos que gozaran de plena libertad. Al liberto solo gradualmente se le fueron reconociendo en un principio derechos análogos a los del ingenuo, y aun en épocas posteriores no se les equiparó a estos últimos sino con ciertas limitaciones. Las manumisiones incompletas —y al principio todas las manumisiones tenían necesariamente este carácter— eran por su propia naturaleza revocables. No sucedía lo mismo con las manumisiones en tiempo posterior consolidadas y reconocidas por la ley como completas; pero aun con relación a estas no era tan absolutamente imposible revocarlas y volver a constituir en esclavitud al liberto, como lo era el convertir en esclavo a un hombre ingenuo. Cierto es que, con respecto a la época republicana, no tenemos noticia alguna de que se realizasen revocaciones de la índole referida; pero, según se ha dicho en el libro anterior, es probable que durante el Principado, y precisamente no sin apoyarse en preceptos legales antiguos y en la práctica judicial de los tiempos anteriores, se conminara a los libertos con hacerles volver a su condición primera de esclavos en caso de que se arrogaran indebidamente el derecho de caballeros (p. 528-529), en caso de que quebrantaran el destierro que se les hubiera impuesto (p. 526) y en caso de que se mostraran ingratos con su patrono (p. 527). También se castigaba en esta época con la pérdida de la libertad.

a aquellos ingenuos que se hubieran fingido esclavos con el fin de ser vendidos como tales y participar después del precio de la estafa (p. 527), igualmente que a las mujeres libres que se unieran en contubernio con un esclavo contra la voluntad del dueño de este (p. 527).

La pérdida de la libertad por sentencia de los tribunales no era tampoco una pena principal o independiente en la época del Principado. Pero en violenta oposición con el orden jurídico de los tiempos de la República, introdujose ahora una innovación de principios, consistente en poder condenar a muerte a los hombres libres, en poder imponer a los condenados las penas de trabajos públicos y de condena a las minas —los dos principales casos de aplicación de las condenas, que se estudiarán en el capítulo IV— y en poder mandarles a las escuelas de esgrima. No sabemos cuándo aparecerían estas disposiciones legales; es probable que lo hicieran cuando Tiberio introdujo la pena de trabajo en las minas.

En el momento en que semejante condena fuera ejecutoria, el condenado pasaba a la propiedad del Estado; y para distinguirlo de los demás esclavos que a este pertenecieran por otro título, los juriscultos lo llamaban esclavo de la pena, *servus poenae*. Al entrar en esta esclavitud, dejaba de formar parte de su familia y perdía sus relaciones matrimoniales. Sus bienes iban a parar al Estado, juntamente con su persona, como diremos al ocuparnos de la confiscación, y se le declaraba incapaz para adquirir bienes en lo sucesivo, como también para disponer de ellos por actos entre vivos o por causa de muerte.

CAPÍTULO IV

INGRESO EN ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

Los trabajos forzados, desconocidos en el derecho penal de la época republicana, fueron introducidos en la del Principado, acaso al mismo tiempo que la deportación, la cual fue establecida por Tiberio el año 23 de J. C. (p. 584). No nos es posible seguir el proceso evolutivo de esta pena; en el sistema de las épocas posteriores, aparece el trabajo obligatorio como uno de los más importantes medios de penalidad, revistiendo tres grados: trabajo en las minas, trabajos forzados a perpetuidad y trabajos forzados temporales.

La pena de minas era considerada como la más grave después de la de muerte, y lo mismo que hemos visto pasaba con esta, era de derecho que a la aplicación de la misma precediera la flagelación del reo. Solo se imponía por toda la vida, y si por acaso se fijaba algún plazo para extinguirla, no se la podía considerar entonces como condena a las minas en sentido jurídico. Según ya queda dicho (p. 584), esta pena llevaba de derecho como accesoria la de pérdida de la libertad, con todas las consecuencias patrimoniales y de otras clases que de la misma se derivaban. Es de presumir que se tomara por modelo tocante al particular a Egipto, donde desde los tiempos antiguos se empleó a los criminales condenados en trabajar las minas. Se consideraba a los trabajadores como esclavos penales del Estado; se les sometía a la marca del hierro candente, y se les tonsuraba la mitad de la cabeza; también se les aplicaban castigos corporales en la forma que se usaba para los esclavos. Ejecutaban su trabajo encadenados y bajo la vigilancia militar; la principal diferencia entre los dos grados que el derecho penal admitía, a saber, las «minas» (*metallum*) y el «trabajo de minas» (*opus metalli*), consistía en que el siervo estaba más o menos encadenado, y también en que se le trataba con más o menos rigor. El condenado a trabajos forzados a perpetuidad que después de diez años de servicios no fuera ya útil para trabajar, podía serle entregado a sus parientes; pero es indudable que esto no tenía otro objeto sino el de librarse de gentes que ya para nada podían ser

utilizadas, y no implicaba cambio de ninguna especie en la condición de la persona de que se tratara. Ninguna indicación encontramos en las leyes para saber si al imponer esta pena se tenían o no en cuenta el sexo y la edad de los reos; lo que sí podemos decir es que la imposición de la misma se limitaba por la ley a los individuos de clases inferiores, y, sobre todo, a los no libres; las desigualdades en la aplicación de la pena, fundadas en la condición social de los reos, y de las cuales trataremos más al pormenor en el último capítulo de este libro, tuvieron su más antigua y segura expresión en la posibilidad de hacer uso, alternativamente, ora de los trabajos forzosos, ora de la deportación, según quienes fuesen los condenados. En la época imperial también fueron condenadas a veces a las minas, gracias al arbitrio de los emperadores, personas pertenecientes al rango de las exentas de tal pena.

Análoga a la anterior, aunque menos grave que ella, era la pena de trabajos públicos. Entendíase por tales aquellos trabajos que regularmente se hallaban confiados a los siervos, como el arreglo de las calles, la limpieza de las cloacas, el servicio público de barbería y bombas, y en los tiempos posteriores también el trabajo en las panaderías públicas; y por lo que toca a las mujeres, especialmente el trabajo en los telares imperiales. También eran estos individuos prisioneros del trabajo, pero no podemos determinar qué medidas se tomarían contra ellos en caso de fuga; quizá hubiera al efecto reglas locales acomodadas a la índole de los trabajos. Esta pena no se les imponía a los individuos no libres, porque, de hacerlo, no serían ellos mismos, sino su señor, quien la pagaba. Se podía imponer a perpetuidad, y entonces no se privaba de su libertad al condenado, pero sí del derecho de ciudadano. Lo más frecuente era imponerla con carácter de temporal, en cuyo caso no afectaba en nada a la condición de la persona. Regularmente iba unida con ella la flagelación. Aunque estos trabajos eran menos graves que los de las minas, tampoco se condenaba a ellos a las personas de alto rango.

Ya se ha dicho (p. 569) que una de las formas de ejecución de la pena de muerte consistía en hacer entrega de los condenados con el fin de que se les destinara a los espectáculos populares cruentos, como combates de fieras y juegos de esgrima, debiéndose evitar en este caso el que se les dedicara a luchas serias, lo cual podía hacerse sin dificultad alguna, y por regla general se hacía, en efecto, cuando se trataba de luchas de animales. Por el contrario, las luchas de gladiadores, verificadas de hombre a hombre, y una de cuyas condiciones esenciales, en cuanto espectáculo, era que hubiese entre los combatientes cierto equilibrio de fuerzas, era menos a propósito para este fin. Aunque la victoria no implicaba *ipso facto* la supresión de la pena de

muerte impuesta, y ni el que daba los juegos ni los espectadores tenían derecho a conceder el indulto, sino que la concesión de este correspondía solo al emperador, sin embargo, es indudable que el condenado a muerte vencedor en estas fiestas populares era con frecuencia indultado. Esto, unido al gran aprecio en que se tenía entre los romanos el arte de la esgrima, como igualmente la educación artística en escuelas de esgrima y escuelas de preparación para los juegos públicos y la caza (*ludi*), dio por resultado que, a partir de cierto momento, que no sabemos seguramente cuál sería, pero sí seguramente ya en el siglo I de J. C., los criminales convictos que fueran considerados aptos para ello fuesen entregados por vía de pena a las escuelas de referencia, poniéndoles ante la vista la perspectiva de conservar su vida en el caso de que no quedaran muertos o vencidos en el campo de la lucha. La entrega de los condenados se verificaba, bien a los establecimientos públicos de esta clase, de los que había muchos en la capital, bien a los establecimientos privados que al objeto de preparar a los luchadores para las fiestas populares abrían los que tenían que dar estas fiestas, y a los cuales establecimientos se enviaba a menudo a los criminales en compañía de aquellos otros individuos, libres o esclavos, que querían dedicarse o estaban dedicados ya a los juegos de lucha, que para ellos era un oficio con que se ganaban la vida. Por razón de su gravedad, esta pena ocupaba un puesto semejante al de la pena de minas de grado inferior, y lo mismo que esta última, llevaba legalmente consigo la pérdida de la libertad (p. 584); pero, según ciertas reglas sobre los juegos, el condenado podía, dentro de un determinado plazo, pretender que se le eximiera de la obligación de luchar, y hasta quedar completamente libre. Constantino I desaprobó las luchas de esgrima, que poco a poco fueron sufriendo restricciones, hasta que por fin quedaron abolidas en tiempo de Honorio; los combates de fieras, sin embargo, continuaron subsistiendo, y todavía en tiempo de Justiniano permanecían en vigor como institución.

Durante las persecuciones contra los cristianos, se condenaba a mujeres honradas a ser recluídas por vía de pena en los burdeles públicos. Pero, a lo que parece, no fue esto una medida general, sino más bien exceso de celo de algunos funcionarios públicos.

CAPÍTULO V

PÉRDIDA DEL DERECHO DE CIUDADANO

A partir de los antiguos tiempos, se mostraron los romanos muy propicios a respetar la libertad personal de los individuos, aun la de aquellos no ciudadanos que pertenecían a Estados no reconocidos por Roma. Aunque es posible que en los comienzos de la evolución política de este pueblo las personas a quienes faltara la condición de ciudadanos fuesen equiparadas a los animales fieros y a los esclavos sin dueño, la verdad es que semejante estado de cosas pertenece a una época antehistórica; nosotros encontramos en el derecho romano, a partir de remotos tiempos, la idea del hombre libre no ciudadano, el cual carece, sí, de los derechos que llevan inherentes las personas que forman parte del Estado, v. gr., del derecho de contraer matrimonio y del de hacer testamento (p. 82); pero en cambio goza de protección jurídica y del derecho de comerciar, con la misma amplitud completa que el ciudadano (p. 73-74). Esta condición jurídica se reconoció de una manera bien declarada a aquellos individuos que hubieran formado parte de alguno de los Estados o comunidades disueltos por Roma, supuesto que tales individuos ni se habían convertido en ciudadanos ni tampoco en esclavos, cual sucedió con los campanienses durante la época republicana y con los judíos en la del Imperio. El derecho penal debe hacerse cargo de dicha relación jurídica, supuesto que a los ciudadanos romanos se les podía privar de la ciudadanía por causa de delito, dejándoles, no obstante, la libertad. Sin embargo, el derecho no reconocía esta privación como una pena que pudiera imponerse directamente, sino como una consecuencia jurídica que, según el sistema vigente en tiempo de la República, llevaba consigo la clase más grave de delitos contra el Estado, o sea los de perduelión; en la época del Imperio, la pérdida del derecho de ciudadano era una pena accesoria de las de deportación y trabajos forzados a perpetuidad.

1º Tocante a la pérdida del derecho de ciudadano que llevaba aneja la perduelión, hemos dicho ya, al tratar de esta, lo mismo cuando nos ocupamos de la coercición (p. 35) que cuando exami-

namos el juicio seguido ante los Comicios con el magistrado (p. 374), que este hecho punible era considerado como un acto por el cual el agente se pasaba al campo del enemigo, y que, si es cierto que tal deserción era menester que se declarase y se hiciera constar mediante sentencia del magistrado o de los Comicios, lo es igualmente que la privación del derecho de ciudadano no se concebía como una pena propiamente dicha impuesta por el tribunal, sino más bien como una renuncia que el mismo ciudadano verificaba en el momento de cometer el delito. De las importantes consecuencias que producía sobre el patrimonio del culpable la privación del derecho de ciudadano, nos ocuparemos al tratar de la confiscación de bienes.

2º Ya sabemos que Sila introdujo en el sistema penal romano la pena del destierro, conminando además con la de muerte al que lo quebrantara; pues bien, Tiberio, el año 23 de J. C., aumentó dicha penalidad con la pérdida del derecho de ciudadano. Aunque no era preciso hacerlo, sin embargo, por regla general, se fijaba al desterrado un domicilio forzoso, dándose entonces a la interdicción el nombre de deportación. La pérdida del derecho de ciudadano iba aquí legalmente unida a la sentencia penal, o, más bien, a la ejecución de la misma, es decir, al traslado del condenado al lugar del destierro. Es evidente que la privación del derecho de ciudadano no podía imponerse sino de una manera perpetua. Llevaba aneja la confiscación de bienes, aun cuando con ciertas restricciones, según se verá en el correspondiente capítulo; es más, este era el verdadero fin de dicha pena y el fundamento por el cual solamente se imponía a las personas de cierto rango, aplicándose, en lugar de ella, a las gentes humildes y a los esclavos, la de trabajos forzados. El deportado conservaba la capacidad de adquirir bienes y la de comercio, pero se le prohibía la realización de aquellos actos privados que quedaban fuera del derecho internacional privado romano y para cuya realización era menester la existencia de un derecho municipal que los amparase y que estuviera reconocido por Roma. La pérdida del derecho de ciudad envolvía la privación del de usar la toga del ciudadano, y además privaba al deportado de la plenitud de los efectos que producían los matrimonios legítimos, de la propia manera que hacía perder al reo sus relaciones domésticas, pues tanto el matrimonio como la patria potestad, para ser legítimos, requerían que ambas partes fuesen ciudadanos romanos. También perdían los condenados de que se trata la facultad de manumitir, por cuanto la misma no podía ejercerse sino cuando le servía de fundamento el derecho público de alguna comunidad. Finalmente, ni podían heredar a nadie ni nadie podía heredarles a ellos; en general, se les prohibía adquirir alguna cosa por causa de muerte, como también dejada a nadie por la misma causa; sus testamentos eran declarados nulos

igual si hubieran sido hechos antes que si lo hubieran sido después de la deportación, y las liberalidades dejadas en los mismos se consideraban como bienes sin dueño, y en concepto de tales iban a caer en poder del Estado.

3º Los trabajos forzosos de segundo grado, es decir, aquellos que se imponían con el carácter de perpetuos, dejaban al condenado la libertad, lo mismo que acabamos de ver sucedía en caso de deportación, y a diferencia de lo que pasaba con los trabajos forzosos de primer grado o pena de minas; pero, en cambio —igual también que la deportación—, le privaban del derecho de ciudadano (p. 586), colocándole en la misma situación jurídica que hemos visto ocupaba el deportado. Ya hemos advertido que esta pena no se imponía a los individuos no libres (p. 586), ni tampoco a las personas de rango elevado, sino solo a los libres de condición inferior (p. 586).

De la falta de testamentifacción, que, habiendo empezado por ser una pérdida del derecho de testar, vino a convertirse con el tiempo en una especie de pena de privación del derecho de ciudadano, hablaremos al ocuparnos de las penas contra el honor.

CAPÍTULO VI

LA CÁRCEL

La cárcel (*carcer*), la cual llevaba consigo, legalmente, encadenamiento (*vincula*), no porque todo encarcelado se hallara atado de hecho, sino porque de derecho podía estarlo, era un medio coercitivo que se imponía por causa de desobediencia (p. 32), y también un medio de mantener seguros a los procesados durante la instrucción de los procesos (p. 202 y ss.); en estos dos conceptos hemos tratado ya de ella en el libro primero de esta obra. Además, había la prisión por deudas, cuyo estudio corresponde exclusivamente al derecho privado y al fiscal. Y había otros modos de cárcel, de que nos resta ocuparnos aquí, a saber: el arresto como medio de seguridad en la ejecución de la pena, y la pena de arresto, en cuanto en el derecho romano cabe hablar de una tal penalidad.

La prisión como medio de seguridad de la ejecución de la pena era desde antiguo una condición jurídica indispensable para poder ejecutar las sentencias de muerte, pues si hasta el momento de pronunciarse estas podían haberse encontrado en libertad los reos, a partir de aquí se les ligaba, y en caso de que la ejecución no hubiera de tener lugar inmediatamente, se les tenía en la cárcel hasta el momento de ser ejecutados. En la época republicana era requisito necesario al efecto el que la sentencia de muerte fuese ejecutoria, por lo que mientras estuviera pendiente la provocación no se podía considerar condenado al inculpado; durante el Principado, por el contrario, se prescribió que el arresto para la ejecución comenzara ya desde la condena en primera instancia, y hasta después de la captura. La cárcel estaba destinada, ante todo, a albergar y custodiar a los delincuentes destinados al suplicio. Pero como la fijación del instante en que este había de tener lugar era cosa que dependía del arbitrio del magistrado, y no existía apenas plazo máximo de ninguna especie señalado al efecto por la ley (p. 133), claro está que de tal modo se podía conseguir, y de hecho así acontecía muchas veces, que la pena de muerte no se ejecutara y quedara convertida en una pena de prisión perpetua. También se arres-

taba al delincuente que hubiera sido condenado a otras penas graves, cuando hubiera el temor de que intentara fugarse.

La principal aplicación que se hacía del arresto o cárcel como pena era en los delitos de los esclavos. El trabajo forzoso de estos, el *ergastulum*, tomado de los griegos, y del que se hacía uso en los tiempos más antiguos, era una institución de índole económica y no perseguía el fin de castigar; pero como quiera que en el sistema de la punición doméstica se fue haciendo amplio uso de la reclusión, con carácter disciplinario (p. 15, 203), sobre todo con respecto a los individuos no libres, es claro que, aun prescindiendo del trabajo forzoso, en ninguna casa grande podía faltar una cárcel para los esclavos o una habitación que correspondiera a esta cárcel. Semejante circunstancia, unida a la consideración de que, cuando hubiera que castigar a los esclavos, la equidad exigía que se perjudicase lo menos posible al dueño inocente de los mismos, hizo que, a partir de los antiguos tiempos, siempre que se tratara de castigar el delito cometido por algún esclavo, el magistrado, a no ser que la gravedad del hecho lo estorbase, encomendara al mismo propietario del esclavo la represión del delito, entregándole al efecto al delincuente a fin de que le recluyera en la cárcel doméstica, ya temporal o ya perpetuamente. El juez penal no estaba obligado a hacer tal ofrecimiento del reo, y es bien seguro que no lo hacía sino cuando el tribunal podía estar confiado en que el propietario del esclavo realizaría aquello a que se había comprometido. Viceversa, el propietario del esclavo podía también negarse a adquirir semejante compromiso, en cuyo caso se consideraba que hacía renuncia de su propiedad sobre aquel, surgiendo, por lo regular, entonces una pretensión pública, consistente en hacer que el señor se diese por notificado de que tenía que conservar el esclavo con la obligación de tenerlo en la correspondiente reclusión. Y si esta pretensión no lograba éxito, el esclavo era condenado a trabajos forzados a perpetuidad.

Ni el derecho de la época republicana ni el de la época del Imperio conocieron la pena de cárcel pública; todavía en el derecho justiniano se considera no como inaudita, pero sin embargo como inadmisibile e ilegítima, una condena judicial a cárcel temporal o perpetua. A pesar de esto, la pena de privación de libertad exterior, aunque no admitida en el sistema penal de la época del Principado, solo nominalmente, no de hecho, estaba excluída del mismo. Los trabajos forzosos—los cuales, aplicados con acompañamiento de reclusión propiamente dicha, no eran muy compatibles con las costumbres y el género de vida de los romanos— implicaban, según ya queda dicho (p. 586), el arresto o reclusión del condenado, y hasta no raras veces se da el nombre de ligadura o encadenamiento (*vincula publica*) a los dos

grados o formas inferiores de esta pena, a saber, a los trabajos públicos a perpetuidad y a los trabajos públicos temporales; donde se ve que en tales casos, y singularmente cuando la pena era de breve duración, tenía más importancia la privación de la libertad exterior del reo que no la pena misma de los trabajos. Legalmente, sin embargo, la pena de cárcel fue siempre ajena al derecho romano, aun al de los últimos tiempos.

CAPÍTULO VII

EXPULSIÓN Y CONFINAMIENTO

Como ya dijimos en el libro primero, el «salto», el *exilium* de la época recubricana, o sea la separación de un ciudadano romano de la comunidad a que pertenecía, viéndose obligado además a cambiar el lugar de su residencia, era un acto que realizaba el individuo, no la comunidad, o por lo menos no era una pena, si bien en determinadas circunstancias, era el medio de que echaban mano los individuos para librarse de las consecuencias que hubiera podido traer para sus personas un juicio penal que contra ellos estuviese pendiente (p. 48 y ss.).

Conforme se ha dicho en otra parte (p. 51), la interdicción del techo, el agua y el fuego, *interdictio tecto, aqua et igni*, era en los tiempos anteriores a Sila el medio de que se valían los magistrados, o también los Comicios, para librar de una vez para siempre a la comunidad romana de un individuo no ciudadano, prohibiéndole entrar en el territorio de Roma bajo pena de muerte (p. 574). Esta prohibición podía ser formulada en contra del ciudadano que se hubiera salido del territorio romano, contra el *exul*, mas no contra el ciudadano en cuanto tal. No se trataba de una sentencia penal, sino de un acto administrativo.

La pena de expulsión y confinamiento, la cual desempeñó un papel importante en el derecho penal de la época del Imperio, no fue ante todo un derivado del *exilium* y de la interdicción, sino más bien de la relegación, que en sus orígenes era un acto administrativo, sin carácter legalmente penal. La *relegatio* consistía en una restricción impuesta por la autoridad al derecho de elegir libremente domicilio, ora mandando abandonar una localidad determinada y prohibiendo volver a entrar en ella, o lo que es igual, la expulsión, ora ordenando residir en un cierto sitio y prohibiendo abandonarlo, o sea el confinamiento. De la relegación tomó también su nombre esta pena, que formó parte del derecho penal de los tiempos posteriores, si bien la mayoría de las subespecies de la misma y sobre todo la más grave de ellas, la *deportatio*, la contradecían, por lo que la designación ge-

neral de *relegatio* se empleaba preferentemente como nombre especial de las penas graves de esta clase. También se hacía uso al efecto de la palabra *exilium*, que no era propiamente técnica, y cuya aplicación sufrió variaciones cuando posteriormente se transformó el sistema penal. El destierro simple, el que primitivamente se usaba, aquel que respondía al significado verdadero, neutral, de la palabra, había ya desaparecido en los tiempos posteriores de la República; *exul* era una voz que siempre envolvía censura, pero que se aplicaba, en orden al procedimiento penal, a todo desterrado, lo mismo al delincuente que debiera temer la acción que contra él se ejerciera, que al inculcado el cual se salía del territorio para esquivar las consecuencias que sobre su persona hubiese de traer la condena, que, en fin, y ante todo, al individuo expulsado a quien por sentencia de los tribunales y bajo amenaza penal se le prohibía quebrantar la expulsión. Por lo tanto, cuando en época posterior se hacía uso de la palabra *exilium*, manifiestamente se quería indicar con ella el destierro tan solo, empleándola como si se ignorase que a la misma le correspondían por la ley diferentes significados, aun cuando es difícil que esta diversidad fuera nunca reconocida de un modo predominante y decisivo: en efecto, *exilium* era, según la ley, el destierro que se aplicaba de derecho a todo el territorio del Reino, y el que se limitaba, también de derecho, a solo una parte del mismo; el expatriarse uno libremente, aunque lo hiciera contra su propia voluntad, y el ser expulsado en virtud de prescripción legal; el marcharse del territorio ante el temor a las consecuencias de una sentencia judicial, y el ser desterrado por virtud de una de estas sentencias. Es, sin embargo, de advertir que en los buenos tiempos la acepción predominante de dicha palabra fue la última, y que en tal sentido se contraponían el *exilium* impuesto por sentencia judicial y la *relegatio* administrativa. De un concepto de esta especie, tan inseguro, puede muy bien hablarse, pero desde el punto de vista de las aplicaciones prácticas no ofrece utilidad alguna. En realidad, donde encontramos usada la voz a que nos referimos es, ante todo, en los escritores no juristas; mas, como también las fuentes del derecho la aplican a toda clase de penas de privación de libertad, desde la deportación hasta las más ínfimas formas de la relegación, sería preciso determinar el sentido con que se la emplea en los diferentes casos. Por eso nosotros nos abstendremos de usarla en el siguiente estudio.

El sistema jurídico establecido por Sila y el de los primeros tiempos del Imperio introdujeron entre los medios penales el que consistía en restringir la libertad de domicilio, convirtiéndolo en una de las penas más importantes y frecuentes, y haciendo de ella cuatro grados, a saber:

1º Relegación sin cambio en la condición de la persona, sin amenaza de condena capital para el caso de quebrantar la relegación, y sin confinamiento.

2º Relegación sin cambio en la condición de la persona y sin amenaza de pena capital para el caso de quebrantar la relegación, pero con confinamiento. Por costumbre, se daba a esta pena el nombre de *relegatio in insulam*.

3º Relegación sin confinamiento, pero con amenaza de pena capital para el caso de quebrantar la relegación. Se la denominaba habitualmente *interdictio aqua et igni*. En un principio no implicaba cambio en la condición de la persona; pero desde Tiberio en adelante se la agravó con la pérdida del derecho de ciudadano y la confiscación de bienes.

4º Relegación con confinamiento y con amenaza de pena capital para el caso de quebrantar la relegación. Se privaba al condenado del derecho de ciudadano y se le confiscaban los bienes. Fue introducida por Tiberio, y se la denominaba trasportación, *deportatio*.

Únicamente vamos a tratar del desarrollo de estas varias clases de la pena que ahora nos ocupa.

La relegación, lo mismo que todas las demás maneras de ejercer la *coercitio*, formaba parte de los medios de punición doméstica, y como tal se halla mencionada a menudo para lanzar de la casa y de la ciudad al campo a los hijos de familia (p. 15) y para expulsar de la ciudad de Roma y de sus contornos a las mujeres (p. 13). Los magistrados hicieron también uso desde un principio de la relegación, tanto contra los no ciudadanos como contra los ciudadanos, considerándola como una manifestación y, a la vez, como un signo del pleno *imperium* que les correspondía. Para decretarla contra los no ciudadanos, bastaba con que hubiera motivos de simple conveniencia. El relegar arbitrariamente y sin fundamento a un varón sin tacha era, sin duda, un abuso de poder (p. 32), mas no envolvía ninguna violación legal. Por el contrario, no solamente era un derecho del magistrado el poner trabas a la libertad de domicilio de los ciudadanos de mala fama y, sobre todo, el expulsarlos de la ciudad, sino que en parte era una obligación que se le imponía legalmente con respecto a los soldados indignos, a los individuos condenados criminalmente y a otras categorías análogas de personas. En los tiempos republicanos jamás era condenada judicialmente ninguna persona a la relegación. En la época del Principado es cuando se la introdujo en el sistema penal; no obstante, aun en esta época, conservó hasta cierto punto su antiguo carácter administrativo. El gobierno y la magistratura determinaban las modalidades con que había de ser aplicada del modo más libre que imaginarse pueda, y mientras los magistrados que

pronunciaban una sentencia no podían, por lo regular, variarla, cuando se trataba de sentencias de relegación no regía tal principio; por lo menos hasta los tiempos de Trajano, persistió la facultad que de alterarlas ejercían los magistrados. Por el contrario, las formas más graves de la relegación, o sea la interdicción y más todavía la deportación, fueron introducidas en los tiempos de Sila y en los posteriores como penas propiamente dichas, según diremos pronto.

La relegación no se podía aplicar sino en el derecho penal público, y solamente contra los hombres libres, por cuanto los no libres carecían de la facultad de elegir libremente su domicilio. Por lo que a la condición de las personas toca, la expulsión podía aplicarse a todo individuo; sobre todo en los grados inferiores de la misma, o sea como expulsión temporal y como expulsión del distrito o término de la ciudad, se aplicaba preferentemente a las personas de condición humilde, por lo que no raras veces llevaba también unida la corrección o castigo corporal. Por el contrario, el confinamiento, ya fuese decretado como relegación, ya como deportación, no era fácil imponérselo más que a las personas de condición elevada y de algunos bienes, por cuanto no era obligación del Estado, sino del condenado mismo, el hacer el cambio de lugar que tal pena suponía, y no era posible señalar un domicilio fijo a las gentes pobres, donde hubieran forzosamente de residir, sin que el Estado hubiera de atenderlas ni cuidarse de su subsistencia; por eso, las leyes penales respectivas imponían a menudo dicha pena solamente a los individuos de buena o regular condición y fortuna, en tanto que las personas de clase inferior y pobres que se hallaran en idéntico caso eran condenadas al trabajo en las minas. En el último capítulo de este libro volveremos a ocuparnos de la materia. Los grados inferiores de la relegación eran unas penas de las más leves; la relegación perpetua, sobre todo en la forma de deportación con confinamiento, era, por el contrario, de las más graves, si bien frente a la pena de muerte representaba, claro está, una atenuación, y en tal sentido se hacía a veces uso de ella.

La relegación impuesta por los magistrados exige que digamos algo más respecto de ella, ora por lo que concierne al lugar, ora por lo que toca al tiempo.

Los lugares adonde los magistrados podían relegar dependían ante todo de la jurisdicción de tales magistrados. En virtud de esto, la relegación romana no era posible sino dentro del territorio romano, y no tenía efecto en territorios pertenecientes a comunidades formalmente independientes de Roma, aunque confederadas, a menos que hubiera mediado entre ambas partes un convenio especial internacional; de modo que dentro de Italia podía relegarse hasta donde comenzara el territorio de las comunidades de la confederación con las que

rigiera el derecho de la guerra, y fuera de Italia, a los territorios que estuviesen sometidos jurídicamente a la soberanía de Roma. Mas tampoco podían ser expulsados de todo el territorio los ciudadanos romanos, por cuanto a estos, si bien podía impedírseles residir todo alrededor de las proximidades de un determinado lugar, por otra parte no había más remedio que dejarles algún sitio para su residencia. La regla general era que las autoridades de la capital se limitaran en un principio a expulsar de la ciudad de Roma, dejando en libertad al ciudadano expulsado para poder residir en el campo, a cuyo efecto se hizo necesario señalar después una línea que sirviera de límite. Durante largo tiempo pudo hacerse el señalamiento de esta línea en cada caso particular; la tradición no nos ha conservado noticia alguna relativa a los antiguos usos. Luego que Roma, a consecuencia de las guerras civiles, prescindió de su territorio propio, o de otra manera, cuando toda Italia llegó a constituir la circunscripción territorial en que se movían los ciudadanos romanos, las expulsiones de Roma se extendían hasta más allá de las piedras miliarias de las diferentes calzadas que partían de la ciudad, señalándose al efecto en cada caso la distancia mayor o menor a que había de poder acercarse el expulsado. Al ocuparnos de la punición doméstica, mencionamos la facultad que los patronos tenían para expulsar a los libertos desobedientes o indisciplinados hasta la vigésima piedra miliaria. La expulsión, que también ocurría, hasta la 400ª piedra miliaria, coincidía con la expulsión hasta los límites del Po. Relativamente antigua era también la expulsión hasta la centésima piedra miliaria, de la cual no encontramos hecha mención hasta la época del Principado, y que es la que posteriormente sirvió de tipo para señalar los límites territoriales entre la jurisdicción del prefecto de la ciudad y la del prefecto de la guardia. Ya, por consecuencia del referido cómputo de millas, no pudo jamás extenderse la expulsión de la capital a las provincias o territorios ultramarinos, incluyendo en ellos las islas de Italia; mientras que, por otra parte, cada autoridad no podía ejercer el derecho de expulsión sino dentro del territorio de su demarcación propia, aunque, por no ser dicha demarcación sino una porción del Reino, le estaba permitido hacer uso de la facultad dicha con respecto a toda la extensión de territorio adonde se extendían sus funciones. A menudo se hacía una limitación especial de la expulsión, aplicándola a solo el territorio de una ciudad, y a veces también nos tropezamos con la relegación simple como pena leve, consistiendo no más que en la prohibición de residir dentro de la provincia; también se solía prohibir el entrar en el mercado o en el teatro. Al relegado debía dejársele toda la libertad posible para elegir el lugar de su domicilio, dentro de lo que consintieran las prescripciones a que nos venimos refiriendo.

La relegación fuera de Italia, bajo la amenaza de pena capital para el caso de quebrantamiento de ella, fue una exacerbación esencial de la relegación, y desde sus comienzos tuvo el carácter de verdadera pena impuesta judicialmente; técnicamente se la designaba, tomando en cuenta el último elemento mencionado, como interdicción del agua y el fuego, *interdictio aqua et igni*. Como ya hemos advertido, contra los extranjeros se hizo uso de ella desde bien pronto, mientras que, por el contrario, a los ciudadanos no se les aplicó nunca, que nosotros sepamos, en los tiempos anteriores a Sila. Pero en la legislación dada por este último aparece la interdicción del agua y el fuego como la pena señalada para los delitos contra el Estado y para el homicidio, del propio modo que en las leyes penales posteriores se conmina con ella la coacción, el *ambitus* y otros delitos. Este medio penal no pudo ser aplicado sin modificaciones por los tribunales de fuera de Roma, y cuando lo aplicaban, la correspondiente provincia hacía las veces de Italia con respecto a los tribunales de la ciudad de Roma. El sistema penal romano no admitía la expulsión de la patria. Durante el Principado se extendió esencialmente, por medio de preceptos generales, el territorio de la relegación penal, tanto con respecto a los tribunales de la ciudad como con respecto a los de fuera de ella. El ser uno expulsado de alguna provincia implicaba ahora, de derecho, el serlo también de Italia; de igual modo, toda sentencia judicial por la que uno fuera expulsado de Italia o de la circunscripción de alguna provincia, envolvía también la expulsión de la provincia de origen del condenado y de aquella donde tuviese su domicilio, en el caso de que no fueran una misma. Finalmente, toda expulsión se hacía extensiva, de derecho, a la localidad donde se encontrarse el emperador. No se debe olvidar que jamás podía imponerse la expulsión de todo el Reino. El derecho penal romano no admitía el extrañamiento de la patria.

Lo más esencial de las innovaciones introducidas por Sila tocante a este materia consistió, no tanto en disponer que toda relegación se convirtiera en pena capital siempre que el relegado quebrantara la relegación, cuanto en haber mandado que esta última, que hasta entonces no había pasado de ser una medida puramente administrativa, entrara a formar parte del derecho penal, disponiendo también que se impusiera dentro de límites territoriales fijos y por causa de delitos determinados.

De manera análoga que la expulsión desarrollóse también la segunda y más grave forma de la relegación, o sea el confinamiento. Ya en la época republicana encontramos algunos casos en que se señalaba a las personas un domicilio forzoso; pero cuando empieza a hacerse un uso frecuente de este medio es durante el Principado. Jamás se

llegó a hacer uso del confinamiento en forma de reclusión o cárcel propiamente dicha; en cambio, sí se aplicó a veces con carácter de arresto doméstico, y frecuentemente se empleaba confinando al individuo de que se tratara en una parte o barrio de una ciudad, en una ciudad entera o en un distrito local determinado. El confinamiento dentro de Roma era una de las maravillosas complacencias del emperador Claudio; Augusto había ordenado que se realizara el confinamiento en alguna ciudad de Italia, pero apenas si en los tiempos posteriores se puso en práctica tal prescripción. Los lugares preferidos para confinar eran las islas pertenecientes al Reino y los oasis egipcios, porque la permanencia en ellos hacía muy fácil que los condenados hicieran crecer la localidad que les hubiera sido señalada. También se hizo uso alguna vez, pero no con frecuencia, del confinamiento en lugares de mayor amplitud, como por ejemplo toda una provincia.

Augusto y Tiberio fueron los que introdujeron en el derecho penal la pena de confinamiento. Augusto aproximó bastante a este último la pena de expulsión de Italia decretada por las leyes penales, por cuanto dispuso que en parte alguna de la tierra firme perteneciente al Reino pudiera hacerse uso de ella en concepto de medida administrativa, mandó que la facultad que los sujetos a interdicción tenían para elegir libremente domicilio solo pudieran ejercerla dentro de las islas, y por último prescribió que también a los relegados se les pudiera señalar, como sitio donde hubieran de fijar su domicilio, una localidad determinada, sobre todo una determinada isla. Ya en esta época nos ofrecen las condenas penales el confinamiento como formando contraste con la expulsión.

Pero cuando el confinamiento se nos presenta por vez primera, formando parte del orden jurídico con el carácter de pena independiente y sustantiva, sobre todo bajo la forma de deportación, es en la época de Tiberio. Sin duda alguna que todavía después de ser exacerbada (el año 23 de J. C.) la interdicción, por habersele añadido la pérdida del derecho de ciudadano (p. 588-589) y la confiscación de bienes, era posible que los tribunales se limitaran a imponerla bajo la forma de simple expulsión del territorio donde el tribunal sentenciador ejerciera sus funciones, como consecuencia de lo cual adquirió una acepción más amplia la palabra con que hasta entonces se había designado tal pena; pero la regla general era que a la interdicción se adjuntase el señalamiento de un domicilio forzoso, el cual, conforme ya queda dicho, solía ser, por costumbre, una isla en el mar o un oasis en el desierto, lo que sirvió de causa para que entonces recibiera la pena que nos ocupa el nombre de trasportación, *deportatio*. Es indudable que esta pena no dependía incondicionalmente del arbitrio del tribunal sentenciador; después que este tribunal fijara los elementos

de hecho que constituyeran el correspondiente delito, era necesario que el gobierno dictara una orden de índole administrativa. Es seguro que las sentencias de aquellos tribunales que no estaban obligados a atenerse a ley de ningún género, a lo menos las del tribunal del emperador en persona, llegaban hasta fijar a su discreción el domicilio-cárcel del condenado. También al prefecto de la ciudad se le reconoció en los tiempos posteriores el derecho de condenar sin limitaciones a esta pena de confinamiento; mas es de advertir que entonces se había de preguntar al emperador sobre la elección del sitio donde la pena había de ser cumplida. Por el contrario, los gobernadores de las provincias no podían ordenar el confinamiento por vía penal; solo podían hacer propuestas de esta pena y enviárselas al emperador. Además de tomarse en cuenta al efecto otras varias circunstancias, era necesario tener presente para imponer el confinamiento, conforme ya se ha dicho, si el gobierno podía y quería, con los bienes confiscados a la persona de que se tratara, asegurar a esta los medios indispensables para que pudiera subsistir en el lugar de su residencia forzosa, sobre lo cual nos remitimos a lo que se expone luego en el capítulo referente a la confiscación de bienes. En parte alguna se dice de un modo concreto qué es lo que acontecería con el condenado en el caso de que el emperador no aceptara la petición o propuesta de aplicarle la deportación; sin embargo, como quiera que la sentencia del tribunal le había ya privado del derecho de ciudadano, aun antes de habersele señalado un domicilio forzoso, lo que en tal caso debía de suceder es que sería preciso contentarse con la interdicción del reo dentro de los límites trazados anteriormente, o sea imponiéndole la relegación perpetua del territorio de la correspondiente provincia, sin señalarle domicilio forzoso, pero privándole del derecho de ciudadano y de sus bienes patrimoniales. Por regla general, se dejaba al confinado libertad de moverse dentro de la localidad señalada para el confinamiento; sin embargo, también encontramos casos en que los deportados quedaban sujetos a la vigilancia militar (p. 210).

Lo mismo que la relegación que podían imponer los magistrados estaba sujeta a limitaciones de lugar, también tenía restricciones por razón del tiempo. Tratándose de la expulsión, era preciso fijar el día antes del cual había de abandonar el interesado el lugar que se le había dicho; y tratándose del confinamiento, el día antes del cual tenía que haberse trasladado al domicilio forzoso. Se podía señalar un término final, y esto es lo que acontecía con frecuencia; pero ambas penas podían imponerse sin fijarles término, y, por lo tanto, indefinidamente. La interdicción, luego que fue agravada en los tiempos posteriores, y la deportación, no se imponían nunca sino con carácter de perpetuas, por lo mismo que privaban del derecho de ciudadano.

Solamente por virtud de una permisión especial del emperador (*commeatu*), era posible interrumpir la residencia en el lugar del domicilio forzoso, considerándose tal concesión como una manera excepcional de atenuar la pena.

El acto de quebrantar la relegación impuesta por el magistrado, o lo que es lo mismo, el acto de residir la persona expulsada dentro del recinto donde le estuviera prohibido entrar, y el acto de abandonar un confinado el domicilio donde debiera extinguir su condena, se castigaba con aumentos y rigurosas agravaciones de penalidad, diferentes según las distintas formas de la relegación. Cuando la relegación quebrantada fuera administrativa, la pena que se había de imponer al reo dependería esencialmente del arbitrio del magistrado. En los casos de quebrantamiento de la interdicción y de la otra pena derivada de esta, a saber, la deportación, se imponía, como ya hemos dicho (p. 574), la pena señalada al quebrantamiento del destierro. Un edicto de Adriano dispuso que, en caso de desobediencia, la relegación temporal se convirtiera en perpetua, la expulsión en confinamiento y el confinamiento en deportación, y que el quebrantamiento de la deportación se castigara con la muerte. Al que albergara a un relegado desobediente, a sabiendas de lo que hacía, se le multaba, y en los casos graves se le relegaba.

No obstante haber expuesto en los lugares correspondientes cuáles eran las penas accesorias, tanto personales como patrimoniales, de la relegación y del confinamiento, no podemos menos de dar aquí una ojeada general a las mismas con el objeto de hacernos cargo de los distintos grados que la relegación y el confinamiento ofrecían, a saber: la relegación simple, la relegación con confinamiento, la interdicción antes y después de Tiberio y la deportación.

La relegación temporal, con o sin confinamiento, no afectaba, por lo general, a la condición personal del relegado, a quien se le respetaban incluso sus derechos honoríficos, los cuales podía volver a ejercer, de ordinario, a su vuelta a Roma (p. 616), y si no los ejercía durante la relegación, es porque se hacía imposible materialmente ejercerlos. Tampoco, por consiguiente, se imponía a estos reos la confiscación total ni parcial de sus bienes (p. 622-623), ni tampoco penas pecuniarias.

La relegación perpetua, con o sin confinamiento, tampoco alteraba la condición personal del relegado, solo que aquí, claro está, no se admitía la readquisición del ejercicio de los derechos políticos u honoríficos. Esta relegación llevaba consigo, regularmente, no la confiscación de todo el patrimonio del reo, pero sí de una parte del mismo (p. 622-623).

La interdicción, temporal o perpetua, tal y como la organizó Sila, regularmente sin confinamiento, y que hasta los tiempos de Tiberio no experimentó variaciones, no cambiaba tampoco la condición personal del condenado, el cual conservaba su cualidad de ciudadano con todos los derechos inherentes a ella. Tampoco se le mermaba su patrimonio, conforme al sistema de Sila; pero ya el dictador César, y, después de él, Augusto, añadieron a la interdicción penas pecuniarias o patrimoniales que llegaban hasta la confiscación.

La pena de privación de libertad, introducida el año 23 de J. C. por Tiberio, ya se impusiera sin señalar al reo un domicilio forzoso, esto es, en forma de interdicción, ya en forma de deportación, que era lo que por regla general acontecía, despojaba al condenado de su derecho de ciudadano y llevaba también consigo la confiscación de los bienes de este, aun cuando, como diremos al tratar de las penas contra el patrimonio, se le solía dejar más o menos abundantes medios de subsistencia y se le conservaba además la capacidad de adquirir.

Por último, si ahora queremos hacer en pocas palabras el resumen de la materia concerniente a la pena que nos ocupa, la más importante de la última época republicana y de los tiempos del Principado, diremos que no nos es posible disimular la extrañeza que nos produce el hecho de que un organizador del Estado, como Sila, considerase la relegación o expulsión de Italia, sin otras consecuencias ni efectos jurídicos sobre las personas ni sobre los bienes de los culpables, como un medio suficiente de expiar los delitos contra el Estado, el delito de homicidio y, en general, los mayores delitos, y que, de otra parte, se hiciera uso, en la práctica, de esta pena teniéndola por la más grave de todas. Es muy posible que existiesen disposiciones o costumbres supletorias acerca del particular, especialmente con respecto a los delitos comunes y a las clases inferiores y más humildes de los criminales, disposiciones o costumbres desconocidas para nosotros; por lo menos, es una cosa clara que los preceptos penales que han llegado a nuestras noticias se refieren principalmente a los delincuentes de las clases superiores de la sociedad. Debe tenerse en cuenta, respecto del asunto, que, habiendo sido una exigencia de la política de los optimates el que la competencia del tribunal del jurado se trasladara a los senadores, probablemente se le hizo con esto imposible al legislador el promulgar con buen éxito una legislación severa, pues sus resultados prácticos quizá no hubieran sido otros sino el dar lugar a sinnúmero de absoluciones debidas al espíritu de clase. Puede, sin embargo, disculpar en cierto modo al legislador la circunstancia de que seguramente publicó y mantuvo, dentro de una colectividad corroída hasta lo más profundo de sus entrañas por toda clase de crímenes y delitos, aquella legislación penal que se acomodaba de la manera más

perfecta a los delincuentes, y el partido político dominante que la estableció dio de esta suerte una prueba clara y decisiva de que no servía para conservar tal forma de gobierno, como lo confirmó después la historia, siempre inexorable. Tal estado de cosas produjo también una necesaria exacerbación de la penalidad, que introdujeron, por de pronto, el dictador César, y después, los dos primeros emperadores. César se limitó seguramente a añadir a la relegación las graves penas sobre el patrimonio, y el mismo Augusto, si agravó la pena de relegación o expulsión, lo hizo más bien influyendo en la práctica que por medio de leyes. Pero, gracias a la transformación de la relegación en confinamiento, transformación iniciada por él y llevada a cabo por Tiberio, se pudo volver a someter de hecho a un serio y riguroso tratamiento penal a las personas de las clases superiores. Mas, de otro lado, lo que tal cambio trajo consigo fue el imprimir al Principado su verdadero sello, es decir, convertido en un sistema para administrar justicia penal a las personas de referencia de una manera no precisamente legal, pero sí dependiente, en cada caso concreto, del arbitrio del tribunal sentenciador, y, sobre todo, dependiente en absoluto del arbitrio del gobierno. El confinamiento, tal y como empezó a ser aplicado de ahora en adelante, correspondiendo al emperador la facultad de señalar directamente y con entera libertad el lugar donde se debía cumplir la pena, y asimismo la de tasar libremente los medios de subsistencia que se habían de dejar al confinado, daba margen a poder emplear extremada severidad o extremada indulgencia, y era un medio de penalidad muy propio y muy adecuado para el nuevo régimen político, ya que tanto en aquel como en este, bajo las apariencias de igualdad formal, se escondía una verdadera e ilimitada desigualdad interna.

CAPÍTULO VIII

PENAS CORPORALES

En el derecho privado primitivo estaba admitida la lesión corporal como un medio de obtener la debida retribución penal por causa de delito. El más antiguo sistema de que nosotros tenemos noticia la permitía en caso de mutilación de miembro y de hueso roto, debiendo ejecutarla los más próximos parientes de la víctima, y con respecto al caso primero la conservó aún el derecho de las Doce Tablas (p. 494). Nada sabemos sobre si se cumplirían o no efectivamente tales disposiciones; es de presumir que ya en los primeros tiempos de la República fuera remplazada dicha forma de penalidad por indemnizaciones pecuniarias. Cuando el deudor fuese incapaz para pagar la indemnización correspondiente, esta se extinguía y no era remplazada de ningún modo por el castigo corporal.

El derecho de la guerra, en los tiempos republicanos, permitía hacer uso de las mutilaciones con gran amplitud, y es difícil que en la época del Imperio se hiciera dejación de semejante facultad. Pero por lo que toca al derecho penal público de la República, debemos decir, hasta donde lo consiente el silencio de las fuentes, que la mutilación corporal fue para él una institución extraña. Lo mismo se puede decir, y aún de manera más decisiva, con respecto al procedimiento por *quaestiones* y a la época del Principado, si bien debemos observar que existía una extraña disposición por la que se imponía la marca al que de mala fe ejerciera el papel de falso demandante (p. 314). En teoría, puede decirse que también era aplicable esto a los tiempos posteriores; la ciencia del derecho no incluía precisamente esta pena entre las reguladas por la ley, antes parece que ponía empeño en ignorarla y guardar silencio sobre ella. Durante las persecuciones de los cristianos verificadas por Diocleciano, si es que estamos bien informados, después de haberse dispuesto en un principio que todo tribunal pudiera libremente agravar las penas correspondientes con otras corporales o mutilaciones, se vino a concluir por aumentar la pena de condenación a las mismas con la inutilización del ojo derecho y la ampu-

tación del pie izquierdo; y al hablar de las causas criminales de los antiguos creyentes contra los cristianos y de los cristianos contra los herejes, se hace muchas veces mención de actos análogos. También puede demostrarse que, a lo menos desde Constantino en adelante, fueron a menudo castigados con la mutilación de algún miembro los autores de violación de sepulturas, de robo en las iglesias, de pederastia, y los funcionarios subalternos que cometiesen defraudaciones. Justiniano prohibió la amputación de las manos y de los pies y la «aún más cruel» luxación de algún miembro «cuando las leyes no las prescriben», y añade que hay que limitarse cuando más a la amputación de un miembro. El hurto sobre todo no fue castigado jamás de esta manera. Por qué sucedía esto, nos lo explica la observación que hace un escritor de tiempos poco posteriores, diciendo que era frecuente ver en las ciudades estafadores y ladrones con los pies cortados. De hecho, parece que, en tiempos posteriores, si bien no era fácil que las leyes establecieran preceptos permanentes y duraderos donde se impusiera la mutilación, sin embargo, los tribunales tenían amplias facultades para agravar las penas señaladas por la ley añadiéndoles la de mutilación.

De los castigos corporales (*verbera*) se hizo uso, desde un principio, en diversas formas, tanto contra los individuos no libres como contra los libres. A los esclavos se les aplicaba, sin distinción de épocas, la flagelación (*flagella*). A los libres, en los primeros tiempos se les imponía, ora los castigos corporales civiles, ejecutados con varas (*virgae*), ora los militares, ejecutados con el palo (*fustis*). En la época a que pertenecen nuestras fuentes de información, así como la espada había remplazado al hacha como medio de ejecución capital, así también el palo remplazó a las varas para la ejecución de los castigos corporales, con lo que vino a introducirse también por este respecto el procedimiento penal militar en el orden civil. En los tiempos posteriores, el instrumento con que se practicaban los dichos castigos llevaba una bola de plomo (*plumbatae*) a la punta, con lo que esta pena se agravó hasta el punto de poner en peligro la vida del penado.

En el libro primero hemos dicho ya lo necesario acerca de la aplicación de los golpes en la esfera de la punición doméstica y en la sacerdotal (p. 13-14), así como igualmente en la de la disciplina militar (p. 21) y en la de la coercición correspondiente a los magistrados (p. 31). Réstanos por decir en qué tanto se hacía uso de los castigos corporales en el derecho penal con el carácter de pena accesoria y con el de pena principal.

Según ya hemos dicho, en el derecho de la época republicana se aplicaba el castigo corporal como pena accesoria, tanto en los delitos públicos como en los privados, cuando los reos varones eran conde-

nados a muerte (p. 576), o al trabajo en las minas, o a trabajos forzados con pérdida de la libertad (p. 585) o con pérdida del derecho de ciudadano (p. 586). Por el contrario, no se hacía uso de tal pena accesoria cuando se tratara de imponer el suplicio capital a las mujeres, ni tampoco cuando la pena de muerte era ejecutada en forma militar (p. 576). Pero en la época del Principado hubo de restringirse la esfera de aplicación de la flagelación en cuanto pena accesoria, dado caso que a las personas de clase superior no se les imponía. Con respecto a las personas de condición humilde, no solo quedó subsistente, sino que, cuando las penas principales que hubieran de sufrir esas personas fuesen leves, sobre todo cuando se tratara de la relegación, los magistrados que las impusieran podían a su arbitrio mandar azotar al reo (p. 597); esta facultad discrecional no alcanzaba, sin embargo, al caso en que la pena principal fuese pecuniaria.

Los castigos corporales no constituían, legalmente, una pena principal, lo propio que hemos dicho de la cárcel; eran, como esta, un medio de coercición. El hecho de que a los muchachos se les azotara cuando hubiesen cometido un hurto (p. 53) es una confirmación de lo que decimos, pues estos individuos carecían de capacidad para ejecutar delitos propiamente tales. Pero en los tiempos posteriores se respetó menos rigurosamente dicho principio con relación a los castigos corporales que con relación a la cárcel. Los delitos de los esclavos, que fueron los que dieron origen a esta forma de la penalidad y eran los en que la misma se aplicaba con mayor frecuencia, podían hacerse entrar, la mayoría de las veces, en la esfera de la coercición. Pero también a los individuos libres se les aplicaban los castigos corporales con el carácter de pena pública, la cual era considerada más grave que la indemnización pecuniaria. En los casos de faltas leves, ya las cometiesen esclavos, ya hombres libres, se condenaba a menudo a los reos a sufrir los castigos corporales, haciendo uso al efecto del procedimiento por cognición. La agravación de los castigos corporales de los esclavos hasta producirles con ellos la muerte, fue un abuso de los últimos tiempos del Imperio. Y sobre todo, las fuentes sientan la siguiente regla, que contradice propiamente a la esencia de la pena que nos ocupa y que acaso repugnarán las instituciones antiguas: que la pena pecuniaria fuese remplazada por la de castigos corporales en el caso de que, impuesta como pena pública a un esclavo, su señor no se hiciera responsable de la misma, y en el caso de que recayera sobre un hombre libre, pero sin medios para pagarla.

CAPÍTULO IX

PRIVACIÓN DE DERECHOS CIVILES

La igualdad jurídica de todos los ciudadanos pertenecientes a la misma comunidad era, sin duda alguna, el fundamento de las instituciones que constituían el Estado romano; pero también este principio, lo mismo que otros, sufría numerosas y muy importantes excepciones. El dar cumplido desarrollo a esta doctrina es incumbencia del derecho político y del derecho privado; pues la mayoría de tales excepciones —y singularmente las de orden puramente político, tales como la condición de inferioridad de los plebeyos frente a los patricios, de los semiciudadanos frente a los ciudadanos perfectos, de los libertos frente a los ingenuos— no tienen nada que ver con el derecho penal, como tampoco lo tienen aquellas disposiciones que iban contra la descendencia del penado. Ciertamente es, sin embargo, que la postergación de los individuos en sus derechos civiles, conservando empero el de ciudadanía —de cuya pérdida por vía de pena nos hemos ocupado anteriormente—, nos la encontramos también en el derecho penal romano, ya como pena accesoria de alguna otra, ya como pena principal, si bien esto último no sucede hasta tiempos posteriores. Por lo tanto, tenemos que hacernos cargo en este sitio de la mentada merma de derechos con el carácter de pena. Al efecto, dividiremos la materia en cinco secciones, a saber: privación, por causa de delito, del derecho de sepultura y de la buena memoria; privación, por vía de pena, del derecho de testificar; infamia, por causa de delito; incapacidad, por razón de delito, para adquirir cargos públicos y para ser senador; incapacidad, por causa de delito, para gestionar negocios.

I.—Privación del derecho de sepultura y de la buena memoria.

A los condenados en juicio penal público podía imponérseles, en general, la privación, o al menos la limitación, del derecho de sepultura y del de honras fúnebres. Difícilmente se hacía nunca declaración

alguna sobre este particular en la sentencia; la privación de honores fúnebres no podía ser otra cosa que una pena accesoria, la cual iba unas veces unida de derecho a la pena principal declarada en la sentencia, y otras veces la decretaba el magistrado como medio de ejecución de esta. Sin duda alguna que el único delito público existente en los primitivos tiempos, delito que siempre fue considerado como el más grave de todos, a saber, la perduelión, permitía que, aun después de la muerte del *perduellis*, se siguiera de derecho un procedimiento oficial encaminado a hacer recaer la deshonra sobre la memoria del reo; esto era la *damnatio memoriae*. Pero el fundamento de tal institución consistía en que, según la concepción romana, la pena correspondiente a este delito no recaía sobre el condenado en el momento del fallo, sino en el instante de cometer el hecho punible; de modo que se trataba de un proceso penal, en todo caso declarativo, el cual, por lo tanto, podía seguirse aun contra el reo que hubiese fallecido en el intermedio que va desde el delito a la sentencia, por cuanto la ejecución de esta podía ser demorada.

1º Una vez ejecutada sobre el reo la pena de muerte con intervención del magistrado, no se podía dar sepultura al cadáver de aquel, sin que al efecto se hiciera distinción alguna, que nosotros sepamos, cualquiera que hubiese sido la índole del delito y la forma de ejecución penal empleada. Claro está que la ejecución capital por medio del saco hacía por sí misma imposible la sepultura del cadáver (p. 567), y con la ejecución por el fuego ocurría otro tanto antes que se comenzase a mandar enterrar en fuego al delincuente; en cambio, puede demostrarse que se denegaba sepultura al cadáver del reo lo mismo en el caso del suplicio por el hacha que en el de la crucifixión, pues el cuerpo del ejecutado en esta forma permanecía en el lugar del suplicio hasta que se pudría, lo propio que en los casos de ejecución en espectáculos populares, finalmente y ante todo, cuando la ejecución tenía lugar en la cárcel, pues entonces, después que el verdugo había arrojado el cadáver a la escalera más próxima, agarrándolo con un gancho, con este mismo gancho lo arrastraba por las calles y lo tiraba al río. Durante los movimientos revolucionarios, los vencedores, verificando un juicio póstumo por causa de perduelión, trataban también del mismo modo a los cadáveres de los individuos a quienes, por haber muerto en la lucha, no habían podido aplicarles el suplicio. Para impedir el enterramiento, se ponían en caso necesario guardias, y, cuando alguna o algunas personas se apoderasen violentamente del cuerpo, quedaban sujetas a una acción criminal. En los casos de confinamiento, la concepción que nos ocupa acerca de la privación de sepultura se limitaba al lugar en que se cumplía aquella pena. Solamente por vía de gracia podía permitirse la sepultura de los ejecutados, la cual permi-

sión era un acto administrativo que dependía ante todo del arbitrio del correspondiente magistrado, y que podía también tener lugar aun después que hubiera trascurrido un largo período de tiempo. Poco a poco se fue prescindiendo de aquel proceder bárbaro, aun cuando la regla que lo establecía continuó vigente; primero prescindió de él el derecho de la guerra, y luego cayó en un desuso general; el ruego que hicieran los parientes o, en general, cualquiera persona, pidiendo se les permitiese tomar el cadáver para darle sepultura, no era rechazado fácilmente en los tiempos posteriores, salvo cuando se tratara de perduelión.

2º Cuando se prohibiera la sepultura, no se podía tampoco llevar luto por el muerto, ni se toleraba ninguna otra ceremonia consagrada a la memoria del ajusticiado.

3º La condenación o deshonor de la memoria de una persona exigía, en general, la destrucción de toda clase de recuerdos de ella: su retrato o cualquiera otra imagen debían ser proscritos aun de su propia casa; las estatuas o monumentos erigidos en su honor, demolidos; su nombre, borrado; a veces, hasta era destruída su casa y se prohibía a los parientes consanguíneos que llevaran su nombre patronímico. Hay, sin embargo, que advertir que estos procedimientos, los cuales se aplicaban en parte aun a los condenados solamente a confinamiento, dependían mucho de los cambios políticos, especialmente cuando se trataba de delitos contra el Estado, que es en los que con mayor frecuencia se empleaban; en ciertas circunstancias no se acudía a ellos, y en los tiempos posteriores quedaron abolidos.

II.—*Intestabilidad*

Intestabilidad era la incapacidad jurídica de testificar en procedimiento privado, ya prestando testimonio, ya haciéndoselo prestar. Si la primera de estas limitaciones no era más que una merma en los derechos de aquellos individuos a quienes afectaba, en cambio la segunda implicaba, hasta cierto punto, sobre todo en los antiguos tiempos, cuando se hacía tan amplio uso del testimonio privado, una verdadera incapacidad para realizar actos jurídicos en general; y en los tiempos posteriores, cuando menos, la incapacidad para hacer testamento. Por consiguiente, la intestabilidad, como ya hemos dicho (p. 589), se asemejaba a la privación del derecho de ciudadano por vía de pena. Las Doce Tablas consideraban unas veces la intestabilidad como una pena accesoria en los casos de injuria pública, de cánticos infamatorios; pero esta pena no se decretaba por sentencia, sino que recaía por ley sobre los reos de aquellos delitos cuando hubiesen

sido condenados en el procedimiento capital público en que intervenían el magistrado y los Comicios; y otras veces la consideraban en cierto modo como un acto de legítima defensa, según el principio del talión, y esto sucedía cuando uno se negaba, sin razón, a prestar el testimonio que se le pedía, sin que para privarle del derecho de testificar hubiera procedimiento alguno judicial, público ni privado. De declaraciones de intestabilidad hechas directamente por los tribunales no se habla en ningún sitio, y es difícil que tuviesen lugar; pero el perjudicado podía afrentar un día en su casa, en presencia de los demás, al testigo que rehusara su testimonio; solo que si el *obvagulans* hacía tal cosa sin razón para ello se le castigaba con pena capital como difamador público. La intervención judicial en el caso que nos ocupa se limitaba a permitir que todo el mundo pudiera atacar de nulidad el testimonio prestado por un *intestabilis*, y singularmente el testamento que el mismo hubiese hecho.

No encontramos mención alguna de lo que se haría con una persona descalificada por no haber prestado testimonio, y es probable que tal descalificación cayese en desuso desde bien pronto. Augusto restableció la intestabilidad por causa de injurias públicas; pero lo probable es que, aboliendo la pena capital para este delito, ordenara que se le castigase como delito de lesa majestad, de los de categoría inferior (p. 493-494), con lo que la incapacidad para prestar testimonio o para hacérselo prestar quedó incluida en el número de las penas principales o independientes.

En los tiempos posteriores se hace gran uso de la intestabilidad, presentándonos la misma como una de las tentativas hechas en todo tiempo, y cada vez más en auge, para conseguir que las peores clases de individuos de los que componían el Estado quedaran privadas de derechos, aunque conservando su libertad personal. Las primeras leyes que regularon la intestabilidad, si bien no le dieron todavía un nombre fijo, fueron las que se dieron cuando se tomaron medidas contra los cristianos (p. 375), especialmente cuando ocupaban el trono soberanos inteligentes, que retrocedían espantados ante la idea de las matanzas colectivas. Un edicto de Diocleciano castigaba a los secueces de la nueva fe, no solo privándoles de las atribuciones derivadas del derecho de ciudadano, sino también negándoles el derecho de interponer acciones criminales, tanto públicas como privadas, mientras que, en cambio, contra ellos podían ejercerse estas acciones. No la misma disminución de derechos precisamente, pero sí una muy parecida, implicaba la intestabilidad de los tiempos posteriores, decretada por una constitución de Constantino, como pena accesoria de la capital, para el contubernio de una mujer con un esclavo (p. 430), y decretada también, una vez cristianizado el Estado,

como pena aplicable a los cristianos heterodoxos (p. 383) y a los apóstatas del cristianismo (p. 385). La sustancia de esta pena consistió siempre en la incapacidad para hacer testamento; pero las restricciones jurídicas que la misma llevaba consigo trascendían de esta esfera: no se llegaba a privar, mediante la misma, al condenado del derecho de ciudadano, cuya privación suponía en primer término la pérdida del derecho de testificar; sin embargo, se llegaba hasta limitar esencialmente el derecho que todo miembro del Reino tenía de ejercer el comercio y de interponer acciones judiciales. No es posible dar una definición general, segura y valedera de la intestabilidad: de un lado, porque el contenido que a la misma atribuía la palabra fue ensanchándose; de otro, porque las leyes especiales que la regulaban eran a menudo variables y poco claras; no pocas veces la intestabilidad llevaba consigo también la restricción del derecho de pertenecer libremente al Estado o apartarse de él (p. 383). Como era un contrasentido que se pudieran perder todos los derechos civiles, sin dejar por eso de ser ciudadano, y como, por otra parte, las limitaciones de tales derechos perjudicaban regularmente no solo al culpable, sino también a terceras personas, las leyes tendieron a hacer que los declarados intestables quedaran en una situación lo más próxima posible a la total carencia de derechos. La intestabilidad podía imponerse por sentencia condenatoria en juicio penal (p. 383); sin embargo, parece que así como, según el antiguo código de las Doce Tablas, la denegación de la facultad de testificar la imponía casi siempre la ley, así también en los tiempos posteriores la intestabilidad en la mayoría de los casos era una declaración legal, y se llevaba a cabo atacando la validez del acto o el testamento respectivos mediante la demostración de la existencia de un motivo o fundamento de intestabilidad.

III.—*Infamia por causa de delito*

En la comunidad romana primitiva, para dar validez al hecho en virtud del cual una persona gozaba de mal concepto, o sea estaba afectada de *infamia*, y era indigna, *turpis*, se seguía este procedimiento: todo magistrado que tuviera que aplicar un derecho de ciudadano se negaba a aplicárselo a aquellos individuos que tuviesen mala reputación, pero sin que por eso los declarara, hasta donde ello era posible, fuera del derecho; y así, los tribunales no podían rechazar a los que ejercieran acciones judiciales en nombre propio, aun en el caso de que se tratara de demandantes infames, pero podían negarse a admitir las reclamaciones que estos últimos entablaran en nombre ajeno. Esta manifestación de la plenitud del poder del magistrado, caracte-

rística del primitivo orden político, y que no podía menos de entrar en colisión con la libertad de los ciudadanos, hubo de desarrollarse bajo el opresor influjo de la tendencia de la época republicana a poner restricciones efectivas al arbitrio de aquellos, de los magistrados. Qué podían y qué no podían hacer estos, era cosa que tenía que determinarse en cada caso, distinta según la diversidad de las atribuciones que se solicitaban, según la diversidad de los tiempos y hasta según la propia fisonomía de los hechos concretos y la individualidad de las personas de que se tratara. Hay muchas cosas difíciles de comprender para nosotros, como, por ejemplo, los efectos infamantes de la condena por injuria; pero debemos recordar a este propósito que, en los tiempos primitivos, el aceptar o el rechazar la infamia era cosa que dependía del arbitrio de cada uno de los magistrados. En los tiempos posteriores, este procedimiento se aplicaba en forma ya muy débil; en el andar del tiempo, y más bien por costumbre que por ley, se habían ido fijando en cierto modo las reglas a que cada especie de magistrados se hallaban obligados a atenerse para declarar o no postergados a los ciudadanos como tales. La infamia efectiva llegó a tener un contenido legal, no ya en términos generales, pero sí con relación a las varias categorías de la misma, gracias al hecho de hallarse fijadas las causas por las que los individuos eran privados del servicio militar, del derecho de sufragio activo y pasivo, del de ocupar un asiento en el Senado, del de tomar parte en las fiestas civiles, de la facultad de prestar testimonio público, del derecho de tomar la palabra en las reuniones de la ciudadanía, del de funcionar como jurado y del de representar en juicio a la comunidad o a los particulares para ejercer las acciones que a la una o a los otros correspondieran. Todas estas reglas tenían su base en la fundamental y común concepción ética de la incolumidad de la fama, la cual, por su trascendencia moral y civil, ocupaba un sitio no muy por detrás del que correspondía a la capacidad jurídica, y en muchas cosas los motivos de que a los individuos se les privara de una y otra para tales o cuáles actos venían a ser los mismos; sin embargo, la ciencia jurídica romana no incurrió en el error, tan ilógico como poco práctico, de intentar derivar de esta comunidad íntima de naturaleza un concepto aplicable en el derecho positivo: el concepto de la llamada deshonra (*Ehrlosigkeit*). En general y en conjunto, el fundamento ético de las reglas en cuestión era mucho más amplio que el del derecho penal; la bancarrota, el oficio o profesión de comediante u otros, considerados como indecorosos, las faltas de lealtad y de confianza demostradas en algún pleito por causa de tutela, o en cualquier otro juicio privado semejante a este, el no guardar luto por el tiempo debido, eran motivos por los que uno perdía la incolumidad moral, pero no constituían delitos, y, por consiguiente,

las desigualdades jurídicas a que estos actos daban lugar no estaban consideradas como penas. Tampoco tenía el fundamento ético que servía de base a las postergaciones de referencia aquella seguridad y fijeza y aquel carácter de validez general que, con justicia, podía pretender para sí el fundamento ético del derecho penal. Las sentencias penales podían ser, a no dudarlo, injustas; pero la presunción de su justicia era *regni fundamentum*. Por el contrario, la presunción de que la bancarrota y demás actos análogos citados excluían la capacidad jurídica, en tanto era compatible de hecho con la realidad jurídica viviente, en cuanto el magistrado tenía que hacer un examen especial de cada hecho concreto, pudiendo no dar valor alguno, cuando así lo aconsejaran las circunstancias, a la presunción. La infamia pretoria, tal y como las fuentes del derecho nos la presentan, también se aplicaba en el mentado juicio, no recomendable ni desde el punto de vista lógico ni desde el práctico. Pero del derecho penal deben ser excluidas en absoluto estas presunciones de inmoralidad, generalmente peligrosas y difíciles de establecer; donde las mismas pueden tener lugar, es a lo sumo en el ejercicio de las varias funciones civiles.

Sin embargo, al derecho penal corresponde ponerse la cuestión siguiente: si, y hasta qué punto, la privación de algunos derechos civiles era una pena accesoria que por disposición de ley o por exigencia de la costumbre, llevaba aneja la condena por causa de delito, o bien si dicha merma o postergación de derechos civiles se hallaba prescrita legalmente como pena principal para ciertos delitos. Tal pregunta puede hacerse con relación a cada una de las categorías de privaciones de derechos hasta ahora estudiadas. Pero con relación a la mayoría de ellas y a las más importantes, como son, por ejemplo, la exclusión del servicio militar y la privación del derecho de sufragio, nada podemos decir, por no permitirnoslo la deficiencia de las fuentes. Nos limitaremos, pues, a decir algo de las dos mejor conocidas, a saber: la incapacidad para interponer acciones privadas en representación ajena, o sea lo que en la terminología de los romanos se llamaba infamia pretoria, y la privación del derecho electoral pasivo y del derecho de formar parte del Senado. Tocante al derecho de representar en juicio a otras personas, se sintió desde bien temprano la necesidad de que los edictos de los diferentes pretores —que en este particular es probable coincidieran— fijaran por escrito —lo que casi valía lo mismo que fijarlo legalmente— cuáles eran los motivos por los que podía una persona ser privada del derecho de representar a otra judicialmente, con lo que es claro que se hacía imposible hacer valer otros fundamentos para dicha postergación o incapacidad más que los fijados en el edicto; pues bien, estas reglas referentes a la infamia pretoria, no solo se aplicaban a la esfera propia de la representación en

juicios privados, sino que trascendían de ella, y a veces también tenían vigencia y aplicación al derecho penal. Por su parte, la privación del derecho electoral pasivo y la privación de tomar asiento en el Senado, privación esta última que no puede fácilmente ser separada de la primera, tenían tan gran importancia desde los puntos de vista político y penal, que bien merecen hagamos un estudio particular de ellas.

Las siguientes categorías de infamia por causa de delito privaban del derecho de representar en juicio privado a otras personas:

a) No está demostrado que la condena en un proceso capital seguido por el magistrado con los Comicios fuera considerada como deshonrosa; sin embargo, no parece posible dudar de que así sucediera. En cambio, los procesos seguidos por los tribunos para imponer penas de multas no traían consecuencias deshonrosas o infamantes.

b) La condena o la composición por causa de un delito privado cometido dolosamente por el condenado mismo, esto es, por causa de hurto o rapiña (p. 467-468), por causa de injuria (p. 496), de seducción de esclavos (p. 468) y de fraude o estafa (p. 426). Igual sucedía también cuando, conforme al procedimiento de épocas posteriores, el delito privado era perseguido y penado como delito público por vía extraordinaria. Semejante consecuencia del delito, por virtud de la cual se trataba al condenado con mayor dureza que si se le hubiese obligado a pagar una indemnización pecuniaria, no podía por su propia índole ser considerada como una pena, como nos lo demuestra, no solamente el hecho de que jamás hacía la sentencia declaración alguna sobre este extremo, sino también, y ante todo, la circunstancia de que la composición, cuando equivalía realmente a la condena o a la confesión del reo, llevaba consigo en todo caso la infamia.

c) Es indudable que el procedimiento por *quaestiones*, desde los primeros tiempos de su existencia, producía la infamia, no en general y siempre, sino en algunos delitos, por ejemplo, en los de sacrilegio y peculado. Pero los efectos infamantes de tales causas se fueron ampliando; en el siglo III encontramos que los producen, primeramente, la condena en juicio capital, y después la condena en todo juicio criminal ordinario.

d) La condena en un proceso por *quaestiones* en causa de calumnia o prevaricación.

IV.—Incapacidad, por causa de delito, para adquirir cargos públicos y para ser senador.

Fuera del procedimiento censorio, el cual solo producía legalmente el efecto de impedir la reelección de los senadores, no había en

el derecho del Reino otra forma de incapacitar a una persona para ser senador, por causa de delito, más que el procedimiento judicial pudiendo las autoridades penales, ora condenar precisamente al reo a no poder ser senador, ora condenarlo a una pena que llevase como accesoria la incapacidad de referencia; esta última manera era la que ordinariamente se empleaba, y en los primeros tiempos fue la única. En la comunidad de los ciudadanos romanos había un procedimiento por indignidad, cuyo objeto era impedir que formaran parte del Consejo de la comunidad los indignos, procedimiento que se sustanciaba enteramente con arreglo a las formalidades del acusatorio, y en el que también se concedían recompensas a los acusadores (p. 320); si este procedimiento era una forma aparte de ejercer jurisdicción penal, o si no era más que una modificación del procedimiento empleado por los censores para impedir a ciertas personas su ingreso en el Senado, es cosa que no podemos resolver en este sitio.

Los fundamentos o motivos que incapacitaban a las personas que hubieran sido condenadas por delito para ocupar cargos públicos y para formar parte del Consejo de la comunidad eran en general los mismos con relación a la ciudad de Roma que con relación a los municipios. Nosotros nos ocuparemos principalmente de las disposiciones que regían en todo el Reino, aunque tomando también en cuenta las variaciones que respecto de ellas habían introducido las ordenanzas municipales de que tenemos conocimiento.

Las causas de incapacidad para ocupar cargos de la comunidad y para formar parte del Consejo de la misma dependían, en los primeros tiempos de la República, de diferentes condiciones y circunstancias que no afectan al derecho penal, y cuyo estudio, por lo tanto, no podemos hacer aquí. En tiempos posteriores no había ningún vínculo necesario entre los cargos públicos y los puestos de senador, y hasta acontecía que un individuo continuara formando parte del Senado aun estando incapacitado para desempeñar otros cargos públicos; sin embargo, lo regular era que ambas clases de incapacidad estuviesen unidas, sobre todo porque el haber desempeñado un cargo público solía dar condiciones para entrar en el Senado, y por eso mismo también aquí estudiamos unidas ambas cosas. Según el sistema antiguo, cuando esta incapacidad se imponía por vía de pena, tenía el carácter de perpetua. Pero ya en la época republicana se hizo uso de la exclusión temporal del Senado por causa de *ambitus* (p. 538), y en los tiempos posteriores se aplicó a menudo esa misma exclusión o incapacidad temporal con respecto a los cargos municipales de decuriones, de manera que, tan pronto como trascurriera el plazo por el que se hubiese declarado incapaz al decurión, este volvía, sin más formalidades, a ocupar su puesto. Incapacitaban para adquirir cargos públi-

cos y para formar parte del Senado las siguientes categorías de infamia por causa de delito:

a) La condena en un proceso criminal seguido por el magistrado con los Comicios, del propio modo que privaba, durante los primeros tiempos republicanos, del derecho de representar en juicio a otras personas, así también debió ser considerada en algunos delitos como causa de inhabilitación para cargos públicos y para formar parte del Senado; sin embargo, toda la historia antigua está ahí para demostrar-nos que, en general, no se aplicaba nunca esta regla. La primera vez que vemos se impone legalmente la incapacidad para ser senador, como consecuencia de haber sido condenado uno por la ciudadanía reunida en Comicios, es en la ley casia, promulgada el año 650-104, durante las crisis del último siglo de la República.

b) La composición y la condena por causa de un delito privado cometido por el mismo condenado, del propio modo que producían la consecuencia de privar a este del derecho de ejercer en juicio acciones ajenas, también le privaban de los derechos honoríficos. Debe decirse lo propio del caso de condena, según la ley pletoria, por defraudación causada a un menor, caso que no se menciona entre los que producían la privación del derecho de representar a otro en juicio, pero cuyo silencio quizás fuese debido a pura casualidad.

c) La condena por un tribunal romano a la relegación fuera de Italia y a la interdicción del agua y el fuego, tal y como organizaron esta pena las leyes de Sila, dejaba, sí, al relegado el goce del derecho de ciudadano, pero le privaba del derecho de formar parte tanto del Senado romano como del Consejo de su comunidad. Esta disposición se hizo inaplicable desde el momento en que se exacerbó la pena de interdicción disponiendo que llevara consigo la pérdida del derecho de ciudadano.

d) No conocemos de una manera exacta hasta qué punto llevarían consigo como pena accesoria la de exclusión del Senado las sentencias dadas por los tribunales de la ciudad de Roma en el último siglo de la República y de los primeros tiempos del Imperio, y en las cuales se impusiera una pena general que no fuese la de interdicción; lo que sí podemos decir es que con frecuencia encontramos frente al destierro y como pena más suave que esta la de inhabilitación para formar parte del Senado. Con respecto a las causas *de repetundis*, es probable que ya la ley servilia dispusiera esto, que seguramente prescribió para las mismas la ley julia (p. 454); también lo mandaron, con relación a las causas de falsificación, la ley cornelia, y con respecto a las de coacción de grado inferior, la ley julia. Quizá el principio jurídico de que vamos a hablar inmediatamente (letra f) pueda volverse al revés, y decir que toda sentencia penal dictada por una *quaestio* de

la ciudad de Roma, aun en el caso de que llevara consigo la interdicción de Italia al condenado, incapacitase a este para formar parte del Senado de Roma, pero no del Consejo de su propia comunidad, o lo que es lo mismo, de la curia municipal.

e) La condena en un juicio por *quaestiones*, a causa de calumnia o de prevaricación; estas condenas incapacitaban también al reo en todo caso para representar en juicio civil a otras personas.

f) Toda condena en *iudicium publicum* municipal incapacitaba al condenado, no ya en general para formar parte de cualquier Concejo municipal, pero sí para formarla del Concejo municipal de su localidad.

g) En los tiempos posteriores del Principado, toda condena a relegación perpetua llevaba inevitablemente consigo, a la vez que la incapacidad para formar parte del Senado, la incapacidad para formarla del Concejo o curia municipal del reo; en el caso de relegación temporal era aplicable el principio contrario (p. 616).

h) La inhabilitación temporal o perpetua para ocupar un puesto en el Senado romano se empleó desde bien pronto con el carácter de pena principal para el delito de *ambitus* (p. 538). La inhabilitación temporal o perpetua para formar parte de la curia municipal fue una pena de la que se hizo frecuente uso en los tiempos posteriores.

V.—*Declaración de incapacidad para realizar actos públicos y privados, fundada en causa por delito.*

En esta sección nos proponemos reunir todo lo que la tradición nos ha transmitido respecto a la deposición, por motivos delictuosos, de sacerdotes y empleados públicos, y también todo lo que esa misma tradición nos dice tocante a la declaración de incapacidad por iguales fundamentos, hecha a los individuos para prohibirles realizar actos públicos y actos privados.

Según los usos romanos, los sacerdotes de este pueblo funcionaban, por regla general, con carácter de vitalicios, y la deposición de los mismos por vía penal se verificaba generalmente acudiendo a la analogía de este acto con el de separar del Senado a los senadores que hubieran cometido algún delito; pues la excepción que sabemos existía con respecto a los augures confirma la regla, y, según las ordenanzas municipales, hasta el augurado municipal se perdía por la condena. Nada más podemos decir en concreto sobre este punto.

Por el contrario, según la concepción romana, aun la de tiempos posteriores, era imposible deponer o destituir a los magistrados. No solamente no podía privarse a estos de su cargo por vía de procedimiento judicial, lo que por otra parte era incompatible con el princi-

pio según el cual nadie podía llevar a juicio a los magistrados mientras durase el desempeño de sus funciones (p. 234), sino que ni siquiera los Comicios, considerados poco menos que omnipotentes, tenían atribuciones para acordar semejante destitución. La realización de este principio era posible, gracias a la regla de la duración de la magistratura por solo un año, regla que se observaba de un modo estricto. Y por lo que respecta a aquellos funcionarios que obraban en virtud de una delegación o mandato de los verdaderos magistrados —y los cuales, en realidad, se aproximaban más o menos a estos últimos, según sucedía con todos los oficiales, y durante el Principado con todos los delegados del emperador—, tampoco eran depuestos por vía de procedimiento judicial: en primer término, porque el magistrado que les hubiese nombrado y conferido el mandato podía revocárselo en todo tiempo; y en segundo lugar, porque si se les hubiera podido destituir por medio de sentencia judicial, es claro que con ello se ponían restricciones al poder del mandante, poder que, por la propia naturaleza de la institución de la magistratura, era libre y discrecional. Indudablemente que los funcionarios nombrados por los emperadores, y los subalternos, fueron con bastante frecuencia degradados o licenciados a consecuencia de haberseles impuesto una condena penal; pero el soberano no reconocía en este particular ninguna traba ni coacción jurídica, y tales deposiciones fueron siempre consideradas formalmente como simples despidos que voluntariamente efectuaban los emperadores.

El magistrado podía impedir o limitar, dentro del territorio de su mando, la realización de actos que con su autoridad se relacionasen a aquellas personas que hubieran cometido faltas en el ejercicio de los mismos. De esta manera se prohibía, especialmente a los abogados, la intervención en actos judiciales por un tiempo determinado o por todo el tiempo que durasen las funciones de un magistrado. De igual modo se ordenaba también que alguien no pudiera tomar parte en subastas públicas. En los tiempos antiguos no se conocían restricciones de esta especie impuestas a la realización de actos o negocios privados; pero en los tiempos posteriores se hizo uso de ellas, imponiéndolas también por vía de pena. Sin embargo, no era permitido imponer como pena la ejecución positiva de un acto o negocio privado, ni tampoco el ocupar por fuerza un puesto en la curia municipal.

CAPÍTULO X

CONFISCACIÓN TOTAL O PARCIAL

La privación del patrimonio por la comunidad y por vía de pena, o la privación de una parte del mismo, cosa esta última que empezó a tener lugar a partir de los tiempos de César, es una materia cuyo estudio pertenece al círculo de las sucesiones universales. El patrimonio se consideraba aquí lo mismo que en el caso de testamento: la comunidad se hacía dueña de los bienes del condenado con la misma extensión y del mismo modo con que lo hubiera podido hacer el heredero llamado por testamento, o con que el heredero abintestato se colocaba en el lugar del premuerto. Y claro es que la comunidad que se adueñaba de los bienes respondía de todas las cargas que gravaran sobre estos. Conforme lo dejamos dicho, la *publicatio bonorum* era originariamente una consagración del patrimonio, lo cual no producía diferencia alguna en su condición jurídica, y que en los antiguos tiempos la comunidad desdeñaba el obtener ventaja o utilidad alguna de los bienes adquiridos por vía penal. En la época posterior de la República y en la primera del Principado, la punición de los individuos no sirvió a menudo para otra cosa sino para enriquecer al Estado, y hasta no raras veces se acudía a ella con el preferente propósito de conseguir apoderarse de los bienes del penado. Cuando a este se le despojaba de todo su patrimonio, era frecuente dejar, por vía de gracia, una parte del mismo a sus hijos, parte que en los tiempos posteriores solía ser, la mayoría de las veces, la mitad. Justiniano llegó hasta prohibir la confiscación total en general, dejándola subsistente, sin embargo, en los delitos contra el Estado. Tampoco podía procederse a privar del patrimonio adquirido ilícitamente sino en virtud de especial autorización del emperador.

Los magistrados podían privar del patrimonio a las personas, en beneficio de la comunidad, por vía de coercición; no solamente lo hacían así los cónsules, como César recomendó que se hiciera contra los partidarios de Catilina sino también los tribunos, que, lo mismo que aquellos, consagraban los bienes (p. 33); en cambio, el derecho

penal no conocía la confiscación como pena principal o independiente, sino solo como accesoria. Las penas que llevaban consigo la confiscación eran las siguientes:

1º La pena de la *perduellio* implicaba de derecho la confiscación de los bienes del reo. Como el mismo concepto de la *perduellio* envolvía el de enemistad hacia la patria, al que se declaraba enemigo de esta se le privaba de sus bienes; pero si en el caso de enemistad o guerra los bienes del Estado enemigo y los de sus súbditos se consideraban como cosas sin dueño, que adquirirían por ocupación el Estado romano o algún particular ciudadano romano, en cambio los bienes que pertenecieran a algún ciudadano romano que se hubiera pasado al enemigo pasaban de derecho a poder del Estado romano. Preceptuaban esta confiscación de bienes varias disposiciones legales, así de la primera época republicana, como de los tiempos del Imperio; y numerosos casos concretos, citados en las fuentes lo mismo de aquel período que de este, prueban que se efectuaba de hecho tal confiscación. Se hallaba para este efecto equiparado a la condena, al menos según la concepción de tiempos posteriores, el suicidio del inculpado; además, aunque no se ejecutara la sentencia de muerte decretada contra un reo, a este se le privaba de sus bienes. Extendíase la confiscación a todas aquellas personas que se encontraran en rebelión contra el poder público y que, sin necesidad de emplear al efecto formalidades judiciales, fueran declaradas enemigas de la patria y merecedoras de la muerte, por tanto; y también a aquellas otras que fueran condenadas a muerte como enemigas de la patria, según la concepción del partido vencedor y en virtud de una sentencia del tribunal de los cónsules con el Senado, el cual funcionaba en el estado de guerra (p. 173-174). Puesto que la pérdida del derecho de ciudadano que afectaba al *perduellis* se retrotraía al momento de la comisión del delito, no teniendo la correspondiente sentencia condenatoria, más que un carácter puramente declarativo, es claro que, una vez pronunciada esta sentencia, se consideraba que el patrimonio del reo había caído en poder de la comunidad también en el momento en que fue cometido el delito. Todos los actos ejecutados por el *perduellis* a partir de este instante eran nulos, incluso el testamento; los representantes de la comunidad podían hacer valer las consecuencias y los efectos patrimoniales de la *perduellio* incluso contra terceros poseedores de los bienes, y estos efectos y consecuencias se podían hacer efectivos aun después de la muerte del *perduellis*, lo propio que dijimos antes que sucedía también con la deshonra de su memoria (p. 609). Si se exceptúa el caso de la *perduellio*, nunca la pena de muerte llevaba consigo la confiscación de bienes en los tiempos de la República, y al condenado se le dejaba la capacidad jurídica.

2º Dentro de los límites en que el sistema republicano admitía la pérdida de la libertad por vía de coercición o por vía penal, hay que decir que la persona que hubiera llegado a adquirir, en concepto de esclavo, a un individuo que antes fuese libre, adquiriría también, como consecuencia jurídica, los bienes de este; lo cual sucedía, por lo tanto, con los individuos que la comunidad vendía por haber cometido alguna ofensa contra la obligación del servicio militar o contra el derecho de los embajadores, y también sucedía con aquellos otros individuos que, habiendo cometido un hurto manifiesto, le eran adjudicados en propiedad al perjudicado por el delito. Hay que advertir, sin embargo, que estas consecuencias jurídicas no están expresadas en las fuentes, siendo dudoso si se aplicarían o no en todos los casos, o también si no se dejarían los bienes a los herederos en aquellos casos en que, a no hacerse así, dichos herederos serían más castigados todavía con la confiscación que el mismo culpable. Lo que no ofrece duda es que, durante el Principado, dichos bienes eran confiscados; las sentencias de muerte (p. 584), las de condena a las minas (p. 584) y las de entrega del reo a una escuela de gimnasia (p. 584) llevaban consigo, de derecho, a la vez que la pérdida de la libertad, la confiscación del patrimonio.

3º La relegación, cuyas diferentes formas, según la reorganización que Sila introdujo en el derecho penal, ocuparon el primer puesto en la escala de las penas a partir de los tiempos de este dictador, no llevaba consigo la confiscación de bienes; por eso, para poder agravar la relegación de CICERÓN privándole de sus bienes, fue necesaria una ley especial. Cuando el dictador César exacerbó la pena del destierro y cuando, posteriormente, los emperadores dispusieron que las varias formas de penalidad llevaran consigo la confiscación del patrimonio, el sistema de esta última quedó organizado del siguiente modo:

a) Según disposición de César, la pena de los parricidas llevaba como accesoria la confiscación de todos los bienes; la llevaba también, según la ley julia, la pena que se impusiera a los asesinos del dictador, y la llevaban asimismo, por disposición de Augusto, las penas que se decretaran contra los reos de lesa majestad.

b) En tiempo de Augusto implicaba la deportación, ya en su etapa preparatoria, la confiscación de los bienes, puesto que todo cuanto el deportado poseyera más de 500.000 sestercios caía en poder del Estado, prohibiéndosele además tener más de veinte siervos ni más de un barco o dos botes. Según el sistema introducido por Tiberio en el año 23, el patrimonio debía ser totalmente confiscado, tanto en el caso de interdicción, en cuanto se siguiera haciendo uso de la misma (p. 600), como en el de deportación; sin embargo, al deportado se

le dejaban ciertos medios de subsistencia (*viaticum*) a discreción del gobierno, por lo que alcanzaban mayor o menor cantidad, según las circunstancias.

c) En los demás delitos, cuando se castigaban con la relegación perpetua, era lo regular que esta llevara como pena accesoria la de confiscación de bienes, confiscación que solía ser de la mitad de estos, pero que también era a veces de un tercio. Por el contrario, la relegación temporal no debía producir ni siquiera la confiscación parcial del patrimonio.

Sobre las distintas formas de privar de sus bienes a los individuos en beneficio del Estado, nos remitimos al capítulo siguiente, en que se trata de las penas pecuniarias.

CAPÍTULO XI

INDEMNIZACIONES PECUNIARIAS

Las indemnizaciones, primero en animales y más tarde en dinero —pues no es fácil que los tribunales romanos acostumbraran a servirse de otros objetos para obligar a indemnizar sino de aquellos que se empleaban generalmente como medida de los valores—, formaron parte, desde los tiempos antiguos, del derecho penal, así del público como del privado, y ni en el uno ni en el otro fueron consideradas jamás como pena accesoria, sino siempre, y sin excepción, como principal. Revestían tres formas estas indemnizaciones, pues o las imponían los magistrados, o la ley, o los tribunales: cuando las imponían los magistrados, estos determinaban a su arbitrio la cantidad que había de ser indemnizada; cuando eran impuestas por la ley, esta tenía fijado de antemano, y de una vez para siempre, el importe de la indemnización; y cuando la imponía el tribunal, su importe había de fijarlo a su arbitrio el jurado en cada caso concreto. El lenguaje no tenía palabra para designar técnicamente más que las indemnizaciones a la comunidad. La voz *multa* significaba propiamente la indemnización impuesta por el magistrado en virtud de su potestad coercitiva y en favor de la comunidad, indemnización que era más antigua que la impuesta con carácter penal y la única a que correspondía la importancia capital que las indemnizaciones llegaron a adquirir por el hecho de poderlas aplicar en forma de múltiplos y por el hecho de poder ir las aumentando sucesivamente. En el derecho penal se hacía un uso perfectamente exacto de esta palabra, limitándola con razón a las indemnizaciones impuestas por el tribunal del magistrado con los Comicios; y decimos con razón, porque semejantes indemnizaciones dependían del libre arbitrio del magistrado, carácter que era de esencia en la multa impuesta por este ejerciendo sus facultades coercitivas y que, en cambio, no acompañaba a las indemnizaciones impuestas por la ley ni a las impuestas por los tribunales. Sin embargo, según un uso, muy lato, es cierto, pero también muy antiguo y general, se llamaba *multa*

a toda indemnización pecuniaria impuesta en favor de la comunidad, incluso, por tanto, las legales y las judiciales.

Ya en el libro primero (p. 9) hemos dicho que a la indemnización en favor del perjudicado por un delito o por un hecho ajeno se le daba en un principio el nombre de *damnum* cuando fijaba su importe el tribunal, y que cuando lo fijaba la ley se le daba el nombre con que los griegos designaban los préstamos, esto es *ποινή*, o *poena*, que es el que usaban las Doce Tablas. Que las indemnizaciones de carácter privado fijadas por los tribunales eran más antiguas que las fijadas por la ley, es cosa que resulta de esta misma terminología y que, además, parecerá muy probable a quien examine un poco detenidamente la materia. Pero ambos modos de designar las mentadas indemnizaciones perdieron bien pronto su significación primitiva; la voz *damnum*, en el sentido dicho, solamente se siguió empleando en algunas fórmulas técnicas, mientras que a la de *poena*, sin la forma plural, que era la originaria, empezó a dársele un concepto y un contenido penal muy amplio y general, significándose con ella toda clase de retribución o reparación impuesta en nombre del Estado al autor de cualquier delito, ora público, ora privado. A la indemnización que hubiera que pagar a los particulares nunca se la designaba con el nombre de *multa*; luego que se cambió el significado de la palabra *damnum*, estas indemnizaciones se quedaron sin una voz que sirviera para llamarlas técnicamente; es lo que acontecía en el derecho de épocas posteriores.

I.—Indemnizaciones impuestas por el magistrado con los Comicios.

Si se prescinde de la coercición, difícilmente podrá afirmarse que en el procedimiento penal público de los primitivos tiempos se hiciera uso de las indemnizaciones pecuniarias. Como quiera que los más antiguos delitos públicos eran todos capitales, claro está que ni los duumvros de la perduelión ni los cuestores de los parricidios ejercían otra jurisdicción más que la capital (p. 111-112), siendo probable que ni los unos ni los otros tuvieran competencia para imponer multas. En las noticias dignas de más crédito acerca del uso de la provocación, no se habla de esta sino con relación a la pena capital. También parece que el único procedimiento permitido por el Código de las Doce Tablas era el procedimiento capital, y que ese Código no atribuía el conocimiento de las causas de multas al *concilium* de los plebeyos, sino que, en general, no las admitía.

Del propio modo que toda condena pública había de tener por fundamento una ley penal o una costumbre con fuerza de ley, eso mismo hay que decir de toda condena penal en que se impusiera una multa. Sin embargo, hemos de entender este principio en el sentido de que, a diferencia de lo que pasaba en el antiguo procedimiento criminal patricio, cuando la ley tuviera señalada pena capital, el tribuno que interviniera en la causa seguida por el moderno procedimiento plebeyo, tenía, por la costumbre, facultades discrecionales para elegir el tribunal ante el que había de sentenciarse el juicio y la clase de procedimiento que se había de seguir, pudiendo escoger al efecto, bien el procedimiento capital seguido ante la ciudadanía patricio-plebeya, bien el procedimiento por multas seguido tan solo ante la ciudadanía plebeya. Las demás autoridades que tenían, en general, competencia para intervenir en las causas seguidas ante los Comicios, es decir, los ediles curules, los ediles plebeyos y el pontífice máximo, solo ejercían su jurisdicción en procesos de multas.

Por lo que toca a las modalidades de las multas impuestas por los magistrados con los Comicios, diremos que el magistrado podía elegir entre una multa en favor del Erario romano (*multam inrogare*; p. 117) y una multa en favor de la caja de un templo romano (*in sacrum iudicare*). En uno y otro caso dependía del arbitrio del magistrado el fijar el importe de la multa, igual que cuando esta la imponía el mismo haciendo uso de sus facultades de coercición; la ley no le podía obligar a imponer la multa en tal o cuál cantidad, pero sí podía ponerle restricciones relativas a la materia. Parece que no se señalaban limitaciones de estas con carácter general; sobre todo, a los tribunos no se les impusieron jamás restricciones generales de esta clase. Las cifras que la tradición nos ha transmitido como indicadoras de los límites aludidos (p. 375) oscilan entre un *mínimum* inferior al señalado para las multas impuestas por vía de coercición, y un *máximum* de hasta un millón de ases (250.000 pesetas), considerado como pena deshonorosa. Para las multas impuestas por los magistrados encontramos también límites *máximos* relativos, v. gr., la mitad del patrimonio del multado, o 1.000 sestercios menos de la mitad de este patrimonio; estos límites los señalaban leyes especiales, en las cuales tenían su fundamento las acciones concedidas por los ediles. La facultad de resolver en última instancia acerca de las multas impuestas le correspondía a la ciudadanía reunida en Comicios por tribus, pues es difícil que pudieran ser llevados los procesos por multas ante la ciudadanía reunida en Comicios por centurias (p. 118). La ciudadanía se congregaba siempre en estos casos para confirmar o casar la sentencia penal dada por el magistrado, mas no le era permitido modificar dicha sentencia.

II.—*Acciones pretorias para pedir una indemnización fija.*

Las indemnizaciones pecuniarias fijadas por la ley en favor de la comunidad se encuentran ya en el más antiguo orden jurídico, y bien pronto se empezó a hacer también uso de ellas en el procedimiento privado; no tenemos sino que recordar en el primer respecto el *sacramentum* (p. 632), y en el segundo las penas de las Doce Tablas (p. 494 y 513-14). En todo tiempo se aplicaron con grandísima amplitud. Pero, según advertimos ya en el libro primero (p. 4 y 5), dichas indemnizaciones pecuniarias pertenecían al derecho de obligaciones más bien que al penal, por cuanto no se compadecían bien con el fundamento ético que a este último le sirve de base. Aun cuando era una exigencia del orden político el que toda culpabilidad moral, en general, quedara extinguida mediante el pago de una suma pecuniaria, sin embargo, este pago no revestía forma penal, como nos lo demuestra con claridad meridiana la equivalencia exacta de la cantidad pagada con la culpa o deuda considerada en sí misma, y sin tener en cuenta las condiciones personales del penado. Pero, sobre todo, el hecho de hallarse amenazada la prohibición de realizar un acto con una indemnización pecuniaria fija, dejando, sin embargo, en libertad al agente para ejecutar el acto prohibido con tal de pagar la cantidad fijada, nos demuestra que en cierto modo la ley penal se convertía en una ley de impuestos. Para poder incluir en la esfera del derecho penal los actos ejecutados no obstante estar prohibidos bajo la amenaza de indemnizaciones fijas, fue preciso recurrir al carácter moral del acto prohibido y a los propósitos de la ley; pero los límites entre el acto moralmente indiferente, el acto moralmente reprobable y el acto punible eran muy indecisos, y las leyes buscaron a menudo el doble propósito de perseguir la realización de ciertos actos y además procurar que la comunidad sacara provecho de ellos. Por eso se hacía poco uso de las penas pecuniarias fijas en el círculo aquel, dentro del cual había de tener aplicación completa y plena validez el derecho penal, y las que se permitía imponer fueron abolidas posteriormente, como sucedió en los primeros tiempos con la pena impuesta por el delito privado de injuria (p. 494), y en época posterior con la pena del delito público de robo de hombres (p. 482). En el derecho penal ya bien desarrollado no se hacía uso de las penas pecuniarias fijas sino para casos de subordinada importancia.

Estas penas pecuniarias fijas tenían siempre por base una ley especial que regulaba el delito, el procedimiento que se debía emplear y la medida de la indemnización que el tribunal podía imponer. En el caso de que no se anticipase la ejecución de tales multas, como sucedía con el *sacramentum*, podía sustanciarse la cuestión como una deuda

condicional de dinero, igual que pasaba en los casos de préstamo, siendo al efecto indiferente que la indemnización fuese de las que habían de recaer en beneficio de un particular o de las que pasaban a poder de la comunidad; la demanda se designaba con la voz *petere*, simple o calificada, y la prestación con la voz, también simple o calificada, *dare*, sin que se hiciera mención del carácter delictuoso que tenía la acción. De la propia manera que los particulares ejercían las acciones privadas que les correspondían por causa de delito, así también la comunidad, como ya se ha dicho en el libro II (p. 125 y ss.), reclamaba en juicio civil, por medio de sus representantes, las indemnizaciones pecuniarias a que creyera tener derecho, pudiendo ejercer de tales representantes según lo que la respectiva ley especial dispusiera, ya un magistrado, ya un simple ciudadano autorizado para ello. En el primer caso, la ley facultaba a menudo al magistrado para elegir entre imponer el pago de una indemnización discrecional, quedando reservada a los Comicios la resolución definitiva sobre el asunto, o bien demandar en juicio civil la entrega de la multa fijada por la ley. Mientras que para la materia de impuestos y para todas las demás reclamaciones semejantes que tuviese que hacer la comunidad no podía hacerse uso del procedimiento civil, debiendo ventilarse por la vía administrativa cuantas contiendas pudieran suscitarse sobre estos asuntos, en cambio, tratándose de indemnizaciones pecuniarias, la decisión de las mismas correspondía al pretor y a los jurados, en lo cual precisamente residía la importancia política de este procedimiento, ya que, gracias a él, encontraba el ciudadano una garantía legal contra la arbitrariedad administrativa. Cuando se suprimió la institución del jurado, el conocimiento y la resolución de los asuntos referentes a indemnizaciones pecuniarias debidas a la comunidad —indemnizaciones con que todavía en los tiempos posteriores se conminaba a los autores de muchos delitos, especialmente los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo— se verificaban por la vía de la cognición, es decir, por el procedimiento administrativo.

El importe de las indemnizaciones pecuniarias fijas lo determinaban las correspondientes leyes especiales. Las que habían de ser entregadas a la comunidad eran a veces tan considerables que el individuo que tenía que pagarlas veía con ello comprometida su existencia de ciudadano, y parece que no era raro que se usara y abusara de este procedimiento, seguido casi siempre por los magistrados, ya ante un solo jurado, ya ante los recuperadores. El máximo de las indemnizaciones pecuniarias que podía imponerse en favor de la comunidad era, según nuestros informes de un millón de sestercios, lo mismo que en las multas irrogadas, según hemos visto poco ha. En las leyes municipales encontramos multas de hasta 100.000 sestercios, cuando

la aristocracia romana andaba comprometida en ellas; en otro caso no es fácil que subieran de la mitad de esta suma. En las decisiones de los tiempos posteriores, las multas que encontramos se imponían, sobre todo a los funcionarios públicos y a sus oficiales o subordinados, y las cuales se decretaban ordinariamente en talentos de oro, son muy crecidas la mayoría de las veces.

III.—*Acciones pretorias para pedir indemnizaciones estimatorias.*

El tribunal del magistrado con los Comicios no podía funcionar como árbitro para fijar el importe de las indemnizaciones pecuniarias; en cambio, sí se podía proceder a esa regulación discrecional, tanto en el juicio privado como en el procedimiento por *quaestiones*. De esta manera se imponían algunas veces las indemnizaciones en favor de la comunidad; mas no era cosa frecuente (p. 624-25). En cambio, esta era la base en que estribaba esencialmente el juicio privado por causa de delito. La determinación del importe de la multa se hacía conforme a ciertas normas legales que implicaban y regulaban el arbitrio discrecional de los jurados. Es preciso distinguir, tocante a este particular, los daños punibles causados en bienes ajenos y el procedimiento estimatorio cuya base no fueran tales daños. En caso de daños causados por delito de una persona en los bienes de otra, y, por consiguiente, en caso de juicio privado por causa de hurto o de daño en las cosas, y en caso de procedimiento por *quaestiones* a causa de peculado, de sacrilegio y *de repetundis*, el tribunal, una vez convencido de la realidad de los elementos constitutivos del delito, tenía que proceder a la apreciación (*aestimatio*) de la cuantía del daño producido, o sea lo que en términos romanos se expresaba diciendo *quanti ea res est*. La correspondiente ley especial determinaba el ulterior procedimiento que había de seguirse con el importe ya fijado. La indemnización podía limitarse al reembolso de la cantidad estimada en la manera dicha, advirtiéndose que a veces no se atendía para hacer la estimación del valor de la cosa, exclusiva ni principalmente, al que esta tuviera al tiempo de cometerse el delito, sino que se ampliaba más el campo de los juzgadores, los cuales podían fijarse en el mayor valor que la cosa hubiera tenido dentro de un período determinado de tiempo; mas también era posible disponer que el condenado, además de reembolsar el importe del daño causado, pagara una cantidad fija a manera de multa. Por regla general, en el procedimiento privado por causa de delito se fijaba como cuantía de la indemnización un múltiplo del importe del daño causado, ya cuando hubieran concurrido determina-

das circunstancias, sobre todo cuando se negara maliciosamente el hecho punible cometido (p. 512), o ya de un modo general, que es lo que sucedía en caso de hurto. La legislación romana no fue jamás más allá del cuádruplo del daño producido, que es la indemnización fijada para el caso de hurto privado manifiesto, para el caso de hurto público y para el caso de usura de dinero. De las disposiciones relativas a estos diferentes delitos, disposiciones cuyo pleno y total desarrollo corresponde al derecho civil y no al penal, nos hemos ocupado, dentro de los límites indispensables, al tratar particularmente de los mentados delitos.

Cuando no había posibilidad de fijar la cuantía de la indemnización teniendo en cuenta la entidad del daño causado, que es lo que sucedía especialmente con relación a la injuria, era preciso, luego que cayó en desuso la práctica de que la ley tuviese fijado el importe de estas indemnizaciones por causa de injuria, era preciso, decimos, que el demandante, al interponer su acción, determinase el importe de la reparación pecuniaria que pedía, importe que después el pretor incluía en la fórmula; según el riguroso procedimiento establecido para estos casos por la ley cornelia, tal fijación e inclusión del importe indemnizable en la fórmula pretoria tenía un valor absoluto, de manera que al tribunal del jurado no le quedaba ya más margen donde elegir sino entre condenar al reo a pagar la suma fijada en la demanda o absolverlo, quedando por lo tanto convertido este procedimiento en uno de aquellos juicios ordinarios en que existía una *taxatio* con *máximum* infranqueable, más arriba del cual no podía subir la condena, aunque sí podía, en cambio, esta bajar de dicho *máximum* (p. 495-96).

La sustanciación de las confiscaciones en favor de la comunidad y el percibo de las multas impuestas en beneficio de la misma o en el de un particular estaban en lo esencial sujetos a las leyes que regían en el derecho civil para la sucesión universal y para las demandas o acciones de créditos y deudas; y en cuanto toca a la ejecución de las penas pecuniarias privadas, podemos remitirnos a este derecho civil. Por lo que respecta a las ejecuciones en favor de la comunidad, nos fijaremos ante todo en el aspecto formal de las mismas, y después examinaremos a dónde iba a parar el importe de ellas.

Por regla general, la realización de las concesiones patrimoniales que a la comunidad se le hubieran hecho por vía de pena era una de las obligaciones de aquel magistrado que hubiera dado validez legal a las mismas; por lo tanto, si esas concesiones tenían su origen en un juicio en que hubiesen intervenido los Comicios, debía llevarlas a ejecución el magistrado que las hubiera propuesto a dicha asamblea; sobre todo, tratándose de multas irrogadas, cuya imposición hubiera defendido ante los Comicios un magistrado, él era el que las debía

ejecutar; y cuando se tratase de confiscaciones o indemnizaciones cuyo importe estuviese fijado en un fallo del jurado, ya ejecutivo, la ejecución correspondía al magistrado que hubiera tenido la dirección del juicio. Dentro de la ciudad de Roma, lo general era que la ejecución de las condenas de indemnización pecuniaria impuestas en juicio civil la efectuase el pretor urbano, y las impuestas en el procedimiento por *quaestiones* el magistrado que lo hubiera dirigido; y por lo que hace a los juicios análogos seguidos fuera de Roma, no podían menos de existir también disposiciones semejantes, aun cuando no sabemos nada seguro respecto del particular. Claro está que para proceder a la ejecución era requisito indispensable que el fallo fuera plenamente ejecutivo; parece que constituyó una agravación especial de los procesos *de repetundis* el que comenzase el período ejecutivo de los mismos tan pronto como los jurados hubiesen respondido afirmativamente a la cuestión de hecho y antes que hubiera sido fijada, mediante la *aestimatio*, la cantidad que había de entregar al reo en concepto de pena.

En los casos de confiscación del patrimonio, la toma de posesión de los bienes por el Estado seguía las conocidas reglas generales; y en el supuesto de que la confiscación recayera sobre una parte tan solo del patrimonio, el procedimiento debía de ser también el mismo, puesto que no tenemos noticia de que las fuentes hablen de variación alguna. Tratándose de indemnizaciones pecuniarias, la ejecución tenía lugar requiriendo el magistrado correspondiente al condenado para que depositase la totalidad de la suma, sobre cuyo importe y suficiencia resolvía el dicho magistrado a su arbitrio; en los procesos *de repetundis*, el tribunal fijaba el importe que debía depositar, calculando lo que podía necesitarse para responder de la resultas del juicio; esto era lo que se llamaba prestar fianza (*praevides = praedes*). Recibía esta el magistrado encargado de la dirección del Erario, que era, en la época republicana, el cuestor, y en los tiempos posteriores el pretor o los prefectos del Erario. Según el sistema romano, esta constitución de fianza equivalía al pago. Si el condenado no la prestaba, entonces, según el procedimiento antiguo, que todavía se aplicó en el juicio de multa seguido contra L. Escipión el año 570-184, se le sometía a la prisión personal por deudas. Ya las leyes de la época de los Gracos parece que no conocían esta prisión por deudas, que quizás fuese abolida en el plazo intermedio por una ley que dulcificara el procedimiento ejecutivo por causa de peticiones hechas en favor de la comunidad, si bien es de advertir que todavía continuaba aplicándose en el derecho privado, aun cuando dentro de reducidos límites, la *addictio*, de la cual no se habla jamás, que yo sepa, en los tiempos posteriores como impuesta por causa de créditos públicos. Por el contrario, en

la época del Imperio se aplicaron a las reclamaciones o créditos fiscales de toda especie los medios coactivos contenidos en el derecho de coercición de los magistrados, a saber, el arresto, la multa y la prenda.

Tanto la confiscación de bienes como el hecho de no constituir fianza, dando lugar con ello a que se tomara posesión del patrimonio del condenado, traían como consecuencia la venta de este patrimonio y la declaración del concurso. La sustanciación de este concurso, que preparaba y regulaba el magistrado encargado de la ejecución, encomendando al cuestor la resolución del mismo, no se diferenciaba de la sustanciación general de los demás concursos; en la época republicana se llevaba a efecto, regularmente, por medio de una venta total de los bienes que se anunciaba al público (*proscriptio bonorum*). Pero como, con esto, la principal ganancia iba a caer, ordinariamente, en beneficio del licitador, en los tiempos de los emperadores, cuando ya se había implantado una administración más celosa de la hacienda pública, hubo de prescindirse a menudo de la subasta. En todo caso, al embargar el patrimonio de una persona era preciso tener en cuenta, para respetarlas, las pretensiones y reclamaciones de otra índole que se pudieran entablar contra el mismo, siendo también de advertir que, además de las reglas concernientes a todo concurso, habían de tenerse presentes estas dos: primera, que en las causas *de repetundis*, y quizá también en algunas otras, el Estado no llevaba a efecto la ejecución en su propio beneficio, sino en el concepto de representante de las personas a quienes el reo hubiera perjudicado, por lo que si recibía en pago las cantidades respectivas, o se hacía cargo, en caso preciso, de las rentas o intereses del patrimonio embargado, era con el fin de ponerlas en manos de las personas con derecho a ellos; segunda, que de la suma obtenida por la ejecución había que detraer el importe de los premios o recompensas ordenados por la ley o concedidos libremente por el tribunal a los acusadores (p. 317 y ss.).

Estos preceptos generales no se aplicaron a las indemnizaciones procedentes de los juicios seguidos con arreglo a las antiguas costumbres, ni tampoco a las multas por vía de pena, impuestas por los ediles.

El *sacramentum*, o sea la indemnización pública procedente del procedimiento privado, es bien sabido que, según el primitivo orden jurídico, donde se imponía el pago de las multas en animales, no se le tomaba por medio de embargo a la parte vencida en juicio, sino que, como era una condición de este el que ambas partes litigantes habían de prestar de antemano dicho *sacramentum* a modo de fianza para estar a las resultancias de la causa, es claro que, terminado el asunto, se le devolvía al litigante vencedor lo entregado. Cuando las multas en animales fueron remplazadas por las en dinero, la regla a que nos acabamos de referir continuó sin experimentar, en principio, variación

alguna, pues ambos litigantes tenían que prestar fianza por el importe de la cantidad que se ventilara (*praedes*), lo que equivalía jurídicamente a la prestación del *sacramentum*. Pero en este nuevo procedimiento era preciso detraer, de la fianza que hubiera constituido la parte vencida en el pleito, el importe de la indemnización, y esta detracción no la realizaban los cuestores, sino unos magistrados de orden inferior, los triumviros capitales, debido indudablemente a que el jefe de la caja de la comunidad no debía tener a cargo suyo el cobro de estas cantidades de tan pequeña importancia.

Según ya se ha dicho en el libro segundo (p. 112-113), en las causas por acciones de que conocían los ediles con los Comicios, las leyes penales especiales que trataban del asunto dejaban en libertad al magistrado que ganaba el litigio para que, excepcionalmente y como compensación de su trabajo, que si era beneficioso para la comunidad también era muy ingrato y penoso, en vez de entregar al Erario el dinero procedente de las multas, lo destinara a fines sacrales, pero de manera que mediante tal judicación *in sacrum*, viniera a quedar empleado en beneficio del propio magistrado, lo mismo que lo hacían los jefes del ejército con el botín de guerra. Haciendo los ediles uso de estas atribuciones suyas, embellecieron frecuentemente o construyeron con el producto de estos fondos procedentes de procesos, los templos de la ciudad de Roma, y también organizaron y dieron muchas veces con dicho dinero fiestas populares en honor de los dioses. En las ordenanzas municipales estaba precisamente mandado que los magistrados habían de dar el destino de que acabamos de hablar a los dineros procedentes de las referidas multas penales o a una parte de ellos. Durante el Principado ya no se hacía uso de esta autorización, condicionada por la demanda interpuesta ante los Comicios.

Quédanos todavía por decir a qué cajas públicas iba a parar el producto de las multas penales de referencia, o lo que es igual, hasta qué punto ese dinero, en vez de ser entregado en el Erario, ingresaba en las cajas especiales de los templos, y posteriormente en el fisco imperial.

Tocante al empleo en fines sacrales de las adquisiciones pecuniaras o patrimoniales que por causas de delito hiciera la comunidad, podemos remitirnos a lo que ya tenemos expuesto. En los tiempos antiguos, la comunidad dedicaba regularmente a los dioses estas ganancias poco agradables (p. 556-57). Pero en los tiempos históricos ya no se hacía uso de la aplicación para fines sacrales. Los dineros penales que los ediles retenían con el propósito de aplicarlos a estos fines había que emplearlos en algo conforme a su destino, y en los tiempos posteriores del Imperio, una parte cuando menos de las multas impuestas por violación de sepulturas y otros actos análogos iba a parar a la

caja de los pontífices; sin embargo, lo más corriente era que los intereses adquiridos por el Estado por motivos de delitos ingresaran en la caja del Estado.

Según el régimen propio del Principado, el príncipe no tenía derecho a percibir ninguno de los ingresos de la comunidad sino en cuanto los mismos le estuvieran destinados especialmente a él, lo cual no sucedía con los fondos procedentes de adquisiciones penales. Era un efecto del carácter odioso de tales ingresos el que, si bien en los casos concretos se destinaba a menudo al emperador el producto de las multas penales, sin embargo, nunca se decretaba este destino de una manera directa y general. No hay nada más cierto que el ingresar en la caja privada (*fiscus*) del emperador los bienes hechos efectivos y los dineros procedentes de sentencias penales, aun cuando en realidad no fuese una cosa que saltara mucho a la vista ni tuviera demasiada importancia, sin embargo, no dejaba de ser una usurpación bajo el respecto jurídico. Augusto se abstuvo, por excepción, de semejantes usurpaciones, lo mismo que hizo también Tiberio durante los mejores años de su reinado. Respetaron el principio también Trajano, Adriano y aun Marco; si Tiberio lo quebrantó durante la época de su mando despótico, y a partir de entonces faltaron a él innumerables veces los soberanos, incluso los mejores, sin embargo, el principio continuó sin ser derogado. Esta derogación del mismo es probable que la llevara a cabo aquel emperador, cuyas confiscaciones colectivas superaron los límites a que habían llegado las de todos sus antecesores y a que llegaron las de sus sucesores, esto es, el emperador Severo. La jurisprudencia de los tiempos posteriores a él enseña regularmente que los bienes procedentes de multas y sentencias penales deben ir a parar al fisco. Lo opuesto a este, o sea el Erario, perdió inmediatamente después su anterior importancia, descendiendo al rango de una caja local del Estado, de índole accesoria, y en cambio la caja del emperador, que nominalmente era una caja privada, vino a convertirse en realidad en la caja del Reino.

En los casos de ejecución de las penas de confiscación de bienes en beneficio del Estado, los directores del Erario tenían alguna participación durante la época republicana, según ya hemos visto (p. 631), supuesto que ellos eran los que tenían que reclamar y percibir los créditos líquidos de esta especie que hubiera, lo mismo que todos los demás créditos de la comunidad, y a ellos les incumbía también la realización de los bienes del concursado una vez declarado el concurso por el juez penal. En principio, cuando menos durante la primera época del Imperio, el estado de cosas acerca del particular continuó siendo el mismo. Pero una vez establecido el Principado, hubo de trasladarse a los nuevos monarcas y a sus procuradores el derecho de

percibir los créditos de la comunidad, lo que trajo consigo una agravación muy sensible, aun cuando solo fuera de hecho y no de derecho, del procedimiento a que nos referimos, ya de por sí fuertemente gravoso y opresor, contribuyendo esto seguramente a despertar la odiosidad que, sobre todo en los tiempos posteriores, se sentía hacia los procuradores subalternos del emperador, o sea hacia los *Caesariani*, de tan mala fama. Para los casos peores, los de embargo o confiscación de bienes, ya fuese decretado ese embargo por sentencia judicial, ya originado por insolvencia del obligado a hacer una prestación, parece que el procedimiento se modificó en principio, al menos en el derecho de los posteriores tiempos del Imperio. Los bienes de las personas vivas no podían ser embargados tampoco ahora sino en virtud de una providencia judicial que implícita o expresamente decretase dicho embargo, providencia que, a lo que parece, el juez penal que la hubiera dictado ponía oficialmente en conocimiento del correspondiente procurador. Por el contrario, para proceder al embargo de bienes después de la muerte del culpable, sobre todo si este se hubiera suicidado después de estar confeso o pendiente todavía la causa (p. 280), y principalmente cuando se llevaban a efecto las consecuencias de la perduelión después de la muerte del *perduellis* (p. 621), y, por lo tanto, cuando no se imponía efectiva y realmente la pena capital, parece que no se dictaba sentencia penal de ninguna clase, sino que lo único que se hacía era proceder a la confiscación del caudal relicto por el difunto, sencillamente como si se tratara de un proceso fiscal en que fueran partes, de un lado, los herederos del reo o cualesquiera otras personas que poseyeran sus bienes, y de otro lado los funcionarios imperiales de Hacienda, a los cuales correspondía de derecho la facultad de resolver el asunto. Además, aun en los casos en que a estos funcionarios solamente les competía la facultad de proceder a incautarse de las cantidades impuestas por vía de pena o del patrimonio del sujeto, eran ellos realmente los que se arrogaban el derecho de dar la resolución, siendo tantos y tan extensos los abusos cometidos en la materia, que llegaron a convertirse en sistema y a hacerse perdurables, como nos lo demuestran las repetidas leyes que se promulgaron con el intento de reprimirlos.

Cuando la pena de privación de bienes patrimoniales no pudiera ser ejecutada por carecer de ellos el culpable, se la sustituía regularmente, según las prescripciones de la época posterior, por la de castigos corporales, si los reos fueran individuos no libres y pobres (p. 607), y algunas veces por la condena a las minas.

Toda pena de privación de bienes, lo mismo las de derecho público que las de derecho privado, quedaba extinguida si el culpa-

ble moría antes que fuera interpuesta la correspondiente acción (p. 415). Exceptuábanse los casos de perduelión (p. 374 y 621) y herejía (p. 383), por cuyos delitos se podía ejercer la acción penal aun después de muerto el delincuente, y también se exceptuaban aquellas acciones que entraban en el campo del derecho penal sin pertenecer a él propiamente, por no tener su origen en delitos, las acciones en causas *de repetundis*, las cuales, por su esencia, entraban en la esfera de la *condictio* (p. 455), y todas las demás acciones semejantes, enlazadas anómalamente con el *furtum* (p. 469). Pero si los herederos del culpable no tenían obligación de prestar la indemnización correspondiente al delito cometido por este, en cambio podía ejercerse contra ellos una acción civil de índole no delictiva, para pedirles la devolución de los bienes que hubieran adquirido del premuerto, y los cuales procedieran del delito ejecutado por el mismo (p. 468). De igual manera podía también quedar obligada la comunidad a hacer entrega de las adquisiciones que hubiera hecho por causa de delito.

CAPÍTULO XII

DESIGUALDADES LEGALES EN LA IMPOSICIÓN DE LAS PENAS Y ARBITRIO JUDICIAL

La igualdad de las personas ante la ley penal podía sufrir dos clases de restricciones: de un lado, en cuanto la pena impuesta al reo podía ser distinta, por ley o por costumbre, según la distinta condición de las personas; de otro lado, en cuanto los jueces tenían facultades, reconocidas por la ley o por la costumbre, para elegir, de entre varias formas de penalidad, la que mejor les pareciese, al paso que también la ley marcaba distintos grados en las penas señaladas por la misma. A lo primero le damos la denominación de «desigualdades legales en la imposición de las penas», y a lo segundo, la de «arbitrio judicial».

La llamada por los doctores del derecho conmutación penal hay que referirla a la desigualdad legal en la imposición de las penas. La conmutación de las penas era contradictoria con la propia naturaleza de esta; la pena que no pudiera ejecutarse no se ejecutaba. Con esta expresión de «conmutación de la pena», expresión cuando menos equívoca y poco apropiada, se quería dar a entender que el medio penal de que se hiciera uso había de poder ser ejecutado, es decir, que había de ser compatible con la situación personal y patrimonial del delincuente, por lo que era imposible imponer la pena de privación de la libertad a un individuo que careciera de esta última, ni la de pérdida de la ciudadanía a uno que no fuera ciudadano, ni, sobre todo, la de privación de bienes patrimoniales a quien careciera del derecho de tener patrimonio, o al que solo de hecho se hallara desprovisto de él. Según esto, las leyes, al regular la imposición de las penas referidas, habían de tomar en consideración la posibilidad de que las mismas hubieran de ser ejecutadas; y para el caso de que tal ejecución fuera imposible legalmente, o aun solo de hecho, se hacía preciso que pensarán en disponer con qué otras penas habían de ser estas remplazadas.

Las desigualdades legales en la imposición de las penas son inconciliables con la esencia ética del derecho penal. El delito va unido

al hombre, y si bien deben tenerse en cuenta las diferencias que la naturaleza humana ofrece de unos individuos a otros, en cambio, la condición de los ciudadanos como tales dentro del Estado, ni puede ser motivo de culpabilidad para el homicida o el ladrón, ni tampoco fundamento para exculparles. La comunidad romana respetó este principio en cuanto al concepto del delito se refiere (p. 46 y ss.); pero como era imposible prescindir de la circunstancia en virtud de la cual ciertas penas decretadas por la ley eran inaplicables a algunos individuos considerados capaces de cometer delitos, tales como los esclavos, los cuales ni podían ser privados de la libertad, porque carecían de ella, ni tampoco de sus bienes, porque la ley les impedía tenerlos, no hubo más remedio que regular de diferente manera la punición de los individuos libres y la de los no libres. En efecto, según el Código de las Doce Tablas, a los autores de la más grave categoría de hurto, del manifiesto, si eran hombres libres se les convertía en esclavos, y si eran esclavos se les condenaba a muerte (p. 465); y aun cuando las noticias que la tradición nos ha transmitido sobre el particular no nos permiten conocer suficientemente y en el pormenor lo que sucedería, parece que todavía en el derecho penal de los tiempos posteriores había numerosos delitos —como se ha visto en el libro cuarto cuando hemos tratado de ellos en particular¹, y como podrá verse en el breve resumen que colocamos al final de este capítulo— que si eran cometidos por esclavos llevaban una pena modificada, que era siempre mayor que la ordinaria. En el curso del tiempo las desigualdades legales entre libres y esclavos fueron acentuándose más y más, como nos lo demuestra, por ejemplo, la materia relativa a las formas de ejecución de la pena de muerte: la crucifixión, que en algún tiempo fue la forma general de ejecución de esta pena, la ejecución «según las costumbres de los antepasados», se convirtió en los tiempos posteriores en una forma de ejecutar solo a los esclavos.

Por el contrario, la igualdad de todos los ciudadanos libres ante la ley fue un principio al que jamás se faltó durante la República. Es claro que lo que todo orden jurídico debe evitar, pero ninguno es capaz de evitarlo completamente —a saber: que, no obstante que a igual delito corresponda igual pena, sea distinta la gravedad con que unos y otros individuos son castigados, por efecto de la diferente posición social de los mismos—, fue una cosa que ocurrió en Roma como ocurre en todas partes, y que quizás ocurriera en Roma con intensidad ma-

¹ Homicidio: p. 400 y 408; castración: p. 403; rebelión: p. 413; falsificación de testamentos y de moneda: p. 421 y 423; adulterio: p. 396 y 434; pederastia: p. 440; hurto: p. 465; plagio: 482-483; injuria: p. 493.

yor que en cualquier otro sitio; sin embargo, no hay ninguna ley penal de la época republicana que establezca diferencias entre ciudadanos.

Mas durante el Principado se introdujo una distinción entre unos ciudadanos y otros, por el respecto penal, semejante a la que ya existía entre los esclavos y los individuos libres. Esa distinción estribaba en el hecho de existir, desde los tiempos de Augusto, una doble nobleza: la nobleza hereditaria, compuesta de los senadores del Reino, y la nobleza personal, compuesta de los caballeros romanos, lo que trajo consigo una contraposición entre estas dos clases privilegiadas y los demás ciudadanos, contraposición que expresaba el lenguaje de la época del Imperio llamando a aquellas dos clases *uterque ordo* y a los demás ciudadanos *plebs*. El número de personas pertenecientes a estas clases privilegiadas creció bastante por lo que al orden penal se refiere, formando parte del mismo, desde tal punto de vista, las siguientes categorías de individuos:

1ª La clase de los senadores del Reino abarcaba, según las disposiciones de esta época, no solo los senadores propiamente dichos, sino también sus descendientes agnaticios, hasta el tercer grado, y las mujeres de estos.

2ª A partir de Augusto, época en que quedó abolido el límite máximo que había existido durante la República para el número de personas que podían tener el caballo de caballeros y pertenecer al orden de tales, los emperadores concedieron el derecho de disfrutar de dicha condición, aunque siempre de un modo vitalicio, no hereditario, principalmente a los oficiales militares y a los funcionarios de la casa imperial, con lo que se formó una clase de nobleza personal paralela a la hereditaria de los senadores, nobleza personal constituída esencialmente por funcionarios. El emperador Marco introdujo una doble categoría de modificaciones en esta clase privilegiada, confiriéndole, de un lado, el carácter de hereditaria, lo mismo que la de los senadores, hasta el tercer grado, y fijando, por otra parte, tres clases de caballeros, no exentos ciertamente de la aplicación de las leyes penales, pero que sí gozaban de otros privilegios, sobre todo de rango, y eran: los *viri eminentissimi*, los *viri perfectissimi* y los *viri egregii*, las cuales clases se referían ante todo, a la categoría de los funcionarios; pero como poseían de por vida el título de caballeros, título que se daba también a algunos que no eran funcionarios, resultaba que eran a la vez como tres clases sociales de rango superior. Estos caballeros son los que en tiempos posteriores encontramos a menudo denominados «funcionarios antiguos», *honorati*. Además de las tres nuevas clases de que acabamos de hablar, se conservó la clase de los *equites Romani*, la cual era inferior a la de los *honorati* y, a lo que parece, solo existía en la ciudad de Roma.

3ª Los soldados y los veteranos y los hijos de unos y otros ocupaban un lugar intermedio entre las clases anteriores y las que a continuación se mencionan.

4ª Finalmente, formaban parte de estas clases privilegiadas los consejeros municipales de las ciudades del Reino. Así como en el Reino todos los ciudadanos que no pertenecían al *uterque ordo* constituían, frente a este, la *plebs*, así también en cada ciudad del Reino el *ordo* —aquí no había más que uno— tenía frente a sí la ciudadanía municipal, que era la *plebs* de la ciudad. Ya desde los comienzos del Imperio les fueron reconocidos, según parece, a estos consejeros municipales y a sus descendientes los privilegios penales de que disfrutaban las clases anteriormente mencionadas. Los decuriones ocupaban un lugar más abajo que los *honorati* y aun que los *equites Romani*, pero cerca de estos.

Las personas privilegiadas de que acabamos de hablar solían ser designadas técnicamente con la denominación de personas de rango, *honestiores*, y a los demás individuos libres que formaban la clase opuesta a ellos se les llamaba, unas veces *plebeii*, otras *humiliores* y otras *tenuiores*. El patrimonio y la educación de las personas no tenían nada que ver con los privilegios por razón de rango. Estaban separadas de un modo tan acentuado las dos categorías de individuos, que a las personas de rango se las podía degradar y hacer descender a la clase de plebeyos.

Para la aplicación de los privilegios penales correspondientes a las personas de rango, se atendía al tiempo de la comisión del delito, no al de la pronunciación de la sentencia. Los códigos suelen referirse, en la concesión y el reconocimiento de tales privilegios, a los decuriones preferentemente, lo cual era debido, ante todo, a la circunstancia de que estos eran los que formaban el grupo inferior de las personas privilegiadas, por lo cual lo que de ellos se dijera podía de igual modo aplicarse a los grupos superiores, ya que estos grupos superiores no disfrutaban de ningún nuevo privilegio más que los inferiores. Ya estos privilegios a que nos referimos, y a los cuales se dio a menudo gran amplitud, se oponían a la igualdad jurídica de las diferentes personas; sin embargo, las líneas divisorias entre las clases pueden ser trazadas con bastante seguridad por lo que al derecho penal se refiere, como lo muestran en términos generales las leyes. Según una constitución de Adriano, la pena de muerte no podía imponerse a los decuriones más que en el caso de parricidio —debiendo añadirse que dejando también aparte los delitos de lesa majestad—; cuando en épocas posteriores se exacerbó el sistema penal, este principio no fue respetado, pero a los gobernadores de provincia se les encargó que, salvo en el caso de exigirlo el estado de necesidad, dicha pena

no hubiera de ser ejecutada en los individuos privilegiados sino después de haberla confirmado el emperador. Además, estas clases privilegiadas de personas estaban por la ley libres de la ejecución de la pena de muerte en forma de crucifixión (p. 566) y en forma de fiesta o espectáculo popular (p. 569), como también de la condena a las minas (p. 585) y de los trabajos forzados (p. 586), de los castigos corporales (p. 607) y de que se les aplicara el tormento como medio de prueba (p. 587).

Las desigualdades legales en la aplicación de la pena a los libres y a los no libres eran tan antiguas como la misma Roma. Las desigualdades legales en la aplicación de la pena a los nobles y a los simples ciudadanos se remontan, como ya hemos dicho, a los tiempos de Augusto y de Tiberio, supuesto que el primero de estos emperadores abolió la igualdad de derecho, que había sido el producto de la secular lucha de clases, mediante la creación de la nueva nobleza hereditaria y de la nueva nobleza personal; y el segundo dio forma y expresión en el orden penal a la antítesis entre ciudadanos de clase superior y ciudadanos de clase inferior, mandando que los trabajos forzados solo pudieran imponerse a estos últimos y no a los primeros. Pero el sistema así implantado no llegó a adquirir firmeza y desarrollo completos hasta las generaciones posteriores; las disposiciones del emperador Marco acerca de la aplicación del tormento (p. 587) fueron las que contribuyeron de una manera esencial a establecer una separación marcada entre las dos categorías de personas a que nos referimos.

El arbitrio judicial, es decir, la facultad concedida a los jueces para elegir de entre varias formas de penalidad o de entre distintas prescripciones penales, la que mejor les pareciera, era una cosa de tal modo inherente al sistema de la coercición —cuyo más esencial elemento, la pena de multa, tomaba precisamente su nombre de la potestad que de aumentarla a su arbitrio tenía el magistrado— como contradictoria era al derecho penal primitivo. En el cual no se conocían ni penas arbitrariamente alternativas, de entre las cuales pudiera el juez elegir con libertad la que mejor le pluguiese, ni penas subsidiarias, esto es, penas que la sentencia judicial determinase que se debían aplicar en segundo término; en este sistema se carecía completamente de medida de tiempo, y parece que la medida pecuniaria solo se empleaba o con relación al valor de la cosa o traduciéndola en cifras. Por eso, parece también que la forma del juicio consistía fundamental y primariamente en establecer y comprobar la existencia del delito (p. 284), viniendo luego la pena como una necesaria derivación de este hecho.

Es probable que el mismo principio dominara de un modo absoluto y sin excepción alguna en el procedimiento público primitivo, y

que ni en el juicio de perduelión seguido por los duumviros ni en el de parricidio sustanciado por los cuestores pudiera hacerse otra cosa sino absolver al inculpado o condenarle a pena capital. Aun cuando la costumbre concedía facultades al juez para que determinase a su arbitrio el tiempo y la forma de la ejecución, sin embargo, no podía ser considerado como un castigo alternativo el elegir, por ejemplo, entre la crucifixión y la hoguera. Por el contrario, la tradición nos presenta el juicio penal plebeyo como dependiente desde un principio del arbitrio del magistrado que ejercía de acusador. La constitución plebeya es la que dio origen al arbitrio judicial, ya porque los tribunos del pueblo tenían facultades para elegir entre la pena capital y la de multa, ya porque la imposición de esta última implicaba necesariamente que fuese el juzgador quien a su discreción fijara la cuantía de la misma. Es indudable que los juicios de rendición de cuentas seguidos ante los tribunos se sustanciaban, luego que concluyó la lucha de clases, en esta forma, como lo es asimismo que en los procesos penales donde intervenían los ediles no se conoció ninguna otra. Sin embargo, por lo que a los tiempos primitivos se refiere, la tradición no nos ha trasmitido prueba alguna tocante al particular. Quizá en la época de la guerra civil se dictaron reglas en virtud de las cuales cada una de las dos clases de patricios y plebeyos tuviese su privativo juicio penal capital: el de los primeros, con sentencia dictada por el magistrado, con derecho de provocación a los Comicios, con intervención del magistrado en la ejecución de la sentencia; el de los segundos, con sentencia dictada por los tribunos del pueblo que no pertenecían a la magistratura, con apelación al concilio de la plebe, ejecutando la sentencia los tribunos, o bien invitándose a los plebeyos para que se encargasen ellos de ejecutarla. Las Doce Tablas reservaron el conocimiento en última instancia de los procesos capitales a las centurias, mientras que, según todas las apariencias, permitieron que en primera instancia intervinieran tanto los magistrados patricios como los jefes o representantes de la plebe; en cambio, los restos de ese antiguo Código que hasta nosotros han llegado no nos dicen nada acerca de las multas impuestas por los tribunos del pueblo. Es posible que se reconociera a estos, implícita o explícitamente, el derecho de conocer de ellas, juntamente con las causas capitales. Pero ya hemos dicho en el capítulo anterior (p. 625-626) que es lo probable que los juicios públicos de multas no existieran todavía cuando se formó el Código de las Doce Tablas, o que por lo menos no tuvieran aún la plenitud de su validez y desarrollo. Hasta más tarde, aun cuando quizás no mucho después, no aparecieron los juicios por multas, e hicieron esta aparición con el carácter de procesos políticos atenuados y menos rigurosos que los demás, tomando como base, al efecto, el que la ley ni los había

prohibido, ni tampoco había atribuído la resolución de los mismos a las centurias; como las acusaciones capitales cuyo conocimiento confiaba la ley a los tribunos del pueblo eran muchas, es posible que alguna disposición legal les autorizara para poder convertir en procesos de multas los que de entre aquellos creyeran que debían ser atenuados, aun cuando lo más probable es (p. 625-626) que fuesen los propios tribunos quienes introdujeran a su arbitrio tal modificación.

El derecho penal privado de las Doce Tablas excluía el arbitrio judicial. El valor de la cosa, o lo que es lo mismo, la reparación del daño causado en los casos de delitos privados, era un concepto objetivamente fijo, y el cómputo de ese valor no se juzgaba ser un hecho por el cual determinaba el juez la medida de la pena. Cuando para la imposición de la pena no fuese suficiente el valor de la cosa, o este valor no fuera aplicable al delito en cuestión, la ley misma regulaba el arbitrio cuya intervención era ahora inevitable, disponiendo, ora la imposición de un múltiplo del valor de la cosa, ora otra indemnización penal, ora precisamente una cantidad fija en dinero. El arbitrio judicial que en esta esfera y para estos efectos correspondía a los jurados empezaron estos a ejercerlo seguramente a partir de la época de las Doce Tablas, y su aparición primera fue debida, sin duda alguna, al hecho de que se consideraba insostenible la legislación vigente acerca de las injurias. La circunstancia de que la misma determinara que el magistrado o el acusador habían de tasar de antemano el valor de la reparación pedida, nos demuestra cómo aun aquí se hicieron esfuerzos por poner restricciones al arbitrio judicial; pero lo que con ello se consiguió fue no más que ese arbitrio se trasportara a otro lugar. Si se exceptúa el campo de las acciones por injuria, al arbitrio de que tratamos se le dejó muy poca amplitud durante la República en la materia de procedimiento privado por causa de delito.

El sistema de las *quaestiones* siguió también en esto los principios del derecho y del procedimiento privados; cuando al imponer la pena era preciso fijar su duración o su cuantía pecuniaria, la ley misma era la que daba la medida correspondiente.

Por el contrario, en los tiempos del Principado fue el arbitrio judicial adquiriendo cada día mayor dominio, así en los procesos penales públicos como en los privados, hasta el punto de dar en tierra con el orden jurídico, del cual no hacían los jueces ningún caso. La misma ciencia del derecho sentó, con respecto a los dos tribunales superiores, el de los cónsules con el Senado y el del emperador, la regla según la cual gozaban de atribuciones para aumentar o disminuir a su arbitrio las penas señaladas por la ley, y, sobre todo, el último de estos tribunales hizo en la práctica un uso amplísimo de semejante autorización. Los altos tribunales constituídos por delegación del em-

perador no pudieron menos de disfrutar también de tales exenciones legales, aunque con menor extensión que los otros dos citados; al que, sobre todo, alcanzaban era al tribunal del prefecto de la ciudad, cuya competencia propiamente administrativa fue usurpando cada vez más y más la jurisdicción de los altos tribunales de los pretores de la ciudad de Roma, y en buena parte también la correspondiente a los altos tribunales de los gobernadores de las provincias. Durante esta época entró a formar parte del sistema penal la relegación, y como desde antiguo había sido un medio coercitivo, y, en tal concepto, siempre que se aplicaba era el magistrado quien señalaba en cada caso concreto su duración, al utilizarla ahora los tribunales siguieron imponiéndola con igual arbitrio discrecional que antes la caracterizara. Lo propio debe decirse tocante a la duración de los trabajos forzados, pena nueva introducida también en esta época. En el siglo III se exacerbaron y aumentaron mucho las penas, y esta exacerbación y, sobre todo, la extensa aplicación que se hizo en especial de la de muerte, estaban rodeadas de tal vaguedad e indeterminación, que, precisamente cuando se trataba de aplicar los medios penales más severos, era cuando al arbitrio judicial se le ponían menos restricciones. La causa, hasta cierto punto justificada, de que las penas reguladas por la ley fuesen remplazadas por el arbitrio judicial, dependía menos del cambio experimentado por las relaciones de la vida que del hecho de considerarse ya muy anticuados los delitos privados y, especialmente, los delitos contra la propiedad, efecto del estancamiento completo de las leyes (p. 90-91), cosa que es probable ocurriese ya en la misma época republicana. Se hizo indispensable trasladar una gran parte de los delitos de referencia al campo del procedimiento penal público, y la traslación fue un efecto, por una parte, de la injerencia de las autoridades, injerencia impuesta por la misma fuerza opresora de las circunstancias y la cual realizaban en los casos más importantes los mismos monarcas personalmente, y, por otro lado, de que las resoluciones dadas en tales casos por las autoridades eran invocadas como precedentes para la decisión de otros casos posteriores más o menos análogos.

Estos casos y resoluciones eran poco adecuados para ser objeto de unificación y sistematización científica, con lo que se originaron aquellas categorías de delitos a que las fuentes del derecho romano dan el nombre de extraordinarios (p. 134 y ss.), categorías que hacen muy poco honor a la jurisprudencia de tal pueblo y que desde el punto de vista científico no tienen valor alguno. Estos delitos extraordinarios, ni tenían un concepto fijamente determinado en la ley, ni mucho menos todavía una pena señalada por esta; lo que respecto de ellos encontramos en los tratados de derecho, y aun en las constituciones imperiales, no es más, en esencia, que algunas reglas directrices del ar-

bitrio judicial, y aun estas tan indeterminadas a menudo, que es como si no existieran, como en efecto pasa acerca de no pocas materias. Sin duda alguna, aun en esta época, continuaba siendo obligatoria la ley penal para los jueces. No puede admitirse de ninguna manera la afirmación de que, en los tiempos posteriores, todo juez penal tenía facultades, si no para imponer una pena superior a la decretada por la ley, sí cuando menos para imponer una inferior; la facultad de apartarse de la ley penal continuaba siendo, lo mismo que la gracia, una prerrogativa del poder soberano del Estado, y toda otra autoridad tenía que someterse, en cuanto al particular, al beneplácito de este poder. De hecho, sin embargo, solo tenían vigencia aquellas leyes penales que no solo hubieran sido promulgadas con carácter obligatorio, sino que además permanecieran teniendo plena eficacia jurídica, cosa que no sucedía ya en los tiempos posteriores con la mayoría de las leyes fundamentales dadas en la época de Sila y en la de Augusto. Era imposible que el «procedimiento ordinario» cayera completamente en desuso (p. 134-135) sin que quedara privado de fuerza el derecho sustantivo; y si las prescripciones penales de las épocas mencionadas se cumplían en algún modo, es que las mismas, no solamente no estaban anticuadas para muchos casos, sino que no habían sido remplazadas por otras legalmente fijadas. La mayor parte de las decisiones se fundaban en los casos concretos en las constituciones dadas por los emperadores sobre asuntos de derecho penal, y claro es que la aplicación analógica no podía ser fija y uniforme. Por lo tanto, las prescripciones penales contenidas en la literatura jurídica de la época de los emperadores y en los Códigos de Justiniano solo tenían, para los tribunales penales de los posteriores tiempos, un valor predominantemente directivo e indicador; no habían quedado por completo abolidos los preceptos del derecho antiguo, pero tampoco tenía el juez obligación estricta de aplicarlos, pudiendo en cada caso concreto hacer uso de su discrecional arbitrio, en especial para disminuír la pena señalada por la ley.

Los elementos que el juez penal había de tener en cuenta para fijar a su arbitrio, dentro de los límites trazados por la ley, la pena correspondiente a cada caso, eran: por una parte, la posibilidad y la conveniencia de aplicar esta o la otra forma de ejecución penal, principio que debía tenerse presente sobre todo cuando se trataba de ejecuciones de la pena de muerte en espectáculos populares, o entregando los reos a las escuelas de esgrima o a las de caza, y en general siempre que hubieran de ser llevados a algún establecimiento público; por otra parte, la índole ética del delito, por cuanto el juez podía encontrar distinta culpabilidad según la diferente gravedad moral del hecho, y también podía medir la pena en atención a los efectos que la misma había de producir sobre el condenado o sobre el público.

Vamos ahora a exponer en un cuadro, lo más breve posible, la doctrina que nos han transmitido las fuentes del derecho romano acerca de la agravación o la atenuación de las penas, dándole cierto carácter de aplicación general, aun cuando la mayor parte de ella es tan clara y casi siempre está formulada con tal amplitud y generalidad, que no parece indispensable hacer objeto de explicaciones especiales ni una sola de sus evidentes reglas. Naturalmente, los varios elementos antes mencionados, que el juez podía tener en consideración para agravar o atenuar las penas, no tenían que ser objeto legalmente de un examen particular en cada caso concreto; este examen, sin embargo, tuvo que ser de hecho verificado con mucha mayor frecuencia que aquella de que nos hablan las fuentes jurídicas.

1º La poca edad, en los casos en que no era causa de exclusión de la imputabilidad (p. 53), lo era de atenuación de la pena; esta circunstancia era suficiente para dar origen a la absolució*n*, a no ser que el agente hubiera tenido, no ya un conocimiento simple de la relación infringida, sino precisamente aquel conocimiento del derecho que servía de base al dolo necesario para el delito, que es lo que sucedía en los casos menos graves de incesto. También podía tenerse en cuenta la edad para fijar la medida de la pena, aun con respecto a los reos que hubiesen ya traspasado los límites de la mayoría penal.

2º A las mujeres se las castigaba a menudo con menos severidad que a los hombres, por razón de su sexo.

3º La embriaguez era causa de atenuación de la pena.

4º Igual hay que decir, a lo menos en algunos casos, del afecto.

5º La infamia del agente era circunstancia agravante.

6º La mera tentativa de delito se castigaba con menos gravedad que el delito consumado (p. 68).

7º La menor intensidad demostrada en la ejecución del hecho punible era causa de atenuación de la pena (p. 70).

8º Cuando el delito se ejecutase por un móvil moral, podía ello ser circunstancia eximente.

9º El cometer el delito en el ejercicio de un cargo público era causa de agravación.

10. El delito cometido por el esclavo en virtud de órdenes de su señor se castigaba menos severamente que si no hubiera mediado esta circunstancia (p. 54). Este principio era también aplicable a los hijos de familia.

11. Mientras que en el círculo del derecho privado el consentimiento de la víctima privaba al hecho de su carácter delictuoso, en el derecho público no sucedía así, castigándose incluso la ayuda prestada a un suicida para llevar a cabo su designio, aun cuando no hay duda que dicho consentimiento era circunstancia atenuante.

12. Hay vestigios que demuestran que en algunos casos en que había que hacer uso de un procedimiento penal severo o de la punición doméstica se limitaba o se dejaba de imponer la pena pública.

13. El delito ya consumado —y la consumación era un elemento del concepto del delito— no podía borrarse porque el agente se abstuviera de llegar a cierto límite o porque tratara de evitar o reparar las consecuencias que el mismo pudiera producir o ya hubiese producido; en tales casos la pena no dejaba de imponerse sino cuando la ley lo ordenaba de ese modo; verbigracia en el caso de falsificación de moneda. En los delitos de intención o de pensamiento se le permitía al condenado retractarse antes de la ejecución de la pena, y si se retractaba no se le imponía esta; mas semejante particularidad debe ser considerada como un indulto condicional.

14. La reincidencia era causa de agravación de la pena.

15. La frecuencia en la comisión del delito hacía necesario castigar este con mayor rigor, a fin de intimidar a los delincuentes.

Vamos a concluir este capítulo exponiendo una lista o cuadro de las penas de que habla el jurisconsulto PAULO en su resumen del derecho criminal romano, resumen que es de presumir fuera escrito en tiempo del emperador Alejandro Severo (222-235), y el cual seguramente no ha llegado completo hasta nosotros; haremos también indicación de los delitos correspondientes a las mencionadas penas, y además señalaremos las tres clases de personas a que las mismas se aplicaban, o sea las de clase superior, las de clase inferior o humilde y los esclavos; advirtiendo respecto del particular que cuando este dato no sea seguro y sí solo presumible pondremos un asterisco. Creemos conveniente limitar a esto nuestra ojeada general, para no confundir cosas desemejantes; respecto de la manera, no regularmente segura, de entender las palabras tradicionales, y, en general, respecto de cuantos detalles y particularidades no tengan cabida suficiente en esta tabla, nos remitimos a la doctrina expuesta en el libro IV.

I.—Pena de muerte en formas agravadas (crucifixión, hoguera, suplicio en espectáculos populares):

1º En general y absolutamente:

Incendio en la ciudad, con ocasión de motín o tumulto (p. 517)	5, 3, 6
Robo de templos con armas y de noche	5, 19
Pasarse al enemigo	5, 21 A, 2
Filtro amoroso con éxito mortal	5, 23, 14
Magia de la peor especie	5, 23, 15. 17
Parricidio	5, 24

2º Absolutamente, para las personas de clase inferior:

Sublevación popular	5, 22, 1
Homicidio	5, 23, 1. 16
Magia de especie inferior	5, 23, 16
Delitos de lesa majestad	5, 29, 1

3º Alternativamente con la condena a las minas, para las personas de clase inferior:

Violación de sepultura	5, 19 A
Falsificación de moneda y otras falsificaciones	5, 25, 1
Robo de hombres	5, 30 B, 1

4º Absolutamente, para los esclavos:

Interrogación al oráculo sobre cosas relativas al señor	5, 21, 4
Auxilio prestado para violar mujeres o muchachos	5, 4, 14

II.—Pena de muerte simple:

1º En general y absolutamente:

Violación de domicilio con armas y violencia	5, 3, 3
Violación de mujeres y de muchachos	5, 4, 14
Incendio dentro de la ciudad	5, 20, 1
Magia con respecto al emperador	5, 21, 3
Circuncisión, pena del médico	5, 22, 3

2º Absolutamente, para las personas de clase superior:

Homicidio	5, 23, 1. 16
Magia de especie inferior	5, 23, 16
Delitos de lesa majestad	5, 29, 1

3º Absolutamente, para las personas de clase inferior:

Fundación de sectas	5, 21, 2
* Circuncisión de los no judíos	5, 22, 4
Castración contra la voluntad del castrado	5, 23, 13
Posesión de libros mágicos	5, 23, 18
Homicidio culposo por el médico	5, 23, 19
Falso testimonio	5, 25, 2
Uso indebido de signos indicadores de clase social superior	5, 25, 12
Coacción grave	5, 26, 1

4º Alternativamente con la condena a las minas o con los trabajos forzados a perpetuidad, para las personas de clase inferior:

* Hurto grave de animales	5, 18, 2
---------------------------------	----------

5º Alternativamente con la relegación:

* Influencia simulada para con las autoridades ...	5, 25, 13
--	-----------

6º Absolutamente para los esclavos:

Falsificación de moneda, y otras falsificaciones 5, 25, 1

III.—Condena a las minas, para las personas de clase inferior y para los esclavos:

1º Alternativamente con la pena de muerte agravada: I, 3.

2º Alternativamente con la pena de muerte simple, o con los trabajos forzados a perpetuidad: II, 4.

3º Absolutamente, para las personas de clase inferior:

Robo de templos, de día 5, 19
 Incendio de cosechas 5, 20, 5
 * Dar respuesta en el oráculo a las preguntas que sobre su señor hicieran los esclavos 5, 21, 4
 * Hurto de metales o de moneda 5, 21 A, 1
 Atentado contra el pudor sobre niños 5, 22, 5
 * Homicidio culposo 5, 23, 12
 Filtro amoroso 5, 23, 14
 Apertura de un testamento viviendo el testador ... 5, 25, 7
 Revelación de documentos procesales 5, 25, 8. 10
 Uso de documentos falsos 5, 25, 9
 Coacción leve 5, 26, 3

4º Absolutamente, para los esclavos:

Injurias graves 5, 4, 22
 Remoción de piedras limítrofes 5, 22, 2
 Usurpación de la libertad 5, 22, 6
 Robo de hombres 5, 30 B, 2

5º Alternativamente con la entrega para una escuela de gimnasia:

Homicidio voluntario 5, 23, 4

6º Alternativamente con los trabajos forzados a perpetuidad:

* Hurto de baños 5, 3, 5
 * Injuria criminal 5, 4, 8
 Incendio en el campo 5, 20, 2

IV.—Trabajos forzados a perpetuidad, para las personas de clase inferior:

1º Alternativamente con la pena de muerte o la condena a las minas: II, 4.

2º Alternativamente con la condena a las minas: III, 6.

3º Absolutamente:

Reincidencia en la vaticinación 5, 21, 1
 Remoción de piedras limítrofes 5, 22, 2

V.—Trabajos forzados temporales para las personas de clase inferior:

Hurto de ganados	5, 18, 1
Derribo de árboles frutales	5, 20, 6

VI.—Envío a una escuela de gimnasia, alternativamente con la condena a las minas, para las personas de clase inferior: III, 5.

VII.—Deportación, para las personas de clase superior:

1º Absolutamente:

Incesto, en el varón	2, 26, 15
* Injurias criminal	5, 4, 8
* Tentativa de violación de mujeres o de muchachos	5, 4, 14
Robo en los templos, de día	5, 19
Fundación de sectas	5, 21, 2
* Hurto de metales o de moneda (p. 649)	5, 21 A, 1
* Sublevación popular	5, 22, 1
* Pronunciación de sentencia con cohecho	5, 23, 11 c. 25, 2
* Circuncisión de los no judíos	5, 22, 4
Castración contra la voluntad del castrado	5, 23, 13
Posesión de libros mágicos	5, 23, 18
Falsificación de moneda y otras falsificaciones	5, 25, 1
Falso testimonio	5, 25, 2
* Pronunciación de sentencia contra una ley clara ..	5, 25, 4
Apertura del testamento en vida del testador	5, 25, 7
Uso de documentos falsos	5, 25, 9
Uso indebido de signos indicadores de clase social superior	5, 25, 12
Coacción grave	5, 26, 1
* <i>Ambitus</i> ejercido con coacción	5, 30 A

2º Alternativamente con el confinamiento:

* Calumnia	5, 4, 11
Pasquines injuriosos	5, 4, 15. 17
Violación de sepultura (p. 648)	5, 19 A
Reincidencia en la vaticinación	5, 21, 1

VIII.—Confinamiento, para las personas de clase superior:

1º Alternativamente con la deportación: VII, 2.

2º Absolutamente:

* Adulterio	2, 26, 14
Incendio en el campo	5, 20, 2
Incendio de cosechas	5, 20, 5
* Dar respuesta en el oráculo a las preguntas que sobre su señor hicieran los esclavos	5, 21, 4
* Circuncisión	5, 22, 3
Homicidio voluntario	5, 23, 4

Filtro amoroso	5, 23, 14
Homicidio culposo por el médico	5, 23, 19
Revelación de documentos procesales	5, 25, 8. 10
Coacción leve	5, 26, 3
Robo de hombres	5, 30 B, 1

3º Confinamiento o relegación:

Remoción de piedras limítrofes	5, 22, 2
Atentados al pudor contra los niños	5, 22, 5

IX.—Relegación, para las personas de clase superior:

1º Relegación o confinamiento: VIII, 3.

2º Absolutamente:

Derribo de árboles frutales	5, 20, 6
* Vaticinación	5, 21, 1
Sentencia judicial con cohecho	5, 28

X.—Separación del concejo municipal (además de otras penas):

Calumnia	5, 4, 11
Derribo de árboles frutales	5, 20, 6
Sentencia judicial con cohecho	5, 28

XI.—Castigos corporales para los esclavos:

Injuria leve	5, 4, 22
--------------------	----------

XII.—Remisión a las acciones civiles múltiples:

Daño en las cosas o sustracción en caso de motín o tumulto	5, 3, 1. 2
Incendio culposo	5, 3, 6 c. 20, 3
Abigeato	5, 18, 1. 3
Derribo de árboles frutales	5, 20, 6
Peculado	5, 27

No hacemos mención aquí de las penas de confiscación de bienes, ora total, ora parcial (p. 622), que llevaban consigo otras penas graves, hasta la de relegación perpetua inclusive. En el derecho penal propiamente dicho, apenas encontramos en esta época penas o indemnizaciones pecuniarias, de las cuales se hacía tan frecuente uso por la vía administrativa.

ÍNDICES

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS

—A—

- Abandono de la acción: 312.
Abigeato: 479.
Abogados: 422, 449.
Abolitio: 287;
 ex lege: 288;
 pena: 315;
 privata: 288;
 publica: 289, 315.
Aborto: 403.
Abuso
 de adstipulación: 513;
 de denuncias fiscales: 540;
 de derechos: 518-546;
 de justicia: 401;
 de medios coercitivos: 415;
 de poder: 411;
 del derecho de asociación: 539;
 del estado civil: 526;
 del procedimiento capital: 400;
 electoral: 520, 533-539.
Acción
 aquiliana: 512, 513;
 contra abogados: 449;
 de adulterio: 242;
 de cohecho: 48;
 de hurto: 48, 69;
 de indemnización: 470, 517;
 de injuria: 488, 491;
 de lesa majestad: 356, 476;
 de manumitente: 245;
 de peculado: 473;
 de perdución: 355, 476;
 de provocación: 302;
 de repetición: 446, 449;
 de repetundis: 133, 246, 248, 449, 445, 456;
 interpuesta: 228;
 noxal: 397, 468;
 penal pendiente: 287;
 por daños: 512;
 reivindicatoria: 468.
Acciones
 criminales: 243;
 penales: 246, 287-309;
 por injurias: 246, 496;
 de mala fe: 312;
 pretorias: 133, 627, 629;
 privadas: 313;
 provenientes de delito: 547-550;
 subsidiarias por causa de injusticias: 424.
Accusator: 451.
Accusare: 249.
Aceptación de dádivas: 441-456.
Acta: 323, 324.
Actio
 prima: 272;
 rerum amotarum: 470;
 secunda: 272;
 vi bonorum raptorum: 414.
Actiones perpetuae: 309.
Actos preparatorios del proceso: 256.
Acueductos: 497, 507.
Acumulación de acciones: 247.
Acuñar moneda pública: 474.
Acusación: 249-258, 311, 314;
 capital: 313;
 menor: 243;
 sustanciada: 296.
Acusado: 245.
Accusatio: 130, 224.
Acusador: 241, 310-316, 317-321;
 doloso: 313.
Addictio: 453, 465, 467.
Adivinación: 404, 531, 532.
Adjudicación: 465.
Administración de justicia: 33, 102, 152, 179, 180, 190.
Administrar justicia a senador: 194.
Admisión demandado: 251.
Adsessores: 98.
Adstipulación: 513.
Adulterio: 233, 235, 242, 339, 396, 431, 433, 436, 489, 492.
Advocati: 247.
Advocatus fisci: 227.
Aestimatio: 452.
Agentes: 441-456;
 in rebus: 211.

Agitaciones políticas: 375.
 Agravación de penas: 646.
 Alteración valor moneda: 474.
Altercatio: 275.
Ambitus: 147, 533, 534, 537, 538, 561, 616, 618.
 Amenaza de mal: 410.
 Aminoración de la pena: 579.
 Amnistía: 317.
Amovere: 458.
 Ampliación de pruebas: 272.
Amplius pronuntiare: 272.
Animadvertere: 563.
Animus: 66.
 Anonimato: 490.
Anquisitio: 116, 225, 227, 262.
 Anulación general: 289.
 Apelación: 186, 191, 292, 294, 297, 298, 308;
 ante comicios: 117;
 tribunicia: 187.
 Aplicación del tormento: 263.
Apparitores: 215, 257.
 Apreciación del procedimiento penal: 336.
 Apropiación
 de bienes ajenos: 446;
 indebida: 461;
 violenta: 459.
Apud acta: 325.
Arbitrari: 276, 279.
 Arbitrio
 del magistrado: 202;
 judicial: 637-651;
 militar: 23.
 Árboles: 511, 517.
 Arresto: 32, 202, 214, 591;
 en cárcel pública: 205;
 en casa privada: 205;
 militar: 210;
 provisional: 216, 217;
 público: 203.
 Arúspices: 533.
 Asesinato violento: 399.
 Asesino: 333.
 Asilo: 290.
 Asistencia jurídica: 241-248.
 Asociación: 539.
 Asuntos financieros: 186.
 Ataques a la libertad: 497.
 Atentados
 a la comunidad: 39;
 al pudor: 437, 488;
 contra las buenas costumbres: 530.
 Atentados contra la Constitución: 349.
 Atenuación de penas: 646.
 Atribuciones (presidentes de provin-
 cias): 353.

Attingere: 458.
Attrectare: 458.
Auferre: 458.
Augures: 531.
 Autodefensa: 246;
 de la comunidad: 40.
 Autodestierro: 49, 51, 579.
 Autoridades: 230;
 penales: 93-220;
 de clase: 104-200.
Auxilium: 295.
Avertere: 458.

—B—

Bandoleros: 229.
 Bases
 éticas del derecho penal: 335;
 jurídicas de la *condictio*: 448;
 (procedimiento acusatorio): 241-248.
 Bienes: 22, 32, 188;
 de los dioses: 471;
 robados: 75.
 Bigamia: 438.
 Bona
 caduca: 541;
 vacantia: 541.
 Borrar los límites: 505.
 Botín de guerra: 473.
 Buenas costumbres: 530.
 Burdeles públicos: 587.
 Búsqueda: 214, 464.
Busse. Véase: *Indemnización pública*.

—C—

Caedere: 388.
Caesariani: 196.
 Calamidades públicas: 240, 415.
 Calles: 523.
 Calumnia: 310, 311, 312, 424.
 Caminos: 523.
 Campo
 de acción de jurisdicción romana: 48;
 vencido: 158.
Candidatus: 534.
 Cántricos ofensivos: 489, 497.
 Capacidad
 de obrar: 53;
 para cometer delitos: 46, 58;
 penal de los muertos: 47.
Capitis diminutio: 560.
 Cárcel: 32, 562, 591-593;
 pública: 204, 205.
 Cargos públicos: 545, 615.
Carmen famosum: 489.
Carnifex: 565.

- Casación: 293, 302.
 Casación (sentencia de Comicios): 305.
 Castigos corporales: 559, 562, 606, 651.
Castra peregrina: 209.
 Causa
 colectiva: 451;
 criminal: 213-220;
 de delito: 123-128.
 Causas
 de incapacidad para ser jurado: 145;
 de repetundis: 149, 450, 451, 452, 454;
 penales: 171;
 contra vestales: 196.
 Celebración de juicios: 233-240.
 Cesación del cargo: 287.
Cestitium: 240.
 Citación
 legal: 218, 219;
 personal: 214.
 Ciudadanos: 355, 359.
Cives Romani Campani: 29.
 Clases de delitos: 228.
 Clasificación de delitos: 332, 334.
Clepere: 458.
 Coacción: 232, 262, 401, 410-417, 419;
 lícita: 410;
 violenta: 414.
 Coalición: 536.
 Cobranza de impuestos ilegales: 415.
 Codelincuencia: 68, 462, 463.
 Coercición: 202, 215, 225, 301, 330, 344, 370, 588;
 capital: 32;
 de magistrados: 24-35, 553;
 sin limitaciones: 28.
Coetus: 357.
Cognitio: 172, 224, 225, 230, 231, 241, 242, 262, 288, 294, 370.
Cognitor: 451.
 Cohecho: 48, 419, 424.
Colegium de los pontífices: 432.
 Colonos: 243.
 Comandantes de la guardia imperial: 181.
 Comercio
 carnal de una mujer: 232;
 internacional: 526.
 Comicios: 107-122, 353;
 centuriados: 118.
 Comienzo de la acusación: 249-258.
 Comités: 256;
 intra consistorium: 192;
 intra palatium: 192.
Commeatus: 602.
Commentarium: 323, 324.
 Comparecencia forzosa: 214.
 Competencia (juicios): 234-240.
Compilare: 458.
 Componentes *consilium*: 148.
 Composición: 466.
 Compra de votos: 419, 533, 537, 538.
 Comunión
 matrimonial: 434;
 sexual: 427.
 Concurrencia
 de acciones provenientes de delito: 547-550;
 de delitos: 548.
Concussio: 455.
 Condecoraciones: 374.
 Condena
 a indemnizaciones pecuniarias: 549;
 a minas: 649;
 a muerte: 560;
 pecuniaria: 560;
 por hurto: 467.
 Condición jurídica: 486.
Condictio: 424, 446, 448, 449, 452, 453, 454, 456, 468, 469;
 furtiva: 469, 471.
 Conducciones de aguas: 506.
 Conducta deshonorosa: 332.
 Confesión: 260, 279.
 Confinamiento: 594-604, 650.
 Confiscación: 413, 603, 620-623;
 de bienes: 562, 589, 622, 651;
 de condecoraciones: 374.
 Conmociones interiores: 290.
 Conmutación penal: 637.
 Connivencia: 315.
Connubium: 434.
 Conocimiento del derecho: 95.
 Consagración: 557.
Consecratio honorum: 33.
 Consejeros: 247.
 Consejo de Estado: 192.
 Consejos compuestos de senadores: 148, 272.
 Consentimiento agraviado: 492.
 Conservación de la paz: 207.
 Consilarii: 99.
Consilium: 98, 146, 148, 227, 282, 324;
 de la plebe: 367, 371, 372;
 publicum: 118.
 Constitución: 349;
 Cónsules: 170-176, 353.
 Consulta al *consilium*: 324.
 Contraposición (arbitrio militar y orden jurídico): 23.
 Contraprueba: 276.
 Contravenciones: 542, 545.
Contrectare: 458, 461.

- Contrectatio delictuosa*: 460.
 Contumelia: 486.
Conventus: 357.
 Convicción: 278, 486, 490.
 Convocación (Comicios): 119.
 Coparticipación: 68.
 Corromper al testigo: 422.
 Corrupción
 de personas no libres: 515;
 moral: 513.
 Cosechas: 477.
 Crimen: 7;
 de lesa majestad: 493;
 inter sicarios: 399;
 laesae Romanae religionis: 360;
 maiestatis imminutae: 341-376;
 populi Romani imminutae: 372;
 pecuniarum repetundarum: 441-456.
 Cristianos heterodoxos: 381.
 Crucifixión: 564, 566, 647.
 Cuantía
 de la demanda penal: 495;
 del negocio: 284.
 Cuarta acusación: 119.
 Cuasitestimonio no libre: 266.
 Cuerpo: 486.
 Cuerpos provinciales del ejército: 210.
 Cuestión: 130.
 Cuestor: 168.
Culleum: 406.
Culleus: 567.
 Culpa: 61.
 aquiliana: 62;
 contractual: 510;
 intencional: 52;
 política: 510;
 religiosa: 52;
 sacral. Véase: *Culpa religiosa*.
 Culto público: 360.
Custodia libera: 205.
- D—
- Dádivas: 422, 441-456.
Damnatio memoriae: 609.
Damnum: 9, 625;
 iniuria: 62, 461, 507-512.
 Daños: 498-517;
 a la comunidad: 578;
 a los árboles: 512;
 en acueductos: 497;
 en cosa ajena: 43, 508;
 en la propiedad: 415, 504-512, 521;
 en sepulcros: 500-504;
 en templos: 499;
 por animales: 512.
 Declaración del fallo: 465.
- Declaraciones
 de hombres
 libres: 260;
 no libres: 266;
 falsas: 422;
 testificantes: 281.
Deditio: 75.
 Defenderse
 contra injusticia: 54;
 de un delito: 410.
 Defensa personal: 392, 410, 465.
Defixiones: 405.
 Defraudación contra caja pública: 473.
 Degradaciones administrativas: 332.
 Delaciones: 542.
 Delegación: 167;
 por mandato especial imperial: 183.
 Delegaciones del derecho de la espada: 183.
 Delegados imperiales: 182-186.
Delictum: 8, 46, 228, 285, 313, 331.
 Delincuentes: 232.
 Delito
 colectivo: 375;
 contra el Estado: 341-376, 556;
 cometido en naufragio: 406;
 de *ambitus*: 147, 265;
 de coacción. Véase: *Coacción*;
 de *concussio*: 447;
 de falsificación de metales preciosos: 421;
 de lesa majestad: 232, 342, 357, 367, 368, 413;
 de *perduellio*: 349;
 de *repetundis*: 235, 274, 335, 445, 449, 434, 455, 458;
 de reunión sediciosa: 415;
 de violación: 432;
 en la comunidad romana: 72.
 por mandato: 463.
 Delitos
 colectivos: 104;
 cometidos durante ejercicio del cargo: 235;
 contra la propiedad: 478, 479;
 en derecho privado: 346;
 en particular: 327-550;
 (introducción a) 329-340;
 extraordinarios: 644;
 privados: 242, 319, 465;
 procesales: 422;
 públicos: 47, 107, 110;
 sexuales: 374, 427-440.

- Delitos cometidos por
 abogados: 422;
 acusadores: 310;
 bandoleros: 227;
 esclavos: 70;
 individuos no libres: 231;
 no ciudadanos: 232.
- Demandado: 249.
 Demandante: 241.
 Demandas civiles: 128.
 Demolición de casas: 522.
 Denuncia
 a las mujeres: 232;
 oficial: 209.
 Denunciante: 317-321.
 Denuncias fiscales: 540.
Depeculatus: 472.
 Deportación: 188, 476, 479, 493, 504,
 517, 589, 596, 622, 650.
- Derecho
 civil: 465;
 de apelación, tribunicia: 187;
 de asilo: 290;
 de asociación: 539;
 de ciudadano: 307, 529;
 de coacción: 26;
 de guerra: 18-23; 370, 393, 465;
 de intercesión: 353;
 de interponer
 acción: 462;
 acusación: 243;
 de interrogar al acusado: 265;
 de la espada: 183;
 de la pena: 166;
 de las Doce Tablas: Véase: *Doce
 Tablas*;
 de los pueblos: 82;
 de matrimonio: 588;
 de recusación: 146;
 de sepultura: 409, 608;
 de veto: 353;
 de vida y de muerte: 31;
 doméstico: 489, 491, 497;
 dominical: 482;
 electoral: 376;
 honorífico: 307, 409, 413;
 matrimonial romano: 432;
 patrimonial: 307;
 penal: 1-92;
 de la Iglesia: 197;
 de los gobernadores de provincias:
 156-169;
 privado: 307;
 público romano: 3.
- Derechos del juez penal: 230.
Derectarius: 489.
 Derribo de árboles: 517.
- Deserción culpable: 356.
 Desertor: 347, 395.
 Dishonra: 613.
 Desigualdades legales en imposición de
 penas: 637-651.
 Desorden público: 497.
 Destierro: 416, 559, 562, 574.
 político: 49.
Destrucción de árboles: 511.
 Deuda en favor comunidad: 473.
 Devolución bienes robados: 75.
 Diario Oficial: 325.
 Diarquía: 178.
Diei dictio: 105, 115,
Diem
 dicere: 214;
 prodicere: 214.
Dies
 comitiales: 240;
 fasti: 240;
 nefasti: 240.
 Diligencias sumariales: 451.
 Dinero
 público: 448;
 restante: 473.
Dioeceses: 168.
 Discursos ultrajantes: 359.
 División de los delitos: 228.
 Doce Tablas: 9, 28, 32, 33, 41, 42, 44,
 53, 62, 69, 70, 81, 89, 97, 112, 115,
 118, 125, 251, 332, 333, 336, 338,
 342, 346, 389, 392, 401, 404, 406,
 419, 433, 458, 459, 464, 465, 466,
 468, 471, 477, 484, 485, 486, 487,
 488, 489, 490, 491, 493, 494, 500,
 507, 508, 510, 511, 513, 514, 515,
 522, 523, 533, 539, 549, 559, 566,
 568, 572, 577, 578, 583, 605, 610,
 612, 625, 627, 638, 642, 643.
- Documentos probatorios: 276.
Dolus: 61, 424.
 Donativos: 446.
 Dueño del esclavo: 267.
- E—
- Ediles: 201;
 curules: 34;
 de la plebe: 34.
Effractorius: 479.
 Eficacia
 jurídica (sentencia penal): 300;
 ley penal: 72-78.

- Ejecución
 capital: 374, 415;
 de la pena: 287-309;
 de la sentencia: 149;
 popular: 575.
- Ejercicio
 de la acción penal: 287-309;
 de la justicia capital: 188;
 del poder de los Comicios: 353.
- Ejército: 209, 303.
- Elecciones: 419.
- Elevación del procedimiento privado a *iudicium publicum*: 153.
- Embajadores extranjeros: 416.
- Embriaguez: 646.
- Emplazamiento
 del inculcado: 115;
 legal demandado: 249.
- Empleados para incoar: 213.
- Encadenamiento: 203.
- Encantadores: 531.
- Encerramiento: 559.
- Encubrimiento: 463.
- Enemigos: 347;
 de la patria: 176, 395.
- Enfermedad mental: 54.
- Enriquecimiento ilegítimo: 461.
- Envenenamiento: 402, 516, 532.
- Envío a escuela de gimnasia: 650.
- Época del Principado: 176-189.
- Ergastulum*: 203, 592.
- Escándalo público: 497.
- Esclavo: 267, 390, 463.
- Escrito difamatorio: 490.
- Espectáculo popular: 569, 586.
- Estado
 de necesidad: 510;
 jurídico: 263;
 sometido al derecho: 330.
- Estafas: 418-426.
- Estatutos (cristiandad): 197.
- Estupro: 416, 488.
- Evolución
 del concepto responsabilidad: 62;
 del derecho penal romano: 36-45.
- Excusatio*: 51.
- Exenciones personales persecución penal: 289.
- Exilium*: 579, 594.
- Eximir
 de pena: 317;
ipso jure: 289.
- Excitación a la rebelión: 549.
- Expiación: 499;
 pública: 558.
- Expilare*: 458, 480.
- Expulsión: 594-604.
- Extinción de la acción penal pendiente: 287.
- Extorsiones: 441-456.
- Extra ordinem*: 258.
- Extradición del fugitivo: 49, 75.
- Extralimitaciones en atribuciones (presidentes de provincias): 353.
- Extrañamiento: 375.
- F—
- Facultad
 de imponer multas: 34;
 de mandar flagelar: 31;
 de provocación: 301;
 jurídica para imponer penas: 164.
- Facultades mentales: 54.
- Fallere*: 418.
- Fallo: 173, 286, 304;
 colectivo: 125.
- Falsedades: 232, 418-426.
- Falsificación: 420, 421, 528, 533;
 de moneda: 233;
 del parentesco: 423.
- Falso
 demandante: 605;
 testimonio: 419, 571, 578.
- Faltar al juramento: 369.
- Faltas religiosas: 232, 497.
- Fianza: 116, 214, 216, 217, 495;
 por hurto: 462;
 pública: 216.
- Fideiussio*: 218.
- Fidelidad del magistrado romano: 289.
- Fides*
catholica: 381;
publica: 289;
ortodoxa: 381.
- Fieras: 569.
- Fírmico: 531.
- Flagelación: 22, 31, 570, 576, 585, 586, 606.
- Fomentar guerra contra Roma: 348.
- Formas (procedimiento penal): 223-233.
- Fracturador: 479.
- Fraude: 418, 426.
- Fraus*: 61.
- Frumentarii*: 210.
- Funcionarios
 imperiales: 186, 445;
 públicos: 353, 367, 441-456.
- Funciones
 de los gobernadores: 159;
 de los militares: 353;
 públicas: 543.

Fundamento jurídico del derecho penal (Iglesia): 197.
fur balnearius: 480.
furtum: 69, 410, 457-483;
conceptum: 465;
 en cosas muebles: 460;
manifestum: 465;
oblatum: 466;
pecuniae publicae: 458.

—G—

Gabelas: 332.
 Ganancias en juegos: 530.
Genius: 369.
 Gentiles: 384.
 Genuflexión: 565.
 Gestión en asuntos financieros: 186.
 Gobernadores: 208;
 provincias: 156-169, 237.
 Gracia con suspensión (eficacia jurídica): 300.
 Gran ladrón: 480.
 Guardia Imperial: 181.
 Guerra: 18-23, 370.
 Guerras civiles: 290.

—H—

Haeresis: 381.
Haruspices: 531.
 Hecho: 66-71;
 punible: 74;
 según el derecho de guerra: 21.
 Herejía: 377-387, 636.
 Herencia: 408, 480, 541, 548.
 Hermanos adoptivos: 429.
 Hijo de familia: 243.
 Hoguera: 405, 647.
 Hombres libres: 260;
 acusados: 263.
 Homicidio: 110, 236, 319, 320, 345, 388-409, 479, 487, 514;
 alevoso: 232;
 culposo: 513, 516;
 de hombre libre: 391;
 de jefe de familia: 408;
 de parientes: 279, 392, 405;
 del siervo: 58;
 del soberano: 367;
 malicioso: 388;
 por hechizo o magia: 404.
 Honestidad: 435.
 Honor: 486.
 Horóscopo: 532.
Hostes: 176, 341.

Hurto: 48, 446, 448, 457, 462, 528, 582;
 cualificado: 477;
 de bienes
 de los dioses: 471;
 privados: 457, 465;
 de cosechas: 477;
 de esclavo: 463;
 de herencias: 480;
 entre cónyuges: 470;
 flagrante: 465, 571;
 grave: 479;
 interceptado: 463;
 manifiesto: 578;
 servidumbre: 463;
 violento: 457.

—I—

Iglesia
 cristiana: 196;
 del Estado: 197.
 Igualdad jurídica en Reino Romano: 79-87.
 Ilícitud (donativos): 446.
 Imparcialidad en procesos políticos: 336.
 Impedimentos matrimoniales: 427.
Imperium: 101-106, 141, 153, 553;
 de la ciudad: 201;
 del magistrado: 235, 367;
 del pretor: 165;
 jurisdiccional: 167;
merum: 166;
 militar: 157, 165.
Impietas: 342.
 Imposición de penas: 164.
 Impuestos: 332, 416;
 ilegales: 416.
In consilium ire: 282.
In consilium mittere: 282.
In ius vocatio: 250, 251, 253.
 Incapacidad para
 actos públicos: 618;
 cargos públicos: 615;
 ser jurado: 145.
 Incautación de papeles: 269.
 Incendiario: 568.
 Incendio: 110, 513;
 doloso: 514, 517;
 intencionado: 406.
 Incesto: 232, 427, 428.
 Incoacción del litigio: 250.
 Incumplimiento de obligaciones: 521.
 Indagatoria al inculpado: 262.
 Indemnización pública: 502.

- Indemnizaciones: 467, 502;
 estimatorias: 629;
 impuestas por magistrados: 625;
 pecuniarias: 504, 549, 624-636;
 pontificiales: 503.
- Indicios: 281.
- Individuos no libres: 231.
- Indulgencia: 51.
- Inestabilidad: 610.
- Infamia: 244, 486.
 por causa de delito: 612-615;
 pretoria: 614.
- Infracciones religiosas: 375.
- Ingreso a establecimientos públicos:
 585-587.
- Iniuria*: 62, 345, 366, 368, 369, 433,
 435, 461, 462, 484-497.
- Injurias: 242, 439, 630;
 a embajadores extranjeros: 416.
- Injusticia: 424;
 moral: 36.
- Inquisición: 223.
- Inscriptio*: 251.
- Inspección ocular: 259.
- Instancia de apelación: 191.
- Instigación: 463;
 a esclavo para fugarse: 497.
- Institución de los tribunales romanos:
 156.
- Instrucción sumarial: 116, 195, 224,
 225, 249.
- Insubordinación tumultuaria: 357.
- Intercesión: 290, 295, 296, 353.
- Intercipere*: 458.
- Interdictio*
 aqua: 596, 599;
 igni: 596;
 tecto: 594;
- Interficere*: 388.
- Internecare*: 388.
- Interposición
 de acción: 450;
 de acusación: 311;
 de apelación: 299;
 de demandas: 249.
- Interpretatio*: 433, 484.
- Interrogación al acusado: 252.
- Interrogatio lege illa*: 252.
- Intervención
 Comicios: 107;
 cónsules y senado: 170;
 demandados: 249;
 magistrados: 101-106, 107-122.
- Intervertere*: 458.
- Instrucciones en el campo público: 520.
- Inviolabilidad: 367;
 (tribunos del pueblo): 351.
- Irreformabilidad del fallo: 286.
- Irregularidades en el ejercicio
 de funciones públicas: 543;
 del cargo de jurado: 544.
- Iudex datus ab illo*: 169;
 pedaneus: 167, 169.
- Iudices*: 451;
 de la *quaestio*: 407.
- Iudicia*
 privata: 227;
 publica: 127, 138, 140, 144, 227,
 233, 236, 284, 298, 310, 435, 451.
- Iudicium*
 legitimum: 187;
 populi: 114;
 publicum: 126, 128, 129, 131, 132,
 133, 149, 153, 241, 244, 283, 339,
 476, 495;
 municipal: 154.
- Iure*: 390.
- Iuridici*: 168.
- Iuris gentium*: 84.
- Ius*
 gentium: 82, 84.
 gladii: 166;
 honorum: 304, 381;
 vocatio: 450.
- Iustae nuptiae*: 434.
- J—
- Jefe del ejército: 303.
- Judíos: 386.
- Jueces inferiores: 169.
- Juegos: 530;
 de azar: 492.
- Juicio: 233-240;
 arbitral: 223;
 criminal público: 136;
 fiscal: 227;
 penal: 171, 558;
 por jurados: 284;
 bajo presidencia de magistrado:
 129-150;
 repetundarum: 456;
 recuperatores: 148, 154;
 público: 339.
- Jurado: 298, 544;
 bajo presidencia de magistrado: 129-
 150.
- Juramento: 369.
- Jurisdicción
 del emperador: 178;
 delegada: 167, 188.
- Justicia capital: 188.

—L—

Ladrón
 de balnearios: 480;
 de sacos: 480;
 nocturno: 480.
Lanx: 464.
Latrones: 399.
Lautumiae: 203.
 Legados para la administración de justicia: 168.
Legati: 168;
augusti: 159.
Lege: 367.
Leges
iudiciariae: 90;
sacratae: 351.
Legis actio
per conditionem: 449;
sacramentum: 450.
 Legislación penal romana: 88-92.
 Legítima defensa: 492, 510.
Lenocinium: 437.
 Lesa majestad. Véase: *Delito de lesa majestad*.
 Lesiones corporales: 43, 485, 486, 487, 494, 513, 514.
 Levas de tropas: 354.
 Ley
acilia de repetundis: 273;
 appuleya de lesa majestad: 343;
 aurelia: 146;
 calpurnia: 140, 283, 443;
 cornelia: 242, 403, 406, 420, 421, 422, 446;
 de Graco: 401;
 de *maiestate*: 368;
de repetundis: 147, 249, 251, 256, 286, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 454, 456;
 de Rómulo: 342;
 del Estado: 37, 61;
 del pueblo: 114;
 fufia: 145, 149;
 Julia: 343, 346, 412, 413, 433, 434, 435;
 licinia: 147;
 moral: 61, 63, 329;
 penal: 36-45, 329;
 plotia: 411, 413, 414, 415;
 pompeya: 144, 147;
repetundarum: 443;
 servilia: 272, 443;
 varia: 144.
 Leyes
 particulares: 346;
 reguladoras procedimiento penal: 135.

Lex

cornelia: 398, 420;
iudiciorum: 411;
Julia: 90, 132;
populi: 114;
privatorum: 90;
publicorum: 90, 342.
 Libelo difamatorio: 232, 490, 494.
 Liberación del arrestado: 216.
 Libertad
 de creencias: 377, 385;
 de domicilio: 595.
 Liberto: 243.
 Libre
 acusación: 233;
 arbitrio (interrogado): 261.
 Libros
 contabilidad pública: 474;
 oficiales: 323.
Licium: 464.
 Ligadura: 203.
 Limitaciones
 a la obligación de prestar testimonio: 261;
 a los derechos civiles: 254.
 Límites
 de la codelincuencia: 69;
 del derecho penal: 1-92.
 Lista de buscados: 215;
 de demandas: 250.
 Litigio: 250.
Litis: 284, 452;
contestatio: 465;
 (estimación de la): 496.
Litis aestimatio: 284.
 Lugar: 72-78;
 de la pena: 3-10;
 del juicio: 233-240.
Lugudunum: 208.

—M—

Magia: 232, 532.
 Magistrados: 24-35, 95-100, 101-106, 107-122, 129-150, 244, 323, 352, 366, 444;
 con coercición sin limitaciones: 28;
 con *imperium*: 32;
 patricios: 367;
 penales: 264.
Maiestas: 341, 342.
 Mal guerrero, 341.
 Mala enemistad: 344.
Malefici: 404.
 Mandato
 especial imperial: 183;
 superior: 54.

Manumitente: 245.
Manus iniectio: 369, 559.
 Matar al enemigo de la patria: 395.
 Material de prueba: 276.
 Matrimonio: 428, 434;
 deshonroso: 438.
Matronae: 433.
 Mayor asamblea del pueblo: 118.
 Medio coactivo: 33, 262, 415;
 empleado para incoar: 213-220.
 Medios
 de prueba: 259-270;
 malos de magia: 405.
 Menor: 243.
 Metales preciosos: 421.
Metus: 410.
 Moneda: 420.
Monumenta publica: 325.
 Mptín público: 415.
 Muerte: 504;
 de desertores: 395;
 dolosa: 338;
 en hoguera: 405;
 fuera del Estado romano: 393;
 triumviral: 571;
 violenta: 388.
 Muertos: 47.
 Mujeres: 232, 243, 433.
 Multa: 33, 543, 544, 624, 626;
 de cosas: 35;
 máxima: 34;
 mínima: 33.
 Multas a la comunidad: 128.
 Mutilaciones corporales: 225, 485, 494,
 605.

—N—

Naturaleza
 de la diarquía: 178;
 y límites del derecho penal: 1-92.
 Naufragio: 406.
Necare: 388.
 Negligencia médica: 516.
Nomen: 250.
Nominis
 delatio: 251, 253, 255, 450;
 receptio: 252.
 Notificación: 218.
 Notoria: 209.
Noxa: 6;
 sarcire: 6.
 Nuevas pruebas: 272.
 Número
 de jurados: 451;
 de testigos: 265.

—O—

Obligación
 de comparecer: 265;
 de los magistrados: 360;
 de prestar testimonio: 261, 265;
 ineludible: 54;
 quasi ex delicto: 331.
 Obligaciones
 políticas de los ciudadanos: 355;
 religiosas de los ciudadanos: 359.
 Obstáculos en el ejercicio (acción pe-
 nal): 287-309.
Ob turpen causam: 449.
Occidere: 388.
 Ofensa intencional de la ley moral: 61.
 Ofensas
 a la divinidad: 497;
 a la honestidad: 435;
 al honor: 486;
 a la personalidad: 491;
 a la plebe: 107;
 a magistrados de la comunidad: 366.
 a tribunos del pueblo: 370;
 al pudor de la mujer: 431;
 de hijos a padres: 497;
 personales: 461, 484-497;
Officio proconsulis: 339.
Omni certa re: 449, 452.
 Oráculo: 531.
 Orden jurídico: 23, 233, 304, 419, 444;
 criminal: 134.
 Ordo procesal: 258.
 Organismo del derecho: 3-10.
 Organización
 de Sila (tribunales): 139;
 judicial: 191.

—P—

Paganismo: 365, 384.
Palladium de la libertad: 303.
 Parentesco: 423.
 Parientes: 406;
 muertos: 389.
 Parricidio: 333, 388, 405, 567.
 Partes en el procedimiento
 acusatorio: 241-248;
 penal: 115.
 Participación de varias personas en un
 mismo delito: 68.
Patronus: 246, 261, 451.
Pauperies: 507, 513.
 Paz de los templos: 290.
 Peculado: 110, 471;
 municipal: 474.
Peculatus publicus: 472.
Pecuniae residuae: 473.

- Pecunias*
capere: 445;
repetere: 445.
Pederastia: 439, 530.
Pena: 69, 285, 287-309, 317, 330, 373, 551-651;
(atentados al pudor): 437;
capital. Véase: *Pena de muerte*;
corporal: 22, 605-607;
de minas: 585;
de muerte: 51, 370, 373, 396, 409, 419, 466, 475, 479, 493, 557, 560, 561, 563-581, 594, 647, 648;
de trabajo en minas: 584;
de trabajos públicos: 586;
del homicidio: 400;
del tali6n: 313.
Penas
a acusadores: 310-316;
a militares: 21;
de reclusi6n: 188;
pecuniarias: 494;
sobre bienes: 22.
P6rdida
de derechos
civiles: 562;
de ciudadano: 588-590;
de *ius honorum*: 316;
de la libertad: 31, 582-584;
de la testamentificaci6n: 430.
Perdueli6n: 104, 110, 121, 329, 333, 341-376, 388, 395, 398, 545, 577, 588, 609, 621, 635, 636.
Peregrini: 210.
Periculum: 182.
Peri6do de pruebas: 271-277.
Persecuci6n
de delincuentes: 232;
penal: 289.
Persona: 46-59, 72-78.
Personalidad
de la pena: 330.
f6sica: 485;
Perturbaci6n (actos del culto): 379;
en la posesi6n: 331.
Pesquisas: 450, 464.
Petici6nes al emperador: 188.
Piaculum: 499.
Pignoris capio: 35.
Plagium: 482, 528.
Plebiscito
appuleyo: 135;
fufio: 136;
mamilio: 135;
mucio: 135;
peduceo: 135;
vario: 136;
vatinio: 136.
Pleito privado pendiente: 49.
Plenitud
de la edad: 53;
de la potestad de los magistrados: 166;
de las facultades mentales: 54.
Poder
de los Comicios: 353;
de los magistrados: 18.
Poena: 9;
capitis: 560, 565;
existimationis: 561.
Policia: 208;
pol6tica: 210.
Pont6fices: 196.
Populus plebesve: 111.
Posesi6n: 331.
Poseedores de inmuebles: 521.
Postergaciones administrativas: 332.
Postulare: 249;
de *pecuniis repetundis*: 250.
Potestad
de los reyes: 102;
penal de la Iglesia cristiana: 196.
Pr6ctica de la prueba: 275.
Praedes vades: 214, 216.
Praefecti: 157;
iure dicundo: 152;
praetorio: 181, 191.
Praefectus
annonae: 185, 186;
vigilum: 185, 186.
Praejudicia de las autoridades: 230.
Praetores: 156.
Praevaricato: 310, 315.
Prefecto
de incendios: 185;
de Roma: 184.
Prehensio: 214.
Premios a denunciantes y acusadores
317.
Prendaci6n: 35.
Prescripci6n: 468, 512;
del proceso: 255, 308;
legal: 257.
Presidencia del magistrado: 129-150.
Presidentes de provincias: 353.
Presos: 204;
por *quaestiones*: 310.
Prestaciones: 332;
de juramento: 259;
pecuniarias: 416.
Pr6stamos con dinero p6blico: 418.
Prestar testimonio: 261.
Pretor: 123, 235, 325.
Pretores provinciales: 160.
Princeps: 234.
Principado: 176-189.
Prisi6n: 22, 591.
Prisioneros de guerra: 569.

- Privación
 de derechos: 395;
 civiles: 608-619;
 del derecho de sepultura: 409;
 violenta de posesión: 413.
- Privilegios:
 penales: 640;
 personales: 301;
 procesales: 128.
- Pro consule*: 157.
- Pro praetore*: 157.
- Procedimiento
 acusatorio: 145, 241-248, 265, 267;
 capital: 400;
 criminal: 149, 296;
de repetundis: 50, 447, 450, 451, 471;
 expiatorio de los pontífices: 196;
 instructorio: 108;
 noxal: 467;
 penal: 5, 48, 101-106, 107-122, 129, 135, 218, 219, 221-325;
 con intervención de cónsules: 170-176;
 contra ausentes: 105;
 imperial: 179;
 municipal: 151-155;
 secular: 199;
 piacular de los pontífices: 196;
 por causa de hurto: 466;
 por *quaestiones*: 264, 316, 435, 443, 471;
 privado por causa de delito: 123-128;
 probatorio: 273, 276, 436;
 romano de perduelión: 76;
 sumario: 370.
- procesados no ciudadanos: 110.
- procesos
 análogos: 322;
de repetundis: 250, 452, 453;
 políticos: 227;
 por calumnia: 312;
 por causa capital: 50.
- Procuratio*: 558.
- Procuratores*: 186, 449;
Augusti: 157.
- Prodigia*: 531.
- Proditio*: 348.
- Profanación: 366, 379.
- profetas: 531.
- prohibición de mutilaciones corporales: 225.
- prohibiciones penales (incesto): 428.
- pronunciación del fallo: 173.
- propiedad
 privada: 507;
 pública: 504-507.
- propietario del esclavo: 266.
- proponer: 249.
- propósito de matar: 397.
- Proscripción: 573, 574;
 de dioses: 385.
- Protección jurídica: 331.
- Protocolización: 322-325.
- Provincias: 156, 353.
- Provocación
 al jefe del ejército: 303.
 a los Comicios: 300, 303;
- Proyecto: 182.
- Prueba: 116, 259-277;
 de indicios: 281.
- Publicatio bonorum*: 620.
- Pudor de la mujer: 431.
- Punción
 de la *tergiversatio*: 315;
 doméstica: 11-17.

—Q—

- Quaesitor*: 146, 271, 322, 389, 398.
- Quaestio*: 104, 121, 128, 130, 249, 319, 320, 337, 338, 339, 346, 371, 373, 375, 398, 408, 411, 431, 435, 476, 579;
de repetundis: 241, 445;
 penal: 262.
- Quarta accusatio*: 119.
- Quebrantamiento
 de la paz: 357;
 del destierro: 348, 416.
- Quemar cadáveres: 522.
- Quinquvirale iudicium*: 195.

—R—

- Rapere*: 458.
- Rapto: 232, 439.
- Rationales*: 186.
- Rebeldías religiosas: 375.
- Rebelión: 413.
- Recaudadores de impuestos: 416.
- Rechtlosigkeit*: 395.
- Rechtsstaat*: 263, 292, 300, 330.
- Reclusión: 559, 562.
- Reclusión grave: 188.
- Recobradores: 125, 148.
- Recuerdos honoríficos: 374.
- Recuperatores*. Véase: *Recobradores*.
- Referre*: 250.
- Registro domiciliario: 269.
- Reincidencia: 647.
- Reino romano: 79-87.
- Relegación: 493, 561, 594, 596, 622, 651.
- Remisión acciones civiles múltiples: 651.
- Remisión sediciosa: 415.

Remoción de piedras: 505.
Repetere: 444.
Repetundae. Véase: *Acción de cobecho*.
Repetundis. Véase: *Procedimiento de repetundis*.
 Reposición: 304, 307.
 Representación: 245.
Requirendi: 215.
 Requisa: 214.
Rerum repetitio: 75.
Res
 capitalis: 561;
 religiosae: 472;
 sacrae: 472.
 Responsabilidad criminal: 312.
 Restricciones a la apelación: 298.
 Reunión del tribunal: 282.
 Reus: 131.
 Revisión judicial: 304.
 Robo: 110, 415, 457;
 de templos: 290, 333, 379.
 Roca Tarpeya: 571.
 Rufianismo: 437, 530.

—S—

Saccularius: 480.
 Sacerdotes: 352.
 Saco: 567.
Sacra nocturna: 405.
 Sacramento: 251, 331, 465, 627, 632.
Sacratio: 358, 477, 556, 558.
Sacri canones: 197.
 Sacrificio humano: 60.
 Sacrilegio: 110, 290, 360, 471, 475.
 Salteamiento: 399.
Sanctio: 544.
 Santidad ofendida: 342.
Satisfatio: 218.
Scire: 276.
 Sedición: 357.
 Seducción de mujeres: 530.
 Segregación campo de acción jurisprudencia romana: 48.
 Seguridad pública: 213, 298.
 Senado: 170-176, 194.
 Senador
 de primer rango: 195;
 romano: 444.
 Sentencia: 117, 278-286, 300;
 de los Comicios: 305;
 de muerte: 395;
 de tribunal inferior: 299;
 doméstica: 553;
 ejecutoria: 298;
 injustificada: 278;
 penal: 561.

Separación del consejo: 651.
 Separación (derecho civil y criminal): 331.
 Sepulcros: 500-504.
 Sepultura: 416.
 Servicio
 de seguridad: 201-212;
 militar: 356;
 municipal de seguridad: 207
 Servidumbre: 463.
Servus poenae: 584.
Sibi non liquere: 272.
Sicarius: 388, 399.
 Sistema
 procesal de los pretores provinciales: 160;
 sacral: 427.
 Situación jurídica (individuos no libres): 58.
Sodalicia: 533, 534.
 Soldados en servicio: 244.
 Sorteo de jurados: 148.
Sponsio: 259.
Stationarii: 211.
Stellionatus: 424.
Stuprum: 431.
Sublegere: 458.
Subripere: 458.
 Subscriptores: 244, 251.
Subsortitio: 148.
Subtrahere: 458.
Superstitio externa: 365.
Supplicium: 9, 415, 563, 647.
 Sustanciación
 (causas criminales): 213-220.
 de negocios jurídicos: 188;
 del juicio: 172;
 pública: 238.
 Sustracción
 de la propiedad: 457-483;
 de monedas del Erario: 472.
 Sustracciones: 415.

—T—

Tabulae
 accepti: 324;
 publicae: 323.
 Talión retributivo: 494.
 Templos: 290, 499.
 Tentativa de homicidio: 514.
Tergiversatio: 310, 314, 315.
 Testamento: 420, 588.
 Testigos: 265;
 de oídas: 281;
 del carácter: 281;
 libres: 275.

Testimonio de hombre libre: 260, 280.
 Tiempo del juicio: 233-240.
Tollere: 458.
 Tormento: 263, 269.
 Trabajo
 forzado: 562, 590, 649;
 forzoso: 188, 504, 585;
 obligatorio: 479.
 Traición a la patria: 342, 348.
 Traslación
 del procedimiento penal: 153;
 del reo: 237.
 Trasportación: 600.
 Tratamiento de presos: 204.
 Tratos punibles con el enemigo: 347.
 Tres viri
 capitales: 202;
 nocturni: 202.
 Tribunal
 ad hoc: 431;
 aúlico: 177-182;
 colegiado: 282;
 del emperador: 177-189;
 del homicidio: 137;
 del magistrado: 395;
 del pueblo: 114;
 del reino: 235;
 eclesiástico: 198, 199;
 inferior: 299;
 repetundarum: 449;
 secular: 199.
 Tribunales
 de funcionarios: 190-193;
 de gobernadores de provincias: 237;
 de perdución: 121;
 de romanos fuera de Italia: 156;
 de la capital del reino: 194.
 Tribunos: 34;
 del pueblo: 201, 351, 370, 572;
 et magister officiorum: 211.
Triumviri capitales: 202.
Tullianum: 203.
 Turba: 415.

—U—

Unión
 entre parientes: 427, 428;
 sexual entre libres y esclavos: 430.
 Usucapión: 458.

Usura
 de dinero: 523;
 de grano: 232.
 Usurpación del derecho dominical: 482.
 estado civil: 528.

—V—

Vacación judicial: 240.
Vadimonium: 116, 216, 495.
 Vaticinar acontecimientos futuros: 369.
 Vaticinio: 532.
Veneficus: 388.
Venenum: 402.
 Venta del hijo: 483.
 Verbera: 606.
 Veredicto de los jurados: 298.
 Vestales: 196.
 Veto: 353.
 Vi
 armata: 414;
 bona rapta: 414;
 honorum raptorum: 412, 414.
Vice sacra: 191.
Videri: 279.
 Vigilancia militar: 601.
Vincire: 203.
 Violación: 432;
 de obligaciones: 344, 352, 355, 359;
 de sepultura: 416.
 Violación de derechos de los plebeyos:
 341.
Vir illustris. Véase: *Senador primer rango*.
Vis. Véase: *Coacción*;
 privata: 357, 411;
 publica: 411.
Vocatio: 214.
 Voluntad: 60-65.
 Votación: 283.

—Y—

Yugurta: 290.

ÍNDICE DE PERSONAS CITADAS

—A—

Adriano: 85, 194, 339, 403, 406, 481, 522, 580, 602, 634, 640.
 Alejandro: 87, 150, 580.
 Anco: 203.
 Aníbal: 83, 558, 571.
 Aquilio Galo: 425.
 Arcadio: 200, 376.
 Augusto: 16, 91, 132, 144, 170, 173, 179, 180, 184, 187, 190, 239, 320, 332, 343, 351, 367, 368, 374, 375, 396, 406, 411, 428, 433, 434, 435, 437, 438, 440, 442, 454, 489, 492, 493, 506, 527, 534, 538, 539, 541, 579, 600, 603, 604, 622, 634, 639, 641.

—C—

Caracalla: 186, 435, 483.
 Catilina: 33, 170, 620.
 Catón: 32, 360, 441, 443.
 César: 32, 33, 90, 102, 105, 136, 138, 141, 143, 206, 217, 219, 227, 238, 239, 291, 301, 305, 307, 308, 343, 351, 360, 368, 369, 375, 376, 396, 411, 443, 454, 505, 522, 538, 539, 545, 557, 564, 565, 603, 604, 620, 622.
 Cicerón: 122, 129, 146, 175, 176, 337, 367, 448, 475, 622.
 Claudio: 16, 263, 391, 429, 442, 522, 527, 573, 600.
 Clodio: 219, 256, 273, 276.
 Cómodo: 403, 527.
 Constancio: 440, 533.
 Constantino: 16, 17, 92, 97, 133, 183, 185, 188, 193, 195, 211, 244, 263, 297, 299, 307, 308, 313, 323, 325, 360, 377, 384, 385, 386, 392, 406, 417, 422, 437, 439, 454, 490, 493, 504, 527, 531, 533, 567, 568, 606, 611.
 I: 87, 197, 204, 438, 587.
 II: 191, 212, 387, 429, 430.

—D—

Diocleciano: 91, 97, 99, 134, 156, 169, 173, 176, 190, 195, 196, 210, 211, 297, 334, 352, 360, 364, 404, 438, 526, 532, 605, 611.
 Domiciano: 194, 403, 522.

—F—

Frontino: 506.

—G—

Gayo: 144, 338, 449.
 Glaucia: 443.
 Graciano: 197, 377, 379, 563.
 Graco: 121, 132, 143, 147, 170, 175, 216, 217, 230, 251, 301, 303, 401, 443, 453, 454.
 Gratidiano, Mario: 421.

—H—

Honorio: 198, 199, 292, 587.

—J—

Juan: 199.
 Juliano: 199, 533.
 Julio: 85.
 Justiniano: 3, 99, 200, 246, 257, 308, 380, 385, 396, 414, 437, 504, 507, 527, 587, 606, 620, 645.
 Justino: 185.

—L—

Licinio: 377.
 Livio Druso: 402.
 Lúculo: 410, 411, 414.

—M—

Macer, Emilio: 339.
 Magencio: 533.
 Marciano, Elio: 339.
 Marco: 150, 181, 240, 263, 301, 403,
 501, 634, 641.
 Mario: 175, 421.
 Meciano, Volusio: 339.

—N—

Nerón: 442, 527, 541.
 Nerva: 194.
 Numa: 389, 390.

—O—

Opimio: 175.

—P—

Papio: 529.
 Paulo: 339, 647.
 Petelio: 534.
 Pio: 237, 501, 580.
 Plauto: 8, 130, 433, 530.
 Pompeyo: 136, 144, 273, 399, 406,
 477, 535, 579.
 Popilio: 175.

—S—

Sabino, Masurio: 338, 460.
 Saturnino, Venuleyo: 339.
 Scaevola, Mucio: 162.
 Servio Tulio: 124, 203.

Severo, Alejandro: 80, 185, 194, 215,
 255, 268, 275, 366, 403, 422, 435,
 495, 580, 634, 647.
 Sila: 90, 91, 102, 139, 141, 148, 157,
 162, 274, 305, 343, 348, 357, 373,
 376, 390, 391, 399, 402, 404, 406,
 407, 418, 419, 420, 423, 443, 454,
 471, 484, 491, 534, 537, 538, 544,
 560, 561, 576, 579, 589, 594, 595,
 597, 603, 617, 622.

—T—

Tácito: 532.
 Teodosio I: 85, 200, 214, 377, 379,
 387, 429.
 II: 192, 193, 196, 292, 309.
 Terencio: 130.
 Tertuliano: 360, 363.
 Tiberio: 184, 263, 321, 334, 374, 375,
 404, 529, 532, 562, 584, 585, 589,
 596, 602, 603, 604, 622, 634, 641.
 Tito: 549.
 Trajano: 178, 181, 404, 597, 634.
 Tulio: 557.

—U—

Ulpiano: 339.

—V—

Valentiniano: I: 193, 195, 377, 392,
 533.
 II: 377.
 Vero: 263, 501.

—Z—

Zenón: 195, 246.