

DESARROLLO DEL DERECHO CRIMINAL ROMANO *

Llama la atención el que mientras el derecho civil de Roma ha sido, durante siglos, objeto de estudio y admiración, su derecho criminal —con el respeto debido a los nombres ilustres de Mommsen y Ferrini, Levy y Kunkel— ha sido, en comparación, descuidado¹. Y no es este un fenómeno de los últimos tiempos. Los mismos romanos parece que no prestaron a su derecho criminal la misma atención de ciencia jurídica que caracteriza la evolución del derecho civil. En el Digesto, *verbi gratia*, sólo los libros 47, 48 y 49 (y no exclusivamente) tratan materias criminales. Los comentarios de Gayo no hablan de derecho criminal y las Instituciones de Justiniano tienen un único título *De iudiciis publicis*.

¿A qué se debe esta relativa ausencia de ciencia jurídica criminal? Es cierto que el derecho de los crímenes parece haber servido simultáneamente a fines públicos y privados cuando se regulaba

* Texto de la lección pronunciada en las Universidades de Madrid y Santiago en marzo de 1963. Agradezco la versión del inglés al Prof. Burillo.

1. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (1899); FERRINI, *Diritto penale romano* (1899); *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale* (1901); LEVY, *Die römische Kapitelstrafe* (1913), en *St. Riccobono*, 2 (1936), 77; *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht. Erster Teil. Die Strafzumessung*, en *BIDR*, 45 (1938), 57 ss.; *Statute and judge in Roman Criminal Law*, *Ibid*, 396 ss.; KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (1962). Otras obras valiosas son: STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, 2 vols (1912); SIBER, *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrechte des römischen Freistaates* (1936); BRASIELLO, *La repressione penale in Diritto Romano* (1937); DE ROBERTIS, *Studi di Diritto penale Romano* (1942). Existen también obras más antiguas: GEIB, *Geschichte des römischen Kriminalprozesses* (1842); REIN, *Kriminalrecht der Römer* (1844); ZUMPT, *Das Kriminalrecht des römischen Republik* (1866-69).

originariamente la venganza privada, y que el derecho privado a la persecución del delito se desarrolló ampliamente con el transcurso del tiempo. Pero en otros sistemas jurídicos, el similar origen conjunto de crimen y delito no impidió o descuidó un desarrollo separado de un derecho criminal maduro.

Una parte de la respuesta hay que encontrarla en el concepto inicial que persistió siempre como un rasgo fundamental de la praxis criminal romana. Aunque existieron muy pronto algunas tipificaciones sustantivas introducidas por *lex*, el derecho criminal romano estuvo dominado —ciertamente en la república— por la idea de una acción administrativa de magistrados ejerciendo poderes coercitivos derivados de su *imperium*.

En cualquier sistema jurídico el derecho criminal es esencialmente público. Para el romano los magistrados desempeñaban el papel de la actual maquinaria estatal. Así, brevemente: era virtualmente una aplicación rigidamente lógica de la premisa básica del derecho criminal lo que, paradójicamente, impidió el temprano desarrollo en Roma de un derecho criminal general caracterizado por la misma claridad que su coetáneo derecho civil.

En general consistiría, para el magistrado apropiado, en tratar lo que él consideraba como delictivo, sujeto —en ocasiones— a una *provocatio* ante los comicios que puede ser descrita como el derecho del ciudadano a conseguir una decisión comicial sobre la culpabilidad o inocencia². Ciertamente, los ulteriores estadios de la República aportaron el sistema de las *questiones* o tribunales de jurados de los que trataremos después y que servían para procurar un núcleo más firme de derecho criminal. Pero en el Imperio el poder de los magistrados se hizo cada vez más prominente con la potestad asumida por los nuevos prefectos y funcionarios imperiales, la cual derivaba en último término de la del emperador. Era inevitable que al crecer el poder discrecional del magistrado disminuyeran los elementos de certeza y de principio esenciales al tipo de respuesta de autoridad (*responsa*) que eran la base del desarrollo de la ciencia jurídica y del derecho privado.

2. Cfr. infra.

3. Cfr. infra.

Sin embargo, es significativo que tal certeza que se alcanzaría después, especialmente mediante el sistema de las *quaestiones* era producto de la *lex* y no del *ius*. El derecho civil era esencialmente un desarrollo jurisprudencial, basado en los *mores maiorum* con muy pocas leyes. Esto era inaplicable a la administración del magistrado en la esfera criminal; de ahí que en el campo criminal haya muchas leyes, si lo comparamos con el campo civil. Está en conexión con esto la correlativa ausencia de *ius honorarium* en lo penal. En el derecho civil, el pretor con su *iurisdictio* podía contribuir en una nueva situación concediendo una nueva fórmula. Pero, en tanto existía algo de derecho criminal, era creado mediante *lex*. De ahí que se llegara a una situación en la que los términos de *lex* tenían que ampliarse mediante posteriores *leges* o *senatus consulta*: los *senatus consulta* pueden ser considerados como las *actiones ficticiae* del derecho penal. Pero cuando no existía una *lex* que cubría una situación dada, entonces tal situación —si era preciso sancionarla— sólo era sancionable con la autoridad del magistrado correspondiente.

Como reflejo de la fluidez de la actuación del magistrado había una variedad de procesos y penas que contrastaban con la parquedad primero de las *legis actiones* y de las fórmulas después.

Era inevitable que ante el contraste de la fluidez de la praxis penal con la certeza del derecho civil, la atención de los juristas se dirigiera al segundo más bien que a la primera.

Es significativo que sólo los últimos clásicos estudian seriamente el derecho criminal, distinguiendo entre la *iurisdictio* del derecho civil y el *imperium* del criminal. A finales del siglo segundo del Imperio, aunque sobrevivía técnicamente el antiguo *ordo iudiciorum*, no hay duda de que la *cognitio* estaba extendida. Así el proceso era magistratorial en todas las partes, tanto el civil como el criminal.

En esta época el contenido del derecho criminal recibe cierta estabilidad de las *leges* creadoras de *quaestiones* y de la extensión de las mismas, mediante *senatus consulta*, *edicta* imperiales y *rescripta*.

En la *cognitio*, por tanto, no hay diferencia entre el proceso civil y el criminal. Pero la justicia civil y la criminal tienen con-

tenido e historia diferentes; la primera tiene un desarrollo jurisprudencial, mientras que la segunda tiene una base legal.

Y yo creo que este coincidir de la *iurisdictio* civil y criminal —ya visible en el Principado tardío— es la causa, al menos parcial, de la atracción de los juristas al derecho criminal. En esta época, los grandes juristas solían ser funcionarios y consejeros de la cancillería imperial, como se refleja en las frecuentes referencias a los *rescripta* y *edicta* en sus comentarios criminales y también en el tratamiento de materias criminales, principalmente en tratados sobre diversos cargos imperiales —e. gr., *De officio proconsulis* de Ulpiano es, tal vez, la fuente básica de la literatura criminal.

Después de estas ideas generales, consideremos el desarrollo de la jurisdicción criminal en tres amplias fases: primero, el largo período republicano previo a las *quaestiones*; segundo, el impacto de las *quaestiones*; tercero, las modificaciones que surgen durante el Imperio.

II

En el período de las Doce Tablas hay una obvia superposición entre delito público y privado. La colectividad política se limita a una supervisión de la venganza privada. El conocido *si membrum rupsit, ni cum eo pacit talio esto*⁴, de la *iniuria*, pertenece a un modelo según el cual si la muerte es por casualidad, debe ser entregado un carnero al pariente del muerto como indemnización⁵. Está clara la idea subyacente de la venganza por el pariente de la víctima. Cuando el delito afecta a los dioses o al pueblo como colectividad (e. gr., la violación de la inmunidad de un tribuno), la consecuencia es la *sacratio*. El delincuente es proscrito y cualquiera puede ejecutar la venganza de los dioses o llevar a cabo la venganza que como miembro de la comunidad está titulado a solicitar. La colectividad política misma está en el trasfondo del carácter de este solicitador de venganza en aquellas situaciones que afectan a la comunidad en cuanto tal (*perduellio* y *proditio*, i. e., trai-

4. Tabla VIII, 2 (cfr. FIRA, 1, 53).

5. Tabla VIII, 24 a (FIRA, 1, 62).

ción) o en el *parricidium* (que en su origen significaba estrictamente la muerte de un paterfamilias) cuando el que había de ser vengador había sido víctima. En tales casos había tribunales específicos—*duoviri perduellionis* y *quaestores parricidii*⁶.

La mención de tan temprana previsión legal para la regulación de situaciones delictuales —y más tarde la institución de la *provocatio*— pueden parecer sugerir lo contrario de la arbitrariedad del magistrado. Pero, tal vez paradójicamente, en todo el período de la República existe más la excepción que la regla. Porque, cuando no eran aplicables tales regulaciones, prevalecía la actividad del magistrado. Y había amplio campo para tal actividad. Después de todo, *de facto*, el ámbito de conducta previsto en la *lex* era muy restringido: además, los esclavos y los peregrinos, al no ser ciudadanos, no gozaban del beneficio de la *provocatio* ni de la legislación para ciudadanos: y al menos inicialmente y hasta el siglo tercero antes de Cristo, el ejército en período de servicio estaba plenamente sometido al *imperium* de su comandante.

Imperium realmente nos conduce a la médula del problema, porque la *coercitio* derivada del *imperium* del magistrado es lo que estamos discutiendo.

El asunto ha sido objeto de reciente controversia. Para Mommsen⁷, la primera característica del proceso criminal en la República era que toda decisión era, ante todo, una decisión de un magistrado, tanto si era apelable como si no: y la *provocatio*, cuando era permitida, quedaba abierta únicamente a los ciudadanos y era dirigida a las asambleas ciudadanas, a los *comitia centuriata*, únicos que podían autorizar la muerte de un ciudadano. Pero, mientras la jurisdicción perteneció a magistrados con *imperium* (más específicamente en tiempo de paz, el cónsul), en la práctica era ejercitada usualmente, a requerimiento, por un delegado, generalmente el *quaestor*, desde que el cónsul era convocador de los *comitia centuriata* a cuya *provocatio* queda sometido.

La imagen del *quaestor* como un delegado del cónsul ha sido atacada (creo que con razón) por Heuss⁸, cuyo discípulo Bleic-

6. Cfr. Tabla IX, 4 (FIRA, 1, 64).

7. Op. cit. 135 ss.

8. En ZSS, 64 (1944), 57.

ken⁹, y, todavía más recientemente, Kunkel, han llegado a construir un cuadro muy distinto del conjunto de la jurisdicción criminal republicana. Para Bleicken, la *provocatio* es un precursor de la jurisdicción criminal del tribuno y del magistrado —en los casos en que la *provocatio* era aplicable— no era un juez que decidía a instancia, sino más bien el acusador ante la asamblea de los ciudadanos que de hecho decidía el caso. Sus poderes de *coercitio* están completamente separados de éste. Kunkel¹⁰ avanza hasta considerar los frecuentes tribunales, como las *quaestiones extraordinariae*, tan a menudo autorizadas en la República antes del siglo segundo antes de Cristo, como prototipos para evitar el proceso comicial, prototipos que Sila llevaría a su realización última. Para Bleicken y Kunkel la existencia de los primitivos tribunales antes mencionados (*quaestores parricidii*, etc.) y su consideración de la *provocatio* significa el afirmar una primitiva distinción entre un derecho criminal regular y una jurisdicción y la neta separación del poder de coerción del magistrado.

Hacer justicia plenamente a las doctas contribuciones de Bleicken y todavía más de Kunkel en esta ocasión sería imposible; gran parte de su aserción es incontrovertible; sin embargo, la interpretación que ellos hacen y las deducciones que inferen es lo que, con el debido respeto, creo equivocadas. Esto no significa, por otra parte, que haya que aceptar plenamente la tradicional descripción de Mommsen, cuyo esquema es demasiado rígido y artificial. Pero la reacción reciente va demasiado lejos al sugerir una jurisdicción penal de un grado de desarrollo considerable demasiado pronto en la república. Y aquí vienen a cuento las mencionadas diferencias de interpretación. Por ejemplo, los tribunales especiales que Tito Livio nos refiere para investigar la muerte de un tribuno militar en el año 412¹¹, o la investigación por envenenamiento ocurrido en el 331¹², y después el proceso *de Bacchanali-*

9. *Das Volkstribunat der klassischen Republik* (1955); ZSS, 76 (1959), 324.

10. Op. cit. Aprovecho la oportunidad para agradecer al profesor KUNKEL el haberme permitido usar las pruebas de imprenta, antes de que fuera publicado su magistral trabajo.

11. Liv. 4, 51, 2.

12. Liv. 8, 18.

*bus*¹³, son compatibles con el reconocimiento de que puede ser deseable algo más situaciones particularmente espantosas que la investigación normal de un magistrado; y así podría confirmar el cuadro básico ya presentado, más bien que contribuir a la teoría de Kunkel sobre la primitiva distinción en la praxis criminal entre *iurisdictio* y *coercitio*.

El cuadro probable de desarrollo, tal como yo lo veo, es éste. En el periodo prerrepblicano, podemos suponer que el rey tenía poder y discrecionalidad absoluta: su *imperium* comprendía un *ius vitae necisque*, lo mismo que el paterfamilias en las relaciones domésticas.

Después la *provocatio* es adscrita a una *lex Valeria Horatia* en el amanecer de la República y esto puede pensarse para mostrar que la supremacía del rey fué inmediatamente reemplazada por la supremacía del *populus*, i. e., aunque los cónsules, que heredan el *imperium* del rey, podían ejercitarla a placer, sólo el *populus* podía autorizar la muerte de un ciudadano. Esto parece una solución demasiado simple.

La *lex Valeria* del 509 antes de Cristo es meramente una de las tres *leges* de este nombre a las que se les atribuye el haber instituido la *provocatio*, de las cuales sólo la última, del 300 a. C., debe considerarse genuina.

Hay que notar que las decisiones del cónsul en el campo de batalla no estaban sujetas a *provocatio*, ni tampoco las del *dictator* —i. e., las decisiones bajo el *imperium militiae* estaban (hasta el siglo tercero) exentas de *provocatio*—, lo que aparecería así concenir con el ejercicio de la potestad en Roma en condiciones normales de paz. En la cronología usualmente aceptada las Doce Tablas no deben distar de la primera *lex Valeria* más de cincuenta años, y la designación del *quaestor* menos de diez años después de las Doce Tablas. ¿No es más probable que la *provocatio* tenga su origen (como Siber¹⁴ y Staveley¹⁵ opinan) en la agitación que resultó de las Doce Tablas?

13. Cfr. *SC. De Bacchanalibus* (186 a. C.), *FIRA*, 1, 240.

14. *Analogic*, cit. 17 ss.; *ZSS*, 62 (1942), 376.

15. En *Y:storia*, 3 (1954-55), 412. Sobre *provocatio* cfr. también BRECHT, en *ZSS*, 59 (1939), 59.

Sin embargo, las Doce Tablas, en lo que sabemos, no instituyen expresamente la *provocatio*: contienen una prescripción según la cual de la cabeza de un ciudadano sólo pueden disponer los *comitia centuriata* y que los *privilegia* no deben ser promulgados¹⁶. En pocas palabras, los *decemviri* determinan que nadie debe ser ejecutado sin el voto de los *comitia centuriata* y, por el encartamiento de los privilegios, se previno un abuso del proceso legislativo que podía evadir esta determinación. Tomadas en conexión con el poder de *intercessio* y *auxilii latio* del tribuno, todavía revolucionario, estas medidas serían salvaguardia de los plebeyos contra el ejercicio arbitrario del *imperium* por los cónsules todavía patricios. Pero en este estadio, la *provocatio* no es un proceso plenamente concebido en sí mismo, sino una emergencia posible de la operación de estas diversas fuerzas. Sólo si el tribuno elige el interferir, el magistrado necesita estar precavido cuando el tribuno es probable que interfiera si hay razones, políticas o de otro tipo, que permitan sospechar un posible descarrío de la justicia. La posibilidad de tal intervención hizo deseable, sin embargo, el transferir la instancia de audiencia del *consul* al *quaestor*, cuando este cargo se crea poco después, en los casos en que la *provocatio* era posible.

Ahora bien, cuando el consulado se hace asequible a los plebeyos, la tranquilización de la lucha entre ambos órdenes, patricio y plebeyo, la legitimación virtual y la respetabilidad del tribunado, y ciertamente hacia el 300 a. C., la protección que se había convertido, de arma en la lucha de clases, en escudo protector de los ciudadanos romanos contra un abuso del magistrado¹⁷. (No es mera casualidad el que por estos mismos años el poder del *dictator* se sometiera a la *provocatio* y que algo después la formación de los comicios centuriados se hiciera democrática.) En breve, la *lex Valeria* del 300 a. C. regulariza como institución general la que se ha ido formando partiendo de una serie de providencias designadas inicialmente para proteger a los plebeyos en la lucha de clases.

16. Tabla IX. 1 (FIRA, 1, 64); *Lc leg.* 3, 4. 11, 19, 44.

17. Desde un punto de partida distinto cfr. CRIFÓ, *Ricerche sull' "exilium" nel periodo repubblicano. Parte Prima.* (1961).

En efecto, históricamente, hubo un tiempo sin *provocatio* y los cónsules reemplazaban meramente al rey todopoderoso. Después las Doce Tablas y la protección tribunicia aportan lo esencial de lo que después sería regulado como *provocatio*. Una consecuencia fué que, cuando la vida del ciudadano estaba en peligro, el cónsul era relevado de jurisdicción en la *civitas*, convocando a los *comitia centuriata*, mientras que los poderes tribunicios aseguraban que los plebeyos pudieran ser oídos ante los *comitia*. A finales del siglo cuarto, esto se convierte en una protección de los ciudadanos en materias criminales y el interrogatorio inicial por el magistrado inferior podría muy bien ser considerado como un preliminar para exponer su decisión ante los comicios para su ratificación o denegación y podía, en consecuencia, conducir a que éste fuera considerado como una especie de acusador ante la asamblea.

El serenamiento de la crisis social, sin embargo, y el concepto básico postulaban que otros magistrados sin *imperium* tuvieran jurisdicción de instancia en un período más avanzado de la República: ediles y, sobre todo, el tribuno. Como reflejo de la lucha de clases y de su inicial función auxiliadora de los oprimidos plebeyos, apenas sorprende que el tribuno adquiriera un poder de acusación especialmente en materia política, construyendo en particular el crimen que llegó a ser la *maiestas* y que reemplazó el *perduellio* y los antiguos *duoviri perduellionis*.

Cuando la *provocatio* no era aplicable, el proceso¹⁸ adoptado por el magistrado era una *anquisitio*, una investigación.

La gran limitación en la conducta de los magistrados en este estudio de la jurisdicción criminal era la *provocatio*.

La *provocatio* aseguraba al ciudadano que sólo los comicios centuriados podían autorizar su ejecución, y así tuvo el resultado probablemente inesperado, en lo relativo a los *cives*, de hacer el derecho criminal, *de facto*, extremadamente suave. No es necesario explicar el procedimiento de la *provocatio*, pero habían de pasar veinticuatro días entre la *anquisitio* y la audiencia comicial¹⁹. Aunque el magistrado pudo haber encarcelado al acusado hasta

18. Para un tratamiento breve y adecuado del proceso republicano, cfr. Jolowicz, *Historical Introduction to Roman Law* (1952), 321 ss.

19. Proceso *re*, cfr. Cic. *De domo*, 17, 45.

esperar la decisión popular, el tribuno pudo pronto anular esta providencia, de tal modo que en el siglo segundo, la regla era que el acusado permanecía en libertad hasta la decisión comicial. Naturalmente, en tales circunstancias podía abandonar voluntaria y previamente Roma, con lo que la *aquae et ignis interdictio* evitarían su regreso a Roma sin perdón²⁰. El resultado práctico era que, cuando la *provocatio* era posible, la pena de muerte no necesitaba ser efectivamente infligida. Se da énfasis a esto porque la pena principal era la de muerte. La prisión, tan básica en las penas modernas, no era una pena romana: *carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*²¹. Esto fué más adelante la base de las varias formas de exilio introducidas como forma de castigo en la República tardía y en el Imperio.

Queda por añadir que la *provocatio* no era posible respecto a todos los ciudadanos delincuentes. Cuando la legislación prescribe la muerte como la pena de un crimen, no había recurso a los comicios quizá porque el pueblo, al votar la *lex*, naturalmente en los comicios, se comprometía a rechazar en adelante la posibilidad de apelación. De modo análogo hay que suponer que la ausencia originaria de *provocatio* respecto a ofensas cometidas en el servicio militar está unida con el hecho de que, durante el servicio, el *populus* está organizado como lo estaba en los comicios centuriados y está claramente bajo el mando del cónsul.

He aquí, por tanto, el cuadro general de la jurisdicción criminal previa a las *quaestiones perpetuae*. En todos los casos, el magistrado competente actuaba sobre una base inquisitiva, tanto en los pocos casos previstos en las leyes como en virtud de su autoridad y, en estas últimas, sujeto a la influencia restrictiva de la *provocatio*.

III

Este diseño general fué considerablemente modificado en la república tardía al emerger las *quaestiones*, i. e., tribunales de jurados presididos por un magistrado. Su prototipo fué la *quaestio de*

20. Sobre este tema cfr. CRIFÓ, Op. cit.

21. D. 48, 19, 8, 9.

repetundis relativa a un tipo de ofensa que era peculiar de la *no-bilitas*. El desarrollo preciso de la misma ha sido objeto de amplia discusión recientemente, pero con la legislación posterior, la *lex Calpurnia de repetundis* del 149 a. C., produjo un modelo copiado posteriormente²². Y, por supuesto, la misma inundación de leyes sobre la *quaestio* única ¿no sugiere la novedad de experimentación más que la continuación de un proceso ya en progreso?²³.

El principio era que una *lex* definía los hechos que proscribía, especificaba la constitución y composición del tribunal ante el que había de procederse y determinaba la pena. En una palabra, la *lex* creaba el crimen, el tribunal competente y la condena. Con este comienzo, había a finales de la república *quaestiones* para una variedad de ofensas—*peculatus, sicarii et veneficii, ambitus, maiestas, falsum*, etc.—muchas de ellas creadas bajo el gobierno de Sila.

Hay que observar que es sólo el principio general lo aplicable a todas ellas. Respecto a cada ofensa, había una *lex* separada y hay variantes entre ellas. *Verbi gratia*, la *lex Pompeia de parricidiis*²⁴ era muy explícita y detallada en su definición de *parricidium*, mientras que la *maiestas* era indicada muy vagamente²⁵. Y la composición de la *quaestio* variaba asimismo de un crimen a otro. Pero el principio general era común a todas y ello permite algunas observaciones generales.

En primer lugar, la *quaestio* aportó una modificación del procedimiento. Antes el proceso criminal había sido inquisitivo; el magistrado dirigía las averiguaciones. Ahora viene un proceso acusatorio, los procedimientos se instruían antes de la *quaestio* sobre la base de la información de un *delator* y eran llevados más bien como un litigio entre acusador y acusado, actuando como ár-

22. Sobre *quaestio repetundarum* y legislación relativa, cfr., PONTENAY DE FONTETTE, *Leges Repetundarum* (1954); FERGUSON, en *Journal of Roman Studies*, 11 (1921), 86; BALDSON, en *Papers of the British School at Rome*, 14 (1939), 78; DAUBE, en *Journal of Roman Studies*, 41 (1951), 66; HENDERSON, *Ibid*, 71; SHERWIN-WHITE, *Ibid*, 42 (1952), 43; y en *Papers of the British School at Rome*, 17 (?), 5.

23. Cfr. Las opiniones de BLEICKEN y KUNKEL, *opp. citt.*

24. Cfr. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani* (reimpresión 1962), 406 y las referencias que hace.

25. Cfr. ROTONDI, *cit.*, 360 y las referencias que hace.

bitros los *iudices* de la *quaestio*. Además, estableciéndose las *quaestiones* mediante *lex* no había *provocatio*. Es esto sin duda, podemos suponer, lo que especialmente apeló a Sila en la *quaestio* (y antes de él había sólo *repetundarum*, seguramente un signo más de que él era más innovador de lo que Kunkel supone). Pues cuanto más intervención criminal era consignada a una *quaestio*, inevitablemente quedaba menos terreno para la jurisdicción tribunicia o para un proceso ordinario magistratorial con la subsiguiente apelación a las asambleas populares. Con las listas de los jurados firmemente apoyadas en las manos de la clase senatorial, la extensión del proceso de *quaestio* fomentaba naturalmente la supremacía aristocrática. Por supuesto que para nuestro objetivo lo que interesa es el efecto en la justicia criminal, no el trasfondo político, pero el resultado es que la época de Sila puede ser considerada, en un aspecto, como la edad de oro del desarrollo criminal romano.

Hay otro aspecto del proceso de *quaestiones*: la acusación capital. La práctica de exilarse, desarrollada antes con el fin de evadir la pena de muerte, es utilizada ahora para dar penas de exilio en lugar de penas de muerte. La acusación ante la *quaestio* debe ser una acusación capital, pero pena capital no significa en adelante y de manera exclusiva la muerte; puede significar el exilio.

Queda por considerar la posición del magistrado que presidía la *quaestio*. Mommsen, intentando mantener todavía el principio —tal como él lo vió— de que cada decisión criminal era la decisión de un magistrado, afirmó que, incluso en las *quaestiones*, la decisión era del magistrado, y que el jurado era considerado más bien como *consilium*. En mi opinión, no veo base para apoyar tal artificio. Podemos conceder que las *quaestiones* con su nuevo procedimiento marcan una nueva ruta en la justicia criminal romana.

Esto no significa, por supuesto, que la antigua estructura fuera totalmente eliminada. Por muy amplia que fuese la esfera de las *quaestiones*, estas operaban bajo su ley creadora y, en consecuencia, dentro de los límites de la misma *lex*. La conducta no proscrita por tal *lex* debería tratarse por la *coercitio* del magistrado según el antiguo sistema.

Ahora bien, nosotros nos hemos referido sólo al proceso y justicia criminales en Italia. En las provincias prevalece todavía el

poder del magistrado. El gobernador, que tenía *imperium* como procónsul o *propraetor* tendría plenos poderes (estamos hablando de *imperium militiae*) excepto que, cuando se trataba de ciudadanos romanos, disfrutaban de la *provocatio* después de la extensión de la misma al ejército en el siglo segundo antes de Cristo, y que el evento de una acusación que exigía la pena capital debería ser enviado a Roma.

Esta era, pues, la panorámica al final de la República: existía un cierto número de *quaestiones* relativas a ciertos crímenes. Además de ellas, el magistrado se enfrentaba con las actuaciones dañinas ya subsumidas en una *lex* o ya en virtud de su propio poder. En este último caso quedaba sujeto a la *provocatio*.

IV

Las nuevas circunstancias del Principado no podían menos de reflejarse en un terreno como el derecho criminal tan íntimamente asociado con la política. Mientras las *quaestiones* proveían un mayor grado de contenido legal sustantivo que lo que había ocurrido previamente, no podía esperarse del emperador una preferencia de la limitación legislativa de la jurisprudencia criminal que atacaba necesariamente la flexibilidad esencial de la discrecionalidad del magistrado. Ahora, por otra parte, no era deseable la continuación inmutada del antiguo concepto de discrecionalidad investida en el magistrado mismo: y *provocatio* significa apelación a los comicios que el emperador prefería ver desaparecer. Era también, la naturaleza cambiante del mismo Imperio.

El resultado fue el desarrollo de una competencia criminal en el Senado suplantando a los comicios y la adquisición de una *iurisdictio* criminal por los nuevos funcionarios imperiales suplantando a los antiguos magistrados.

En principio este desarrollo tuvo lugar paralelamente y de modo adicional a las *quaestiones*, cuya competencia queda inicialmente intacta. Sin duda, durante cierto tiempo, su ámbito jurisdiccional fue ampliado en un sentido. Ya que ahora que sus *leges* habían formado un núcleo de derecho criminal sustantivo, llegó a

hacerse general para los senadoconsultos, etc., el proveer que otras conductas no determinadas ya expresamente, debían someterse a las penas de la *lex* correspondiente. De este modo, por ejemplo, la *Lex Cornelia Testamentaria Numaria*²⁶, de Lucio Cornelio Sila se convirtió gracias a los senadoconsultos *Libonianum*, *Messalianum*, *Geminianum*, etc. en el fundamento de un derecho general de falsificaciones; similarmente, la *lex Cornelia de sicariis*²⁷ fue ampliada mediante senadoconsultos.

Pero al transcurrir los años —y ciertamente ya a mediados del siglo tercero del Imperio— las *quaestiones* fueron socavadas conforme los preceptos imperiales y sus funcionarios se establecieron gradualmente. Mediante interpretación restrictiva de las *leges iudiciorum*, *verbi gratia*, limitando la competencia de las *quaestiones* a eventos ocurridos dentro del pomerio, es decir, dentro de la ciudad de Roma. Por otra parte, la consideración de la necesidad de penas diferentes o más severas de las permitidas por la *lex* correspondiente, contribuyó a que fuera asumida cada vez más jurisdicción bajo la *cognitio* de los funcionarios imperiales²⁸.

Por supuesto que estos hechos no son más que un reflejo de la creciente autocracia del emperador, como lo es la importancia relativamente escasa del Senado como órgano jurisdiccional. Consideraremos someramente ambos desarrollos²⁹.

La jurisdicción senatorial cambió según la situación del emperador. Augusto seleccionó cuidadosamente sus poderes imperiales y ninguno más significativamente que la *tribunicia potestas*: el tribuno era a fines de la República con toda probabilidad el más relevante de los magistrados que exigían una jurisdicción criminal. Además, a Augusto le fue otorgado el poder de indulto en casos criminales. Es seguro que ahora, si prefirió hacerlo así, podía ejer-

26. Cfr. ROTONDI, cit., 356 y las referencias que hace.

27. Cfr. ROTONDI, cit., 357 y las referencias que hace.

28. Cfr. BRASIELLO, *Repressione*, cit., 20 ss.; ARANGIO RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, 7 ed. (1960), cap. X.

29. Cfr. asimismo, JOLOWICZ, op. cit., 411 ss.; JONES, *Studies in Roman Government and Law* (1960), 1 ss., 51 ss., 67 ss.; BLEICKEN, *Eine Studie zur Entwicklung des Prozessrechtes im früheren Prinzipat* (1962), sólo pude consultarlo una vez terminado este trabajo.

cer estas funciones en el Senado del cual era príncipe. El resultado fue que, en el terreno de las ofensas políticas y en los casos en que aparecían implicadas personas influyentes (como dice Tácito), el Senado tenía importancia como tribunal en la primera centuria del Imperio.

Ahora bien, más importante que el desarrollo general fue la *iurisdictio* gradualmente asumida por funcionarios imperiales en sus esferas respectivas: el prefecto *urbi, annonae*, etc. Esto tenía atractivos obvios para el emperador, puesto que los funcionarios eran sus funcionarios, y así la jurisdicción era también del emperador.

En consecuencia, a finales del Principado, la jurisdicción criminal en Italia era sustancialmente un asunto de competencia de los prefectos. El *praefectus urbi* (con los prefectos *annonae* y *vigilum* esencialmente como subordinados) tenía jurisdicción en Roma y en cien millas a la redonda, mientras que los prefectos pretorios tenían jurisdicción fuera de esta área. El cambio consistió en un retorno al proceso inquisitivo de la antigua *iurisdictio* republicana.

El cambio se notó también en las provincias. Como hemos visto, en la República, los gobernadores provinciales no tenían jurisdicción sobre los ciudadanos romanos cuando se trataba de crímenes que exigían la pena capital. Esto fue considerablemente menudado en el Imperio. Ya antes de Marco Aurelio, los gobernadores provinciales podían procesar a ciudadanos no militares, sin apelación, en acusaciones con base legal, mientras que (si eran procónsules) tenían sobre los ciudadanos soldados una *iurisdictio* ilimitada. Después de la constitución Antoniniana, del año doscientos doce, tenían tal *iurisdictio* sobre todos los ciudadanos. Tal desarrollo era inevitable: hubiera sido imposible en un Imperio donde todos eran ciudadanos, mantener el principio de que los ciudadanos sólo podían ser procesados en Roma por delitos capitales.

Hubo, por consiguiente, una nivelación ascendente de las provincias y una nivelación descendente de Italia conforme el proceso cognitorio progresaba y triunfaba, lo cual iba unido a la expansión de la ciudadanía y a la creciente ubicuidad y singularidad del poder imperial.

La transición del Principado al Dominado acentuó lo que era

una realidad. Ya no se mencionaban las *quaestiones*. El mundo romano estaba ahora dividido en una forma única de gobierno con una jerarquía general de funcionarios desde el emperador hasta los gobernadores de las provincias y en una forma única de proceso en materias civiles y criminales. En las criminales, la autoridad suprema del emperador se manifiesta en el hecho de que el poder del magistrado que juzga es restringido de nuevo, en el sentido de que había límites a las penas que podía infligir dentro de su competencia, y las penas más graves requerían un recurso al emperador³⁰.

En un cierto sentido la rueda ha recorrido toda su órbita. Hemos vuelto a la posición inicial en la que el magistrado administra justicia criminal sujeto al control de una autoridad legislativa suprema.

V

Las varias fases del desarrollo que he intentado diseñar quizá pueden ser reflejadas en las ambigüedades unidas al uso de la palabra *coercitio*. Se halla usada en el sentido de decisión magistratorial, i. e., tanto bajo *lex* como en virtud de su propio poder; se usa también para indicar aquellas circunstancias en las que el magistrado inflige una pena sólo en virtud de su propio poder, cuando no existe una prescripción legal adecuada; pero también se encuentra —por ejemplo en la *Collatio legum mosaicarum et romanarum* y en el libro primero del Digesto— como identificando el poder de punición después de la audiencia (sin referencia necesaria a si ha sido ejercida o no una jurisdicción regular). Varias explicaciones de esta diversidad de acepciones del término han sido presentadas por Mommsen, Bonfante, Strachan-Davidson y otros³¹.

Quisiera presentar mi propia sugerencia. Los usos variantes del término reflejan las fases del desarrollo del derecho y jurisdicción

30. DE ROBERTIS, en ZSS, 59 (1939), 219, especialmente 251 ss.; LEVY, BIDR, 45 cit.

31. Cfr. MOMMSEN, op. cit. 38 ss., 475; STRACHAN-DAVIDSON, cit., 1, 98; BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, 4 ed. 1 (reimpresión 1958), 227; JOLOWICZ, cit., 322.

criminales. El derecho criminal romano se desarrolló partiendo de la *coercitio*, de la actividad del magistrado en la esfera de su competencia. Originariamente sólo existirá el *imperium*, primero del rey y después de los cónsules, sobre cuya base ejercía la *coercitio*. Ya en las Doce Tablas, se limitó el *imperium* mediante la *provocatio*; pero en todos los casos (como acertadamente insiste Monnsen), el proceso era un asunto del magistrado. En este estadio, la *coercitio* del magistrado y lo que podemos denominar “derecho criminal ordinario” eran círculos concéntricos. El *imperium* del magistrado era todavía la base de operaciones de la *coercitio* criminal aunque en ciertos casos quedaba abierta la apelación al pueblo.

Luego aparecen las *quaestiones* en la República tardía, cuyo efecto fue separar netamente el campo de la autoridad del magistrado del campo del “derecho ordinario”, porque ahora el “derecho criminal ordinario” era un terreno en el que la *coercitio* del magistrado no cabía, desde el momento que la *lex* correspondiente proveía a todo lo relativo al crimen de que se trataba. El resultado fue que la *coercitio* se identificó necesariamente con la actividad magistratorial en los casos no sujetos a regulación legal, es decir, en aquellas circunstancias no proscritas por la legislación, pero que, no obstante, merecían un castigo. Podríamos decir, por vía de analogía, que la *coercitio* cumplía la función de la *actio in factum* del derecho civil.

La tercera acepción de *coercitio*, sin aludir a su fundamentación en la potestad del magistrado para castigar, aparece en escritos tardíos, en un momento en que toda jurisdicción procede del poder imperial y los magistrados la ejercen como funcionarios imperiales. La base de su *iurisdictio*, en una palabra, se da por supuesta; lo único que puede atraer la atención es su ejercicio del poder de castigar.

Así pues, en todos los casos, la actividad que el magistrado puede ejercer (aunque su contenido varía con el tiempo) se identifica con el término que fue sin duda el trampolín de todo el desarrollo del derecho criminal romano: la *coercitio*.

J. A. C. THOMAS
(Glasgow)