

DERECHO PENAL ROMANO. I. ÉPOCAS MONÁRQUICA Y REPUBLICANA

ARMANDO TORRENT
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

El Derecho penal romano ha sido una de las partes menos estudiadas del Derecho romano, y todavía parece que la ciencia romanística no se ha desprendido de la vieja visión de Mommsen ¹ que situaba la materia penal en un lugar intermedio entre el Derecho y la Historia, aunque tuvo el mérito indudable de plantear las indudables relaciones entre el Derecho y el proceso penal, relaciones que a mi modo de ver aún necesitan ser revisadas, no habiéndose extraído de ellas todo el fruto que pueden dar; indudablemente son distintos y tienen formalidades propias el proceso civil y el proceso penal, que permiten hablar —al menos en un plano teórico durante la República— de *iudicia populi* mas tarde *publica* por un lado, y *iudicia privata* por otro; pensemos en la rica problemática procesal civil derivada del ejercicio de las *legis actiones* y del posterior procedimiento formulario, pero también de *iudicia publica* de los que nos informan las fuentes literarias, empezando a estar mas documentados a partir de las *quaestiones perpetuae*. Y sin embargo estas premisas no permiten hablar de Derecho privado y Derecho penal como dos segmentos compartimentados y estancos, o si queremos de *ius civile* por un lado y *ius poenale* o *criminale* por otro, porque probablemente en ningún período de la evolución del Derecho romano el Derecho penal llegó a adquirir una autonomía como a la que hoy estamos acostumbrados, en que el Derecho penal es claramente uno de los sectores del Derecho público. También contribuyó a este oscurecimiento de la materia el trabajo de Ferrini ², que tuvo el acierto de destacar la evidencia de que falta en Roma una legislación orgánica de Derecho penal. Estas visiones, tanto la de Mommsen como la de Ferrini, hay que decir a más de un siglo de distancia que hoy están superadas; la de Mommsen por demasiado dogmática, la de Ferrini por demasiado pandectística ³. Tam-

¹ MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, reed. Graz, 1955, p. VII.

² FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, en «Enciclopedia del diritto penale italiano» dirigida por Pessina (1902), reed. Roma, 1976, p. 3.

³ ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi*, RIDA, 4 (1950) p. 23.

Armando Torrent

poco ayudó mucho más a profundizar en los estudios de Derecho penal romano la poderosa obra de Wlassak⁴ que planteaba el Derecho penal desde un ángulo excesivamente privatístico; todo ello contribuyó a alejar a los romanistas del estudio por sí mismo del Derecho penal romano.

Casi cincuenta años mas tarde se produjo una reacción contra las consideraciones de aquellos grandes maestros de finales del s. XIX, y hoy se piensa que también las reglas penales pueden ofrecer una magnífica visión del mundo jurídico romano⁵, aunque parece exagerada la opinión de Brasiello⁶ de que la justicia penal tiene una línea de evolución que puede delinearse con claridad; esta claridad que defiende no la veo así, y desde luego durante toda la República nunca hubo una separación tajante entre justicia penal y justicia civil⁷. Sin duda el campo penal es una materia muy interesante, pero enormemente compleja, empezando porque durante los primeros siglos de Roma toda esta materia no estaba bien delineada y toda la punición venía confiada a la *coercitio* de los magistrados, entendiendo por *coercitio* pública la facultad que tenían de sancionar a los ciudadanos con un sistema de medios aflictivos personales y patrimoniales, *coercitio* que puede delinearse bien como un auténtico poder disciplinario ejercitado por el magistrado contra el que contraviene sus órdenes, bien para sancionar transgresiones previstas o no por la legislación criminal, cuyo castigo estaba confiado al poder coercitivo magistratual⁸ aunque sus posibles abusos de poder pronto se vieron limitados por el ejercicio de la *provocatio* por parte del ciudadano en los casos en que ésta era posible.

Se hace difícil por tanto, deslindar determinados hechos ilícitos que hoy consideramos subsumidos penalmente, de otros factores que en Roma fueron variando históricamente oscureciendo el estudio de la norma penal en Derecho romano, entendiendo por norma penal la que enjuicia toda ofensa grave al orden ético-jurídico, y como tal, reprimida por la comunidad; pero incluso estos hechos gravemente antisociales aparecen unas veces reprimidos con penas sacrales, y otras meramente remitidos a la venganza privada⁹; en la sociedad romana arcaica podía darse tanto que determinados hechos, incluso prohibidos y acompañados de sanción, no corresponden a la materia estrictamente penal, y a la vez, que determinados hechos ilícitos religiosos eran reprimidos penalmente mientras que en la evolución posterior llegan a quedar sin sanción; también vemos el fenómeno inverso: hechos que en principio no se consideraban ofensivos para la comunidad,

⁴ WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien, 1917, estudio al que siguió con el mismo título su *Abwehr gegen Philipp Lotmar*, Wien, 1920.

⁵ TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Zaragoza, 2002, p. 266 (en adelante DPR).

⁶ BRASIELLO, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Roma, 1972, p. 197.

⁷ BROGGINI, *Iudex-Arbitrerie. Prolegomena zum officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, pgs. 1 ss.; 30 ss.

⁸ DE DOMINICS, voz *Coercitio*, «NNDI», 3 (1959) pgs. 417-426.

⁹ Vid. ZILINSKY, *La répression criminelle dans la Rome archaïque: aspects judiciaires*, RIDA, 37 (1990) p. 463 ss.

fueron reprimidos severamente mas tarde. Incluso desde una óptica moderna puede ocurrir, y de hecho ocurrió en Roma, que actos que por su intrínseca gravedad deberían definirse penales, quedan fuera de la represión penal entendida estrictamente, asumiendo por tal aquella represión que es puesta en marcha por los órganos del Estado a los que está confiada la punición de otros actos gravemente antisociales ¹⁰.

Como en tantos otros campos del Derecho, el Estado en la época primitiva dejaba a la iniciativa de los particulares las ofensas recibidas, abandonando su punición a la venganza privada; en definitiva primaba la ley del talión en ocasiones atemperada por un rescate económico ¹¹; sólo en unos pocos casos en que el hecho aparece como una violación de la *pax deorum* reacciona la comunidad por sí misma contra el reo para aplacar a los dioses y restaurar las ordenadas relaciones entre hombres y dioses.

Las primeras normas penales que nos transmite la tradición latina vienen atribuidas a la época monárquica ¹² moviéndose siempre dentro de un orden sacro. La ciencia romanística que durante mucho tiempo había rechazado las *leges regiae* considerándolas una colección apócrifa recogida mas tarde en el llamado *ius Papirianum* ¹³ (que como fuente empieza a ser citada a finales de la República ¹⁴ en época de César), hoy se muestra mas cauta, y aparte de considerar aquellas pretendidas *leges regiae* como expresión de reglas consuetudinarias, hoy no se desdeña la posibilidad de la existencia de leyes escritas, como se deduce de la enigmática inscripción contenida en el *Lapis Níger* encontrada en el Foro ¹⁵. Está claro de todos modos que dada la inoperancia legislativa de los comicios curiados en época monárquica, no podían ser *leges rogatae* sino más bien or-

¹⁰ GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, p. 9.

¹¹ MANFREDINI, *Contributi allo studio della iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, p. 72 ss., que se remonta a Cato, *Orig.* 81 en *Prisc. Gramm.* 6, 69; *si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatis ulciscitur*, aunque entiende que esta regla es de época decemviral y no tanto de la monárquica (vid. Rec. de PUGLIESE, IVRA 29 (1978) p. 195 ss.

¹² GREENIDGE, *The legal procedure of Cicero's time*, London, 1901, p. 297 ss.; STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the roman criminal Law*, Oxford, 1912, p. 1 ss.; KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 42 ss.; COLI, *Regnum*, SDHI 17 (1951) p. 114 ss. (= *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, p. 431 ss.); VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, SDHI 19 (1955) p. 38 ss.; (= *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, p. 211 ss.); GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 4 ss.; BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, BIDR 69 (1966) p. 342 ss.; (= *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967, p. 207 ss.); SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2.^a ed. Milano, 1998, p. 1 ss. (en adelante DPP).

¹³ PAOLI, *Le ius Papirianum et la loi Papiria*, RH 24-25 (1946-47) p. 157 ss., y DI PAOLA, *Dalla lex Papiria al ius Papirianum*, Studi Solazzi, Napoli, 1948, p. 631 ss., niegan cualquier tipo de relación entre el *ius Papirianum* y las *leges regiae*.

¹⁴ CARCOPINO, por ejemplo, entiende que el *ius Papirianum* en cuanto colección de unas pretendidas *leges regiae* es una falsedad del s. I a.C. con la pretensión de difundir los principios de la filosofía pitagórica: *Les prétendues «lois royales»*, MEFRA 54 (1937) p. 344 ss.

¹⁵ Vid. COARELLI, *Il Foro romano*, I, Roma, 1983, p. 178 ss.

Armando Torrent

denanzas reales dictadas por el rey en cuanto sumo sacerdote y jefe supremo de la *civitas*, y actualmente ¹⁶ no hay motivo para declarar falsas todas las leyes cuyas noticias conocemos por la tradición; todo lo más se trataría de establecer críticamente caso por caso la fiabilidad de cada disposición singular. En general hoy hay que decir que se acepta un núcleo esencial de autenticidad en las conexiones entre el *ius Papirianum* y las *leges regiae* ¹⁷.

Por supuesto que en las *leges regiae* no debemos pretender ver un conjunto sistemático y orgánico de normas penales, pero al lado de una serie de normas que indudablemente son *de ritu sacrorum*, en otras se prescribe la posibilidad por parte del que ha sufrido una ofensa grave de ejercitar la venganza sobre el ofensor. También puede entreverse una cierta juridificación de conductas hasta ahora reprimidas por los *mores gentilibus*, como la conculcación de algunas relaciones de familia, clientela, vecindad; entre éstas merece destacarse una antigua *lex* atribuída a Rómulo ¹⁸ citada por Dionisio de Halicarnaso 2, 5, 6 que en caso de adulterio u otra causa grave por parte de la mujer (como el abuso del vino por parte de ésta ¹⁹) permite al marido dar muerte a la mujer. Todavía no se observa una clara intervención estatal en estas materias como aparecerá siete siglos mas tarde en el Derecho penal matrimonial de Augusto ²⁰, sobre todo en la represión del adulterio, pero también deja entrever de alguna manera los primeros pasos de una incipiente persecución estatal de estos delitos, que aún partiendo de concepciones religiosas, empieza a superponerse sobre la antigua venganza privada, bien ejercida directamente por sí mismo por el ofendido, bien apoyado en la solidaridad de su grupo.

En esta época en que la religión embebía profundamente el Derecho, para las infracciones de menor relieve (*scelus expiabile*) se imponía al transgresor una pena expiatoria ²¹ (*piaculum*), normalmente el sacrificio de un animal o la entrega de una cosa con valor económico en beneficio del dios ofendido. En el campo penal matrimonial, se atribuye a Rómulo ²²

¹⁶ SANTALUCIA, *DPP*, p. 4.

¹⁷ En este sentido, COLI, *Scritti*, I, p. 429 ss.; VOCI, *Studi*, I, p. 268 ss.; DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, p. 578 ss.; TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, SDHI 17 (1971) p. 1 ss.; WATSON, *Roman Private Law and the leges regiae*, JRS 62 (1972) p. 100 ss. (= *Legal origins and legal change*, London, 1991, p. 109 ss.); FIORI, *Homo sacer*, Napoli, 1996, p. 182 ss.

¹⁸ Sin embargo GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990, p. 5 ss. entiende que sería de Numa Pompilio; escéptico sobre ello GUARINO, *Roma e l'adulterio*, Labeo 38 (1992) p. 319 ss.

¹⁹ Vid. DURRY, *Les femmens et le vin*, REL 33 (1955) p. 108 ss.; MINIERI, *Vini usus feminis ignotus*, Labeo 28 (1982) p. 150 ss.

²⁰ Vid. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1996; PANERO ORIA, *Ius occidendi et ius accusandi en la lex Iulia de adulteriis coercendis*, Valencia, 2001; sobre la cual TORRENT, *Sul diritto penale matrimoniale*, Labeo 48 (2002) p. 127 ss.

²¹ VOCI, *Studi*, I, p.233 ss.

²² Plut. *Rom.* 22, 3. Dudan de la autenticidad de esta regla, y por tanto, de su atribución a Rómulo, MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 689 nt. 4; KASER, *Der Inhalt der patria potestas*, ZSS, 58 (1938) p. 71; Altröm. *Ius.*, p. 43; *Zur altrömischen Hausgewalt*, ZSS 67 (1950) p. 495 ss.

la regla de que el marido que sin motivo hubiese repudiado a su esposa era obligado a entregar la mitad de sus bienes a la diosa Ceres, mientras que la otra mitad debía ser entregada a la mujer repudiada²³. Dion. Hal.²⁴ también atribuye la imposición de la entrega a los dioses de la mitad de su patrimonio al padre que sin haber hecho constatar ante cinco testigos la deformidad de su hijo, hubiera realizado la *expositio* del hijo²⁵. Plutarco²⁶ cita una regla atribuida a Numa Pompilio que sancionaba a la viuda que volvía a contraer matrimonio antes del *annus lugendi* con el sacrificio de una vaca preñada, ya la concubina que había violado la prohibición de tocar el altar del dios a sacrificar —*ciminis dimissis*— una oveja²⁷.

Estamos todavía en un ámbito donde la pena tiene más de sanción religiosa que de auténtica pena pública, que empieza a entrar cuando se observan conductas delictivas en las que no bastaba el simple *piaculum* como ofrenda propicia para aplacar la *ira deorum*, y algunas fuentes (aunque la mayoría de época de Augusto) dejan entrever que a veces el *piaculum* no era suficiente ante conductas delictivas mas graves (*scelus inextinguibile*), imponiendo al ofensor pagar su culpa con su propia persona ofrecida a los dioses (*consecratio capitis*) aplacando su muerte la ira divina, y a veces con todos sus bienes (*consecratio capitis et bonorum*) que van a parar al ofendido. En estos casos graves al delincuente se le impone la terrible condena *sacer esto*²⁸ que implicaba su apartamiento de la comunidad y su abandono a la venganza de la divinidad ofendida²⁹. Quien había ofendido tan gravemente a la comunidad y a los dioses era declarado *homo sacer* pudiendo

²³ Sobre el tema NOAILLES, *Fas et ius. Etudes de droit romain*, Paris, 1948, p. 160 ss.; WATSON, *The divorce of Cervilius Ruga*, TR 33 (1965) p. 4 ss.; SOLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln-Wien, 1969, p. 74 ss.; GIUNTI, *Adult. P.* 279 ss.

²⁴ Dion. Hal. 2, 15, 2.

²⁵ Vid. TONDO, *Leges regiae e paricidas*, Firenze, 1973, p. 160 ss.; WATSON, *Roma ot the XII Tables. Persons and Property*, Princeton, 1975, p. 45, RABELLO, *Efetti personali nella patria potestas*, I, Milano, 1979, p. 37 ss.

²⁶ Plut. *Numa*, 12, 3. Sobre el tema WATSON, *Rome ot the XII Tab.* p. 28; GIUNTI, *Adult. P.* 104 ss.

²⁷ Festo 248 L. (v. *Paelices*); vid. TONDO, *Introduz.* p. 45 ss.

²⁸ Para la lit. mas antigua vid. TRINCHERI, *Le consecrazioni di uomini in Roma*, Roma, 1889; MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 90 ss.; FOWLER, *The original meaning of the word «sacer»*, JRS, 1 (1913) p. 57 ss.; mas recientemente, LUZZATTO, *Per un'ipotesi sullle origini e la natura delle obbligazioni i romane*, Milano, 1934, p. 85 ss.; DE ROBERTIS, *La funzione della pena nel diritto romano*, Studi Solazzi, p. 171 ss. (= *Scritti varii di diritto romano*, III, Bari, 1987, p. 9 ss.); KASER, *Altr. Ius*, p. 45 ss; VOCI, *Studi*, I, p. 237 ss.; GIOFFREDI, *Dir. e proc.* p. 12 ss; FUGIER, *Recherche sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris, 1963, 224 ss.; MAROTOLLI, *Leges sacratae*, Roma, 1979, p. 91 ss.; BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale (a propósito della saceretà)*, BICR 89 (1986) p. 367 ss.; SANTALUCIA, *Alle origini del processo pen. rom.* IVRA 35 (1984) p. 47 ss.; DPP. P. 8 ss.; ALBANESE, *Sacer esto*, BIDR 91 (1988) p- 145 ss.; GAROFALO, *Sulla condizione di homo sacer in età arcaica*, SDHI 56 (1990) p. 223 ass. (= *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, Padova, 1990, p. 11 ss.; ZILINSKY, *Punitions à Rome avant les XII Tables*, PM 5 (1990) p. 107 ss., SALERNO, *Dalla consecratio alla publicatio bonorum*, Napoli, 1990, p. 9 ss., FIORI, *Homo sacer*, p. 179 ss.

²⁹ SANTALUCIA, *DPP.*, p. 10.

Armando Torrent

ser matado impunemente por cualquiera³⁰. Una *lex regia* atribuida a Rómulo³¹ penaba con la *consecratio* la violación de la *fides* que el patrono debía a sus clientes, y de éstos frente al patrono, como también la violencia ejercitada por el hijo contra su padre y la nuera contra su suegro. Otra ley atribuida a Numa³² sancionaba con la *consecratio* a quien violaba las piedras liminares que separaban los fundos, y quizá también la venta de la mujer por parte del marido. Carece de cualquier confirmación la *consecratio* a la que alude Marcelo (D. 11, 8, 2) que remonta a una *lex regia* esta pena contra el que entra en tierra a una mujer en estado de buena esperanza antes de la extracción del feto³³.

De todos modos, sigue siendo discutido a propósito de la *sacer* si el reo incurría en ella inmediatamente de la comisión del delito, o si requería un previo procedimiento judicial. La primera tesis, que es la mas antigua, fue defendida por Jhering y hoy retomada por Bassanelli Sommariva³⁴ y Albanese³⁵, pero la opinión contraria de que se exigía un proceso previo hoy resulta mayoritaria, y al menos parece la mas plausible³⁶. En todos estos casos se advierte una sustracción a la primitiva y exclusiva competencia familiar del conocimiento y punición de hechos gravísimos, y cómo la misma comunidad comienza a dictar medidas en campos tan importantes para la vida ciudadana como el orden de la familia. Una *lex regia* de Rómulo (o quizá de Numa) había prohibido al marido repudiar a la mujer, salvo que ésta hubiera envenenado a la prole, robado las llaves o cometido adulterio, con lo que comenzaba a sustraerse al grupo familiar la persecución inmediata de las conductas sexuales extraconyugales³⁷ y otras conductas que atentaban gravemente contra el orden familiar y los dioses tutelares del hogar.

Hasta ahora nos hemos referido a conductas delictivas que atentan contra la familia, que si en un primer momento su punición quedaba al arbitrio exclusivo de la venganza privada, las antiquísimas *leges regiae*, démoslas el carácter que queramos darle, y hoy no se duda de su sustancial autenticidad desnudadas de las noticias legendarias de los autores de época de Augusto que las mencionan, por alguna vía comienzan a juridificar el campo penal que todavía no se había desembarazado de sus antiguos anclajes religiosos, al menos en el sentido de una creciente intervención de la comunidad en la investigación y sanción de una serie de conductas atentatorias contra el orden familiar y por supuesto

³⁰ De todos modos, sigue siendo muy discutido el significado exacto del término *sacer*, o como dice SANTALUCIA, *op. ult. cit.* p. 11, la «bipolaridad» del concepto de *sacer*.

³¹ Fest., 260 L. (*plorare*). Vid. WIEACKER, *Endoplorare. Diebstahlverfolgung und Gerüft im altrömischen Recht*, Festschrift Wenger, I, München, 1944, p. 167; con lit. FIORI, *Homo sacer*, p. 187 ss.

³² Plut. *Rom.* 22, 3. Vid. discusión del texto en CAVARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano, 1991, p. 294.

³³ Vid. con lit. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, AUPA 42 (1992) p. 22 ss.

³⁴ BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta*, p. 367 ss.

³⁵ ALBANESE, *Sacer esto*, p. 145 ss.

³⁶ En este sentido, MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 901; FOWLER, *Meaning*, p. 62; GAROFALO, *Sulla condizione di homo sacer*, p. 245, SANTALUCIA, *DP*, p. 12; FIORI, *Homo sacer*, p. 489 ss.

³⁷ GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, 3.^a ed., Napoli, 1993, p. 20.

contra los dioses que imponían la acomodación de las actuaciones humanas a una serie de pautas que hasta el momento habían exigido esta acomodación, más por imposición religiosa que por imposición de leyes humanas sujetas a control y sanción. El progreso del Derecho penal romano va a ir precisamente por esta vía: enjuiciar las acciones delictivas mediante mecanismos sociales de averiguación y sanción, que en la medida que estos mecanismos fueran ensanchándose tipificando conductas delictivas con sus sanciones correspondientes, iba sustrayendo el Derecho en cuanto producto de la reflexión humana a la voluntad de los dioses que se imponía por el hecho mismo de su divinidad. También esta vía —penal— de aproximación al desarrollo del Derecho, implica un hito más en su progresiva secularización, que se va haciendo cada vez más un producto humano derivado de la reflexión racional sobre las normas de convivencia.

La pena de muerte en los casos merecedores de *sacertas* no era ejecutada inmediatamente por orden estatal, sino que dejaba un amplio portillo a su ejecución por cualquier ciudadano que podía matar impunemente al *homo sacer*, en momentos en que la *sacertas* todavía tenía mayor componente de expiación religiosa por la violación de deberes impuestos por los dioses, que de sanción laica.

Pero sí se impone directamente la pena de muerte en conductas que atentaban gravemente contra las bases mismas de la comunidad y contra los dioses, como en casos de *perduellio*, el crimen que se dirige contra la estructura interna del Estado, la revolución interna, la alta traición, la violación del deber de fidelidad con el Estado y sus instituciones, que no debe confundirse con otra conducta delictiva que igualmente lleva aneja la pena de muerte como la *proditio*, conducta del que incita al extranjero contra Roma en tiempo de guerra. La *perduellio* era un crimen tan grave por el atentado que suponía contra los dioses protectores de la ciudad y la misma comunidad romana, que según Tito Livio³⁸ el culpable era condenado a la *poena horrendi carminis*: la *suspensio* del *arbor infelix*³⁹, colgar al reo de un árbol estéril donde era azotado hasta morir. Esta *lex horrendi carminis* aparece citada en relación al famoso episodio de los Horacios contra los Curiacios⁴⁰, y por primera vez en relación con la justicia penal se mencionan unos magistrados, los *duoviri perduellionis*, magistrados auxiliares del rey que enjuician estos graves atentados contra el Estado y su ordenamiento constitucional; ciertamente que en época monárquica estamos más en el campo de una justicia sacral que de una justicia pe-

³⁸ Liv. I, 26, 6. Vid. con lit. OGILVIE, *A commentary on Livy, books 1-5*; Oxford, 1965, p. 114 ss. Add. WATSON, *La mort d'Horatia et le droit pénal archaïque à Rome*, RH 57 (1979) p. 5 ss.; LIOU-GILLE, *Le procès d'Horace et de Rabirius*, Latomus 53 (1994) p. 3 ss.; CANTARELLA, *Supplizi*, p. 171 ss.

³⁹ Vid. ANDRÉ, *Arbor felix, arbor infelix*, Hommages Bayet, Bruxelles, 1964, p. 35 ss.

⁴⁰ Dejaré de lado la conexión de este episodio con la *provocatio* en que lo sitúan las fuentes; parece una anticipación excesiva de una figura suficientemente conocida a finales de la República, pero escasamente creíble en época monárquica. Ya aparece con una cierta nebulosa la regulación de la *provocatio* en las mismas XII Tab., que en todo caso sí pueden suponer un antecedente de la regulación prevista en una *lex Valeria* del 300 a.C; TORRENT, *DPR...* p. 136.

Armando Torrent

nal laica, a la que sólo se llegaría plenamente desde el siglo III a.C. con los *iudicia populi*, mas tarde con las *quaestiones extraordinariae*, y a finales de la República con las *quaestiones perpetuae*, pero la misma actuación de los *duoviri perduellionis* como también la de los discutibles *quaestores parricidii*, puede situarse en los primeros pasos que conducirán a la total secularización del Derecho, proceso que si hasta ahora se ha visto fundamentalmente en el campo de la elaboración de reglas jurídicas, y sobre todo a partir de la actuación del gran pontífice Tiberio Coruncanio de mediados del s. III a.C., la perspectiva penal nos ofrece unos hitos, desde luego difíciles de precisar en todos sus particulares, pero que desde esta perspectiva es otro dato más que puede contribuir a ir esclareciendo este proceso de secularización del Derecho.

En la represión de la *perduellio* hay indudablemente una *consecratio* de matiz religioso que evolucionará hacia un tipo de proceso criminal que se irá secularizando lentamente ⁴¹, no exento de ciertos paralelismos con el proceso civil ⁴², proceso que tiende a imponer unos esquemas unitarios a la misma actuación de los *duoviri perduellionis* como órganos de investigación y sanción. Precisamente a partir de la *perduellio* durante la época republicana se extendió el proceso criminal a otras hipótesis penales como la *affectatio regni*, y la violación de la inviolabilidad tribunicia. En este desarrollo se trata, en sustancia, de reprimir penalmente lo que era sentido como atentado a la seguridad de las libertades cívicas, hasta el punto que de un primitivo hecho penal (*perduellio*) conocido por los antiquísimos *duoviri perduellionis*, su investigación pasó en época republicana avanzada a manos de los tribunos de la plebe ⁴³.

Perduellio y *parricidium* ⁴⁴ constituyen el núcleo del Derecho penal mas arcaico, y aparecen recogidos en las XII Tablas. Porque si para el homicidio en un primer momento su represión quedaba abandonada a los parientes de la víctima, la tradición informa de una célebre *lex Numae* acerca del homicidio involuntario que recoge Servio ⁴⁵ y retocada por Festo para poner de relieve el carácter doloso del hecho criminal: *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit paricidas esto*, texto sobre el que se ha vertido una abundantísima literatura. Quizá el punto mas discutido sea quien fuera este *homo liber*, aunque las XII Tablas siempre lo contraponen al *servus* (cfr. Gell. 11, 18, 8; *Coll.* 2, 5, 5), como también se discute el ámbito exacto del *parricidium*: ¿muerte de un hombre libre? ¿muerte de un igual? ¿muerte de un *patricius*? ¿muerte del *paterfamilias* causada por sus descendientes? La expresión *parricidas esto* es enigmática, pero no parece ser una definición sino sanción por la conducta delictiva, en cuyo caso significaría ser muerto por re-

⁴¹ TORRENT, DPR., p. 273.

⁴² GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5.^a ed. Torino, 1965, p. 154.

⁴³ SIBER, *Die plebejischen Magistraturen bis zur Lex Hortensia*, Leipzig, 1936, p. 74 ss.

⁴⁴ Vid. TORRENT, DPR., p. 133.

⁴⁵ Serv. *In buc* 4, 43: *si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem* (vid. también Serv. *In georg.* 3, 87). Vid. discusión con lit. en MELIS, *Arietem offerre. Riflessioni attorno all'omicidio involontario in età arcaica*, Labeo 34 (1988) p. 156 ss.

presalia, por vengar la sangre derramada, venganza que incumbe a los parientes de la víctima que es puesta a su disposición por la comunidad. El sentido imperativo de la *lex Numae* excluiría la reparación económica, y como dice Giuffrè⁴⁶, incluso para el que vea la *ratio* de política legislativa de la prescripción *parcidas esto* sub specie religiosa, debe observar que esa regla representaba un momento de progreso decidido en la evolución del Derecho criminal romano, no sólo por el relieve atribuido a la distinción entre acto voluntario y acto involuntario, sino sobre todo en cuanto abrió el camino a venir abocada al Estado la represión criminal en la persecución del homicidio, transformando el homicidio doloso en un delito no susceptible de composición económica, y ejercitándose la pena —la muerte por represalia— *in contione*, con publicidad. El testimonio combinado que Servio y Festo dan de la *lex Numae* nos permite observar el salto cualitativo que aparece en el precepto decemviral que arranca de Numa; si el rey para el homicidio involuntario prescribía la entrega de un animal a los dioses como sacrificio sustitutivo en la versión de Servio, en la de Festo se establece un límite a la reacción indiscriminada de los parientes de la víctima, que sólo pueden actuar ante un homicidio doloso.

La gran novedad en este campo de las XII Tablas fue introducir el delito de asesinato (homicidio agravado en la versión de los modernos Códigos penales) como hecho delictivo de interés público, no sólo de interés de los parientes de la víctima, y de ahí su configuración como doloso y la autorización pública a los parientes del difunto para vengar tan grave atentado. También es sintomático que para la represión del *parricidium* en la propia época monárquica se conoce un órgano del Estado que se ocupa de su investigación: los *quaestores parricidii*⁴⁷; se cumple aquí la misma línea de evolución que hemos señalado: de una primitiva venganza privada que tiene aspectos religiosos en cuanto que con la venganza el difunto alcanzaba el *solacium mortis*, su investigación pasa a órganos del Estado, y su conocimiento y represión al proceso comicial, de donde va adquiriendo un matiz penal público en la medida que el Estado va asumiendo su función monopolizadora de controlar la violencia y administrar justicia. Y parece dato adquirido que en el campo del Derecho penal un hito indudable en la progresiva secularización del Derecho fueron las XII Tablas, que si aún arrastraban huellas religiosas, con esta legislación se va destacando cada vez más una justicia penal laica. Es significativa al respecto la sanción contra el ladrón nocturno de mieses ajenas (*fruges aratro quaesitae*); todavía la sanción (ser azotado el ladrón y muerto en sacrificio a la diosa Ceres) tiene una componente religiosa de expiación a la divinidad, pero a la vez tiene una componente laica de reparación de la lesión económica causada al perjudicado.

Un aspecto que oscurece la visión lineal de lo que podría ser un autónomo Derecho penal romano es la ambivalencia entre actos ilícitos públicos y actos ilícitos privados, que en Roma aparece bajo la distinción entre *crimina* y *delicta*, o por decirlo de otra ma-

⁴⁶ GIUFFRÈ, *Repress. crimin.* p. 31.

⁴⁷ Fest., 247 L.: *parricidi quaestores*.

Armando Torrent

nera, entre delitos públicos y privados. Aquí puede verse la originalidad del Derecho penal romano muy distinto del moderno; es decir, si en nuestros días todo delito entra en el campo penal, es perseguible públicamente y el Ministerio Fiscal tiene la obligación de perseguir cualquier delito que conozca, mientras que en el campo del Derecho privado la comisión de un acto ilícito sólo es perseguible por el perjudicado, es considerada en relación al daño y a la correlativa responsabilidad (e indemnización) que vendrá fijada en la sentencia judicial, en Roma la consideración de lo penal, o mejor, de lo delictual, es distinta que en nuestros días, en cuanto que entran en ella los llamados delitos privados, es decir, en Roma tenemos que partir de la distinción entre hechos penales de carácter público (*crimina*) y hechos penales de carácter privado (*delicta*), distinción que todavía se arrastra en la época clásica y llega hasta la justinianeas ⁴⁸, aunque para figuras muy concretas (*damnum*, *iniuria*, *damnum iniuria datum* y *rapina*), hechos ilícitos cuya represión desde finales de la época republicana tiene la particularidad de que puede desarrollarse tanto privadamente como por la vía de la regulación penal pública, al confluir con una serie de leyes públicas que regulaban la materia (como la *lex Cornelia de iniuriis*, la *lex Cornelia de vi*, con sus correlativos tribunales públicos permanentes).

Estas y otras consideraciones han hecho decir a algunos autores que originariamente toda la experiencia jurídica romana estaba planteada penalísticamente. Mommsen ⁴⁹ da a entender que el proceso privado está planteado penalísticamente y que en la época arcaica toda la experiencia jurídica tenía un fuerte carácter penalístico, afirmación en la que hay un núcleo de autenticidad, pues la falta de un orden jurídico pleno y perfeccionado ⁵⁰ —consecuencia de la intervención limitada del Estado en la época arcaica— permite el libre arbitrio de la iniciativa privada ejercitando una venganza que se manifiesta violenta e ilimitada, sea que se actúe contra quien ha cometido un hecho que ataca a toda la comunidad, sea contra el culpable de un acto ilícito menor, como por ejemplo, contra el deudor civil; así aparece aún en las XII Tablas con la terrible regla *partes secanto*, en que después de un oportuno proceso, el deudor insolvente es puesto en manos de sus acreedores que pueden matarlo y repartirse su cuerpo. Pero aún tolerando esta ferocidad de unos ciudadanos contra otros, las XII Tablas representan un avance indudable, primero por delinear conductas delictivas fijando las características que deben tener para ser comprendidas en la represión penal (significativa la minuciosa reglamentación del *furtum*), y en segundo lugar, porque aún reconociendo la venganza, trata de limitarla planteando alternativas económicas en contrapartida, y realmente puede decirse que tratan de forzar una reparación económica antes que la aplicación de la ley del talión.

En todo caso, las XII Tablas recogen normas que proceden de la antigua venganza privada reconocida por los *mores gentilibios* y por lo que sabemos, por las *leges regiae*

⁴⁸ Vid. ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, Milano, 1924; VOLTERRA, *Delinquere nelle fonti giuridiche romane*, RISG, 1930, p. 117 ss.

⁴⁹ MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 525 ss.

⁵⁰ GIOFFREDI, *Principi*, p. 10.

que son las primeras que a la vez que reconocen la venganza, van perfilando conductas delictivas dentro de un orden sacral de expiación a los dioses por la culpabilidad incurrida. A partir de la recepción de aquellas reglas por las XII Tablas, y aún tolerando la venganza privada especialmente en aquellos delitos que lesionaban el interés de los particulares, se ha distinguido ⁵¹ entre delitos consistentes en una lesión corporal que daban lugar a la venganza en sentido estricto, rescatable con una compensación económica, y delitos que causando una lesión patrimonial llevaban a una apropiación del cuerpo del culpable que se rescataba mediante un *damnum decidere*. Sustancialmente, por tanto, la razón de la consideración privatística de los *delicta* hay que verla en cuanto que son actos ilícitos que hacen relación directamente a la persona en su esfera mas compleja, aunque no sea en modo gravísimo, y por ello reacciona directamente la persona. En este sentido la venganza se presenta en la época arcaica precisamente, dice Gioffredi ⁵², por la suma de posibilidades que contiene, entre otras y muy importante, el elemento satisfactorio, sea en el sentido de infligir un mal por el mal causado, sea en el sentido, cuando se dé el caso, de recuperar en algún modo lo perdido.

Los *crimina*, en cuanto hechos calificados por su grave antisocialidad que lesionan la comunidad, ésta queda purificada con la sanción del culpable, y serán precisamente estos dos elementos, la grave antisocialidad y la reacción por parte de la comunidad, los elementos que considerados unitariamente califican el hecho penal público en su fase mas antigua. No sería suficiente el solo hecho de la gravedad, pues hay razones ⁵³ para considerar que en principio un hecho tan grave como el homicidio que ofende a la persona y no al Estado en cuanto tal, era por ello mismo reprimido por los parientes de la víctima y no por órganos del Estado. De hecho, en estos casos, la venganza corresponde a los parientes, y la pena que infligen para satisfacción propia y del difunto es considerada suficiente por la comunidad. Sólo con el paso del tiempo, la sociedad romana toma razón de que el homicidio es un hecho tan grave, incluso por la cadena de venganzas que provoca, que pone en peligro las bases mismas de la convivencia destruyendo la seguridad y el derecho a la vida de los ciudadanos, que confía su represión a unos órganos propios: los *quaestores parricidii*.

Serán las XII Tablas el cuerpo legislativo donde se van a recoger muchas normas penales que venían de antiguo, por lo que sus innovaciones en la presentación de nuevos tipos criminales son muy escasas. Siguen prescribiendo la *consecratio* del culpable a los dioses del infierno para los clientes que defraudaran al patrono (según Festo después de un proceso); también recogen reglas anteriores en todo lo que se refiere a los atentados al libre desarrollo de la actividad agraria; para quien incendia la casa ajena o quema las

⁵¹ DE VISCHER, *Vindicta et noxa*, Studi Bonfante, III, Milano, 1930, p. 235 ss.

⁵² GIOFFREDI, *Principi*, loc. ult. cit.

⁵³ KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, p. 37 ss.

Armando Torrent

mieses ajenas se prescribe la muerte por el fuego; quien hace pastar sus animales de noche en el fundo ajeno o se lleva furtivamente las mieses ajenas, sufre la *consecratio* a la diosa Ceres; quien con malas artes maldice la cosecha del vecino o trata con actos de encantamiento atraer para el propio fundo las mieses del vecino, es condenado a muerte, pena que en general se impone a todos los culpables de delitos de brujería: *occentare, malum carmen incantare*. Parece que también es condenado a muerte el *iudex qui litem suam fecit*. El falso testimonio sufre la pena agravada de ser lanzado al Tíber desde la roca Tarpeya, pena feroz que se explica por el atentado gravísimo que rendía el testigo falso a la *fides veritatis*, la fiabilidad, la confianza en una actuación honesta que se espera de todos los ciudadanos. Quien se negara a prestar testimonio, demostrada esta conducta en un proceso especial (*obvagulatio*), se le declaraba incapaz para volver a testificar (*intestabilis esto*). Para otra serie de conductas consideradas delictivas las XII Tablas prefieren la composición económica establecida normalmente en un tanto del daño causado; por ejemplo, el usurero que prestaba a un interés superior al 100%, era condenado al pago del *quadruplum* de lo que ya hubiera recibido del prestatario.

A partir de las XII Tablas, y sobre todo con la reorganización y estabilización de la República subsiguiente a las leyes *Liciniae-Sextiae* del 367 a.C. que culminaron la neta separación entre funciones religiosas y político-militares, no puede decirse que progresara de un modo decisivo la justicia penal. La amplísima *coercitio* de los magistrados *cum imperio* por un lado, junto a la afirmación de la *Res publica* como sistema político en el que se sentían integrados todos los ciudadanos, hizo innecesario⁵⁴ recurrir al concepto de expiación de hechos delictivos que en la concepción anterior ofendían primariamente a los dioses, afirmándose la exigencia de la tutela de la seguridad pública por parte de los magistrados. La represión de los *delicta* como hechos ilícitos que dañaban exclusivamente intereses particulares, continuó ejercitándose a instancia de los perjudicados que podían actuar directamente contra los causantes del daño, o bien acudir ante la *iurisdictio* del *praetor urbanus*. La represión de los *crimina*, hechos delictivos que atentaban contra toda la comunidad, eran perseguidos por los magistrados que podían actuar omnímodamente en base a su *imperium*, imponiendo según los casos la pena de muerte (*poena capitis*), castigos corporales (*fustigatio*), cárcel temporal (*deductio in insula*), o penas económicas (*mulctae*).

La imposición de la *poena capitis* suscitó inmediatamente graves problemas ante la indefensión de los ciudadanos ante el poder (o eventuales abusos de poder) de los magistrados, no bastando para poner freno a los mismos la *intercessio* de los tribunos de la plebe⁵⁵, aunque acaso se debiera a la presión de éstos la costumbre de los magistrados supremos en

⁵⁴ GIUFFRÈ, *Repress. crimin.* p. 47.

⁵⁵ Sintomático que Liv. 3, 45, 8 definiera la *tribunicia potestas* como *arx libertatis*, lo mismo que se predica de la *provocatio ad populum*. Vid. BIANCHINI, *Sui rapporti tra provocatio ed intercessio*, Studi Scherillo, I, Milano, 1971, p. 108 ss.

caso de hechos delictivos muy graves de seguir unas pautas parecidas a la de los procesos privados, procurando que un ciudadano actuara como acusador contra el presunto delincuente análogamente al proceso privado en que el acreedor reclamaba la prestación del deudor. Pero tampoco esto era suficiente, entrecruzándose en este punto el discutido tema de la *provocatio ad populum*, el derecho de un ciudadano que ante la condena a muerte o la imposición de una cuantiosa multa económica fijada por un magistrado, decidiera el pueblo, los comicios centuriados en época republicana reunidos en asamblea judicial.

Tito Livio⁵⁶ informa del derecho de *provocatio* ejercitado desde época monárquica, cuando es acusado de *perduellio* un Horacio asesino de su hermana que amaba a un Curcio. Este asesinato estaba castigado con la *lex horrendi carminis*, y tal como describen los analistas las circunstancias del delito, no dejaban ninguna alternativa a los duumviro que necesariamente tenían que ordenar la muerte del asesino, ante lo cual Horacio por sugerencia de Tulo Hostilio apela al pueblo. Livio no señala ante qué asamblea debe presentarse esta *provocatio* que las fuentes de finales de la República quieren presentar como suprema garantía de las libertades individuales⁵⁷ y que consideraban consustancial con la historia de su ciudad, casi coetánea con la fundación de Roma. Pero desde luego la *provocatio* no parece ser de época monárquica, aunque Cicerón (*de Rep.* 2, 31, 54) la atribuya a esta época; por el contrario es mas consonante con las garantías republicanas que con el arbitrio de la época real, y su origen republicano es dominante en la ciencia romanística⁵⁸. Tampoco parece mas cierta la tradición latina que sitúa inmediatamente de la caída de la monarquía la institución de la *provocatio*, que habría sido instaurada por una *lex Valeria de provocatione* del 509 a.C. muy probablemente falsa, que hacía coincidir la instauración de las garantías de la *libertas* al día siguiente de la expulsión del último Tarquinio, que como se conviene hoy, se habría debido a una revuelta del patriciado contra la tiranía de los dominadores etruscos⁵⁹. Esta primera *lex Valeria* habría establecido que ningún magistrado condenase a muerte u ordenase azotar⁶⁰ a un ciudadano sin tener en cuenta la apelación al pueblo; es decir, desde el primer momento de la fundación de la República los analistas pretenden que los magistrados supremos no pudieran

⁵⁶ Liv. 1, 26, 6 y 8.

⁵⁷ Cic. *Orat.* 2, 199: *patrona civitatis ac videx libertatis*. Cfr. Liv. 3, 45, 8.

⁵⁸ Vid. entre otros, GROSSO, *Monarchia, provocatio e processo popolare*, Studi De Francisci, II, Milano, 1956, p. 9; BLEICKEN, *Ursprung und Bedeutung der Provokation*, ZSS 76 (1959) p. 324 ss.; *Provocatio*, PW 23.2 (1965) p. 2445; GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1967, p. 320 nt. 9; DE MARTINO, *Il modello della città-stato*, en el vol. *Storia di Roma* dirigida por A. Momigliano y A. Schiavone, IV, Torino, 1989, p. 456.

⁵⁹ Vid. TORRENT, *DPR.* p. 87 ss.

⁶⁰ Y la *fustigatio* o *verberatio* precedía normalmente a la pena de muerte. Con terminología moderna podría decirse que la pena de azotes era una pena accesoria a la pena capital. Vid. Cic. *de Rep.* 2, 53: *ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret*. SANTALUCIA, *DPP.* p. 32 nt. 7 aclara que *verberaret* en el texto de Cicerón se refiere a la fustigación que acompañaba la ejecución capital y no a la fustigación como medida coercitiva autónoma.

Armando Torrent

ordenar las mas duras medidas represivas ⁶¹, y en especial la pena de muerte, sin haber oído el juicio del pueblo reunido en la asamblea comicial. Visto así el problema es lógico que tanto las fuentes analísticas como los estudiosos del Derecho público romano, sitúen la *provocatio* como uno de los elementos fundamentales de la constitución republicana. En el campo del Derecho penal no cabe duda que la máxima garantía para los ciudadanos residía en que no podían ser condenados a muerte por un magistrado *cum imperio* sin haberse promovido un proceso regular ante los comicios. Tampoco parece mas fidedigno ⁶² configurar la *provocatio* como un instrumento de defensa de la plebe contra el patriciado; por el contrario, de Pomponio en D. 1, 2, 2, 16 ⁶³ parece deducirse que habría sido debido a una exigencia del patriciado para precaverse contra eventuales abusos de poder de los magistrados, derecho que al menos teóricamente podía beneficiar asimismo a los plebeyos en cuanto integrados en el *populus* tal como se entendía a principios de la República, o sea, integrados en el *exercitus centuriatus*.

Es poco creíble la primera *lex Valeria* del 509 a.C. aprobada a propuesta del cónsul P. Valerio Poblícola, que además sería la primera ley comicial; entiendo ⁶⁴ que probablemente sea una invención de la analística posterior en conexión con las posteriores *leges Valeriae de provocatione* para dar realce al protagonismo de los miembros de la *gens Valeria* ⁶⁵. Ya es mas creíble otra *lex Valeria (Horatia) de provocatione* del 449 a.C., votada a propuesta de los consules L. Valerio Potito y M. Horacio Barbato puestos a la cabeza del Estado una vez abatido el decemvirato legislativo y recuperada la normalidad constitucional, ley que habría vetado la creación de magistraturas exentas de *provocatio*. Abatidos los decemviros, la *provocatio* como derecho popular frente a la *coercitio* y el *imperium* de los cónsules, debía ponerse como una clara exigencia plebeya ⁶⁶, especialmente sensible frente a la recentísima actuación tiránica del colegio decemviral que había estado desligado de la *provocatio* ⁶⁷. La sanción del 449 a.C. de que no se creara ninguna

⁶¹ Incluso Dion. Hal. 5, 19, 4 extiende la protección de esta primera *lex Valeria* a la imposición de multas cuantiosas por los magistrados, noticia que tiene todas la posibilidades de ser una anticipación del contenido posterior del proceso de *provocatione*. Vid. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale*, Torino, 1939, p. 6 nt. 10.

⁶² SANTALUCIA, *DPP*. p. 31.

⁶³ D. 1, 2, 2, 26: *Ne per omnia (consules) regiam potestatem sibi vindicarent, lege data factum est, ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi*.

⁶⁴ TORRENT, *DPR*. p. 203.

⁶⁵ TORRENT, *Conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico romano*, Salamanca, 1973, p. 42.

⁶⁶ Liv. 3, 55, 4-5: *aliam deinde consularem legem de provocatione, unicum praesidium libertatis, decemvirali potestate eversam non restituerunt modo, sed etiam in potum munium sanciendo novam legem, ne quis ullum magistratum sine provocatione creare*; Cic. de Rep. 2, 31, 54: *ne qui magistratus sine provocatione crearetur*.

⁶⁷ Cic. de Rep. 2, 54; 2, 61; Liv. 3, 32, 6; 3, 33, 9; 3, 36, 6; 3, 45, 8; 3, 48, 9; 3, 53, 4; 3, 55, 4; Zon. 7, 18. Igualmente estaba desligado de la *provocatio* el *dictator*: Liv. 2, 18, 2; 2, 29, 11; 3, 20, 8; 4, 13, 11; Dion. Hal. 5, 75, 2; 6, 58, 2; Pomp. D. 1, 2, 2, 18; Fest. 216 L. *optima lex*; Lid. Mag. 1, 37; Zon. 7, 13. Cfr. TORRENT, *DPR*. p. 167 ss.

magistratura que pudiera estar exenta de *provocatio* me parece motivo suficientemente atendible para admitir la autenticidad de esta legislación que encaja en la tendencia filopopular de las *leges Valeriae-Horatiae*.

Mayor credibilidad tiene para la doctrina romanística⁶⁸ una tercera *lex Valeria de provocatione* del 300 a.C. aprobada a propuesta del cónsul M. Valerio Corvo, cuyo contenido era similar a la del 509, pero según Tito Livio⁶⁹ dotada de una sanción mas enérgica (*diligentius sancta*) en cuanto declaraba intolerable (*improbe factum*) la actuación del magistrado que violando la ley hubiera condenado a muerte o a ser azotado a un ciudadano, es decir, hubiera condenado a muerte a un ciudadano reo de haber cometido un *crimen* sin concederle el derecho de invocar a los *comitia centuriata* para obtener al menos la posibilidad de ser condenado al exilio antes que ser ejecutado, y hasta su misma absolución.

Sustancialmente por tanto, hay toda una larguísima tradición sobre la *provocatio*, que debe ser muy antigua, desde luego anterior a las XII Tablas, como demuestra la larga serie de testimonios que declaran a los decemviros no sujetos a la *provocatio* (también el *dictator*), a lo que hay que añadir las noticias sobre las *leges Aternia Tarpeia* del 454 a.C. y *Menenia Sextia* del 452, indudablemente debidas a la presión plebeya, que fijaron el límite máximo de multas (3020 ases o su equivalente: 30 bueyes y 2 ovejas) que los magistrados podían imponer sin convocar al pueblo, es decir, superados estos límites los ciudadanos tenían el derecho de *provocare ad populum*. Por otra parte, los analistas mencionan diversos episodios con anterioridad al 300 a.C. de auténticas rebeliones populares contra los magistrados⁷⁰ que no consentían las exigencias de *provocatio*, en definitiva que fuera el pueblo quien se pronunciase sobre las medidas coercitivas graves tomadas por aquéllos, lo que viene confirmado por Cicerón⁷¹ que informa que las XII Tablas en numerosas disposiciones (*compluribus legibus*) concedían a los ciudadanos el *ius provocationis* contra las medidas represivas tomadas en su contra (por los magistrados).

Asombra, desde luego, esta repetición de leyes *de provocatione*, quizá debido, como dice Tito Livio, a que en los primeros tiempos republicanos el poder de unos pocos (los patricios) tenía mayor peso que la libertad de los plebeyos⁷². A mi modo de ver, la existencia de la *provocatio* desde las primeras épocas republicanas hay que situarla como uno de los episodios de la lucha patricio-plebeya⁷³. Todas estas noticias permiten supo-

⁶⁸ Vid. lit. ya algo antigua, en DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I, 2.^a ed., Napoli, 1972, p. 313, aunque todavía algunos mantienen una actitud escéptica sobre su autenticidad; vid. lit. en SANTALUCIA, *DPP*, p. 32 nt. 10.

⁶⁹ Liv. 10, 3-5: *M. Valerius de provocatione legem tulit diligentius sanctam... Valeria lex cum eum qui provocasset virgis caedi securique necari vetuisset, si quis adversus ea fecisset, nihil ultra quam improbe factum adiecit.*

⁷⁰ Como los que narra Liv. 2, 27, 12; 2, 55, 4-12.

⁷¹ Cic. *de Rep.* 2, 54: *ab omni iudicio poenaeque provocare licere indicant XII Tabulae compluribus legibus.*

⁷² Liv. 10, 9, 4: *plus paucorum opesquam libertas plebis poterat.*

⁷³ TORRENT, *DPR* p. 204.

Armando Torrent

ner⁷⁴ que si frente a un patricio el magistrado generalmente estaba obligado a conceder al reo la *provocatio*, también debió ser frecuente el caso de que los plebeyos fueran condenados a muerte sin acceder a su requerimiento de un proceso comicial; de ahí la contundencia de la prescripción de las XII Tablas: *nisi per maximum comitatum ne ferunto*, que convirtió el *ius provocationis* en un instrumento preciosísimo contra el ejercicio arbitrario de las potestades represivas de los magistrados, pero no solo a favor de los plebeyos, sino también de los patricios como freno a la *coercitio* tribunicia e incluso contra las *leges sacratae* plebeyas que decretaban la *consecratio* del ciudadano⁷⁵ que atentara contra la inviolabilidad tribunicia. De este modo, al establecer las XII Tablas que sobre la vida de un ciudadano sólo pudieran decidir los *comitia centuriata*, ello supondría como vió Gaudemet⁷⁶ una segunda instancia penal del proceso criminal donde se manifestaba la soberanía del pueblo, desarrollando una vieja idea propuesta por Mommsen⁷⁷ según el cual todos los procesos comiciales serían juicios *de provocatione*, en los que habría una primera fase en que el magistrado dirigía un juicio en el que condenaba a muerte al condenado, y una apelación al pueblo que actúa soberanamente en estos casos, hasta el punto que puede absolver al condenado injustamente, como también ejercer el derecho de gracia al condenado justamente. Según Mommsen toda sentencia infligida por un magistrado *cum imperio* dentro de la *urbs*, conduce, si el condenado hace uso de su derecho de *provocatio*, a un *iudicium populi*, por lo que cabe hablar de una doble instancia penal: ante el magistrado, y la apelación ante el pueblo. También hay que decir que estas ideas de Mommsen sobre un juicio universal de *provocatio* hoy están en tela de juicio, pero nos llevaría muy lejos su discusión, que además versaría más sobre el campo procesal que sobre el propiamente penal⁷⁸.

Parece claro, en todo caso, que desde luego a partir del 300 a.C. los magistrados que tenían a su cargo la represión penal no se arriesgarían a negar la *provocatio* al ciudadano que la requiriese, y que el magistrado en el mismo *decretum* en el que señalaba su condena, reenviase el tema a los comicios para que decidieran en última instancia⁷⁹, sobre todo desde que a mediados del s. II a.C. tres sucesivas *leges Porciae de provocatione* extendieron el derecho a *provocatio* no sólo a todos los hombres libres y ciudadanos romanos que habitasen en Roma, sino también a todos los romanos residentes en provincias que prestasen sus servicios en las legiones, con la consecuencia ulterior que todos estos procesos debían desarrollarse en Roma.

El sistema de delitos y penas públicas instaurado por las XII Tablas (homicidio, *furtum*, *membrum ruptum*, *os fractum*, delitos de usura, de encantamiento, de brujería, de

⁷⁴ SANTALUCIA, *DPP*. p. 35.

⁷⁵ ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 7.^a ed. riv. Napoli, 1966, p. 80.

⁷⁶ GAUDEMET, *Inst.* p. 321.

⁷⁷ MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, 1886, reed. Graz, 1969, p. 351 ss.

⁷⁸ Remito para esta discusión a mi *DPR*. pgs. 205-206; también SANTALUCIA, *DPP*. p. 36 ss.

⁷⁹ GIUFFRÈ, *Repress. crimin.* p. 52.

ruptura del orden agrario, aludidos hace poco) permaneció vigente casi hasta las reformas silanas institutivas de las nuevas *quaestiones perpetuae*. Pero el progreso de la vida social, económica y política romana, exigió la protección penal frente a nuevas conductas delictivas, introduciéndose nuevos delitos en torno al 200 a.C., como la prohibición de juegos de azar penado por una *lex de alea* de fecha incierta (en torno al 204 a.C.) cuya contravención estaba sancionada con una multa⁸⁰. Otra nueva figura penal, el *ambitus*⁸¹, delito de corrupción electoral sancionado con pena de muerte, fue debida a una *lex Cornelia Baebia* del 181 a.C. y otra *lex Cornelia Fulvia* del 159 a.C. Cicerón⁸² informa de una *lex Scantinia* del 149 a.C.⁸³ que configura por primera vez el crimen de pederastia⁸⁴ castigado con pena de diez mil sextercios⁸⁵; sin embargo las fuentes no son muy seguras al respecto y no establecen con claridad si estaba penado el *stuprum cum puero*, o solamente las relaciones homosexuales entre adultos⁸⁶.

Todo esta larga serie de delitos podrían hacer pensar que se resolviesen siempre en el seno de los *iudicia populi* comiciales; hoy se piensa que no siempre fue así, que no todas las condenas a muerte eran llevadas ante los *comitia centuriata*, y que la delincuencia común, muy corriente en Roma, incluso sancionada con pena de muerte, no requería en todos los casos convocar al pueblo en asamblea judicial para que decidiera sobre la vida o muerte del condenado. Ya Brecht⁸⁷ había distinguido un proceso acusatorio ante los comicios independiente de la *provocatio*, y sobre todo Kunkel⁸⁸ profundizó en esta distinción considerando que el proceso comicial se aplicaba únicamente a los delitos de carácter político, quedando excluidos los delitos comunes del conocimiento comicial, que sólo daban lugar a una persecución penal privada en que la acusación era llevada por los *quaestores parricidii* (llamados mas adelante *quaestores aerarii* por ser los custodios del patrimonio confiscado a los conderados), y mas tarde por el pretor. Sólo los delitos políticos, hechos criminales de particular gravedad, eran los que llegaban al *iudicium populi*, hasta que a partir de Cayo Graco (123 a.C.) se introdujeron nuevos tribunales per-

⁸⁰ Plut. *Mil. glor.* 164; vid. también Hor. *Carm.* 3, 24, 58; Ovid. *Trist.* 2, 471-472. Sobre el tema, KURYLOWICZ, *Das Glücksspiel im römischen Recht*, ZSS 102 (1985) p. 193 ss.; *Leges aleariae und leges sumptuariae in antiken Recht*, Studia Pólay, Szeged, 1985, p. p. 271 ss.; también POLLERA, *In tema di repressione del gioco d'azzardo: dati e problemi*, Studi De Sarlo, Milano, 1989, p. 519 ss.

⁸¹ La lit. sobre el crimen de *ambitu* es amplísima, vid. por todos FASCIONE, *Crimen e quaestio ambitus nell'età repubblicana*, Milano, 1984.

⁸² Cic. *ad Fam.* 8, 12, 3; 8, 14, 4. Add. Juv. *Sat.* 2, 44-45; Suet. *Dom.* 8, 4.

⁸³ La fecha es incierta; la fecha que se suele tomar como mas segura del 149 a.C. viene sugerida por Liv. *Per.* II, 115-116

⁸⁴ Aunque LILJA, *Homosexuality in republican and augustan Rome*, Helsinki, 1983, p. 95 ss. duda de la autenticidad de esta norma.

⁸⁵ Quint. *Inst. orat.* 4, 2, 69; 7, 4, 42.

⁸⁶ Vid. sobre el problema DALLA, *Ubi Venus mutatur*, Milano, 1987, p. 82 ss.; CANTARELLA, *Secondo natura*, Roma, 1988, p.141 ss.

⁸⁷ BRECHT, *Zum römischen Komitialverfahren*, ZSS 59 (1939) p. 261 ss.

⁸⁸ KUNKEL, *Kriminalverfahren*, p. 71 ss.

Armando Torrent

manentes que sustituyen a la antigua justicia penal. Kunkel rectifica la vieja tesis de Mommsen del carácter universal de la *provocatio* para delinear unos *iudicia populi* que no son *provocationes*. Sustancialmente serían unos procesos independientes de la *provocatio* que en definitiva no fueron otra cosa hasta finales de la República, que el control político que la asamblea popular ejercitaba sobre los magistrados ⁸⁹.

Según Kunkel el extraordinario incremento de la criminalidad a lo largo del s. III a.C. con la inmediata exigencia de reforzar la protección de la seguridad ciudadana, determinaron que, además de los relativos procesos privados, surgiera un proceso público por iniciativa de un magistrado o promovido por cualquier particular interesado, ante un tribunal especial bajo la presidencia de los *tresviri capitales* con amplias competencias en jurisdicción penal, cuyas condenas no pasaban el tamiz de la segunda instancia de la *provocatio*. Estas explicaciones de Kunkel tienen el mérito de haber señalado la distinción entre procesos comiciales y procesos *de provocatione* ⁹⁰ que han permitido ir profundizando en la progresiva (pero muy lenta) especialización de la materia penal, que muy trabajosamente se iba diferenciando de la materia de Derecho privado aunque en la concepción romana todo era fundamentalmente *ius civile* que comprendía bajo una visión unitaria todo el Derecho de la ciudad, público y privado, y por eso las diferencias desde luego en la época republicana entre ambos sectores del Derecho, *duae positiones* del Derecho que dirá Ulpiano a caballo entre los s. II y III d.C., no pueden apreciarse desde un punto de vista sustantivo, sino fundamentalmente procesal.

Las explicaciones de Kunkel no han recogido el aplauso unánime de la doctrina, y las críticas no se hicieron esperar. Pugliese ⁹¹ y Brunt ⁹² pusieron de relieve que los apoyos textuales de Kunkel (Cic. *pro Cluent.* 38 y Val. Max. 8, 4, 2) no son tan determinantes como éste pretendía, porque estos textos demuestran que los *tresviri capitales* sólo tenían competencias en lo que hoy llamamos instrucción penal (que no juzgadoras), y en la supervisión material de las condenas a muerte, pero que de ningún modo tenían una autónoma jurisdicción penal como pretende Kunkel, ni mucho menos actuaban como tribunal de lo criminal; tendrían simplemente unas funciones de policía, funciones instructorias, no juzgadoras.

Más recientemente, Mantovani ⁹³ ha defendido con originalidad la tesis de que los *comitia* sólo juzgaban las conductas criminales que pueden calificarse de relieve político,

⁸⁹ FREZZA, *Corso*, p. 96.

⁹⁰ TORRENT, *DPR*, p. 206.

⁹¹ PUGLIESE, recensión a Kunkel, *BIDR*, 66 (1963) p. 166 ss. (= *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1986, p. 576 ss.)

⁹² BRUNT, rec. a Kunkel, *TR*, 32 (1964) p. 445 ss.

⁹³ MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, Athen. 78 (1990) p. 19 ss, contradicho inmediatamente por GAROFALO, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana?*, *SDHI* 56 (1990) p. 366 ss. (= *Appunti*, p. 59 ss.). El primero vuelve a insistir en su tesis, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana: una risposta*, Athen. 79 (1991) p. 611 ss., y vuelve a ser contradicho por el segundo: *Il pretore giu-*

como la *perduellio*, y por ello de contornos jurídicos imprecisos, dependientes aquellas conductas de la valoración política de cada momento histórico, mientras que sería el pretor en función de juez de lo penal quien juzgaría todos los demás delitos sancionados con pena de muerte tal como venían siendo delineados en sucesivas *leges publicae*. Merecería la pena dedicar una atención especial a la crítica de esta explicación, pero ello alargaría excesivamente esta conferencia inaugural, y me remito a la crítica de Garofalo, Venturini y Santalucia.

Hechas todas estas consideraciones, y para no perder el hilo de la reconstrucción del Derecho penal romano a lo largo de las etapas monárquica y republicana, conviene volver a la distinción entre *crimina* y *delicta* para rastrear algunas pistas de esta evolución, porque si sustantivamente la distinción descansa en la consideración de atentado a la comunidad (*crimina*) o al individuo particular (*delicta*), esta distinción tiende a desaparecer estructuralmente desde el punto de vista de la pena⁹⁴, porque aunque en los primeros su persecución sea pública y en los segundos privada, ambos tienen un fin único: la pena, siendo indiferente en estos momentos que ésta consista en una aflicción personal que puede llegar hasta la muerte, o en una aflicción económica, y si ambas vertientes de la materia penal (*crimina* y *delicta*) tienen un mismo fin, la pena, originariamente a la base de ambas categorías estaba la venganza⁹⁵. Las XII Tablas prescriben que el homicida puede ser condenado a muerte, pero también que el deudor insolvente puede ser vendido como esclavo e incluso matado. Realmente en el Derecho penal primitivo el fin fundamental de la pena era la venganza, en definitiva, un fin fundamentalmente satisfactorio, tanto para los parientes de la víctima en los delitos de sangre, como sobre el patrimonio del ofensor en otras conductas delictivas; habrá que llegar a las *quaestiones perpetuae* a mediados del s. II a.C. para encontrar distinta óptica en otras funciones de la pena, como la preventiva y la intimidatoria⁹⁶.

Cierto es que durante la República avanzada el mayor relieve en el Derecho penal que podemos llamar público, lo tuvieron los *iudicia populi*, con todas las incertidumbres que hemos tenido ocasión de analizar, pero no todas las actividades delictivas, incluso de sangre, que estaban sancionadas con la pena capital, daban lugar a *iudicia populi* ni todos acababan ante los *comitia*. Porque si éste era el procedimiento que podía denominarse oficial, los analistas nos recuerdan casos en que los procesos criminales se des-

dice criminale in età repubblicana? In margine ad una risposta, SDHI 57 (1991) p. 402 ss. (= *Appunti*, p. 109 ss.). Trató de mediar entre ellos con atinadas observaciones GUARINO, *I Romani, quei criminali*, Labeo 39 (1993) p. 234 ss., pero MANTOVANI vuelve a la carga por tercera vez para defender su tesis: *Gaio Gracco e i dikástai di Plut. C. Gr. 3,7*, Athen. 82 (1994) p. 13 ss., que tampoco convencen ni a SANTALUCIA, *DPP*, pgs. 90-91, ni a VENTURINI, *Lo «Strafrecht» mommseniano ad un secolo di distanza*, en *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, p. 74 nt. 211.

⁹⁴ TORRENT, *DPR*, p. 271.

⁹⁵ En este sentido, BRASIELLO, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Roma, 1972, p. 199.

⁹⁶ TORRENT, *DPR*, p. 280.

Armando Torrent

arrollaban de otro modo, probablemente también debido unas veces a motivos políticos como la instrumentalización de las asambleas populares una vez proletarizadas las masas urbanas votantes fácilmente influenciables por agitaciones demagógicas, y otras a causas procesales como los rigorismos formales de su convocatoria, sus dilatados tiempos procesales con las sucesivas arengas de acusación y defensa repetidas hasta cuatro veces, la exigencia en alguna ocasión de conocimientos técnicos desconocidos para los ciudadanos corrientes que habían de votar, y la aleatoriedad de sus decisiones que ponían en peligro la seguridad pública y la confianza en la justicia penal. La epigrafía jurídica de finales de la República como demuestra la *lex Latina tabulae Bantinae*⁹⁷ alude a leyes que atribuían a los magistrados con *ius mulctam dicendi* la facultad de elegir entre una multa fijada a su arbitrio a discutirse ante el pueblo, y una multa fija establecida a través de un proceso civil contra el delincuente. Esta facultad electiva consentía a juicio de Santalucía⁹⁸ para los casos menos graves, o los que tenían menor resonancia social, evitar los retrasos del proceso comicial remitiendo el conocimiento de los hechos y la decisión de la causa al *iudex privatus* nombrado por el pretor.

Otra vía utilizada por los magistrados para eludir los *iudicia populi* fue el recurso al procedimiento *per sponsionem*, tal como hacían entre sí los ciudadanos corrientes para dirimir sus contiendas privadas, con el que el demandante mediante *sponsio* obtenía la promesa del demandado de pagar una cantidad de dinero (garantizada por los *praedes*) fijada arbitrariamente por el demandante o de acuerdo entre ambos, para el supuesto de que resultara fundada la acusación⁹⁹. Cuando esta vía fuera intentada por el magistrado y el acusado se negara a seguirla, la alternativa podía ser peor para éste, pues sería citado ante un *iudicium populi* corriendo el riesgo de ser condenado al pago de una cantidad mas cuantiosa que la *summa sponsionis*. Esta vía debió ser bastante practicada en provincias, y desde luego en la Hispania romana como demuestra el cap. LXXXIX, 1,12 de la *Lex Imitana*¹⁰⁰. Esta vía muestra los paralelismos o si quiere la ambivalencia entre los planteamientos penales públicos y los privatísticos, que nunca se llegaron a diferenciar

⁹⁷ *Lex Lat. Tab. Bant.* II, 9-12. También el *Fragmentum Tuderninum* II, 5-6.

⁹⁸ SANTALUCIA, *DPP.* p. 96.

⁹⁹ Son bastante complejos, y de orígenes oscuros, que se remontan al tiempo de las *legis actiones*, los relieves procesales del procedimiento *per sponsionem*, al que se recurre frecuentemente en materia interdictal. Vid. sobre el tema CROOK, *Sponsione provocare: its place in roman litigation*, JRS 66 (1976) p. 132 ss.; LINTOTT, *The procedure under the Leges Calpurnia and Iunia de repetundis and the actio per sponsionem*, ZPE 22 (1976) p. 211 ss.

¹⁰⁰ *De sponsione quae in probrum factam esse dicatur*. También estas procesos *per sponsionem* son citadas por Liv. 39, 43, 5; 40, 46, 14. Sobre los complejos problemas de la *lex Imitana*, aún no suficientemente estudiada en todos sus particulares, vid. para este punto concreto D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, Sodalitas. Studi Guarino, VI, Napoli, 1984, p. 2575 ss.; DOMINGO OSLÉ, *Sponsio in probrum*, SDHI 55 (1989) p. 419 ss.; LAMBERTI, *Tabulae Imitanae. Municipalità e ius romanorum*, Napoli, 1993, p. 159 ss. Desde otro punto de vista, pero siempre en conexión con las innovaciones procesales de esta ley, vid. FUENTESECA, *La función de los recuperatores a la luz de dos documentos epigráficos: Tabula Contrebiensis y lex Imitana*, Studi Impallomeni, Milano, 1999, p. 191 ss.; WOLF, *Iurisdictio imitana*, SDHI 66 (2000) p. 29 ss.

tañamente en la Roma republicana, para la que no puede predicarse de ninguna manera la existencia de un Derecho penal con suficiente autonomía respecto a otros sectores del ordenamiento jurídico.

Pero sí llega un momento a finales de la República en que la materia penal empieza a despegar por sí misma, al menos en lo referente tanto al campo procesal como a la delimitación de conductas delictivas con sus penas correspondientes, que son las *quaestiones extra ordinem* como empezaron a llamarse a partir de la época de Augusto ¹⁰¹, denominadas también *quaestiones perpetuae* a partir de una *lex Calpurnia de pecuniis repetundis* del 149 a.C. que estableció un tribunal (*quaestio*) regular y permanente con competencia para instruir y decidir las extorsiones de los magistrados provinciales en un proceso penal con formalidades propias, que superaban todos los inconvenientes de los *iudicia populi* que veíamos antes, que si en definitiva no eran otra cosa que un proceso magistratual-comicial, ahora cambia totalmente el panorama, debido en primer lugar a la iniciativa del Senado que desde principios del s. II a.C. designaba un cónsul o un pretor con la misión de *cognoscere* y *statuere* (Cic. *Brut.* 85) asistidos de un *consilium* para la instrucción y represión de algunos delitos de particular gravedad cometidos tanto en Roma como en provincias, casos que normalmente hasta el momento debían haber sido llevados ante los *iudicia populi*. Tuvo que ser el Senado que progresivamente iba asumiendo el papel de garante supremo de las instituciones republicanas, que ante crímenes de particular gravedad que amenazaban la seguridad pública y en general la estabilidad del Estado (conspiraciones, delitos cometidos por bandas armadas, asociaciones peligrosas, extorsiones de los magistrados provinciales), quien fue asumiendo un papel creciente en materia penal. En estas situaciones, normalmente precedidas por una previa acusación de los *delatores*, el problema era llevado ante el Senado, éste lo examinaba, y si entendía que el asunto lo requería, instituía una *quaestio extraordinaria* a la que imponía nuevas pautas procesales para su resolución ¹⁰² desligadas de *provocatio*.

Estos magistrados no sólo instruían y averiguaban los hechos criminales, sino que también emitían la relativa sentencia bajo su exclusiva responsabilidad contra la que no

¹⁰¹ Vid. SANTALUCIA, *Processi «fuori turno» e quaestiones extra ordinem*, en «Collatio iuris romani» Etudes Ankum, II, Amsterdam, 1995, p. 441 ss.

¹⁰² La lit. sobre el tema es abundantísima, y hoy en día a partir del fundamental estudio de MOMMSEN, *Strafrecht*, pgs. 146 ss.; 197 ss. ya se han ido desvelando muchas de sus características, tanto penales como procesales. Vid. GREENIDGE, *Legal procedure*. p. 380 ss.; STRACHAN-DAVIDSON, *Problems*, p. 225 ss.; KUNKEL, *Kriminalverfahren*, p. 57 ss.; JONES, *The criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972, p. 27 ss.; UNGERN-STERNBEG, *Untersuchungen zum spätrepublikanischen Notstandsrecht*, München, 1970, p. 29 ss.; VENTURINI, *Quaestiones ex senatus consulto*, Napoli, 1984, p. 1 ss.; *Quaestio extra ordinem*, SDHI 53 (1987) p. 74 ss.; *Quaestiones non permanenti: problemi di definizione e di tipologia*, en el vol. *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova, 1988, p. 85 ss. (todos estos trabajos recogidos en su *Processo penale e società politica nella Roma republicana*, Pisa, 1996); MANTOVANI, *Il problema d'origine della accusa popolare*, Padova, 1989, p. 227 ss.; SANTALUCIA, *DPP*. p. 97 ss.; TORRENT, *DPR*. p. 281 ss.

Armando Torrent

cabía *provocatio*. Es cierto que estaban asistidos de un *consilium*, pero el magistrado-juez dictaba la sentencia por sí mismo; no es aceptable la tesis de Kunkel¹⁰³ que considera este *consilium* no como órgano consultivo, sino como un colegio de *iudices* antecedente del colegio permanente de jurados que sería característico de las *quaestiones perpetuae*, tesis que ha recibido toda suerte de críticas¹⁰⁴. No suministran base suficiente para sostener aquella tesis de Kunkel diversos textos de Cicerón¹⁰⁵ relativos a la represión penal en provincias ejercida por el gobernador romano en base a su *imperium*¹⁰⁶; del hecho que Cicerón diga que sus resoluciones eran dictadas *de consilii sententia* lo único que queda claro es que el gobernador se auxiliaba de su *consilium*, pero no que este asesoramiento fuera vinculante para la suprema autoridad provincial¹⁰⁷, ni mucho menos que este *consilium* fuera una auténtica asamblea judicial o colegio de *iudices*. De todos modos la justicia penal provincial sería, por decirlo en términos modernos, un sistema de juicios rápidos con particularidades dignas de estudio, pues como dice Cicerón en su *oratio* contra Verres debió ser frecuente que muchos o algunos de estos procesos penales ante el gobernador provincial se realizaran sin acusador, sin *consilium*, y donde el condenado no tenía posibilidad de defensa¹⁰⁸.

En el 186 a.C. está documentado por primera vez una *quaestio extraordinaria* a propósito de la represión de las Bacanales, fiestas orgiásticas que con el pretexto de culto al dios Baco llegaban a poner en cuestión el orden moral y social de Roma. El Senado interviene dando orden a los cónsules para su represión, y dicta un *senatusconsultum ultimum* declarando la pena de muerte para los entusiastas seguidores báquicos, siendo procesados y condenados a muerte muchos de ellos¹⁰⁹ sin que intervinieran para nada los comicios.

¹⁰³ KUNKEL, *Kriminalverfahren*, p. 79 ss.; *Quaestio*, PW, 24 (1963) p. 733 (= *Kleine Schriften*, Weimar, 1974, p. 47 ss.); *Die Funktion des Konsilium in der magistratischen Straffjustiz und im Kaisergerecht*, ZSS 84 (1967) p. 218 ss. (= *Kl. Schrift.* p. 151 ss.).

¹⁰⁴ CRIFÒ, *Sul consilium del magistrato*, SDHI 29 (1963) p. 296 ss. (= *Libertà e uguaglianza in Roma antica*, Roma, 1984, p. 137 ss.); JONES, *Criminal Courts*, p. 84 ss.; PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il Principato*, ANRW, 2,14 (1982) p. 728 nt. 12 (= *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1986, p. 659 nt. 12); VENTURINI, SDHI, 1987, p. 88 ss. (= *Proc. pen.* p. 175 ss.).

¹⁰⁵ *Verr.* II, 5, 12; 18; 114.

¹⁰⁶ Dejando a salvo el derecho de los ciudadanos romanos, que a partir de las *leges Porciae* podían recurrir a la *provocatio*. Vid. con lit. MAGGIO, *Processo criminale e giudici locali nella Sicilia dell'età ciceroniana*, Labeo 39 (1993) p. 238 ss.

¹⁰⁷ SANTALUCIA, *DPP.* p. 186 nt. 273.

¹⁰⁸ *Cic. Verr.* II, 5, 23: *crimen sine accusatore, sententia sine consilio, damnatio sine defensione*.

¹⁰⁹ Este senadoconsulto *de bacchanalibus* recogido por Liv. 39, 14-19 y del que tenemos además una fuente epigráfica (CIL I, n. 581) ha merecido la atención de muchos estudiosos; vid. con la lit. mas antigua VOLTERRA, *Senatusconsulta*, NNDI, XVI (1969) p. 1057 ss. (= *Scr. Giur.* V, p. 226 ss.); DE MARTINO, *Cost.* II, p. 203 ss.; COVA, *Livio e la repressione dei Bacchanali*, Athen. 52 (1874) p. 82 ss.; DE MARINI AVONZO, *Il senato romano nella repressione penale*, Torino, 1977, p. 47 ss., RASCON, *A propósito de la represión de las Bacanales en Roma*, Estudios Ursicino Alvarez, Madrid, 1978, p. 383 ss.; PAILLER, *Bacchanalia. La represión du 186 av. J-C. à Rome et en Italie*, Roma, 1988, p. 123 ss.

Cierto es también que esta intervención senatorial parece discutible constitucionalmente ¹¹⁰, pues hasta ahora sólo podía ser condenado un ciudadano romano a la pena capital con la intervención de la asamblea popular, no así contra los *socii italici* reos de delitos contra la seguridad del Estado frente a los cuales sí podía intervenir el Senado sin autorización del *populus*.

A partir de la *quaestio de bacchanalibus* comienzan a aparecer otras *quaestiones* extraordinarias, como los procesos por envenenamientos en los años 184, 180 y 152 a.C. ¹¹¹, por los homicidios llevados a cabo en Silva en el 138 ¹¹², y en la persecución contra los partidarios de Tiberio Graco en el 132 ¹¹³. Todos estos procesos implicaban un giro copernicano en la justicia penal tal como se había desarrollado hasta el momento con grave quiebra para los intereses de la defensa procesal de los ciudadanos que se encontraban en una situación de suma debilidad frente al poder represivo ejercido en aquellas *quaestiones extraordinariae*, por lo que se produce una reacción popular sobre todo a partir del proceso contra los seguidores gracosos frente al abusivo intento senatorial de reprimir *sine defensione*, es decir, sin posibilidad de acudir ante el pueblo para intentar al menos una eventual conmutación de la condena capital, o en la mejor hipótesis la absolución del acusado, y no solamente en caso de delitos políticos, sino también comunes. Esta discrecionalidad en la represión de determinadas y a veces arbitrariamente definidas conductas delictivas por parte del Senado, que las iba ampliando cada vez más, produjo una reacción popular que abocó a la abolición de todas las *quaestiones ex senatoconsulto* que llevaran aparejada pena de muerte ¹¹⁴, excluyendo toda jurisdicción penal que no hubiera sido instituida por una *lex* aprobada por el *populus*. Además de estas *quaestiones* de iniciativa senatorial, las fuentes también informan de la existencia con anterioridad a la *lex Calpurnia de repetundis* de otras *quaestiones* debidas a la iniciativa de los tribunos de la plebe ¹¹⁵ que se dirigían fundamentalmente a reprimir las extorsiones de los magistrados romanos sobre las poblaciones provinciales, pero a diferencia de las promovidas por el Senado, las tribunicias contaban con un plebiscito institutivo y no planteaban ninguna objeción a la legalidad constitucional ¹¹⁶ en cuanto el voto de la asamblea las dotaba de una delegación expresa del poder represivo por parte del *populus*.

¹¹⁰ SANTALUCIA, *DPP*, pgs. 99-100.

¹¹¹ Liv. 39, 41, 5-6; 40, 37, 4-7; 40, 43, 2-3; *Per.* 48. Vid a propósito de estos procesos realizados a iniciativa senatorial, MONACO, *Beneficia matronarum. Magia, medicina e repressione*, Sodalitas. Studi Guarino, IV, p. 2013 ss.; PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, p. 123 ss.

¹¹² Cic. *Brut.* 85-88. Vid. sobre el tema GERACI, *Un «grave misfatto» avvenuto in Silva Sila nell'anno 138 a.C. e il processo celebratosi in Roma*, Reggio-Calabria, 1980.

¹¹³ Cic. *de amic.* 37; Salust. *Iug.* 31, 7; Vell. Pat. 2, 7, 3; Val Max. 4, 71, Plut. *Tib. Grac.* 20, 4-7. Vid. UNGERN-STERNBERG, *Notstandsrecht*, p. 38 ss.

¹¹⁴ SANTALUCIA, *DPP*, p. 101.

¹¹⁵ Sen. *Ep.* 97, 7.

¹¹⁶ SANTALUCIA, *loc. ult. cit.*

Armando Torrent

La nueva figura que sustituyó tanto los farragosos *iudicia populi* como también las *quaestiones extraordinariae* fueron las *quaestiones perpetuae*, creadas una a una por una ley específica para reprimir delitos específicos que en vez de remitir el voto a cambiantes asambleas fácilmente influenciables, remitieron la función instructoria y sentenciadora a tribunales permanentes presididos por un magistrado o exmagistrado, convirtiéndose en el órgano ordinario de represión penal cuya actuación se prolongó durante los primeros siglos del Imperio. Estas *quaestiones perpetuae* al prever también un determinado procedimiento para la investigación y sanción de los delitos contemplados, significaron un paso fundamental en el desarrollo del proceso y del Derecho penal romano ¹¹⁷, en las que la acusación podía ser intentada por cualquier ciudadano que actuaba como representante del interés público de la comunidad ¹¹⁸, que fueron englobadas bajo la denominación de *iudicia publica*, término que en última instancia vino a significar acción popular ¹¹⁹ en contraposición a los procesos privados del *ius civile*, *quaestiones perpetuae* que a la vez suponen un reforzamiento claro del principio de legalidad en materia penal, como ha puesto de relieve recientemente la Dra. Núñez Martí ¹²⁰, hasta entonces casi desconocido en Derecho romano avanzando un principio seguido imperativamente en nuestros días y que supone la máxima garantía en el campo penal: *nullum crimen nulla poena sine lege* ¹²¹ en cuya virtud no se puede acusar a nadie de un delito que no esté tipificado en las leyes penales, ni infligir ninguna pena que no esté prevista en la ley, máxima garantía del ciudadano frente al monopolio del poder represivo por parte del Estado.

Es obvio que falta este principio en el Derecho penal de la monarquía y hubo que llegar a finales de la República, precisamente con las *quaestiones perpetuae*, para comenzar a considerarlo existente. Faltaba el principio en el Derecho penal anterior, o dicho de otro modo, faltaba certeza a la materia criminal, debido por un lado al escaso número de delitos previstos que adolecían además de figuras muy amplias donde cabían toda clase de hechos penales, pero sobre todo lo que quitaba certeza a la materia penal era la amplísima latitud del poder represivo magistratual basado en su *coercitio*. Ciertamente es también que en esa época se impuso la *provocatio* que implicaba una limitación a las facultades penales de los magistrados en materia de penas gravísimas (muerte o multa máxima), pero también es más cierto que respecto a penas menores la facultad represiva de los magistrados era enormemente discrecional ¹²², por ejemplo, en materia de multas menores,

¹¹⁷ TORRENT, *DPR*. pgs. 281-282.

¹¹⁸ GROSSO, *Lez*. p. 308.

¹¹⁹ LAURIA, *Accusatio-inquisitio*, AAN 56 (1934) p. 60.

¹²⁰ NÚÑEZ MARTÍ, *De iure poenale condendo*, tesis doctoral (de esperada próxima publicación) que tuve el honor de dirigir, y que se presentó en Junio del 2000 en la Universidad Rey Juan Carlos.

¹²¹ TORRENT, *DPR*. p. 274ss.

¹²² Cic. *de Leg.* 3, 3, 6: *Magistratus nec oboedientem et noxium civem multa vinculis verberibusve coerceto*.

prisión, azotes, hasta que en el 197 a.C. una *lex Porcia* prohibió la pena de flagelación a los ciudadanos romanos.

Es debido a estos factores: limitación de la legislación penal, y amplitud de la discrecionalidad magistratual, de lo que deduce con razón Gioffredi¹²³ que el Derecho penal romano no llega a tener verdadera autonomía, sobre todo frente al Derecho privado que sí era un conjunto de principios, institutos y hechos en los que se funden los aspectos sociales e individuales de la experiencia jurídica (obligatoriedad, utilidad), y por ello se conocen abstractos *ius Quiritium*, *Flavianum*, *civile*, y que durante mucho tiempo no se habla de un *ius poenale* o *criminale*. Pero esto, que es cierto, no justifica la afirmación de Gioffredi de que falta totalmente un sistema criminal, como tampoco es cierta su afirmación de que en materia penal nos encontramos solamente frente a un conjunto de actos represivos, no de institutos o situaciones del individuo singular que sean objeto de elaboración doctrinal y autonomía técnica. Sí se puede predicar esto del Derecho arcaico, pero lo mismo podría decirse del *ius civile* aún no suficientemente elaborado hasta llegar a la Jurisprudencia pontifical primero, y posteriormente laica, en momentos anteriores al s. III a.C. Que frente al *ius civile* el *ius poenale* comenzó a recibir la atención de los juristas en un momento relativamente tardío es indudable, pero tampoco está ausente la *interpretatio prudentium* en materias penales, como lo demuestra por ejemplo, la elaboración jurisprudencial a partir del s. I d.C. (junto a senadoconsultos) del *crimen falsi* ampliándolo¹²⁴ a supuestos no previstos originariamente en la *lex Cornelia timentaria nummaria* del 81 a.C., sin olvidar los *libri de omnibus tribunalibus* o los *de officio* de los diversos magistrados de Ulpiano, o los llamados *libri terribiles* del Digesto (47 y 48); en definitiva, creo que a partir de la progresiva sistematización de las *quaestiones perpetuae* comienza a ensancharse el campo penal cubierto bajo el manto del principio de legalidad, y se hace merecedor de la atención de los juristas en cuyos escritos se comienzan a ver disquisiciones sobre los problemas técnico-jurídicos¹²⁵ relativos a la materia penal.

Este nuevo tipo de procedimiento surgió a propósito de la represión del *crimen repetundarum* o *de pecuniis repetundis*¹²⁶ que sancionaba los abusos de poder de los magis-

¹²³ GIOFFREDI, *Principi*, p. 14.

¹²⁴ TORRENT, *El Senadoconsulto Mesaliano y el crimen falsi*, AHDE 50 (1980) p. 111 ss.; *Suppositio partus-crimen falsi*, AHDE 52 (1982) p. 223 ss.

¹²⁵ Vid. desde un plano mucho mas general, TORRENT, *Derecho romano: ¿Derecho de doctos o historia de problemas técnico-jurídicos?*, BIDR 100 (2002-2003) p. 165 ss.

¹²⁶ Este tema ha merecido la atención particular de numerosos estudiosos, siendo el mas antiguo ZUMPT, *De legibus iudiciisque repetundarum in Republica romana*, Berolini, 1845; add. MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 706 ss.; GREENIDGE, *Legal Procedure*, p. 418 ss.; BLUM, *L'origine des leges repetundarum. Lois sur la restitution des bénéfices illicites des hommes politiques à Rome*, RGD 46 (1922) p. 197 ss.; BALDSON, *The History of the extortion Court at Rome*, PSBR 14 (1938) p. 98 ss.; PONTENAY DE FONTETTE, *Leges repetundarum*, Paris, 1954; BADIAN, *From the Gracchi to Sulla*, Historia 11 (1962) p. 197 ss.; NICOLET, *L'ordre équestre à l'époque republicaine*, I, Paris, 1966, p. 467 ss.; *Les lois judiciaires et les tribunaux de concussion*, ANRW, 1.2, 1975,

Armando Torrent

trados provinciales dirigiéndose originariamente a obtener la restitución de las ganancias patrimoniales ilícitas obtenidas durante el ejercicio de su cargo. Son, por tanto, casos que tienen en común con las causas privadas el daño patrimonial. Los primeros intentos de represión de estas conductas son del 171 a.C.¹²⁷ cuando una legación de las provincias españolas¹²⁸ se presenta al Senado quejándose de las expoliaciones de diversos gobernadores, requiriendo la restitución del mal que se les había causado. No se trataba por tanto de obtener una condena penal de los magistrados concusionarios, es decir, no se trataba de reprimir un delito, sino de obtener la restitución de lo abusivamente obtenido. Asignado el mando de España al pretor L. Canuleyo, el Senado le ordena que constituya bajo su presidencia un colegio de cinco *recuperatores* elegidos de entre los senadores para que averigüe los hechos, y demostrada su evidencia, ordene la restitución. El procedimiento era en gran medida análogo al proceso privado, pero no se autorizó a los provinciales a exponer personalmente sus razones, sino que se les obligó a servirse de *patroni* romanos¹²⁹ extraídos de entre los senadores. El proceso finalizó con la absolución de uno de los acusados, mientras que los otros dos se eximieron del juicio para marchar al exilio¹³⁰. Este proceso estuvo dominado por la fuerte influencia política del Senado, que como vió Santalucia¹³¹ antes que promover una persecución criminal contra los responsables, puso en vida un proceso organizado según el modelo del proceso recuperatorio internacional¹³², de manera que situando a los imputados en el campo patrimonial¹³³, podían eludir consecuencias de carácter penal, por lo que Santalucia concluye que fue un proceso de naturaleza eminentemente política dirigido a la tutela del prestigio de la aristocracia dominante antes que a la efectiva salvaguardia de las poblaciones provinciales.

p. 197 ss.; EDER, *Das vorsullanische Repetundenverfahren*, München, 1969, p. 6 ss.; SERRAO, *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, 1974, p. 205 ss.; VENTURINI, *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Milano, 1979; *Per un riesame dell'esperienza giuridica romana in materia di illecito arricchimento dei titolari di funzioni pubbliche*, *Panorami* 4 (1992) p. 354 ss.; MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, Padova, 1989, p. 117 ss.

¹²⁷ Liv. 43, 2.

¹²⁸ Vid. MUÑOZ COELLO, *El proceso de repetundis del 171 a.C. (Liv. XLIII, 2)*, Huelva, 1981.

¹²⁹ Vid. SERRAO, *Appunti sui patroni e sulla legittimazione attiva all'accusa nei processi repetundarum*, *Studi De Francisci*, II, Milano, 1956, p. 473 ss. (= *Classi*, p. 233 ss.)

¹³⁰ Este proceso estuvo lleno de interferencias políticas; vid. BUCKLAND, *Civil Proceedings against ex-magistrates in the Republic*, *JRS* 27 (1937) p. 40 ss., PONTENAY DE FONTETTE, *Leg. repet.* p. 20 ss.; EDER, *Repetundenverfahren*, p. 34 ss.

¹³¹ SANTALUCIA, *DPP*, p. 107.

¹³² Sobre este punto vid. BONGERT, *Recherches sur les récupérateurs*, *Varia*, I, Paris, 1952, p. 107 ss.; SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren. Eine Studie zum römischen Prozess*, Freiburg, 1963, p. 20 ss., KELLY, *Studies in the civil Judicature of the roman Republic*, Oxford, 1976, p. 44 ss.

¹³³ BUCKLAND, *Legal proceedings*, p. 40 ss., seguido por SERRAO, *Classi*, p. 235 ss., entienden que fue un proceso eminentemente privatístico. También parece inclinarse por esta tesis VENTURINI, *La repressione degli abusi dei magistrati romani ai danni delle popolazioni soggette fino alla lex Calpurnia del 149 a. C.*, *BIDR* 72 (1969) p. 73 ss.

Esta *quaestio* del 171 a. C. no era por tanto un auténtico proceso penal; más bien trató de eludir todo tipo de enfoque penal a las conductas enjuiciadas. Poco sabemos de otras acusaciones de *pecuniis repetundis* salvo algunas menciones de fuentes literarias que las presentan realizadas a iniciativa de los tribunos, y realizados en la forma de *quaestiones extraordinariae*.

Hubo que esperar a la *lex Calpurnia de pecuniis repetundis* del 149 a. C. aprobada a propuesta del tribuno L. Calpurnio Pisón Frugi, para ver estabilizado este proceso creando un procedimiento regular para regular esta conducta, que todavía no se apartaba fundamentalmente de los criterios adoptados en la *quaestio* del 171; en definitiva siguiendo unas pautas que esencialmente eran más propias de un proceso privado que de un auténtico proceso penal en cuanto que no fijó una *poena publica* sino que se limitó a la restitución de los bienes extorsionados o su equivalente en dinero, y de ahí sus analogías con el proceso privado, porque el proceso previsto en la *lex Calpurnia* se desarrollaba (según la *lex Acilia* I, 23) mediante un *sacramentum* ¹³⁴, tema complejo, porque el *sacramentum* es incompatible con la naturaleza publicística de las *quaestiones* ¹³⁵, dirigido a la indemnización de los perjudicados antes que a la represión de un delito ¹³⁶, que además solo podía intentarse con la necesaria intervención de *patroni* romanos. Cicerón (*Brut.* 106) informa que con la *lex Calpurnia* se configura por primera vez un tribunal regular permanente (*quaestio perpetua*) presidida por el *praetor peregrinus* ¹³⁷ siendo los miembros del jurado de rango senatorio ¹³⁸; poco después Cayo Graco por medio de una *lex Sempronia de repetundis* ¹³⁹ (¿o *iudiciaria*? ¹⁴⁰) del 123 a.C. se apresuró a suprimir este llamamiento senatorial para transferirlo a los *equites* ¹⁴¹, aliados con la facción democrática en su lucha contra la *nobilitas*. En el 106 a.C. una *lex Servilia Caepionis* volvió a introducir un cierto número de senadores junto a los jurados formados por los *equites*, pero en el 101 una *lex Servilia Glaucia* volvió a restituir íntegramente a los *equites*, introduciendo en estos procesos la novedad de la *comperendinatio*, es decir, la división del proceso en dos fases (*actio prima et secunda*). De nuevo una *lex Cornelia* del 81 a.C. volvió a entregar a la clase senatorial el privilegio de formar parte del jurado en estos procesos. Está claro ¹⁴² que for-

¹³⁴ Este proceso sacramental parece haber sido ratificada por una *lex Iunia* de fecha incierta entre el 149 y 123 a.C. Vid. fuentes y lit. en SANTALUCIA, *DPP*, p. 110 nt. 18.

¹³⁵ Debido a ello SANTALUCIA, *DPP*, p. 109 nt. 17 entiende inexacta la noticia de Cic. *Brut.* 106, de que la *lex Calpurnia* es la primera *quaestio perpetua* de Roma, debido a la incompatibilidad entre *sacramentum* y proceso penal público.

¹³⁶ SANTALUCIA, *DPP*, p. 108.

¹³⁷ Como indica una sucesiva *lex Acilia repetundarum* I, 12-13.

¹³⁸ Vid. O'NEAL, *Composition of the Juries de repetundis from the lex Calpurnia to Sulla*, RSC 26 (1978) p. 359 ss.

¹³⁹ Vid. SHERWIN-WHITE, *The date of the lex repetundarum and its consequences*, JRS 62 (1972) p. 83 ss.

¹⁴⁰ TIBILETTI, *Le leggi de iudiciis repetundarum fino alla guerra sociale*, Athen. 1953, p. 3 ss.

¹⁴¹ Vell. Pat. 2, 6, 3; Tac. Ann. 12, 60, 3.

¹⁴² GIUFFRÈ, *Repress. Crim.* p. 79.

Armando Torrent

mar parte de los jurados encargados de pronunciarse sobre el *pecuniam repetere* (y mas tarde de otros *crimina*) se convirtió en tema de ásperas luchas entre la aristocracia senatorial y el *ordo equester*, debiéndose toda la serie de modificaciones señaladas al compás del poder que una y otra clase iban detentando en el Estado.

En todo caso los cimientos estaban puestos desde la *lex Calpurnia* aunque aún sin la mordiente penal que hubiera podido introducirse; para los provinciales la instauración de tribunales permanentes debió ofrecer alguna garantía que les pusiera a cubierto de los abusos de los gobernadores provinciales, y para la aristocracia romana servía para eludir las enojosas *questiones extraordinariae* de iniciativa tribunicia que podían ser hostiles a sus intereses, pero por lo que se deduce de fuentes literarias que señalan una serie de escandalosas absoluciones de magistrados provinciales poco escrupulosos, la situación debía ser favorable a la clase senatoria, lo que obligó a Cayo Graco a quitarla de los colegios de jurados para transferirlos a los *equites*, problema político de gran importancia porque transfería a éstos el control de la administración senatoria en provincias. En el fondo, hasta ahora se había practicado una política judicial mas proclive a defender los privilegios de la clase senatorial que a defender seriamente los intereses de las poblaciones provinciales, política que cambia a iniciativa de Cayo Graco que propuso una nueva *lex Sempronia de repetundis* y a su colega Manio Acilio Glabrión, inspirador de la *lex Acilia repetundarum*¹⁴³ que según Cicerón¹⁴⁴ (*Verr.* I, 51-52) debió emplearse con gran ardor para lograr su aprobación.

Realmente el cambio fundamental se da con la legislación gracana y aciliana, que destierran la consideración indemnizatoria de la *actio de repetundis* para convertirla en una acción penal (en el sentido romano) de hacer conseguir el *duplum* del valor de las cosas o del dinero objeto de la extorsión que debía ser entregado al *quaestor* y éste al erario¹⁴⁵ que a su vez procuraba los instrumentos oportunos para indenmnizar a los perjudicados. Desde la legislación gracana esta conducta es atraída a la órbita del Derecho penal público, configurándose la extorsión como un delito y planteándose el proceso no con los anteriores esquemas privatísticos del *sacramentum*, sino con nuevas formas de naturaleza publicística.

La legislación gracana que muestra significativas diferencias procesales respecto a lo establecido en la *lex Calpurnia* atribuía la presidencia de la *quaestio* a un pretor especial, que ya en el 95 a.C.¹⁴⁶ es llamado *praetor de repetundis*; éste en los diez primeros días de su mandato debía presentar un elenco de 450 ciudadanos (en este caso procedentes *ex equestri ordine*; en otros *ex senato*, según las contingencias políticas de cada momento);

¹⁴³ Discutidísima entre los romanistas su fecha, su contenido, su visión política del tema, su relación con otras leyes; vid. por ultimo con lit.. SANTALUCIA, *DPP.* p. 111 ss.

¹⁴⁴ Cic. *Verr.* I, 51-52; BADIAN, *Manius Acilius Glabrio and the «audacissimi»*, *AJPh* 96 (1975) p. 67 ss.

¹⁴⁵ SHERWIN-WHITE, *Poena legis repetundarum*, *PBSR* 17 (1949) p. 5 ss.

¹⁴⁶ Con ocasión del *elogium* a C. Claudio Pulcro, presidente de la *quaestio* ese año; *CIL* VI 1283 = *ILS* 45.

de entre éstos el acusador elegía 100, de los que finalmente el acusado seleccionaba 50 que son los que componían el colegio juzgador ¹⁴⁷ que tomaba su decisión por mayoría ¹⁴⁸. El texto epigráfico de la *lex Acilia* está incompleto y es de complicada reconstrucción, pero en la normativa gracana resplandece una nueva consideración del Derecho penal público a la vez que significa un punto de llegada en la elaboración progresiva del *crimen repetundarum* que señalará la pauta para otras *quaestiones*. La acusación pública puede ser presentada *privatim* o *publice*, es decir, por extorsiones en daño de particulares o de toda la provincia o de ciudades singulares; el acusador puede servirse, pero no tiene la obligación de contar con *patroni* para sus actuaciones procesales; la acusación es precedida de una *postulatio* con la que se pide al magistrado la facultad de acusar; admitida ésta tiene lugar la *nominis delatio*, verdadera y propia acusación que se inicia con la arenga del acusador, intervención de los testigos de la acusación, actuación de la defensa, y finalmente el pretor presidente recoge los votos secretos de condena o absolución. Si más de un tercio de los jueces declaraba no estar preparado para emitir su juicio (*sibi rem non liquere*) el presidente ordenaba la repetición del debate (*ampliatio*), y para forzar llegar a una decisión la *lex Acilia* imponía multar a los jurados que persistiesen en su negativa a expresar su veredicto ¹⁴⁹. Si el acusador era peregrino y obtenía la condena del imputado, era premiado con la *civitas romana*, la *vacatio militiae*, y era inscrito probablemente en la tribu del acusado; si era latino conseguía la ciudadanía romana o la *provocatio ad populum*, la *vacatio militiae* y la exención de *munera publica* en su ciudad originaria ¹⁵⁰. Obtenida la condena del acusado seguía una fase procesal de naturaleza privatística (*litis aestimatio*) para fijar el montante de la suma que debía restituirse a cada uno de los perjudicados ¹⁵¹.

La legislación gracana *de repetundis* significó por tanto un giro importante en la concepción del proceso y del Derecho penal romano que se iba apartando de los esquemas procesales privatísticos anteriores. En este sentido parece superada la vieja tesis de Mommsen ¹⁵² que veía la *quaestio de repetundis* como un procedimiento (formulario) civil reforzado dirigido a resolver controversias administrativas nacidas de la exacción de multas impuestas a favor del erario o de las *civitates extra Romam*, ni la conciliación que pretende Mantovani ¹⁵³ entre la tesis de Mommsen y el potenciamiento de la acusación

¹⁴⁷ TORRENT, *DPP*, p. 283,

¹⁴⁸ *Lex Acilia* I, 55.

¹⁴⁹ *Lex Acilia* II, 46-48. Vid. EDER, *Rekuperatorenverfahren*, p. 203 nt. 1; VENTURINI, *Studi sul crimen repet.* p. 36 ss.; SHERWIN-WHITE, *The lex repetundarum and the political ideas of Gaius Gracchus*, JRS 72 (1982) p. 23.

¹⁵⁰ Según las cláusulas de *de civitate danda et de provocatione* de la *lex Acilia* II, 76-79. Vid. discusión sobre ello con lit. en SANTALUCIA, *DPP*, p. 120 nt. 52.

¹⁵¹ *Lex Acilia* II, 58-59. VENTURINI, *Crimen repet.* p. 211 ss.

¹⁵² MOMMSEN, *Staatsrecht*, I, p. 168; II.1, p. 223 ss.; III.1. p. 359; *Strafrecht*, p. 180 ss.

¹⁵³ MANTOVANI, *Accusa popolare*, p. 117 ss.; 188 ss., pero vid la recensión crítica de TALAMANCA, BIDR, 92-93 (1989-90) p. 73 ss.

Armando Torrent

popular en el proceso *de repetundis*; tampoco es mas creíble la explicación de Hitzig ¹⁵⁴ que lo considera de importación griega, y entiendo que desde Kunkel ¹⁵⁵ ha quedado con claridad la innovación que supuso esta nueva forma de proceso debido a Cayo Graco, a quien se debe además según Cicerón ¹⁵⁶ una *lex de capite civis* que frente a la opinión de algunos estudiosos que la consideran simplemente reforzadora de la *provocatio*, parece más bien ¹⁵⁷ una norma que veta la imposición por cualquier tribunal de la pena capital sin autorización del *populus*, lo que convierte en ilegítima cualquier sentencia que condenase a muerte sin estar autorizado por una ley o un plebiscito (*lex ne quis iudicio circumveniat*) ¹⁵⁸ que entre otros efectos tuvo lograr el exilio del cónsul P. Popilio Lenate que había tomado parte en una *quaestio ex senatoconsulto* nueve años antes contra los seguidores de Tiberio Graco, es decir, un proceso entablado sin las garantías legales y procesales que el segundo de los Graco introdujo en Roma, y ciertamente a partir del 123 a.C. ninguna fuente nos habla de la instauración de *quaestiones ex senatoconsulto*. Todo esto nos muestra claramente la visión de cómo la política judicial democrática gracana iba profundizando en el principio de legalidad como máxima garantía para los ciudadanos.

A partir de entonces, con las nuevas *quaestiones* creadas siempre por una *lex publica* se van a incluir en la categoría de delitos algunos hechos penales que anteriormente sólo tenían carácter patrimonial, sin consecuencias penales propiamente dichas (como la condena a penas afflictivas, muerte, exilio), materias penales desconocidas en la práctica de los tribunales anteriores, y se comienza a considerar delitos no sólo los atentados contra la seguridad del Estado (conjuras, conspiraciones) y contra los intereses de las poblaciones provinciales, sino que también se introducen como conductas delictivas atentados al pudor y la moral social (adulterio), que van incluyendo lo que podemos llamar delitos comunes por contraposición a los políticos, en el acervo del Derecho penal público.

A partir de esta legislación gracana el camino estaba abierto para la renovación del Derecho penal romano en el sentido legalista que venimos exponiendo. En el 103 a.C. una *lex Appuleia* aprobada por iniciativa del tribuno Apuleyo Saturnino crea una *quaestio* específica para reprimir el *crimen maiestatis* entendido como cualquier atentado cometido por magistrados en el ejercicio de su cargo contra el prestigio y la dignidad del Estado, y para los delitos comunes las fuentes literarias nos ofrecen ejemplos de la instauración de algunas *quaestiones perpetuae* (una de *sicariis* y otra de *veneficis* contra los homicidios cometidos a mano armada y mediante veneno), anteriores a Sila, que con su profunda renovación del Estado romano, por la vía penal llevó a cabo una intensa labor de creación de nuevas *quaestiones* con una serie de específicas *leges Corneliae* de los años 82 y 81 a. C. como las *de maiestate*, *de vi*, *de sicariis et veneficiis*, *de falsis* (*lex*

¹⁵⁴ HITZIG, *Die Herkunft des Schwurgerichts im römischen Strafprozess*, Zürich, 1909, p. 47 ss.

¹⁵⁵ KUNKEL, *Kriminalverfahren*, p. 11 ss.; *Kleine Schriften*, p. 39 ss.,

¹⁵⁶ Cic. *Rab. Perd.* 12.

¹⁵⁷ SANTALUCIA, *DPP.* p. 123.

¹⁵⁸ Cic. *pro Cluent.* 148-155. Vid. discusión sobre el texto SANTALUCIA, *op. cit.* p. 123 nt. 64.

Cornelia testamentaria nummaria), *de iniuriis*, *de ambitu* ¹⁵⁹ a la que hay que añadir sesenta años mas tarde la legislación augústea (fundamentalmente la *lex Iulia de adulteriis coercendis* que crea la *quaestio de adulteriis*), con lo que se acaba el panorama penal de la época republicana, que se seguirá proyectando casi tal cual en los primeros siglos del Imperio.

Merecería la pena detenerse en cada una de estas nuevas *quaestiones*, pero no quiero dilatar más mi exposición, ni invadir el campo de algunas comunicaciones anunciadas sobre ellas. Mi intento ha sido dejar en claro la evolución, la progresiva tecnificación del Derecho penal romano, la trabajosa acogida —con todos los defectos que se quiera— del principio de legalidad, y en definitiva, el interés por el estudio de esta materia que merece sin duda alguna la atención de los estudiosos.

¹⁵⁹ Vid. un elenco sucinto de ellas en TORRENT, *DPR*. pgs. 285-287.

