

## CAPÍTULO II

## EL DERECHO DE COACCIÓN Y PENAL

Puesto que la comunidad es soberana y ejerce el derecho de soberanía, sus representantes pueden, y al mismo tiempo están obligados, por una parte, á constreñir á toda persona sometida al poder de la comunidad á que cumpla con los preceptos generales y particulares que se hayan dado y á impedir la desobediencia en caso necesario, y por otra parte, á hacer que el autor de alguna ofensa á la comunidad la pague. Lo que es la guerra en el respecto internacional, eso es en el campo de la organización civil interna el derecho público de coacción y penal. El derecho de coacción correspondiente á los magistrados, la *coercitio*, coincide en algún modo con el poder de policía de nuestros organismos políticos, poder desconocido entre los romanos como función especial de los magistrados y no incorporado á ninguna magistratura particular, sin embargo de que no sin cierta razón pueda ser considerada la edilidad como la policía menor de calles y mercados. De hecho, comprendía este poder todas las reglas y medidas preventivas y coercitivas adoptadas por los magistrados para la conservación y de-

fensa del orden público; este poder era por su propia esencia discrecional, no sometido á leyes, sino dependiente tan solo del arbitrio del que lo ejercía. Por el contrario, el poder penal de los magistrados iba dirigido contra aquellos daños causados á la comunidad, á causa de los cuales el representante de la misma se hallaba obligado á exigir desde luego al autor de ellos la correspondiente responsabilidad, ateniéndose á los preceptos vigentes. Pueden, por lo tanto, considerarse como distintos ambos conceptos: la coacción debía obrar sobre la voluntad del desobediente, mientras que la pena había de tomar venganza del infractor: de consiguiente, la captura era un medio coactivo, no un medio penal, y por eso, cuanto mayor importancia adquiría en este procedimiento el elemento jurídico, legal, sobre todo en la etapa de la provocación que se hallaba regulada de un modo riguroso, menor uso se iba haciendo del procedimiento coactivo, y más, en cambio, del procedimiento verdaderamente penal. Sin embargo, ambas esferas se funden en un solo sistema; y hasta en el uso corriente del lenguaje, el derecho de coacción, la *coercitio* de los magistrados, incluía el derecho público de penar, para designar el cual no existía una expresión general en Roma, pues la palabra *poena* significaba en un principio el pago ó compensación pecuniaria del derecho privado, y la *multa* era la indemnización pecuniaria que tenía carácter público, expiatorio.

Vamos en el presente capítulo á estudiar este derecho de coacción y penal. Derecho que se caracteriza, frente al derecho privado, por lo siguiente: que mientras en el derecho privado era necesaria la acción ó demanda, la petición privada, en el otro derecho falta dicha acción forzosamente, y el magistrado procede, quizá á excitación de un particular, pero en todo caso por razón

de su cargo, de oficio; además, mientras el derecho de coacción y penal daba lugar á la provocación á los Comicios, el procedimiento privado, por el contrario, se sustanciaba por medio de jurados, siendo tan impropia la intervención de estos últimos en el ejercicio del derecho de coacción y penal, como la intervención de los Comicios en el procedimiento privado.

El derecho de coacción y penal era la expresión práctica del derecho de mandar, y, por lo tanto, no era función propia de esta ó la otra magistratura, sino función de la magistratura en general; según la concepción romana, no había ningún magistrado de policía; lo que había era que los magistrados gozaban de mayor ó menor poder de policía, sencillamente. La plena posesión del mismo era el *imperium*, contenido y señal de la magistratura suprema; precisamente por eso, las restricciones que con el tiempo se fueron imponiendo al *imperium* para aminorarlo, se dirigieron principalmente contra esta manifestación de él. La división del *imperium*, de la cual hemos tratado en el libro segundo, en *imperium* de la ciudad y de la guerra tuvo su expresión más importante en la circunstancia de que el derecho de coacción y penal correspondiente al *imperium* urbano encontró una limitación que no encontró el *imperium* de la guerra, que fue el derecho de provocación, del cual nos ocuparemos más tarde, cuando estudiemos el procedimiento. Contra la sentencia ó decisión del jefe militar no pudo jamás ciertamente entablarse la provocación; pero, como después indicaremos, en los últimos tiempos de la República también el derecho penal militar hubo de sufrir restricciones análogas á las que sufrió el derecho penal urbano. Hubo, con todo, una amplia esfera no sometida á la provocación, y en ella el derecho de coacción y penal de la magistratura suprema continuó siendo ilimi-

tado; tal aconteció, sobre todo, con ese derecho, cuando se ejercía contra individuos que no eran ciudadanos.

Auxiliaban á los magistrados supremos, especialmente para el ejercicio de su actividad penal dentro del círculo de la ciudad, por una parte los dos cuestores de creación más antigua (pág. 305) y por otra los triumviros de causas capitales (pág. 312), los primeros de los cuales funcionaban desde los comienzos de la República, y los segundos desde mediados del siglo V de la ciudad, siendo elegidos unos y otros auxiliares primitivamente por los cónsules y después sometidos á la elección del pueblo; por consiguiente, obraban bajo la dirección de los magistrados.

La originaria esfera de acción de los cuestores es poco conocida; lo probable es que en un principio se les destinara á investigar é instruir el proceso de los delitos comunes sometidos al inmediato conocimiento de los magistrados supremos—(como los delitos que caían bajo esta jurisdicción eran los más graves, se les llamó también por eso *quaestores parricidii*)—y á llevar á efecto las sentencias de la magistratura suprema, pues ellos mismos no tenían facultades para juzgar. Cuando, posteriormente, se privó, según veremos más adelante, á la magistratura suprema del fallo propiamente dicho en aquellos casos en que se admitía la provocación, los cuestores fueron los que, en lugar de los cónsules, daban el fallo.

A los triumviros de causas capitales se les encomendó desde luego la inspección de las prisiones, y, consiguientemente, la de las ejecuciones capitales, pues éstas, excepto cuando se trataba de sentencias de muerte dadas por los tribunales ó por los jefes militares, se verificaban regularmente en las cárceles ó sacando de la cárcel al reo. También desempeñaron servicios de seguridad pú-

blica, sobre todo, aun cuando no exclusivamente, de noche, por lo cual se les llamó también los tres varones nocturnos (*tresviri nocturni*). A lo que se añadía la facultad de detener provisionalmente á los perturbadores del orden y á las personas sospechosas, y de amonestar y corregir á los contraventores, conforme al estado y condición de los mismos. Bueno es que quede sentado que en esta materia fueron demasiado lejos, pues legalmente no se les reconoció facultad de juzgar criminalmente ni siquiera á los esclavos.

Según el sistema republicano (no sabemos á partir de cuándo), ni los cónsules ni sus mandatarios los cuestores eran competentes para conocer del más grave entre todos los delitos, esto es, de la rebelión contra la comunidad (*perduellio*), en cuyo concepto es de presumir que se hallaran comprendidos la alta traición y la traición á la patria, y en general todas las causas políticas capitales. En los tiempos históricos, el fallo de estos asuntos se hallaba encomendado á mandatarios especiales, que en un principio debieron de ser también de nombramiento consular; posteriormente se hizo necesaria una ley especial al efecto, la cual organizó el nombramiento de duunviro (pág. 315), que conocían y fallaban estos casos lo mismo que los cuestores.

La suprema magistratura plebeya adquirió el derecho de coacción y penal por vía revolucionaria, pero al cabo llegó á serle reconocido de un modo legal y como permanente. Habiendo comenzado por castigar las ofensas causadas al tribuno del pueblo, considerado inviolable, y en general las lesiones inferidas al derecho especial reconocido á la plebe, después, cuando dió fin la lucha de clases y el tribuno llegó á convertirse realmente en un magistrado de la comunidad, y sobre todo en instrumento del Senado, la competencia criminal de

tales tribunales se amplió, encomendándoles el conocimiento de las ofensas y daños inferidos inmediatamente á la comunidad, es decir, el de los más graves procesos políticos, viniendo, por lo tanto, el procedimiento penal tribunicio á sustituir de hecho al que anteriormente se empleaba para los casos de perduellio. La índole de este procedimiento era la misma que suelen tener todos los sistemas de procedimiento criminal para los delitos de alta traición, ó sea carencia de limitaciones legales en cuanto á los hechos que habían de considerarse sujetos al mismo, y un poderoso influjo de las pasiones políticas. Dirigiáanse estos procesos preferentemente contra las infracciones de la Constitución, y, por consiguiente, contra los funcionarios públicos, pero también podían tener lugar contra particulares, v. gr., contra los soldados cobardes y los contratistas proveedores de víveres, estafadores. El procedimiento penal de los tribunales no sólo era cualitativamente igual al de los cónsules, sino que hasta superaba al de estos últimos, en cuanto que, mientras la sentencia del cónsul podía hallarse en colisión con la de los Comicios y ser casada por éstos, no podía tener lugar lo mismo con respecto á la del tribuno del pueblo, el cual, por consiguiente, tenía el derecho de juzgar directamente las causas capitales.

Los funcionarios sin *imperium* carecían en absoluto de la alta coercición ejercida contra las personas. La coercición inferior para multar y prender no correspondía más que á los censores y á los ediles, dentro de los límites de la provocación, que pronto estudiaremos. Estas facultades de los mismos se diferenciaban de la actividad auxiliar que los cuestores prestaban para el procedimiento penal, en que no estaban fundadas en un mandato ó delegación de los cónsules, sino en el propio poder de los funcionarios de que se trata, sin que por

eso los cónsules quedaran descargados de ejercerlas, antes bien, la coercición de éstos concurría con la de los funcionarios inferiores. La de los censores era coercición derivada ó secundaria, en cuanto estos funcionarios estuvieron en un principio consagrados á conservar en buen estado los bienes de la comunidad, y sólo incidental y transitoriamente, como, por ejemplo, con respecto á las vías y al aprovechamiento de las aguas públicas, podían prevenir abusos de parte de los particulares. Por el contrario, como ya se ha dicho, la edilidad romana fue destinada desde luego á ejercitar el derecho de coacción y penal inferior con respecto á los mercados y vías. Si prescindimos de la antigua edilidad plebeya, que no pertenecía á la magistratura (pág. 300 y sigs.), podemos decir que este cargo público fue introducido á fines del siglo IV, probablemente tomando por modelo la agoranomía helénica, para vigilar é inspeccionar, al lado y á las órdenes de la magistratura suprema, el mercado dentro de la ciudad, la cual se iba desarrollando de un modo tan poderoso. Eran de su competencia, por lo tanto, todos los negocios y transacciones mercantiles que se verificaban en el mercado público, con especialidad la compra y venta de esclavos y bestias, así como las de las vituallas que se despachasen en el mercado, correspondiéndoles también, por tanto, la inspección y contraste de los pesos y medidas y el cumplimiento de las leyes suntuarias. De la jurisdicción que con este motivo correspondía á los ediles curules, trataremos en el capítulo siguiente, al ocuparnos de la administración de justicia. También correspondía á los ediles la inspección sobre el empedrado y la limpieza de las calles de la capital, para lo que, á fines de la República, se les agregaron seis funcionarios inferiores, cuatro con destino al interior de la ciudad, y los otros dos para los arrabales (pág. 313); igualmente

estaba confiado á ellos el cuidado de que no hubiera por las calles animales dañinos ú otros objetos que impedirían ó dificultaran la libre circulación y comercio. Se hallaban, además, bajo la vigilancia inmediata de los funcionarios de que venimos tratando, el servicio de incendios, las romerías, cortejos fúnebres y espectáculos públicos, las asociaciones de toda clase, todos los edificios públicos, y las casas de particulares abiertas al público para el ejercicio del comercio, sobre todo los baños, casas de comidas y burdeles. Para poder atender al desempeño de tan gran variedad de asuntos, la ciudad de Roma, al menos en los últimos tiempos de la República, estaba dividida en cuatro distritos, al frente de los cuales se hallaban otros tantos ediles, entre los cuales se sorteaban aquéllos. Siempre, sin embargo, fue la función edilicia una función subordinada y auxiliar; sobre todo, la policía de seguridad se hallaba absolutamente en manos de los altos funcionarios dotados del pleno derecho de coacción. Los ediles no solamente carecían de la coercición en materias de pena capital, sino que, según parece, la misma facultad de imponer multas traspasando los límites de la provocación, solamente les correspondía cuando tales magistrados estuvieran autorizados por medio de leyes especiales para imponer á su arbitrio semejantes multas á consecuencia de ciertas acciones que produjeran un perjuicio común, de cuya autorización legal hicieron uso predominantemente los ediles patricios y los plebeyos, en cuyo caso defendían sus decisiones ante los Comicios. Los cuestores y los funcionarios próximos á ellos no tenían un derecho penal propio: solamente ejercían facultades de esta naturaleza en representación de los cónsules.

Se hallaban sometidos al derecho de coacción y penal aquellos individuos que estaban en poder de la co-

munidad romana, fueran ó no fueran ciudadanos, debiendo tenerse en cuenta que con respecto á los últimos, los magistrados de Roma estaban obligados á respetar los tratados celebrados entre la comunidad á que aquéllos pertenecieran y la romana. Contra los magistrados mismos se ejercitaba este derecho conforme á las normas desarrolladas al tratar de la colisión de los magistrados (pág. 210); es decir, que el magistrado inferior estaba sometido al derecho de coacción y penal del superior lo mismo que un particular cualquiera. En la comunidad patricio-plebea de los tiempos históricos, al tribuno del pueblo le correspondía un derecho ilimitado de coercición contra todo magistrado, hasta contra el dictador, quien en los primeros tiempos se hallaba exceptuado; también le correspondía á los depositarios del *imperium* de mejor derecho contra los depositarios de derecho inferior y contra los funcionarios sin *imperium*. La coercición no podía ejercitarse contra los magistrados del mismo rango y posición que el que la ejercía, ni tampoco la podía ejercitar un funcionario subordinado contra otro funcionario subordinado que tuviera competencia distinta que él. Al hacer uso de esta coercición, el magistrado más alto podía prohibir al inferior, aun cuando no fuera auxiliar suyo, la práctica de un acto determinado correspondiente á sus funciones, ó el ejercicio completo de éstas, y por lo tanto, podía impedir, en virtud de semejante obstrucción general, la marcha de los asuntos públicos; y lo que el magistrado superior podía hacer con respecto al inferior, podía hacerlo con respecto á todos los funcionarios públicos el tribuno del pueblo, quien para estos efectos se hallaba sobre todos ellos. La prohibición referida no significaba jurídicamente otra cosa sino la amenaza de captura, aprisionamiento y empleo de otros medios coactivos en el caso de que se desobe-

deciera; si esta prohibición no era respetada, el acto ejecutado contraviniéndola no era nulo, pero el magistrado podía llevar á efecto la amenaza, si es que no podía hacer uso de la intercesión.

La infracción ó injusticia de derecho privado estaba perfectamente determinada y regulada por la ley; mas no sucedía lo mismo con la perteneciente al derecho de coacción y penal. La comunidad tenía derecho á defenderse contra todo el que no se atuviera á sus preceptos ó la produjera algún daño; y claro es que partiendo de esta concepción fundamental, el derecho de coercición no reconocía límites.

Ninguna regla existía para determinar cuándo tenía lugar y cuándo no un acto de desobediencia á la comunidad; por consiguiente, el concepto de tal desobediencia no podía menos de ser arbitrario.

También el concepto del perjuicio causado á la comunidad era susceptible de diversas interpretaciones; sin embargo, puede inferirse en sus líneas esenciales este concepto de las condiciones de capacidad que se requerían á los auxiliares de los cónsules y á los demás funcionarios que ejercitaban su actividad en esta esfera. Claro está que el ápice de este delito lo forma la rebelión contra la comunidad (*perduellio*). Puede ponerse en duda que un concepto de crimen político, aun dentro de la borrosa definición de que este concepto es susceptible, llegara nunca á existir en la sustanciación de las causas criminales, tanto cuando ésta se verificaba por el procedimiento de la *perduellio*, como cuando adoptó la de procedimiento tribunicio; es de presumir que en esto no se llegara nunca á sentar reglas consuetudinarias, ni hechos que sirvieran de precedentes; toda la determinación y fijación legal de la capacidad y competencia del tribunal del pueblo fue siempre cosa á que se sintió re-

pugnancia y hostilidad. Luego volveremos á hablar de esto. El concepto de las injusticias ó infracciones que no eran políticas se determinaba ante todo de una manera negativa, puesto que se decía que no eran delitos políticos aquellos delitos que el derecho romano llamaba privados, en especial el hurto, en el amplio sentido que en Roma tuvo, y los daños causados en el cuerpo, en las cosas y en el honor, ó sea la *iniuria* romana. Por el contrario, en el derecho privado no se encuentra prescripción alguna relativa á la punición del homicidio, y ya se ha indicado por otra parte acerca del particular (pág. 310) que probablemente la competencia criminal de los cuestores tuvo aquí su origen. Lo cierto es que la misma comprendía el homicidio en general cuando hubiera sido cometido, dentro de la esfera territorial á donde Roma extendía su poder, sobre un ciudadano ó un no ciudadano, y parece que se dió tanta amplitud á este concepto, que llegaron á incluirse en el mismo el falso testimonio en causa criminal capital, y quizá también otros análogos actos punibles. El incendio, que no menos que el homicidio era inadecuado para ser sometido al procedimiento privado, hubo de ser perseguido también de oficio. Quizá ocurrió lo mismo con el quebrantamiento de las obligaciones del patrono, y en general se hacía uso, ó se permitía hacerlo, de este procedimiento en todos los casos en que se denegaba la acción ó demanda privada. El régimen de la guerra fue aún más lejos en esta materia: todo lo que podía ser referido á la disciplina militar, aun aquellos hechos que no producían más que una acción privada según las normas del derecho civil, como el hurto, por ejemplo, fueron considerados aquí como delitos públicos.—Con respecto á las demandas relativas á multas, las cuales se consideraban realmente como de la competencia de los ediles, existieron, según todas las

probabilidades, leyes especiales sobre la usura de granos y de dinero, sobre el estupro, la pederastia y otros análogos actos considerados como peligrosos y perjudiciales para la comunidad, que determinaban los elementos indispensables para que se los considerase como delictuosos.—Por lo demás, no debe olvidarse que nosotros no conocemos estas antiguas formas del procedimiento criminal romano sino en la época de su extinción, no siendo improbable que en los tiempos en que se hallaban en toda su eficacia y vigor cumplieran su fin tan bien, por lo menos, como el procedimiento de las *quaestiones*, que ya nos es mejor conocido.

Tocante á los medios coactivos y penales de que podía echar mano la magistratura, el arbitrio de la misma estaba restringido, supuesto que no se permitía hacer uso con este carácter de todo mal imaginable. Los magistrados no podían privar á nadie del honor, y si bien es cierto que podía perderse éste por efecto de un acto de aquéllos, se trataba aquí más bien de una consecuencia lógica que de un precepto positivo. No faltan, sin embargo, algunos de éstos relativos á la penalidad, aunque más bien consuetudinarios que legales. La expulsión del Estado podía ser decretada contra el extranjero, no contra el ciudadano. Las mutilaciones, que no fueron desconocidas en el más antiguo derecho penal privado, no se aplicaron nunca, que nosotros sepamos, en el procedimiento público. El derecho de ciudadano y la libertad personal podían, sin duda, perderse por haber sido impuesta como pena tal pérdida, pero sólo cuando á la vez se había hecho esclavo de un modo permanente en el extranjero el individuo de quien se trataba (pág. 47). Según el sistema vigente en esta época, no se podía hacer uso de la cárcel de ninguna otra manera que provisionalmente, y por tanto, no á plazo fijo,

ni nunca tampoco con agravaciones procedentes de la clase de trabajo á que se obligara al preso. De los medios coercitivos generales no quedan, pues—prescindiendo de algunos aplicables sólo á los soldados y de los que no tratamos aquí—más que los siguientes, y aun éstos, como lo demostrará el estudio que de ellos vamos á hacer, no eran aplicados de una manera general.

1.º Penas contra la vida, á las que iba unida por ministerio de la ley la confiscación de bienes. De la coercición capital no tenían facultades para hacer uso, claro es, sino los magistrados supremos, incluyendo en éstos á los tribunos del pueblo.

2.º Los castigos corporales, que probablemente en los primeros tiempos estuvieron en general permitidos dentro del régimen de la ciudad, parece que fueron abolidos muy pronto, no permitiéndose al magistrado hacer uso de ellos, dentro del referido régimen, contra el ciudadano; como medio de disciplina militar, siguieron empleándose aún posteriormente.

3.º La pérdida del derecho de ciudadano sólo podía imponerla el magistrado, como se ha dicho, cuando un individuo hubiera perdido su libertad por haber sido vendido ó entregado á un extranjero por alguno de los medios de los que producen efectos jurídicos, y al menos en los tiempos históricos, sólo podían decretar esta pérdida los magistrados á quienes correspondiera la coercición capital, y aun éstos, únicamente en los casos de haberse hecho uno culpable de falta de cumplimiento de la obligación de prestar el servicio militar, ó de ofensa al derecho internacional.

4.º La captura (*prensio*), de la cual no era permitido hacer uso más que á los magistrados autorizados para emplear la coercición capital, sólo podía decretarse, como se ha dicho, provisionalmente, y por efecto de la carencia

de reglas jurídicas que determinasen fijamente sus límites, se aplicó frecuentemente á la desobediencia, mas nunca como medio de retribuir y expiar delitos. Ni los funcionarios que la decretaban, ni mucho menos sus sucesores, estaban obligados á respetar ni guardar con respecto á ella límite alguno de tiempo. Claro está, por tanto, que por esto mismo se podía hacer uso del medio que nos ocupa para privar de hecho á una persona de su libertad por largo tiempo, y aun por toda su vida.

5.º La prenda (*pignoris capio*) consistía en un daño patrimonial impuesto á los reos ó contraventores, privándoles de una cosa que les perteneciera ó destruyéndola. Tampoco este medio se aplicaba, lo mismo que la captura, sino por causa de desobediencia; no se administraba por vía de pena, pero podían hacer uso de él todos en general los magistrados autorizados para emplear la coercición.

6.º Las graves penas patrimoniales impuestas por los magistrados á su arbitrio, ó sea aquellas que traspasaban los límites de la provocación, que después estudiaremos, no fueron empleadas en los tiempos antiguos de otra manera que como una dulcificación de la coercición capital, y por tanto, le estaba reservado el derecho de imponerlas á los magistrados supremos. También se hacía uso de ellas en materia de demandas sobre multas reguladas por leyes especiales y de hecho encomendadas al conocimiento de los ediles; no era raro, por lo demás, que las mismas leyes tuvieran señalado un límite al arbitrio de los magistrados, fijando un *máximum*, v. gr., la mitad del patrimonio del reo, más allá del cual no podía pasarse.—Las penas pecuniarias fijadas legalmente, de las que se hizo uso muy luego y con frecuencia en el procedimiento privado, parece que no se aplicaron en los antiguos tiempos á las infracciones ó contravencio-

nes contra la comunidad, y cuando se introdujeron se hacían efectivas por la vía administrativa ó por la civil, considerándolas como créditos á favor de la comunidad, de modo que no entraron á formar parte del derecho penal público.

7.º El medio de coercición de que mayor uso se hacía y el cual podían emplear con iguales atribuciones todos los magistrados autorizados para poner en práctica tal procedimiento, era el de las multas impuestas al arbitrio del magistrado mismo dentro del máximum consentido para la provocación, que era de dos ovejas y treinta bueyes, ó sea, valuado en dinero, 3.020 ases (unas 750 pesetas).

La ejecución de las penas y de los medios coactivos impuestos personalmente por los magistrados la verificaban los que de entre estos tenían *imperium*, por medio de sus lictores, mientras que el tribuno, no pudiendo delegar su poder en subalternos, tenía que verificarla por sí mismo. Las penas pecuniarias, siempre que por leyes especiales no se hubiera determinado otra cosa, eran percibidas por los encargados del erario, lo mismo que otros cualesquiera créditos de la comunidad. Mientras en el procedimiento privado no se admitía perdón de la deuda por parte de la superioridad, en el procedimiento público, al contrario, podía hacerse uso del indulto; mas éste no podía aplicarse siempre, sobre todo, no se podía aplicar cuando la coercición no buscaba reducir al desobediente, sino expiar la falta cometida. Al homicida tenía que condenarlo el magistrado, sin que tuviera facultades para indultarlo.

No se conocieron normas generales procesales á las cuales sujetarse para el ejercicio de este derecho de coacción y penal. Tanto en el caso de desobediencia como en el de punición, que no se diferenciaban jurídicamente,

bastaba, en general, para que el magistrado pudiera hacer uso de los correspondientes medios penales, con que por cualquier medio hubiera llegado el mismo á convenirse de la existencia de la injusticia que se trataba de reprimir. Verdad es que dicho magistrado, antes de dar su decisión, solía algunas veces tratándose de desobediencia, y por regla general siempre que se trataba de casos propiamente penales, verificar una instrucción sumaria (*cognitio*); mas tampoco entonces había lugar á demanda ó querrela, ni existía prueba regulada por la ley, ni trámites procesales determinados por ésta, ni graduación ó medida legal de la pena. Y esto es aplicable en principio tanto al procedimiento seguido contra los ciudadanos como al seguido contra los que no lo eran; si en el primer caso, cuando intervenían los Comicios, la ausencia de formalidades fue limitada, esta ausencia de formalidades siguió existiendo en el derecho penal en los procesos que se seguían dentro de la ciudad á los que no eran ciudadanos, como existió también como regla general en los procesos penales que se seguían en el campo de la guerra en los primeros tiempos de la República.

Una formalidad fija que se conoció en el procedimiento criminal fue el derecho de provocación, es decir, la facultad que se concedía de alzarse de la decisión de los magistrados para ante los Comicios, los cuales tenían atribuciones para anular aquélla. Pero esto no introdujo variación alguna en lo que ya queda dicho acerca de la igual manera de tratamiento de la desobediencia y del delito, acerca del arbitrio del magistrado para formar proceso ó no imponer punición y acerca de la libre determinación y graduación de la pena por parte del mismo magistrado. Mas si se admitía la provocación, hallábase ésta sometida á ciertas normas procesales: por



una parte, había que tener en cuenta la condición personal del individuo á quien afectaba la decisión provocada; por otra, la esfera de funciones en que la provocación tenía lugar, y por otra, la clase y cualidad del mal penal que había que imponer.

1.º Por lo que toca al estado ó condición de las personas, sólo tenía facultades para deducir provocación ante los Comicios aquel que perteneciera á ellos; por tanto, los no ciudadanos únicamente podían entablar la provocación cuando se les reconociese el derecho á ello por un privilegio personal. En el caso de que se dudase sobre si un individuo gozaba ó no del derecho de ciudadano, debía estarse á la resolución del magistrado contra cuya sentencia se deducía la provocación, sobre todo en los tiempos anteriores á Sila, en que no existía ningún procedimiento jurídico para fijar de una manera objetiva y obligatoria el derecho dudoso de ciudadano.— Por virtud de lo dicho, las mujeres no podían hacer uso de la provocación, á no ser que dispusieran otra cosa leyes especiales. A las sacerdotisas de Vesta que hubiesen sido condenadas con pena capital por el pontífice máximo no se les concedía provocación contra la coerción capital de éste, como tampoco al hombre que hubieran tenido por cómplice ó co-delincuente.

2.º La provocación sólo se concedía contra las sentencias dadas dentro del círculo de las funciones de la ciudad, y aun aquí, según las normas antiguas de la dictadura, no podía concederse contra las sentencias del dictador. En los tiempos posteriores, los únicos magistrados cuyas decisiones se hallaban por ministerio de la ley libres de la provocación eran los magistrados revestidos de poder constituyente, los cuales, por su mismo carácter, no estaban sometidos á la Constitución. Es verdad que en la lucha de los partidos que tuvo lugar en

los tiempos posteriores de la República, la oligarquía tuvo la pretensión de conceder á los magistrados supremos de entonces, por intervención del Senado, el pleno poder dictatorial para los casos de crisis revolucionarias, y, por lo tanto, de librarles de la provocación; mas esto no solamente fue una concepción unilateral del partido de los optimates, sino también una simple aplicación de la idea de la defensa legítima en caso de necesidad (pág. 173), templada, sin embargo, gracias á la intervención del Senado ó Consejo de la comunidad, y lo mismo que la defensa en estado de necesidad, se hallaba fuera de las prescripciones del derecho público. En cambio, el partido contrario vindicó á su vez para sus tribunos la facultad de castigar con pena capital, y sin que se admitiera provocación, las ofensas ó ataques á la inviolabilidad de que los mismos tribunos se hallaban rodeados. Contra las sentencias dadas según el derecho de la guerra y en el régimen de ésta, no se admitía la provocación ni aun después que el mismo fue despojado del carácter ejecutorio, sino que el condenado por el jefe del ejército era enviado á Roma, y allí, sin tener para nada en cuenta la sentencia primera, se le sometía á un nuevo procedimiento, el cual podía dar luego origen á la provocación.

3.º Por parte del contenido, el medio jurídico de la provocación no se concedía sino contra las sentencias de muerte ó contra las que condenaban á una pena pecuniaria que traspasase los límites de la provocación. La pérdida del derecho de ciudadano, en aquellos casos en que la misma podía ser consecuencia de un proceso penal, no autorizaba para interponer la provocación, y con mayor motivo ha de decirse lo mismo de los restantes medios de coerción.

Para aquellos casos en que, según lo dicho, no era

definitivo el fallo de los magistrados, sino que contra su ejecución podía apelarse ante los Comicios, había un procedimiento fijamente determinado, así en la primera como en la segunda instancia. El fallo del magistrado supremo patricio no estaba sometido á este procedimiento de casación; sí lo estaba el fallo de sus representantes, obligatorios en este caso, ó sea de los decenviros para la alta traición ó de los cuestores, igualmente que el de los quasi-magistrados plebeyos, todos los cuales tenían atribuciones para ejercer la coercición capital; lo estaban también las grandes multas impuestas por el sumo pontífice, por el censor, y especialmente por los ediles, todos los cuales carecían de la coercición capital. El magistrado que empleaba este procedimiento tenía, ante todo, que obrar públicamente (*in contione*), esto es, emplazar á los inculcados para tres días que no fueran seguidos inmediatamente unos de otros, anunciar el objeto de la acción y la pena que se pretendía imponer, admitir como instructor la prueba tanto en pro como en contra, y dictar sentencia después de la tercera discusión (*anquisitio*), no estando obligado á conformarse con la pena que venía propuesta de antemano. Si el inculcado no estuviere conforme con la sentencia dada, podía apelar ante la ciudadanía. La forma de proceder en este caso el tribunal del pueblo era exactamente la misma que empleaba para hacer las leyes, aplicándose también aquí las diferentes maneras que tenía de congregarse la comunidad para tomar acuerdos. Si se trataba de una sentencia de muerte, debían ser convocadas las centurias, convocación para la que no tenían facultades por sí mismos ni el cuestor ni el tribuno del pueblo, y que se verificaba por intervención de un magistrado con *imperium*, siendo de presumir que aun al cuestor pudiera serle negada. Si la sentencia condenatoria impusiera pena pecuniaria, entonces la pro-

vocación se llevaba ante los Comicios patricio-plebeyos por tribus ó ante el *consilium* plebeyo, según que el magistrado que hubiere pronunciado aquélla fuese patricio-plebeyo ó plebeyo; los magistrados que no tenían derecho en otras ocasiones á convocar á la comunidad para que ésta tomase acuerdos, podían convocarla en este caso, como sucedía, por ejemplo, con los ediles. Parece que, en lo que á la decisión final concierne, no tenía lugar un procedimiento propiamente contradictorio, sino que el magistrado sentenciador no hacía más que presentar su resolución para que se la confirmasen, pues la ciudadanía que tenía que dar sus votos se había informado ya suficientemente por efecto de las discusiones que con anterioridad se habían verificado ante la comunidad. Este procedimiento se consideraba, así teórica como prácticamente, como una instancia de gracia. En las sentencias que absolvieran al reo en primera instancia, no se admitía; y en los casos en que de él se hiciera uso, no sólo había que garantir la seguridad del no culpable y que prestarle protección, sino que también debía facilitarse al culpable la posibilidad de pedir gracia á la comunidad de la pena efectiva que se le había impuesto por la ofensa inferida á la misma. A los autores de fratricidios patrióticos, el juez debía condenarlos en primera instancia, pero la ciudadanía podía perdonarles. Sí, pues, el tribunal del pueblo estaba aún menos sometido á reglas jurídicas procesales que el magistrado de primera instancia, lo cual nos confirman también de un modo absoluto los informes que han llegado hasta nosotros acerca del modo como funcionaban, parece que la significación política que á este hecho debemos dar es la de ser el signo jurídico ó legal del poder soberano del pueblo, es decir, de la preponderancia y superioridad de los Comicios sobre la magistratura, si bien es cierto que

la circunstancia de no someterse á este procedimiento los fallos dados directamente por los cónsules aminora en algún modo tal preponderancia; y, por tanto, aun cuando históricamente no sea verdad que la provocación naciera cuando nació la República, es por lo menos una exigencia teórica y de principio el enlazar los orígenes de ambas cosas, como lo hace muy bien la leyenda.

La coercición descrita hasta ahora no produjo un derecho penal bien delimitado teóricamente y en el terreno de los principios. La unión de los dos momentos que hemos encontrado constituye el fondo de dicha coercición, esto es, el constreñimiento á la obediencia y la retribución de la injusticia cometida, viene á disminuir en el procedimiento de la provocación, dado caso que en él predomina el último punto de vista, mas no puede decirse que desaparezca del todo. Pero aun no tomando en cuenta sino el elemento último, el de la retribución, tenemos que el hecho de hallarse el mismo limitado á los ciudadanos varones y al círculo de las funciones de la ciudad, hace imposible en teoría su reglamentación; y si bien es cierto que desde el instante en que este procedimiento se concreta á aquellas ofensas inferidas á la comunidad contra las cuales procede de oficio el magistrado, viene á quedar restringida la coercición á los procesos administrativos y civiles, no por eso es menos verdad que el círculo de las acciones contra las que puede emplearse el procedimiento oficial del magistrado sigue siendo arbitrario, discrecional. En la práctica, el procedimiento de que se trata, fuera de su aplicación á los casos de homicidio, de incendio y de delitos políticos, venía á depender en lo principal de leyes especiales; además, la mayor parte de lo que nosotros llamamos hoy derecho penal se sustanciaba por la vía administrativa ó por la del procedimiento civil. Sila abolió más

tarde el procedimiento criminal, según todas las probabilidades, con el fin de sustraer al conocimiento de los tribunos del pueblo las causas políticas capitales; y aun cuando las disposiciones de este dictador en contra del tribunado fueron de nuevo derogadas y el antiguo procedimiento comicial siguió aplicándose todavía de vez en cuando, como arma de partido, hasta el final de la República, sin embargo, la organización dada por Sila continuó en lo esencial vigente, tanto positiva como negativamente, efecto de la completa descomposición de la máquina de los Comicios. A partir de entonces, el procedimiento de la provocación se hizo de hecho anticuado. El procedimiento seguido por los magistrados contra los no ciudadanos quedó libre de este influjo; pero, por efecto de la extensión del derecho de ciudadano á toda Italia, quedó el mismo relegado esencialmente á las provincias y fue también siendo poco á poco rigurosamente regulado como derecho de los gobernadores de provincia.

Para reemplazar el suprimido procedimiento penal de los Comicios, comenzó á hacerse uso en la práctica del de las *quaestiones*; el *iudicium populi* fue sustituido por el *iudicium publicum*, comprendiendo este último un horizonte distinto y más amplio que el estrictamente limitado del primero, del juicio antiguo. El nuevo procedimiento tuvo legalmente la consideración de un procedimiento civil cualificado, en el cual, lo mismo que en todo pleito civil, se hallaban frente á frente demandante y demandado, decidiendo el litigio el Estado por medio de su magistratura y sus jurados; por lo tanto, en el capítulo siguiente trataremos de esto.

Pero á la caída de la República, al lado del procedimiento de las *quaestiones*, considerado como el procedimiento criminal ordinario, comenzó á hacerse uso de

otro procedimiento extraordinario, libre de trabas; este procedimiento tenía lugar ante los cónsules por una parte, cuya sentencia tenía que adaptarse al veredicto del Senado, y por otra parte ante el príncipe, como juez único. Este procedimiento entroncaba con el originario poder de coacción y penal de los magistrados, exento de la provocación, toda vez que en el procedimiento ante los cónsules fue sustituida la convocación de los Comicios por la intervención y cooperación del Senado. El príncipe, pues, tenía por sí solo iguales derechos que los cónsules y el Senado juntos, lo cual respondía á la idea diárquica que constituía uno de los fundamentos del principado.

Este procedimiento penal extraordinario era potestativo, supuesto que tanto el Senado como el emperador tenían facultades para llamar á sí todo asunto y para dejar de entender en él, quitando, por tanto, atribuciones al tribunal ordinario ó confiriéndoselas; el emperador podía también remitir los asuntos al Senado. Ambos altos puestos tenían asimismo atribuciones para delegar sus facultades, y si el Senado hizo muy poco uso de este derecho, el emperador, en cambio, lo hizo con frecuencia, no siendo otra cosa que delegaciones formales de la especie dicha el pleno poder criminal que sobre los ciudadanos romanos ejercieron durante el Imperio los gobernadores de las provincias, revestidos del derecho de castigar, y en Roma é Italia, el prefecto de la ciudad y los jefes de la guardia imperial quetenían mando.

La esencia de esta justicia penal consistía en el carácter ilimitado de la misma y en su carencia de formalidades; más bien que definirla, lo que puede hacerse es explicarla.

Todo individuo que pertenecía al Reino estaba sometido á ella, así los ciudadanos como los que no lo

fueran, tanto los plebeyos como los príncipes dependientes de Roma. El único exceptuado era el emperador mismo, toda vez que éste no se hallaba sometido, como tal, á la jurisdicción del Senado. Por el contrario, los senadores particulares no estuvieron exentos, ni en principio ni prácticamente, de comparecer ante el tribunal del emperador; sin embargo, haciéndose valer la tendencia diárquica dicha, negóse á veces al emperador la jurisdicción capital sobre los senadores, y desde Nerva en adelante fue frecuente que al ocurrir cambios de gobierno se dieran seguridades semejantes á los miembros del Senado.

Todo asunto podía ser objeto de esta justicia criminal. Aquellos delitos que, conforme á las normas que exponremos en el capítulo siguiente, correspondían al procedimiento de las *quaestiones*, que legalmente era privado, pero que en sustancia era criminal, podían también ser sentenciados en la forma penal de que se trata. Hasta las acciones que no entraban en ninguna de las esferas penales, podían ser castigadas por los tribunales extraordinarios. De ambos de estos se hacía uso, pero especialmente del procedimiento ante el Senado, para corregir los defectos del procedimiento ordinario, por ejemplo, para que sobre aquellos asuntos penales cuyo conocimiento correspondía en realidad á dos tribunales distintos recayera una resolución única. El tribunal del Senado se aplicaba predominantemente para conocer de los delitos graves cometidos por los funcionarios públicos, del adulterio y de los delitos políticos. Los subalternos y servidores domésticos del emperador eran regularmente responsables ante el tribunal (de éste; los delitos militares jamás fueron sentenciados por el Senado.

En la instrucción y sustanciación (*cognitio*) de los

procesos, tanto ante el Senado como ante el emperador, estaba excluida en absoluto la publicidad, á diferencia de lo que ocurría en el procedimiento regular ordinario; lo cual no tenía seguramente gran importancia por lo que respecta al tribunal del Senado, dada la naturaleza del mismo. Ninguno de los dos tribunales extraordinarios estaba legalmente obligado á sujetarse á formalidades fijas; sin embargo, por regla general, observaban las mismas que se habían establecido para las *quaestiones*, y justamente el momento más notable observado por éstas, ó sea la introducción del acusador particular y el acto de premiarlo en caso de condena efectiva, hubo de aplicarse en los procesos extraordinarios á los denunciadores que desempeñaban el papel de acusadores.

De igual modo, la medida y graduación de la pena se hallaba de derecho entregada al arbitrio de los dos puestos que ejercían, al mismo tiempo que el poder soberano del Estado, la justicia criminal extraordinaria. Si el procedimiento de las *quaestiones* condujo, según veremos, á la aplicación de penas inferiores al delito y muchas veces poco adecuadas, y singularmente la pena de muerte fue proscripta del mismo, en estos tribunales extraordinarios se impusieron, por el contrario, penas severas y á menudo excesivas. El restablecimiento de la pena de muerte en ambos los tribunales de que se trata es uno de los momentos más salientes y característicos de la transformación del Estado libre en Monarquía.

Mientras el derecho monárquico de coacción y penal libre de la provocación, derecho que restableció Augusto, no lo ejercitaron más que los cónsules y el Senado por una parte y el príncipe ó sus especiales mandatarios por otra, este derecho conservó su índole de extraordinario, y no funcionó con carácter de órgano permanente de la comunidad. Otra cosa sucedió cuando Tibe-

rio, apoyándose en todo caso en la organización vigente en la época de los reyes, estableció en la capital un lugarteniente permanente del emperador, el *praefectus urbi*, encargado de desempeñar las funciones dichas. La restauración monárquica quedó completa con la institución de este cargo. Es cierto que sólo se permitía ocuparlo á los senadores y que se ejercía con ciertas precauciones, puesto que regularmente se nombraba prefectos de la ciudad á varones de edad avanzada que se hallaran al final de su carrera política, y los cambios de personas no fueron aquí tan frecuentes como en los demás cargos imperiales; pero por razón de la competencia este representante ó lugarteniente del emperador tenía un pleno poder monárquico. Constituía esa competencia todo el poder de policía que en la época republicana estuvo encomendado á los magistrados, esto es, á los ediles y á los funcionarios superiores á ellos, y además el pleno poder penal que había conseguido el mismo emperador en la forma que poco antes dejamos expuesta; esa competencia le correspondía al prefecto de la ciudad en concurrencia con la del propio emperador y con la de los demás mandatarios de éste. El tribunal del prefecto tenía los mismos caracteres que el del emperador, ó sea, era ilimitado y no tenía que sujetarse á ninguna formalidad procesal. Por razón del territorio, funcionaba preferentemente en la capital, pero luego hubo de extenderse también á toda Italia. Parece que no había persona alguna que no fuera responsable ante el prefecto de la ciudad, aun cuando es cierto que la actividad que principalmente se le había confiado era la de policía, y que como juez penal, á lo menos en los primeros tiempos del Imperio, sólo excepcionalmente podía imponer penas en el campo de la guerra á personas de las clases privilegiadas. Si bien el prefecto no era oficial del ejército, para la conservación

del orden en la capital tenía á sus órdenes una parte de la guarnición de la ciudad, compuesta de tres cohortes de 1.500 hombres. Ninguna de las instituciones de la época del principado exigió con tanta fuerza como la prefectura de la ciudad la abolición del gobierno de esta última por los cónsules y ediles y la de la administración de justicia tal y como se verificaba en la época republicana.

### CAPÍTULO III

#### LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El primero y más alto deber del Estado es no permitir que, dentro del horizonte de su acción, ejerza una persona prepotencia y opresión sobre otras, y no consentir que una reclamación dirigida contra cualquiera de sus miembros se haga valer de otra manera sino en la forma establecida al efecto por el Estado y dentro de los límites trazados de antemano por el mismo para cada género de asuntos. Esta forma de reclamar los particulares sus derechos, forma reglamentada por el Estado, y que por lo mismo se nos presenta en perfecto contraste, así desde el punto de vista teórico como desde el práctico, con el derecho de coacción y penal, que se ejerce sin sujeción á ley alguna y cuya base es, como se ha dicho, la propia defensa del Estado, es lo que denominamos administración de justicia. La cual vino á reemplazar á aquel estado antepolítico en que los particulares se tomaban la justicia por su mano, sin tener limitación legal de ninguna clase, y en que por lo mismo predominaba la prepotencia, la fuerza, la venganza, ó á lo más la compensación ó pago pecuniario (*poena*); y á diferen-