

*PROVOCATIO AD POPULUM Y CIUDADANÍA*

Luis Rodríguez Ennes  
Universidad de Vigo

## RESUMEN

Desde la Roma arcaica y monárquica, el poder aparece en una situación de extraordinaria preeminencia frente a los ciudadanos. Pero, es con la República, cuando la *coercitio* de los magistrados tendrá un límite —la *provocatio*— que, en la medida que subordina la imposición de las más fuertes sanciones y, en primer lugar, de la pena de muerte, a un control político por la máxima asamblea ciudadana, constituye la garantía inmediata de la *libertas*, cualidad y atributo supremo del *civis*. Nuestro trabajo se dirigirá, fundamentalmente, a exponer el origen, evolución histórica y régimen jurídico de este fundamental dispositivo de protección de los derechos individuales del pueblo romano.

PALABRAS CLAVE: Ciudadanía, poder coercitivo, *provocatio*.

## ABSTRACT

*Since ancient and monarchical Rome, power appeared in a position of extraordinary preeminence towards citizens. Notwithstanding, the coercitio of the magistrates will a limit with the Republic —the provocatio— which subordinates the imposition of the most severe sanctions and, first of all, the death penalty and also constitutes the immediate guarantee of the libertas, quality and supreme attribute of the civis. Our work will basically aim to present the origin, historical evolution, and legal regime of this fundamental device to protect the individual rights of the Roman people.*

KEYWORDS: *Citizenship, coercive power, provocatio.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 2.1. Época monárquica. 2.1.1. La tradición acerca del origen de la *provocatio*. 2.1.2. Crítica de los elementos legendarios. 2.2. Época republicana. 2.2.1. *Las leges Valeriae de provocatione*. 2.2.2. La *provocatio* en la Ley de las XII Tablas. 2.2.3. *Leges Porciae*. 2.2.4. Las reformas de Sila: decadencia de la institución. 3. RÉGIMEN JURÍDICO. 3.1. *Coercitio y iudicatio*. 3.2. Requisitos. 3.2.1. Casos en los que se reconocía el *ius provocationis*.

Luis Rodríguez Ennes

---

3.2.2. Casos excepcionales (sin *ius provocationis*). 3.2.2.1. Por razón de la persona. 3.2.2.2. Por la naturaleza del delito. 3.2.2.3. Por la ley. 3.2.2.4. Por senado consulto: juicios militares. 3.2.3. Penas contra las que podía ejercitarse la *provocatio*. 3.2.3.1. *Verberatio*. 3.2.3.2. *Multa maxima*. 3.2.3.3. Pena capital. 4. PROCEDIMIENTO.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre el ciudadano y el poder se manifiestan fundamentalmente en dos terrenos: la administración y la justicia. La monarquía etrusca, con aquel poder regio que forjó el *imperium* de los magistrados romanos y cuyos símbolos representaban el *ius vitae necisque* sobre los ciudadanos<sup>1</sup>, situó en su centro el derecho punitivo del rey. Suceden al rey, en el ejercicio de la persecución criminal, los magistrados supremos de la *civitas* que se convierten en tutores y garantes del ordenado desenvolvimiento de la vida ciudadana y de la seguridad interior del Estado. Fuera del campo de la venganza privada —y naturalmente de las transgresiones de índole religiosa que constituyen competencia del colegio pontifical— todas las actividades de tipo punitivo, desde el simple poder disciplinario hasta la verdadera y propia represión criminal, son conferidas a los supremos magistrados de la *civitas* en ejercicio de su *imperium*. De ahí procede, precisamente, el carácter solemne, apremiante, religioso —en cierto sentido— del ejercicio y de las manifestaciones de poder en Roma, al que tantas referencias existen en las fuentes literarias. Así se explica, por tanto, que, en ciertas ocasiones, la sola aparición de los cónsules o del dictador, rodeados de todo el aparato del *imperium*, bastase para infundir al pueblo una especie de terror religioso<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La asociación de la segur con las *fascas* en un único objeto, simboliza los poderes judiciales, militares y, quizás, religiosos del jefe de la *civitas* que dieron lugar a la noción de *imperium*, adoptada por los romanos por influencia de la monarquía etrusca. En efecto, los escritores latinos de la época imperial atribuyen tal origen al uso de las *fascas* y los *lictors*. La más antigua representación de las *fascas* se encuentra en un bajo relieve etrusco de Chiusi del siglo V a.C. y es también etrusca la estela funeraria del siglo VI a.C. que contiene la primera manifestación gráfica de la segur (R. MONIER, *A propos de quelques études récentes sur les anciens magistratures romaines*, en *IVRA* 4 (1953) pp. 90 ss. y bibliografía allí citada).

<sup>2</sup> Así, en el 449 a.C. la sola aparición de L. Quincio, recientemente nombrado *dictator*, y de Servio Ahala, el jefe de su caballería, precedidos de sus *lictors*, bastó —según nos refiere Liv. en 4,14— para dejar asombrado al pueblo: *Postero die dispositis praesidiis cum in forum descendisset conversatque in eum plebs novitate rei ac miraculo esset*. Todavía casi trescientos años después —en el año 168 a.C.— la simple

El poder aparece, entonces, en una situación de extraordinaria preeminencia frente a los ciudadanos. La realidad, sin embargo, era diferente, ya que la preocupación por mantener dentro de ciertos límites tan amplísimo poder, por impedir, en definitiva, cualquier tentativa de tiranía o de opresión sobre los demás ciudadanos, cristalizó en una institución fundamental: la *provocatio ad populum* que ya Cicerón calificó de *patrona civitatis ac vindex libertatis*<sup>3</sup>, Livio de *unicum praesidium libertatis*<sup>4</sup> y que la romanística celebra unánimemente como la conquista esencial, el más precioso privilegio de la *libertas*<sup>5</sup>.

La *coercitio* de los magistrados tendrá, pues, un límite: la *provocatio* que, en la medida que subordina la imposición de las más fuertes sanciones y, en primer lugar, de la pena de muerte, a un control político por la máxima asamblea ciudadana, constituye la garantía inmediata de la *libertas*, cualidad y atributo supremo del *civis*<sup>6</sup>. El *ius provocationis* es verdaderamente un derecho que se interpone de la forma más completa y eficaz entre el ciudadano y la sombra del poder; significa con dieciocho siglos de antelación —como ha puesto de manifiesto Nicolet<sup>7</sup>— una conquista imprescriptible de los derechos de la persona del mismo rango que el *habeas corpus*.

Nuestra colaboración se dirigirá, fundamentalmente, a exponer el origen, evolución histórica y régimen jurídico de este fundamental dispositivo de protección de los derechos individuales del pueblo romano.

---

presencia de tal aparato externo suscitará en los macedonios sentimientos de sorpresa y de terror (*Ibid.*, 45,29,2: *Adsuētis regio imperio tamen novi imperii formam terribilem praebuit tribunal, summoto aditus, praeco, accensus, insueta omnia oculis auribusque quae vel socios, nondum hostis victos, terrere possent*).

<sup>3</sup> Cic. *de orat.* 2,48,199.

<sup>4</sup> Liv. 3,55.

<sup>5</sup> Vid., entre otros, P. FREZZA, *Corso di Storia del Diritto romano* (Roma 1954) p. 74; P. BONFANTE, *Storia del Diritto romano* I, 4.ª ed. (Milano 1958) p. 97; J. GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité* (Paris 1967) p. 320; C. NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine* (Paris 1976) p. 429; C. RASCÓN, *A propósito de la represión de las bacanales en Roma*, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid 1978) p. 400; B. SANTALUCIA, *Epoca Repubblicana: lo sviluppo del processo criminale e le leggi de provocatione*, en M. TALAMANCA (Dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano* (Milano 1979) p. 104.

<sup>6</sup> Es claramente ilustrativo al respecto el siguiente pasaje de Cicerón quien al hablar en *de rep.* 1,40 acerca de los derechos del ciudadano romano, exalta la plena libertad de la que disfrutaba en tiempo de paz: *sic nos ter populus in pace et domi imperat, et ipsis magistratibus minatur, recusat, appellat, provocat*. El propio Liv. en 3,45,8 califica al *auxilium tribunicium* y a la *provocatio de duas arces libertatis*. Vid., también, en el mismo sentido Dionis. 6,58.

<sup>7</sup> C. NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine* cit. p. 430.

## 2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

### 2.1. Época monárquica

La represión penal está inspirada, en sus comienzos, en principios religiosos, que se traducen en verdaderas y propias reglas de carácter jurídico. Como ha señalado Burdese<sup>8</sup>: el presupuesto de la idea de una responsabilidad de la colectividad por la conducta de uno de sus miembros que ofende a la divinidad y la necesidad de eliminar el estado de impureza colectiva a través del sacrificio expiatorio del culpable, hace que en la *civitas* primitiva, dirigida por aquellos que son, al tiempo, jefes religiosos y civiles de la comunidad, personalizados en el rey, actúe un sistema religioso-jurídico de punición de comportamientos que lesionan intereses colectivos y al mismo tiempo sagrados, poniendo con esto bajo su control, también, actos de justicia que, en otro tiempo, habían permanecido reseñados a cada *gens* o al menos a cada familia; o bien actos de defensa dentro de las relaciones de grupos, hechos valer por una indiscriminada idea de *vindicta*<sup>9</sup>. El ordenamiento ciudadano se justifica en la religión para imponer la punición, o para mantener el control sobre la sanción de los culpables de comportamientos cuyas consecuencias parecen trascender la lesión de intereses meramente privados, mientras que a la vez interviene, controlando o regulando la reacción privada contra comportamientos lesivos de intereses individuales de menor entidad, imponiendo el recurso a la autoridad judicial estatal y dando así a la aplicación, en esta última esfera, la forma de proceso civil.

#### 2.1.1. La tradición acerca del origen de la *provocatio*

A un crimen consistente en una grave ofensa a la divinidad debía originariamente referirse, con toda verosimilitud, la pena sacral de la *suspensio* en el *arbor infelix* y la subsiguiente *verberatio* hasta la muerte, contemplada en la famosa *lex*

<sup>8</sup> A. BURDESE, *Manual de Derecho público romano*, trad. esp. Ángel Martínez Sarrión (Barcelona 1972) p. 302.

<sup>9</sup> Como puede fácilmente comprenderse, esta primera época de la organización defensiva de los derechos puede ser tan larga como se quiera, ya que en la prehistoria e incluso en la protohistoria parece que el tiempo transcurre y se mide de una manera distinta a la que estamos acostumbrados. De la *vis* originaria a la nueva *potentia* como medio protector de los derechos subjetivos y que según nuestro modo de ver parecen tan cercanos puede, sin embargo, haber mucha distancia temporal. Al fin y al cabo, no constituyen más que largos períodos de la mente humana que han vivido prácticamente todos los pueblos y que también tuvo que vivir Roma, siglos antes de su fundación. Vide J.L. MURGA, *Derecho romano clásico II. El proceso* (Zaragoza 1980) pp. 21 ss.

*horrendi carminis*, que Livio menciona a propósito del Horacio supérstite, asesino de su hermana<sup>10</sup>; episodio cuya configuración como un caso de *perduellio* procede, en gran parte, de una reelaboración relativamente reciente<sup>11</sup> por lo que, en modo alguno, podemos considerar aceptable la postura de aquellos autores que efectúan a una simple valoración en clave retrospectiva del texto liviano sin haber previamente establecido en qué medida tal relato es fiel a la leyenda originaria<sup>12</sup>.

Hecha esta precisión inicial, no cabe duda de que podremos afrontar con mayores garantías de éxito el análisis de la tradición recogida por Cicerón<sup>13</sup> y contenida en el mismo fragmento de Livio<sup>14</sup> que remonta a la época regia el derecho del ciudadano a apelar al pueblo como juez supremo (*provocatio ad populum*). El testimonio más antiguo de este derecho sería el ofrecido en el mítico de Horacio, único superviviente de la lucha con los *curiacios*, conde-

<sup>10</sup> Liv. 1,26,6: *lex horrendi carminis erat: duumviri perduellionem indicent; si a duumviris provocarit, provocatione certato; si vincent caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; verberato vel intra pomerium vel extra pomerium.*

<sup>11</sup> Con ello no tratamos de afirmar, en modo alguno, que el episodio del Horacio supérstite sea producto de la imaginación de Livio, sino que se trata de la reelaboración, con oportunos aditamentos, de una antigua leyenda del patrimonio épico. En efecto, todo parece indicar —en decir de Santalucia (*Epoca Republicanana* cit. p. 49) a quien seguimos fundamentalmente en este punto— que la conducta horaciana fue tipificada originariamente como *parricidium* y que la intervención popular en el juicio tuvo lugar única y exclusivamente a instancia del rey que quería, con el apoyo de la opinión pública, liberar al héroe de la cruel pena prevista por la *lex horrendi carminis* (n. 10). Sólo en época más tardía, cuando los analistas quisieron crear, con vistas a confirmar la antigüedad de la *provocatio*, un proceso arquetípico que remontase la institución a la edad regia, la antigua leyenda fue convenientemente reelaborada procediéndose a la transformación del *parricidium* originario —que, como veremos no daba lugar a un juicio popular de *provocatio*— en una hipótesis de *perduellio* que en cuanto tal permitía *provocare ad populum*. Las fuentes que recuerdan el legendario proceso (Liv. 1,26,5-12; Dio Hal. 3,22,3-6; Val. Max. 8,1,1; Flor. 1,3,6; Fest. s.v. «*sororium tigillum*») muestran evidentes trazas de la superposición de la versión más reciente a la originaria y permiten coleccionar las dificultades que hallaron los antiguos escritores para cambiar los términos de una leyenda vetusta muy difundida en la conciencia popular.

<sup>12</sup> Vide entre otros, A. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time* (London 1901) p. 306; C. BRECHT, *Perduellio* (Munich 1938) p. 125; P. FREZZA, *Corso di storia del Diritto romano* cit. p. 76; G. GROSSO, *Provocatio per la perduellio, provocatio sacramento e ordalia*, en *BIDR.* 63 (1960) pp. 213 ss.; ID., *Brevi note sull'antico diritto e processo penale romano*, en *AA.VV., Studi in onore di Francesco Antolisei* (Milano 1963) p. 122; A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, en *BIDR.* 69 (1966) pp. 342 ss.

<sup>13</sup> Cic. *de rep.* 2,31: *Provocationem autem etiam a regibus fuisse, declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales.*

<sup>14</sup> Liv. 1,26,5-12 (vide n. 10); 8,33,8: *Videro, cessurusne provocatione sis, cui rex Romanus Tullus Hostilius.*

Luis Rodríguez Ennes

nado a muerte por haber matado a su hermana e indultado por el pueblo en razón a la benemérita conducta que había tenido para con la patria<sup>15</sup>.

Algunos autores han tratado de presentar esta primera manifestación de la *provocatio* como una posibilidad del acusado de desafiar los *duoviri perduellionis* —considerados como personificación de la *civitas* y no como órganos judiciales— para que acudan a un certamen, especie de ordalía o juicio de Dios, realizado ante el pueblo<sup>16</sup>. Esta interpretación dice ser acorde con el significado del vocablo *provocatio* de acuerdo con ella, *provocare* en su acepción primaria<sup>17</sup>, y, en ocasiones, forense, es retar<sup>18</sup>. La *provocatio* en el terreno jurídico sería entonces, una especie de reto que un acusado le hace a un magistrado para que acuda ante otro tribunal sobre la base de que su actuación no ha sido conforme a derecho. Sin embargo, debemos rechazar tal hipótesis por varias razones. En primer lugar, porque no está suficientemente probada la existencia de duelos de tipo ordálico en la Roma primitiva. En segundo término, porque la denominada acepción primaria del término *provocatio* —entendido como reto o duelo— adquiere difusión en el lenguaje sólo con posterioridad a Augusto, como se infiere claramente de los abundantes testimonios de las fuentes literarias<sup>19</sup>. Por lo demás, una interpretación en tal sentido chocaría frontalmente con el espíritu discrecional que informa la *provocatio* en la que Livio señala como su prístina aparición. Efectivamente, en la leyenda horaciana, el rey Tulio simplemente «permite» la *provocatio*<sup>20</sup> y este carácter voluntario de la con-

<sup>15</sup> Fest. s.v. «sororium tigillum»: Horati et Cur(i)ati cum dimicassent, ut via, tores sequeretur imperium —soror— Horatius interfecit eam. Et quamquam a patre absolutus sceleri(s) erat, accusatus tamen parricidi apud duumviros, damnatusque provocavit ad populum, cuius iudicio victor duo tigilla tertio superiecto, quae pater eius constituerat velut sub iugum missus, subit, —liberatus omni noxia sceleris est auguriis adprobantibus; ex quo sororium id tigillum est appellatum. Vid., también, Dionis. 3,22,3-6; Val. Max. 8,1,1; Flor. 1,3,6.

<sup>16</sup> G. GROSSO, Monarchia, *provocatio e processo popolare*, en AA.VV., *Studi in onore di Pietro de Francisci II* (Milano 1956) p. 6; ID., *Provocatio per la perduellio* cit. p. 218; ID., *Brevi note sull'antico diritto* cit. p. 123; A. BURDESE, *Riflessioni* cit. p. 347; ID., *Derecho público romano* cit. p. 306.

<sup>17</sup> A. GREENIDGE, *The Legal Procedure* cit. p. 306.

<sup>18</sup> Gai. 4,93 (a propósito de la *actio per sponsionem*): *Provocamus adversarium tali sponsione*.

<sup>19</sup> Vide C.T. LEWIS - C. SHORT, *Latin Dictionary* (Oxford 1955) p. 1484, donde se cita numerosa literatura al respecto.

<sup>20</sup> Liv. 1,26,6-8: *Si a duumviris provocarit provocatione certato... Tum Horatius auctore Tullo clemente legis interprete «provoco» inquit*. Este poder de rehusar la *provocatio* constituye una de las características de la primera dictadura y en una ocasión —año 326 a.C.— a un dictador se le instó a seguir el ejemplo del rey en el caso de Horacio (Liv. 8,33,8. – vide n. 14).

cesión hace de todo punto inexplicable la designación de la institución mediante una denominación que sugiere, primariamente, las ideas de reto y defensa.

La hipótesis de que para la edad monárquica puede hablarse de una facultad discrecional del soberano de consultar al pueblo y no de un verdadero *ius provocationis* del condenado no contrasta con la noticia recogida por Cicerón —*de rep.* 2,54— según la cual los libros de los pontífices y de los augures atestiguaban la existencia de la *provocatio* ya en época regia<sup>21</sup>. Como ha observado justamente Staveley<sup>22</sup>, el lenguaje ciceroniano dista mucho de ser claro en este punto: mientras los *libri pontificii* —notoriamente carentes de fiabilidad con referencia a la edad más antigua— efectivamente declaran —*deklarant*— que la *provocatio* ya existía bajo la monarquía, los *libri augurales* —más fiables— simplemente dejan entender —*significant*— que tenía aplicación en aquel tiempo remoto. Es, por tanto, posible que en estos últimos libros se contuviese sólo alguna referencia a formas atípicas de participación popular en los juicios criminales, que en la perspectiva ciceroniana asumen el valor de una verdadera y propia *provocatio ad populum*.

### 2.1.2. *Crítica de los elementos legendarios*

La institución, en su configuración primitiva, no debía, pues, consistir en un derecho concedido al ciudadano de *provocare ad populum* contra la sentencia del rey o de su delegado, sino en una intervención del pueblo, convocado por el *rex* para asistir como testigo solemne a la condena del reo. En vista de ello, es natural que en el estado arcaico —en el que no existían ni las divisiones de poderes, ni las competencias que hoy conocemos— el pueblo interviniese y, quizás, manifestase colectivamente su rechazo del culpable que con su delito había provocado la ira de los dioses. A esto hay que añadir, que durante el apogeo de la monarquía etrusca, la extensión del territorio y el considerable crecimiento demográfico imponían deberes más complejos al poder estatal con lo que no puede prestarse fe a la leyenda, de un evidente simplicismo, del rey único señor, sacerdote, jefe del ejército y juez como ha señalado De Martino: «en una ciudad que ya estaba bastante desarrollada,

<sup>21</sup> Vide n. 13.

<sup>22</sup> E. STAVELEY, *Provocatio During the Fifth and Fourth Centuries B.C.*, en *Historia* 3 (1954-55) pp. 412 ss.

Luis Rodríguez Ennes

el mito del rey, que administra justicia bajo una encina es bastante ingenuo» —y añade— «È' da supporre che a lato del re fossero altri magistrati e funzionari; e perciò una partecipazione popolare alle pronunce dei magistrati penali nei casi di condanne capitali e tanto più ammissibile quanto meno essa investa la posizione del supremo magistrato<sup>23</sup>». Sólo en este sentido —creemos con De Francisci<sup>24</sup>— se puede hablar de una colaboración popular en la jurisdicción criminal.

El que la tradición haga remontar la introducción de la *provocatio* al período monárquico, sólo demuestra que los romanos de tiempos posteriores la consideraban como uno de sus derechos más preciados<sup>25</sup>, sin que ello quiera decir, en modo alguno, que existiera un verdadero *ius provocationis* en época regia. En realidad, la *provocatio ad populum* —como veremos— constituye una típica institución republicana y únicamente para remontarla a la edad monárquica —como si la mayor antigüedad confiriera más prestigio—, los analistas del siglo I a.C. han otorgado *a posteriori* esta configuración al legendario proceso. Efectivamente, como ha demostrado Arangio-Ruiz<sup>26</sup>, numerosas falsificaciones derivan también de la vanidad ciudadana que quiso presentar como primitivas, es decir, nacidas con Roma, las instituciones políticas más populares, entre las que —obviamente— se cuenta la *provocatio* en la que, a la tendencia habitual de atribuir a esta norma —como a casi todas— la más remota antigüedad, se une, en este caso, la rivalidad entre las gentes, Valeria y Horacia, cada una de las cuales pretendía haber sido la introductora de tal principio en la legislación romana<sup>27</sup>. Las modernas investigaciones han documentado y

<sup>23</sup> F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana* I (Napoli 1951) p. 168.

<sup>24</sup> P. DE FRANCISCI, *Storia del Diritto romano* I (Milano 1943) p. 148.

<sup>25</sup> R. VON MAYR, *Historia del Derecho romano* I, trad. esp. Wenceslao Roces, 2.ª ed. (Barcelona 1930) p. 144.

<sup>26</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano*, 3.ª ed., trad. esp. Francisco de Pelsmaeker (Madrid 1974) p. 3.

<sup>27</sup> *Ibid.*, que añade: «la *lex Valeria de provocatione* del año 300 a.C., que Livio nos recuerda (10,9,3: *eodem anno M. Valerius consul de provocatione legem tulit diligentius sanctam*), fue la verdadera fuente de la disposición. Sin embargo, se pretendió anticipar su fecha en interés de la gentilidad horacia y, para ello, se incluyó entre las leyes que se decían propuestas por los cónsules L. Valerio Públicola y M. Horacio Barbado inmediatamente después de la caída de los decenviros (año 449 a.C.) —todas ellas sospechosas por distintas razones— una *lex Horatia de provocatione*. Pero los fautores de los Valerios tuvieron la audacia de remontarse nada menos que hasta el primer año de la República (año 509 a.C.) y sostuvieron que

corroborado ampliamente la declaración por Livio<sup>28</sup> de que el recuerdo de antiquísimos acontecimientos fue perturbado y oscurecido por las falsas genealogías de las familias nobles y, sobre todo, por la tendencia de los analistas de la época de los Gracos y de Sila a exaltar las gestas de las ilustres prosapias de las cuales procedían<sup>29</sup>.

En realidad, pese a que la parquedad de los datos fiables prácticamente sólo nos permite operar en el terreno de las suposiciones y conjeturas, podemos concluir con visos de verosimilitud que la *provocatio ad populum*, entendida como un auténtico *ius provocationis* y no como una concesión discrecional del rey o del magistrado por él delegado<sup>30</sup>, es una institución desconocida en la época monárquica.

## 2.2. Época republicana

### 2.2.1. Las leges Valeriae de provocatione

La tradición, sin duda, nos presenta la *provocatio* como una de las conquistas de la edad republicana, atribuyendo la primera ley reguladora de la institución al legendario cónsul P. Valerio quien por sus desvelos en pro de los intereses populares recibiría el sobrenombre de Publícola<sup>31</sup>. De acuerdo con el testimonio de numerosas fuentes literarias<sup>32</sup>, una *lex Valeria de provocatione*, del mismo año de la fundación de la República estableció que *ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret, neve verberaret*<sup>33</sup>.

---

dicha ley fue propuesta por el cónsul P. Valerio Publícola. Ya, después de esto, era imposible ascender más en el pasado en cuanto a hallar leyes votadas en las asambleas populares, por cuya razón un nuevo paso ofensivo de los horacianos tiene que fingir que, bajo el reinado de Tulo Hostilio, aquel Horacio que, como único superviviente de los tres campeones romanos mató a los curiacios, fue condenado a la pena capital después por haber dado muerte a su hermana y ejercitó, entonces, la *provocatio ad populum*».

<sup>28</sup> Liv. 8,40,4: *Vitiatam memoriam funebribus laudibus reor falsisque imaginum titulis, dum familiae ad se quaeque famam rerum gestarum honorumque fallenti mendacio trahunt; inde certe et singulorum gesta et publica monumenta rerum confusa. Nec quisquam aequalis temporibus illis scriptor exstat, quo satis certo auctore stetur.*

<sup>29</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano* cit. p. 2.

<sup>30</sup> Para el carácter voluntario de la *provocatio* en la época monárquica, vid., G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale* (Torino 1939) pp. 6 ss.; G. GROSSO, *Monarchia, provocatio e processo popolare* cit. p. 6; P. BONFANTE, *Storia I* cit. p. 97; R. BAUMAN, *The Dumviri in the Roman Criminal Law and in the Horatius Legend*, en *Historia* 12 (1969) p. 131.

<sup>31</sup> Liv. 2,8,1; Cic. *de rep.* 2,31; Plut. *Popl.* 1.

<sup>32</sup> Cic. *ibid.*, Liv. 2,8,2; 2,29,10-12; 3,20,8; Dionis. 5,19; 5,10; Plut. *Popl.* 11.

<sup>33</sup> Cic. *ibid.*; por otra parte, en 1,40, cuando habla de la expulsión de los reyes añade que fue seguida por el derecho a apelar en todas las materias —*provocationes omnium rerum*— *de domo*, 17,43:

Luis Rodríguez Ennes

Muchos autores modernos, que dudan, y con razón, de la existencia de la *provocatio* en época regia, han acogido esta tradición viendo en el *ius provocationis* el signo de la afirmación del poder del pueblo ya en los inicios del nuevo régimen<sup>34</sup>. Sin embargo —siguiendo a Gaudemet<sup>35</sup>— creemos que es difícil admitir, al menos para una época anterior al s. v a.C., que tal institución había originariamente constituido un arma de defensa de la plebe contra el patriciado. En nuestra opinión, la valoración de las fuentes permite argumentar que quizás se tratase de un remedio introducido por el patriciado en su propio interés, para protegerse contra los posibles abusos de sus magistrados; remedio que —al menos teóricamente— está abierto a los plebeyos, ya que éstos al igual que los patricios también formaban parte del *populus romanus*, pero que en la práctica bien difícilmente se podía utilizar en la época más antigua de la República, en la que los patricios detentaban el monopolio del poder. Además, como ha demostrado De Francisci, retrotraer la introducción del *ius provocationis* a los inicios de la República sería inverosímil, no sólo por el hecho de que presupondría largamente desarrollada la actividad comicial —que se inicia más tarde— sino también porque atribuye a magistrados que debían ser celosos de su poder la iniciativa de una autolimitación con vistas a distinguir su potestad de la regia<sup>36</sup>. El predicamento del que —hasta épocas relativamente recién-

---

*Fueris sane tribunis plebis tam iure legeque, quam fuit hic ipse P. Servilius, vir omnibus rebus clarissimus atque amplissimus: quo iure, quo more, quo exemplo legem nominatim de capite civis indemntati tulisti? Vetant leges sacratae, vetant XII tabulae leges privatis hominibus inrogari; id est enim privilegium; pro Sest. 30, 65: Cur, cum de capite civis —non disputo cuius modi civis— et de bonis proscriptio ferretur, cum et sacratis legibus et duodecim. tabulis sanctum esset ut ne cui privilegium inrogare liceret neve de capite nisi comitiis centuratis rogari ...? También es claramente explícito al respecto el siguiente fragmento de Pomponio en D. 1,2,2,16: Exactis deinde regibus consules constituti sunt duo: penes quos summum ius uti esset, lege rogatum est: dicti sunt ab eo, quod plurimum rei publicae consulerent. qui tamen ne per omniam regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata factum est, ut ab eis provocatio esset neque possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi: solum relictum esi illis, ut cuocere possit et in vincula publica duci iuberent. Vid. G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (Milano 1912) p. 190.*

<sup>34</sup> Th. MOMMSEN, *Staatsrecht* III (Leipzig 1876) pp. 351 ss.; J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law* I (Oxford 1912) p. 144; P. FREZZA, *Corso di storia del Diritto romano* cit. p. 76, n. 17; V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano* cit. pp. 79-80; J. BLEICKEN, *Ursprung und Bedeutung der Provocation*, en ZSS. 76 (1959) p. 349.

<sup>35</sup> J. GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité* cit. p. 321, n. 4.

<sup>36</sup> P. DE FRANCISCI, *Per la storia dei comitia centuriata*, en AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* I (Napoli 1956) p. 22.

tes<sup>37</sup>— ha gozado en la romanística la opinión tradicional, descansa —sin mayores apoyaturas— en la creencia común de los escritores romanos de la tardía república y de la era augustea de que todas las instituciones de libertad habían nacido tras la caída de la monarquía. Lo cierto es que, en este campo, como en tantos otros, la caída de la monarquía y el triunfo de la democracia no provocó innovaciones revolucionarias; fue sólo en el discurrir de la constitución republicana cuando se va configurando paulatinamente un verdadero y auténtico derecho de *provocare ad populum*<sup>38</sup>.

Según el relato de Livio<sup>39</sup>, a la primitiva *lex* del 509 a.C. siguió en el 449 otra *lex Valeria Horatia de provocatione*<sup>40</sup>, propuesta por los cónsules L. Valerio y M. Horacio justamente tras el derrocamiento de los *decemviri*, dirigida a prohibir para el futuro la creación de magistraturas exentas de *provocatio*<sup>41</sup>. La historiografía antigua no nos ha dejado más que noticias fragmentarias y escasos indicios acerca de tal reforma, pero es coincidente en presentarnos a los cónsules Valerio y Horacio como restauradores de la legalidad republicana<sup>42</sup> y, sustancialmente, fundadores del nuevo régimen<sup>43</sup>. La *lex Valeria Horatia* al vetar la *creatio* de magistrados *sine provocatione* aleja la dictadura de los órganos normales del Estado, pero si esa magistratura excepcional era hecha renacer por voluntad de los magistrados supremos de la república, resucitaba tal como era antes de la *lex Valeria Horatia*, es decir, no sometida al límite constitucional de la *provocatio*<sup>44</sup>. Basándose

<sup>37</sup> Vide n. 34.

<sup>38</sup> A unas conclusiones semejantes, aunque por caminos diferentes llega F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana* cit. pp. 166 ss.

<sup>39</sup> Liv. 3,55,4: *Aliam deinde consularem legem de provocatione, unicum praesidium libertatis, decemvirali potestate eversam, non restituunt modo, sed etiam in posterum muniunt sanciendo novam legem, ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet; qui creasset eum ius fasque esset occidi, neve ea caedes capitalis noxae haberetur.*

<sup>40</sup> G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* cit. p. 204.

<sup>41</sup> Cic. *de rep.* 2,31: *Lucique Valerii Potiti et M. Horatii Barbati, hominum concordiae causa sapienter popularium, consularis lex sanxit ne quis magistratus sine provocatione crearetur.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Liv. 3,57; Dionis. 12,24,26.

<sup>44</sup> Fest. s.v. «*optima lex*»: *...ill magistro populi faciendo, qui vulgo «dictator» appellatur, quam plenissimum posset ius eius esse, significabatur ut fuit Mani Valerii M.F. Volusi nepotis qui prinms magister populi creatus est; postquam vero provocatio ab eo magistratu ad populum data est, quae ante non erat, desitum est adici «ut optima lege», utpote imminuto iure priorum magistrorum.*

Luis Rodríguez Ennes

en estos datos tradicionales, la mayor parte de los historiadores modernos rechazan la historicidad de esta segunda *lex Valeria*<sup>45</sup>.

Existe, por el contrario, práctica unanimidad en la afirmación del carácter rigurosamente histórico de la tercera *lex Valeria*<sup>46</sup>, esto es, la promulgada en el año 300 d.C.<sup>47</sup> Tal ley, atribuida al cónsul M. Valerio Coivo, tendría un contenido análogo al de la *lex* del 509 pero estaría dotada, en decir de Livio, «de una sanción más eficaz» —*diligentius sancta*<sup>48</sup>—, por cuanto declaraba «merecedor de reprobación» —*improbe factum*— el acto del magistrado que violando el precepto, hubiese hecho azotar o matar a un ciudadano a despecho de la *provocatio ad populum*<sup>49</sup>. La honradez de aquella época —añade Livio— determinó que semejante castigo se considerase suficiente para asegurar el cumplimiento de la ley<sup>50</sup>. En definitiva, del relato liviano se infiere que con anterioridad al 300 a.C., la violación por parte del magistrado del *ius provocationis* del ciudadano no estaba sujeta a sanción penal alguna. Con

<sup>45</sup> A. HEUSS, *Zur Entwicklung des Imperium der rom. Oberbreamten*, en ZSS. 64 (1944) pp. 57 ss.; J. BRECHT, *Zum rom. Komitieverfahren*, en ZSS. 69 (1949) pp. 261 ss.; G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti II* cit. pp. 6 ss.; W. KUNKEL, *Historia* cit. p. 24; ID., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (Munich 1962) p. 162; G. CRIFÒ, *Alcune osservazioni in tema di provocatio ad populum*, en SDHI. 29 (1963) pp. 288 ss.; ID., *Il processo criminal presilano*, en *Labeo* 10 (1944) pp. 90 ss.; H. BRASIELLO, *Processo penale (Diritto romano)*, en NNDI. 13 (1966) pp. 1157 ss.; R. BAUMAN, *The lex Valeria de provocatione of 300 b.C.*, en *Historia* 22 (1973) pp. 34 ss. Una posición en cierto modo intermedia es la defendida por Siber, *Plebeische Magistraturen*, en ZSS. 62 (1942) p. 379 y De Francisci, *Per la storia dei comitia centuriata* cit. p. 29, que entienden que la expresión *sine provocatio* contenida en Liv. 3,55,4 (vide n. 39) no debía ponerse en relación con la *coercitio* del magistrado, ya que lo que la *lex Valeria Horatia* prohibía no era el nombramiento de magistrados sin *provocatio*, sino la elección de cargos magistratuales dotados de poder legislativo autónomo, esto es, sin intervención comicial. En su opinión, la locución *sine provocatione* es utilizada en el fragmento liviano respecto de los *decemviri* no propiamente para indicar la exención de la *provocatio* sino para designar su poder absoluto y la facultad de *leges scribere*. Aceptando esta interpretación —añaden— la prohibición de la *lex Valeria Horatia* se explicaría fácilmente: para defender la ley decenviral de modificaciones apresuradas había que reservar la actividad legislativa a los *comitia*, evitando —al menos en Roma— la *legis datio* por parte de los magistrados.

<sup>46</sup> Vid., por todos, G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti* cit. p. 10; A. BAUMAN, *The lex Valeria de provocatione* cit. p. 34. Con todo, no deja de ser curioso que esta ley no sea incluida por Cicerón en su elenco de *leges de provocatione (de rep. 2,31,54)* y que Salustio (*Catil. 51,39*) mencione como la ley más antigua en la materia la *lex Porcia*.

<sup>47</sup> G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* cit. p. 235.

<sup>48</sup> Liv. 10,9,3: *Eodem anno M. Valerius consul de provocatione legem tulit diligentius sanctam.*

<sup>49</sup> *Ibid.*, 10,9,5: *Valeria lex cum eum qui provocasset virgis caedi se urique vetuisset, si quis adversus ea fecisset, nihil ultra quam «improbe factum» adiecit.*

<sup>50</sup> *Ibid.*, 10,9,6: *Id, qui tum pudor hominum erat, visum, credo, vinculum satis validum legis: nunc vix serio ita minetur quisquam.*

esta *lex* se comenzó, únicamente, a ejercer una censura sobre el abuso de una facultad que, hasta entonces, era ilimitada; las garantías propias y verdaderas —siempre según Livio— vendrán concedidas más tarde, por las *leges Porciae*, merced al triunfo de las corrientes democráticas<sup>51</sup>.

Ahora bien, si como hemos señalado, la historicidad de la tercera *lex Valeria* goza de incuestionable aceptación, un escepticismo apriorístico a la hora de valorar los datos tradicionales ha cuestionado la existencia de las dos *leges* precedentes afirmando que son tan solo meras proyecciones de la última en el pasado<sup>52</sup>. Los argumentos críticos no parecen sólidos. En primer lugar, el hecho de que más normas relativas a la misma materia hubiesen sido atribuidas a una única *gens* no constituye motivo suficientemente válido para entender que sólo la última *lex* existió realmente porque ¿qué motivo político habría compelido a los analistas a inventar dos *leges de provocatione* con vistas a la atribución de ambas a un cónsul Valerio? No podemos menos que convenir con De Martino<sup>53</sup>, en que sería absurdo pensar en el interés de la *gens Valeria* para ver exaltada su propia gesta, habida cuenta de que la *lex* del 300 era, verdaderamente, una *lex Valeria*. Contra la historicidad de las *leges*, se ha observado también que en la edad republicana se discute largamente acerca de la admisión o rechazo de la *provocatio* contra los actos del dictador *optimo iure*, mientras que —se dice— la disputa no habría tenido lugar de existir una *lex* prohibiendo la *creatio* de magistrados *sine provocatione*<sup>54</sup>. Se trata de un argumento que puede ser refutado con facilidad; ante todo, considerando que si no hubiese existido la *provocatio ad populum*, la polémica apuntada habría sido totalmente ociosa. De otra parte, no parece que las fuentes discutan sobre la admisibilidad de la apelación popular contra los actos del dictador; se presupone sin más el principio negativo<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 10,9,3: *Parcia tamen Lex sola pro tergo civium lata videtur, quod gravi poena, si quis verberasset necassetve civem Romanum, sancit.*

<sup>52</sup> H. SIBER, *Analogie, Amstrecht und Rückwirkun im Strafrechte des römischen Freistaates*, en ZSS. 62 (1942) pp. 376 ss.; G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti II* cit. p. 6; A. HEUSS, *Zur Entwicklung des Imperium der rom. Oberbreamten* cit. pp. 114 ss.

<sup>53</sup> F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana* cit. p. 258.

<sup>54</sup> G. DE SANCTIS, *Storia dei romani I* (Firenze 1907-1923) p. 420, n. 2.

<sup>55</sup> F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana* cit. p. 260 quien añade: «según nuestras fuentes —Festo, s.v. “*optima lex*” — la *provocatio* existe contra los cónsules, pero no contra el dictador, sólo más tarde, en época imprecisa pero reciente, viene reconocida también la apelación para este caso en el curso

Luis Rodríguez Ennes

---

A estos argumentos debemos añadir el último y, quizás, decisivo: la preexistencia del límite de la *provocatio* a la ley de las XII Tablas. La mayor antigüedad de la institución viene implícitamente comprobada, no sólo por los abundantes testimonios de Livio que dejan constancia de su presencia con anterioridad al siglo IV a.C. y nos muestran al *imperium* del dictador libre de tal límite<sup>56</sup> sino que, además, se infiere de las *leges Aeterna Tarpeia* del 454 a.C. y *Menenia Sextia* del 452 que fijaron un límite máximo dentro del cual los magistrados podían imponer multas no susceptibles de *provocatio*<sup>57</sup> y, en particular, encuentra una confirmación positiva en la noticia procedente de Cicerón cuando atestigua que la ley decenviral «en numerosas disposiciones» —*compluribus legibus*— otorgaba al ciudadano el derecho a apelar al pueblo «contra cualquier sentencia o pena» - *ab omni iudicio poenaque*<sup>58</sup>.

No existe ningún motivo válido que impida prestar fe, al menos en sus líneas esenciales, a los testimonios de las fuentes. Las razones que determinaron las diversas renovaciones de la norma pueden ser de lo más variado y quizás no esté demasiado alejado de la verdad el pensamiento de Livio cuando afirma que la reiteración legislativa se hizo necesaria debido a que en la fase inicial de la república «el poder de los menos tenía mayor peso que la libertad de la plebe»<sup>59</sup>. El hecho de que los cónsules —no obstante el precepto legislativo— pudiesen hacer caso omiso, con tamaña impunidad, de la *provocatio* interpuesta, no puede ciertamente maravillarnos cuando se considera que la tercera ley —la del 300 a.C.— a la que las fuentes califican como «más eficazmente sancionada» —*diligentius sanctam*— respecto de las precedentes, se limitaba a declarar *improbe factum* el acto de violación del magistrado<sup>60</sup>; o sea —según la suposición más atendible— objeto de

---

de un proceso de limitación de los poderes de las magistraturas, que tiene lugar por el empuje de las fuerzas más progresivas».

<sup>56</sup> Liv. 4,13; 11,12; 6,16; 8,33-35; Fest. s.v. «*optima lex*» (vide n. 44).

<sup>57</sup> Este punto está desarrollado *in extenso* en el apdo. 2.3.2. del Capítulo 1.1.1., al que nos remitimos.

<sup>58</sup> Cic. *de rep.* 2,31: *itemque ab omni iudicio poenaque provocari licere, indicant XII Tabulae compluribus legibus. Lex* significa aquí una subdivisión de una tabla como en Fest. s.v. «*reus*»: *in secunda tabula secunda lege*.

<sup>59</sup> Liv. 10,9,4: *Causam renovandae saepius laud aliam fuisse reor quam quod plus patricorum opes quam libertas plebis poterat*.

<sup>60</sup> Liv. 10,9,5; 3. Vide nn. 48 y 49.

simple reprobación moral —salvo, se entiende, la eventual aplicación de la nota censoria<sup>61</sup>—. Ello demuestra que puede ser de todo punto verosímil que las *leges* más antiguas en la materia perteneciesen a la categoría de las *leges imperfectae*, que no fijaban pena alguna al transgresor<sup>62</sup>; de ahí que —con anterioridad a la tercera *lex Valeria*— el *ius provocationis* reconocido al plebeyo contra la sentencia capital del magistrado constituyera, la mayor parte de las veces, una garantía meramente teórica. En suma, las dos *leges de provocatione* más antiguas no crearon *ex novo* una institución que sin duda ya existía consuetudinariamente, pero la tercera *lex Valeria* al dotarla por primera vez de un mecanismo sancionador —sea cual fuere su alcance— fue la que otorgó al *civis*, —con carácter efectivo— la facultad de *provocare ad populum*. Podemos concluir con De Martino<sup>63</sup>, poniendo de manifiesto que, si bien no nos es posible reconstruir las *leges Valeriae* en su tenor originario, los datos existentes nos inducen a creer que cerraron un período de ásperas luchas constitucionales dirigidas a limitar el poder absoluto del magistrado supremo y a alcanzar la igualdad política entre las dos clases. Sancionaron la dualidad de los ordenamientos, reconocieron la organización de la plebe y de sus jefes políticos y arrebataron al supremo magistrado patricio el poder de condenar *sine provocatione* a la pena capital a un ciudadano romano. Por ello hicieron nacer una nueva magistratura ordinaria que, en cuanto limitada, era mucho menos odiosa que la anterior.

<sup>61</sup> Pese a que —como señalan P. BONFANTE, *Storia I* cit. p. 97 y P. DE FRANCISCI, *Storia* cit. p. 184— todavía se disputa acerca del significado de la expresión *improbe factum*, la opinión mayoritaria —a partir de Greenidge (*The Legal Procedure* cit. p. 319) — entiende que se trata de una simple sanción moral. Vid., por todos, G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti* cit. p. 19. Una posición en cierto modo aislada, pero sin duda merecedora de ser traída a colación es la sostenida por Bauman, en cuya opinión: «the penalty of *improbe factum* under the *lex Valeria* may not have been nearly as innocuous as Livy professes» (*The lex Valeria de provocatione* cit. p. 35, donde se incluye numerosa literatura al respecto). Con todo, Frezza, unos años antes, calificaba de «cuestión insoluble» la determinación del alcance sancionador del *improbe factum* (*Corso di storia del Diritto romano* cit. p. 77, n. 1).

<sup>62</sup> Creemos que merece ser puesta de relieve la opinión de De Francisci al señalar «perché se in un momento nel quale, in seguito all'avvento della plebe e al pareggiamento dei due ordini, il potere del magistrato ha certo già perduto gran parte della sua energia, la sola sanzione e quella di dichiarare *improbe factum* l'atto che viola il principio della *provocatio*, noi non possiamo certo supporre che nella fase anteriore, quando il magistrato, per quanto riguarda il contenuto del suo *imperium* e il capo supremo e assoluto, esistessero sanzioni più gravi» (*Storia* cit. p.186).

<sup>63</sup> F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana* cit. p. 261.

### 2.2.2. La provocatio en la Ley de las XII Tablas

El principio de que no puede imponerse la pena capital a un ciudadano sin previo *iudicium populi*, madurado —como hemos visto— en la praxis de la primera mitad del siglo v a.C., fue confirmado por la ley de las XII Tablas. Los *decemviri legibus scribundis* establecieron una prohibición de los *privilegia*<sup>64</sup> y la competencia exclusiva del *comitatus maximus* en los procesos capitales<sup>65</sup>; con tal medida le fue definitivamente sustraída a los supremos magistrados de *la civitas* la cognición de los delitos capitales, pasando a ser el *comitatus maximus* el único órgano competente para conocer de tales ilícitos<sup>66</sup>; de ahí que el historiador griego Polibio dijese, con feliz expresión, que en Roma «sólo el pueblo juzga en casos de vida y muerte»<sup>67</sup>. Dado que el texto habla simplemente de *comitatus maximus*, sin ulteriores precisiones, la romanística, desde hace mucho tiempo<sup>68</sup>, ha intentado determinar a cuál de los diversos comicios se refiere la norma decenviral. Aunque la cuestión dista todavía de ser pacífica en la doctrina, la opinión dominante entiende que —a partir de las XII Tablas— sólo a los comicios centuriados le será lícito condenar a ciudadanos a la pena capital<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> En *de leg.*, 3,19,44 Cicerón nos dice: «ahora tenemos dos leyes excelentes, que proceden de las XII Tablas —*tum leges praeclarissimae de duodecim tabulis tralatae duae*—: la primera suprime los privilegios —*quorum altera tollit*—», haciendo a continuación una descripción perfecta de la flagrante injusticia que constituye el mantenimiento de instituciones de este tipo: «no quisieron que se hicieran leyes acerca de los particulares porque constituyen privilegios y no hay nada más injusto que el privilegio, puesto que lo propio de la ley consiste en ser establecida y promulgada para todos —... *quo quid est iniustus, cum legis haec vis sit ut sit scitum e iussum in omnis*—».

<sup>65</sup> *Tab.* 9,1: *Privilegia ne inroganto; de capite civis nisi per maximum comitatum ne ferunto.*

<sup>66</sup> Esta es la interpretación que mayoritariamente suele hacerse del precepto decenviral (*vid.*, por todos, H. SIBER, *Analogie, Amstrecht und Rückwirkun im Strafrechte des römischen Freistaates* cit. p. 379). No obstante, para ArangioRuiz: «aquí no se dice que el magistrado no pueda condenar a muerte (o hacer ejecutar la sentencia) sin que el pueblo haya sido oído; en cambio, se dice que, si se quiere llevar una acusación —naturalmente de carácter político— ante el comicio, este no puede ser otro que el centuriado» (V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano* cit. p. 97).

<sup>67</sup> Polib. 6, 14, 6.

<sup>68</sup> *Vid.*, p. ej. E. LABOULAYE, *Lois criminales des romains* (Paris 1845) pp. 96 ss. donde se incluyen bastantes referencias bibliográficas al respecto.

<sup>69</sup> Por todos, G. NOCERA, *Il potere dei comizi e i suoi limiti* (Milano 1940) pp. 18 ss. Esta opinión aparece sólidamente fundada en las fuentes: así, Plaut. *Pseudol.*, 1032 habla expresamente de *centuriata capitis comitia*; Cicerón identifica con precisión y claridad en varias de sus obras al *comitatus maximus* con los *comitia centuriata* (*pro Sextio*, 30,65: ... *Neque de capite nisi comitiis cellturiatis rogari; de leg.*, 3, 1 9,44: *ferrī de singulis nisi cerituriatis comitiis noluerunt; de rep.* 2,36,61: *quod se legem illam praeclarom*

Existen ciertos indicios que nos inducen a afirmar, con bastantes visos de verosimilitud, que la ley decenviral contenía también una regulación del procedimiento a seguir ante el *comitatus maximus*. En efecto, a los testimonios de Festo<sup>70</sup> y Pomponio<sup>71</sup> concordantes en afirmar que en las XII Tablas se hacía mención de los *quaestores parricidii*, que —como es sabido— eran el órgano competente para dirigir la acusación ante los comicios, se une la noticia —que nos transmite Salviano— según la cual las leyes decenvirales prohibían condenar a muerte al ciudadano que no hubiese sido sentenciado mediante un proceso regular<sup>72</sup>. Desconocemos cuales eran los cauces conforme a los que discurría tan antiquísimo procedimiento y sólo podemos avanzar hipótesis más o menos aceptables, fundadas en la estructura de procesos —sobre todo tribunicios— de época más tardía<sup>73</sup>.

### 2.2.3. Leges Porciae

En el siglo II a.C. se promulgaron diversas disposiciones dirigidas a reforzar el *ius provocationis* y a extenderlo a personas y situaciones para los que anteriormente no se admitía. Las fuentes mencionan tres *leges Porciae*<sup>74</sup>

---

*neglecturum negaret quae de capite civis Romani nisi comitiis centuriatis, statui vetaret*). Con todo, algunos autores creen, que los comicios mayores deberían ser los *comitia curiata*; *vid.*, entre otros, U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano* (Napoli 1937) pp. 20 ss., n. 12; H. SIBER, *Die ältesten römische Volksversammlungen*, en ZSS. 57 (1937) p. 263.

<sup>70</sup> Fest. s.v. «quaestores»: ... (*dicebantur, qui quaerent de rebus capitalibus, unde (idem etiam... quaestores parricidi appellantur*).

<sup>71</sup> Pomp. D. 1,2,2,23: *quaestores - qui capitalibus rebus praessent -, appellabantur quaestores parricidii: quorum etiam meminit lex XII tab.*

<sup>72</sup> Salvian. *de gubern. dei* 8,5,24: *Interfici - indemnatum quemcunque, hominem etiam XII tabularum decreta vetuerunt.*

<sup>73</sup> Principalmente el proceso contra Servilio Ahala y L. Minucio (Liv. 4,21,3); el proceso contra Manlio Capitolino por su conspiración monárquica (*ibid.*, 6,20,1) y contra Menenio, Siculo y Ebucio, *triumviri ad coloniam Ardeam deducendam* (*ibid.*, 4,11,7). H. SIBER, *Plebejische Magistraturen* cit. pp. 75 ss.

<sup>74</sup> En realidad, el único testimonio explícito señalando la existencia de estas leyes homónimas y de análogo contenido es el de Cic. *de rep.* 2,31,54: *tres leges Porciae trium Porcorum*; ya que Liv.; sólo deja constancia de una *lex Porcia* (10,9,4: *Porcia tamen [ex sola pro tergo civium lata videtur, quod gravi poena, si quis verberasset necassetve civem Romanum, sanxit]* y el propio Cicerón en otros textos habla de una sola *lex Porcia* (*pro Rab. perd.* 3,8: *an ... de civibus Romanis contra legem Porciam verberatis out necatis plura dicenda sunt?* *Ibid.*, 4,12; 4,13; in *Verr.* 2,5,62,162; 63,163) aunque, como señala De Martino, (*Storia della Costituzione romana* II cit. p. 372, n. 46) esto no basta para restar valor a la precisa afirmación del *de rep.* 2, 31, 54, habida cuenta de que en los demás textos se le otorga un particular relieve a un solo aspecto: el de la *verberatio*.

Luis Rodríguez Ennes

—tradicionalmente fechadas en torno al 195 a.C.<sup>75</sup>— de las que la parquedad de datos existentes nos permite aportar poco más que simples conjeturas a la hora de determinar su autor<sup>76</sup> y, lo que es más grave, su contenido y sanción. Por lo que respecta al contenido, una de las disposiciones de las *leges Porciae* parece haber extendido la práctica del *ius exilii*, por el cual todo ciudadano sometido a proceso podía rehuir la pena capital abandonando voluntariamente la patria antes de que el magistrado, presidente de la asamblea, recibiese el voto de la última centuria precisa para lograr la mayoría de los votos condenatorios<sup>77</sup>. Dos pasajes de Salustio que reflejan las leyes del período ciceroniano parecen asegurarlo<sup>78</sup>. Otra *lex Porcia* —aquella a la que hacen referencia la mayor parte de los textos ciceronianos— prohibía la *verberatio* de un *civis*<sup>79</sup>. Por último, la ley atribuida a Porcio Leca, extiende en cierto modo, al *imperium militiae* el *ius provocationis* ya que permite invocarlo *longius ab urbe millia passum*<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> P. DE FRANCISCI, *Storia* cit. p. 105. A De Martino le parece más verosímil que las tres leyes pertenezcan a un mismo período histórico; en tal sentido, las *leges Porciae* formarían parte de la política de reconstrucción constitucional dirigida por Catón contra el poder personal y las tendencias autoritarias de una parte de la nobleza (ID., *Storia della Costituzione romana* II cit. p. 373). No obstante, para Rotondi, el silencio de Livio al respecto hace pensar en una época más reciente (ID., *Leges publicae populi romani* cit. p. 268).

<sup>76</sup> Existen bastantes probabilidades de que la primera de ellas fuese debida a Catón, cónsul en el 195, que pronunció una *suasio* en este sentido (Fest. s.v. «*pro scapulis*» *cum dicit Cato, significat pro verberatio*) y como pone de manifiesto Rotondi, *ibid.*, sería del todo punto ilógico pensar que el viejo censor hablase sobre una *rogatio* de otro Porcio. Otra de las *leges Porciae* viene atribuida a Porcio Leca, tribuno de la plebe en el 199 y pretor en el 195, cuya memoria se vio perpetuada en una moneda acuñada en conmemoración de la nueva normativa de la *provocatio* (F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana* II cit. p. 372, n. 47 y literatura allí citada). La tercera —sin duda segura a juicio de Rotondi, *ibid.*— se suele asignar a Porcio Licinio, cónsul en el 184.

<sup>77</sup> Polib. 6,14.

<sup>78</sup> En el debate acerca de la represión de los conspiradores de la conjuración de Catilina, César es representado diciendo: *Sed, per deos immortales, quam obrem in sententiam non addidisti uti prius verberibus in eos animadverteretur? An quia lex Parcia vetat? At aliae leges item condemnatis civibus* (Sallust. *Catil.* 51,21). *Tum lex Parcia aliaque leges paratae sunt, quibus legibus exilium damnatis permissum est* (*ibid.*, 51,40).

<sup>79</sup> De este tema nos ocuparemos en el apdo. 3.2.3.1.

<sup>80</sup> Salust. *Iug.* 69,4. El límite entre el *imperium domi* y *militiae* fue originariamente el *pomerium* y más tarde la primera piedra miliar *extra muros*. Liv. 3,20, dice que la expresión *pomerium* data de la segunda mitad del siglo v a.C.; con todo, la cuestión entre el *pomerium* y la primera piedra miliar fue disputada todavía en el 215 a.C. (*ibid.*, 24, 9). La aplicación de la *provocatio* al ámbito de la jurisdicción militar será tratada en el ap. 2.2.4. del cap. III, al que nos remitimos.

*Provocatio ad populum y ciudadanía*

Nos resta hablar de la sanción. Hemos visto como la legislación precedente en esta materia y, más concretamente, la *lex Valeria* del 300 a.C., había dotado por primera vez a la *provocatio* de un mecanismo sancionador que las fuentes no precisan<sup>81</sup>. Una de las *leges Porciae* castiga ahora con una nueva pena el acto de violación del magistrado<sup>82</sup>, pena no precisada, pero que Livio define como *gravis*<sup>83</sup>. Sin embargo, la doctrina, habida cuenta de que en el período republicano las penas son típicas y consisten en la pena capital o en la multa, entiende, con razón, que la *lex Porcia* castigó con la pena capital al magistrado que hubiese violado el límite de la *provocatio*<sup>84</sup>.

Es indudable que, a partir de ese momento, y merced, sobre todo, a la función intimidatoria ejercida por la mayor de las penas<sup>85</sup>, la *provocatio* se erigió en bastión fundamental de la *libertas populi* frente al ejercicio arbitrario de la *coercitio*. En definitiva, podemos concluir que la legislación porciana —en la medida que subordinó la imposición de las más fuertes sanciones a un control político ejercido por la máxima asamblea ciudadana— determinó que la protección dimanante del *ius provocationis* se interpusiese de la forma más completa y eficaz posible entre el *civis* y la sombra del poder.

Hasta fines del siglo II a.C., los *iudicia populi*<sup>86</sup> parecen haber funcionado —salvo raras excepciones— de manera bastante satisfactoria. Pero

<sup>81</sup> Vide el apdo. 2.3. de este mismo Cap.

<sup>82</sup> Cic. *de rep.* 21,31,14: *neque vero leges Porciae, quae tres sunt trium Porciorum, ut scitis, quidquam praeter sanctionem attulerunt novi.*

<sup>83</sup> Liv. 10,9,4 (Vide n. 74).

<sup>84</sup> *Vid.*, por todos, G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti* cit. p. 41. Para Bauman, *gravis* específicamente implica una pena capital en contraste con la *levis poena* o no capital (ID., *The lex Valeria de provocatione* cit. p. 36 y, principalmente, la n. 20 donde se incluyen abundantes testimonios de las fuentes al respecto).

<sup>85</sup> La doctrina dominante califica al acto del magistrado en contravención de la normativa sobre la *provocatio* como *parricidium* o *perduellio* que eran los *crimina* típicos de la época republicana. Sin embargo, Pugliese, (ID., *Appunti sui limiti* cit. p. 41) opina que el hecho no puede tipificarse de ninguna de estas dos maneras porque en el proceso comicial —al contrario de lo que ocurría en el proceso de las *quaestiones*— no se requería la tipicidad; precisando De Martino —hasta aquí de acuerdo con Pugliese— que el arcaico procedimiento de la *perduellio* y del *parricidium* había caído en desuso debido al auge experimentado por el proceso tribunicio.

<sup>86</sup> Este procedimiento tenía su fundamento en la norma decenviral en cuyo tenor no se podía condenar a un *civis* a la pena capital sino ante el *comitatus maximus* (*vid.* el ap. 2.2. de este mismo Cap.) Acerca de la denominación del procedimiento como *iudicium populi*, Varrón, *de lingua latina*, 1,6,91. Para los trámites procedimentales nos remitimos al apdo. 4 del Capítulo 2.

Luis Rodríguez Ennes

tras la terminación de la segunda guerra púnica, en el cuadro del deterioro generalizado de las instituciones tradicionales de la ciudad-estado y, sobre todo, como consecuencia de la decadencia de las asambleas, el juicio comicial comenzó a mostrarse anticuado e inadaptado, arrastrando en su progresiva degeneración a la *provocatio*.

Las razones de la pérdida de importancia de los *iudicia populi*<sup>87</sup> fueron varias. El número exorbitante de los procesos sometidos a la cognición popular; la excesiva duración del procedimiento; la dificultad —debido al primitivismo inspirador de los cauces procedimentales— para afrontar adecuadamente cuestiones de cierta complejidad y, muy especialmente, la desconfianza de la clase gobernante que veía en el *iudicium populi* un tipo de proceso siempre más susceptible de ser dominado por las posibles demagogias, determinaron una lenta pero inexorable decadencia de la función judicial de los comicios<sup>88</sup>.

La conjunción de factores tan dispares produjo una consecuencia inevitable: la reforma del procedimiento penal. En efecto, en los *crimina* de particular gravedad, esto es, los que amenazaban la seguridad pública y, en general, la autoridad del Estado como sedición, conjura, traición de los aliados, asociación para delinquir... la oligarquía senatorial creyó oportuno evitar que sus miembros fueran expuestos a los riesgos de un proceso popular, especialmente cuando se trataba de concusiones de magistrados provinciales «suciedad y vileza con la que, frecuentemente, se mancillaba la *nobilitas*<sup>89</sup>. Para conseguirlo, el senado, que progresivamente se había ido arrogando el papel de supremo tutor de las instituciones republicanas frente a cualquier perturbación de orden constituido, comenzó a atribuirse la facultad de ejercitar la represión criminal independientemente de los comicios, valiéndose de formas de jurisdicción extrañas a las normas procesales<sup>90</sup>.

Es cierto que el senado podía decretar una *quaestio extra ordinem*, como efectivamente ocurrió en unos cuantos casos que revestían singular impor-

<sup>87</sup> Con este nombre era designado específicamente el procedimiento por el que se confirmaba o denegaba la decisión del magistrado. Las palabras *iudicium publicum* hacían referencia, sin embargo, al proceso comicial, en general. Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) pp. 151 ss.; H. SIBER, *Analogie* cit. p. 17.

<sup>88</sup> En este sentido, *vid.* G. NOCERA, *Il potere dei comizi e i suoi limiti* cit. pp. 191 ss.

<sup>89</sup> La frase entre comillas es de V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano* cit. p. 211.

<sup>90</sup> Th. MOMMSEN, *Staatsrecht* cit. pp. 186 ss.; B. KÜBLER, en *RE.* 6, col. 289 ss.; G. DE SANCTIS, *Storia dei romani* IV, 1 cit. pp. 253 ss.; U. BRASIELLO, *La repressione penale* cit. pp. 137 ss.

tancia política<sup>91</sup>, pero que, con todo, habida cuenta de su carácter excepcional, no atentaban contra los principios tradicionales. Sin embargo, el cada vez más socorrido recurso a las *quaestiones extraordinariae* vino a constreñir de modo inexorable la aplicación práctica del proceso comicial que, sin ser formalmente abolido, comenzó a declinar progresivamente hasta entrar en la fase de su ocaso definitivo cuando la *lex Calpurnia* del año 149 a.C. instauró las *quaestiones repetundarum* con el carácter de tribunales permanentes<sup>92</sup>. Esta *lex* dispuso que la *quaestio repetundarum* era el único órgano competente para reprimir las concusiones efectuadas por los gobiernos provinciales en perjuicio de los socios itálicos o peregrinos<sup>93</sup>. El tribunal estaba presidido por el pretor y constituido por un jurado del que sólo formaban parte, únicamente, miembros del orden senatorial<sup>94</sup>. Con la *lex Acilia* del 122 a.C.<sup>95</sup> comienzan a denominarse *quaestiones perpetuae* todos los tribunales permanentes que, desde ese momento, pasaron a monopolizar el campo tradicionalmente atribuido al *iudicium publicum*<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> El más antiguo es el de M. Postumio, tribuno militar investido de poderes consulares que —según Liv. 4,51,3— fue asesinado por sus soldados en el año 413 a.C., justamente a raíz del episodio de las horcas caudinas. La muerte de Postumio movió a los cónsules del año siguiente a decretar la creación de un tribunal extraordinario —*quaestio*— con competencia para juzgar en esta materia. Liv. continúa relatando que parece ser que algunos culpables perecieron por suicidio y otros fueron ejecutados: *Per paucorum supplicium, quos sibimet ipsos conscisse mortem satis creditum est, transacta re (ibid)*. Mommsen, sin embargo, cree que se trata de una pura invención (*Strafrecht* cit. p. 172, n. 1). El mismo Liv. nos dejó constancia de otras tres *quaestiones extraordinariae* que tuvieron lugar en los años 331, 180 y 152, respectivamente (*vid.*, 8,18; 38,40,12; 40,37,4).

<sup>92</sup> Cic. *Brut.* 27,106; *de off.* 2,21,75; in *Verr.* 2,2,6,15; 2,3,84,195; 2,4,25,66; *div. in Caec.* 5,7; 20,65; Tac. *Ann.* 15,20; Fest. s.v. «religioni»; Val. Max. 6,9,10.

<sup>93</sup> G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* cit. p. 292 en la que cita erróneamente *pro Caec.* 20,65, en lugar de *div. in Caec.*

<sup>94</sup> *Vid.*, además de la bibliografía citada en la n. 90: J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law I* cit. pp. 226 ss.; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano* (Torino 1970) pp. 17 ss.; A.H.M. JONES, *The criminal courts of the roman republic and principate* (Oxford 1972) pp. 48 ss.

<sup>95</sup> Th. MOMMSEN, en *CIL*, I, n. 198 precisó la fecha entre el 123 y el 122 a.C. por la mención contenida en esa *lex* a los *Illviri lege Rubria col. in Afr. deduc.*, ya que la *lex Rubria* fue derogada en el año 123. Rotondi señala que, probablemente, puede atribuirse su autoría a M. Acilio Glabrio que quizás fue colega de C. Graco en el tribunado (*Leges publicae populi romani* cit. p. 313).

<sup>96</sup> G. CRIFÒ, *Il processo criminale presilano*, en *Labeo* 10 (1964) pp. 94 ss. y bibliografía allí citada.

#### 2.2.4. Las reformas de Sila: decadencia de la institución

El régimen de las *quaestiones perpetuae* se extendió luego, especialmente por obra de Sila, a aquellos *crimina* sancionados con la muerte pese a haber nacido para el *crimen repetundarum*, es decir para un delito que, en un principio, no había sido castigado con tal pena<sup>97</sup>. De los textos se infiere que las reformas silanas suscitaron un delicado problema jurídico-político, cuya resolución fue planteada de manera diversa por los partidos de los optimates y de los demócratas. Por los primeros —y contamos al respecto con testimonios precisos de Cicerón<sup>98</sup>— el jurado representaba a todo el pueblo, por lo que no procedía la *provocatio*; para los segundos, el jurado no era más que una suerte de *consilium* que rodeaba al magistrado en su *anquisitio*, por lo que procedía la *provocatio*. Como el problema distaba mucho de poder ser resuelto exegéticamente, hombres de la facción popular presentaron proyectos de ley encaminados a aplicar la *provocatio*, mas no lograron su propósito<sup>99</sup>, ya que

<sup>97</sup> Esta reforma fue inspirada básicamente por la oligarquía que veía en las *quaestiones* el modo idóneo de restringir indirecta y progresivamente la competencia judicial de los comicios (P. DE FRANCISCI, *Storia I* cit. p. 138). La legislación silana en esta materia fue numerosa: una *lex Cornelia repetundarum* que mantiene la *persecutio* del tercero y se refería a las personas de rango senatorial (Cic. *pro Rabir.* 4,9; 5,11; *pro Cluent.* 37,104. G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* cit. p. 360); una *lex Cornelia de maiestate* mediante la que el dictador, al instituir la *quaestio perpetua*, reguló el procedimiento del *crimen maiestatis*, disponiendo que se consideraban delitos contra la *maiestas* la leva de tropas, el inicio de hostilidades sin el consentimiento del senado y del pueblo y, en general, todos los actos de los magistrados y de los ciudadanos contrarios a la dignidad del Estado (Cic. *in Pis.* 2,50; *pro Cluent.* 35,97; *in Verr.* 1,5,12; *ad fam.* 3,11,2; *Ascon.* p. 59 (ed. Clark); *Rhet. ad Herem.* 2,12,17; *Tac. Ann.* 1,72; G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* cit. p. 360); una *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* que creaba una *quaestio perpetua* para la cognición de delitos contra las personas y otras conductas delictivas asimiladas (G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* cit. pp. 357 ss., donde se citan numerosas fuentes al respecto y se detallan las acciones penadas por esta *lex*) siendo castigadas todas ellas con la pena capital (Cic. *pro Cluent.* 54,118 ss.; D. 50,16,103) y con la confiscación de los bienes; una *lex Cornelia de falsis*, denominada también *testamentaria nummaria*, que instituyó una nueva *quaestio perpetua* contra diversos tipos de falsedad, castigados con la *interdictio aqua et igni* (G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* cit. pp. 356-357). Son poco fiables las noticias que tenemos respecto a una *lex Cornelia de adulteriis et de pudicitia*, atribuida por algún escritor a Sila (Plut. *Sulla* 3,3). También se duda de que en la legislación silana se incluyeran una *lex de vi* y una *lex de peculatu* (P. DE FRANCISCI, *Storia I* cit. p. 140).

<sup>98</sup> Cic. *Brut.* 85 ss.

<sup>99</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano* cit. p. 215. Acerca de la naturaleza del veredicto emanado del *consilium*, vid., G. CRIFÒ, *Il processo criminale presilano* cit. pp. 106 s.

Sila, al investirse de un incontrolado poder personal<sup>100</sup>, vació prácticamente de contenido al *ius provocationis*<sup>101</sup>.

Sin duda contribuyó también a la decadencia de la institución que nos ocupa el régimen de excepción que instauró el *senatus consultum de re publica defen-*

<sup>100</sup> Como es sabido, Sila emprendió también una reforma de la constitución para dotar a su régimen de bases legales. Los pasos que siguió en esta búsqueda de apariencia de constitucionalidad fueron los siguientes: ante todo, se alejó de la ciudad sugiriéndole al senado que fuese proclamado el *interregnum*; acto seguido, una vez nombrado *interrex*, el *princeps senatus* Lucio Valerio Flaco, es persuadido por el propio Sila para que propusiese a los comicios su nombramiento como dictador con poderes absolutos e ilimitados. No hay que decir que la moción fue aprobada por unanimidad, nombrándose a Sila *dictator legibus scribundis et rei publicae constituendae* (Appiano, B.C. 1,99; Cic. *de leg. agr.* 3,2,5; *de leg.* 1,15,42; *pro Roscio* 43,125; *Ad Att.* 9,15,2; Plut. Sulla 33). Th. MOMMSEN, *Historia de Roma*, trad. esp. Fernández y González, VI (Madrid 1876) pp. 110 ss., ha intentado una reconstrucción del contenido de esta ley —tradicionalmente denominada *lex Valeria de Sulla dictatore*— que ha sido acogida por la mayoría de los autores (*vid.*, en este sentido, P. DE FRANCISCI, *Storia* II cit. pp. 151-152; J. CARCOPINO, *Sylla ou la monarchie manquée* (Paris 1950) pp. 40 s.; G. SCHERILLO-DELL'ORO, *Manuale di storia del diritto romano* (Milano-Varese 1950) pp. 275 ss.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano* (Milano 1948) pp. 141 s.; G. GROSSO, *Storia del diritto romano* (Torino 1949) pp. 320 ss.; V. ARANGIO-RUIZ *Historia del Derecho romano* cit. pp. 237 ss.; A. BISCARDI, *Auctoritas patrum*, en *BIDR.* 57-58 (1953) pp. 254 ss.; P. BONFANTE, *Storia* I cit. p. 321; F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana* III cit. p. 73). La reconstrucción mommseniana es la siguiente: «que todos los actos que Lucio Cornelio si la hubiese ejecutado siendo cónsul o procónsul quedaban ratificados respecto del pasado; que en el porvenir, tendrá derecho a disponer en primera y última instancia de la vida y de los bienes de los ciudadanos así como de dominio público; de extender, si lo juzgaba conveniente, las fronteras de Roma, las de Italia y las del Estado romano; de disolver o fundar ciudades en Italia; de decidir soberanamente de la suerte de las provincias y de los Estados dependientes; de conferir el *imperium* en lugar del pueblo; de nombrar pro-cónsules y pretores, y decretar las leyes nuevas que interesasen al porvenir de la República. Pertenece también a él solo, declarar cuando ya creyese haber cumplido su misión en qué época quería dimitir sus poderes extraordinarios; y, por último, a juzgar si, durante su función, convenía proveer las altas magistraturas o, por el contrario, dejarlas vacantes». Sin embargo, Castello mantiene una postura aislada al no mostrarse de acuerdo con esta reconstrucción que Mommsen propuso basándose, fundamentalmente, en el relato de Plut. Sulla 33; vide, ID., *Intorno alla legittimità della lex Valeria de Sulla dictatore*, en *Studi De Francisci* III (Milano 1956) p. 47. Con todo, los juicios que mereció esta *lex* a Cicerón fueron severísimos: así, en *de lege agraria*, 2,5 la califica de *iniquissimam dissimillimamque legis* y la acusa de haber institucionalizado la tiranía —*hic rei publicae tyrannum lege constituit*—; a mayor abundamiento dice en *de leg.* 1,15: *iam vero illiud stultissimam existimare omnia iusta esse quae scita silit in populorum institutis aut legibus. Etiamne si quae leges sint tyrannorum? (...) Nihil o credo magis illa quam interrex noster tulit, ut dicta tor quem vellet civium Indicta causa, impune posset occidere*. Carcopino, apoyándose en estos textos afirma, utilizando una feliz expresión, que Cicerón «dénonce dans la dictature de Sylla un despotisme legal» (ID., *Sylla ou la monarchie manquée* cit. p. 38).

<sup>101</sup> Es obvio que la dictadura *legibus scribundis et reipublicae constituendae* tenía una configuración de todo punto diversa a la tradicional. Mientras que —como es sabido— la dictadura *gerendae causa* era conferida en casos de emergencia y por un periodo de tiempo limitado a un máximo de seis meses, la dictadura de Sila constituye un retorno a la magistratura única y absoluta de inicios de la república.

Luis Rodríguez Ennes

*denda*<sup>102</sup>, también denominado *senatus consultum ultimum*<sup>103</sup>, al dispensar al magistrado de la observancia de todas las leyes en aras de la *salus rei publicae*.

La fórmula adoptada en el *sc. ultimum: provideant consules ne quid res publica detrimenti capiat* confería a los cónsules plenos poderes para actuar en vía sumarísima<sup>104</sup>, sin proceso y con las armas, contra las *cives* declarados *hostes rei publicae*<sup>105</sup>, asumiendo los demás magistrados y ciudadanos el deber de colaborar a la salvación del Estado. El *sc. ultimum* es, pues, un acto justificado en aras del estado de necesidad que se declara mediante el *decretum tumultus*<sup>106</sup>, el cual, al equiparar el adversario político al enemigo externo<sup>107</sup>, equivale a la proclamación del *bellum civile*<sup>108</sup>. La legitimidad del *sc. ultimum*

<sup>102</sup> Esta denominación fue extraída de la fórmula: *rem publicam defendant operamque dent (o videant, provideant), ne quid res publica detrimenti capiat* que nos es transmitida textualmente por Cicerón en *Catil.*, 1,2 (Acerca del *sc. ultimum* vid.: Th. MOMMSEN, *Staatsrecht* I cit. p. 687; III cit. pp. 1240 ss.; *Ibidem*, *Strafrecht* cit. p. 256; P. WILLEMS, *Le Sénat de la republique romaine* II (Leuven 1983) p. 247; J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law* I cit. p. 240; G. PLAUMANN, *Das sogenannte Senatus consultum ultimum*, en *Klio* 13 (2015) pp. 321-386; C. BARBAGALLO, *Una misura eccezionale dei Romani il SC. Ultimum*, en *Rend. Inst. Lomb.* (Roma 1902) p. 450; A. O'BRIEN MOORE, *Senatus, RE.*, Suppl. VI, 755; H. SIBER, *Analogie* cit. p. 389; H. LAST, rec. a H. J. Haskell, *This Was Cicero: Modern Politics in a Roman Toga*, en *JRS.* 33 (1943) p. 94.

<sup>103</sup> Acerca del término *senatusconsultum ultimum*: *Caes. bell. civ.* 1,5,3: *illud extremum atque ultimum Senatusconsultum*; *Liv.* 3,4,9: *forma senatusconsulti semper, necessitatis*, para De Martino, probablemente esta terminología no es técnica (ID., *Storia della Costituzione romana* III cit. p. 425).

<sup>104</sup> En *Catil.* 1,2 hay una transcripción de la fórmula consagrada en que todo *sc. ultimum* expresaba su contenido esencial: la salvaguardia del gobierno establecido, encomendada a los cónsules, dándoles al efecto plenos poderes y recomendándoles sacrificar a tal fin, sin contemplaciones ni escrúpulos, cuanto significara un obstáculo: *habemus enim modi senatus comultum (...) quo —ex senatus consulto— confestim te interfectum esse, Catilina, convenit*.

<sup>105</sup> *Val. Max.* 4,7,1: *Hostis iudicatus* (acerca de la ejecución de Tiberio Graco); *Liv. Epit.* 77: *duodecim a senatu hostes, inter quos C. Marius pater et filius, iudicati sunt*; *Flor.* 3,23,7: (*Lepidus*) ... *hostes a senatu iudicatus*; *Salust. Catil.* 36: *Senatus Catilinam et Manlium hostis iudicat*.

<sup>106</sup> *Serv. ad Aen.* 8,1: *Bellum italicum vel gallicum in quibus ex periculi vicinitate erat timor multus*; *Fest. s.v.* «*tumultuarii milites*»; *Cic. Phil.* 5,12,31: *Tumultum decerni, iustitium edici ...*; 6,1,2; *Liv.* 34,56: *Tumultum esse decrevit senatus*.

<sup>107</sup> *Cic. Phil.* 8,4,13: *natura civis, voluntate hostis*.

<sup>108</sup> Cuando la patria estaba en peligro, debido a la presencia del enemigo en sus puertas, cualquier ciudadano en ausencia de magistrados o cuando éstos se mostrarán inoperantes podía alzarse en armas con los otros *cives* y proveer a las necesidades urgentes de la defensa. La fórmula de la *evocatio* —que tal era el nombre de esta medida excepcional— aparece recogida en *Val. Max.* 3, 2,17: *qui rem publicam salvam esse volunt, me sequatur*. Sin embargo, la *evocatio* nunca fue aplicada contra los conciudadanos hasta que, por primera vez, y con vistas a reprimir enérgicamente la revolución gracana, los *optimates* hicieron prevalecer el principio de que los procedimientos extraordinarios susceptibles de ser empleados consuetudinariamente contra los enemigos externos pudiesen hacerse valer frente a los enemigos internos.

y de sus consecuencias fue siempre contestada<sup>109</sup>. La aristocracia justificaba la condena capital *sine provocazione* de los ciudadanos por el hecho de que al ser declarados *hostes rei publicae* habían perdido el *status civitatis*<sup>110</sup>, pero, verdaderamente, la cuestión estribaba en determinar si el senado estaba constitucionalmente investido de la facultad de privar a los ciudadanos de todas sus garantías fundamentales. En realidad, sólo la gravedad de las circunstancias podía aconsejar la adopción de medidas excepcionales, pero en política —como ha expresado De Francisci<sup>111</sup> en gráfica frase— la necesidad es también legitimidad, pero una legitimidad que puede ser contestada por los adversarios que no quieren reconocer la necesidad<sup>112</sup>. Sin embargo, la exposición histórica de los casos en que fue decretada esta medida demuestra, sin lugar a dudas, que el *sc. ultimum* nunca fue declarado con ocasión de una guerra extranjera, sino siempre con ocasión de problemas internos o para reprimir una rebelión de magistrados o ciudadanos romanos<sup>113</sup>. Se

---

Como ha dicho De Martino: «senza processi, senza l'accertamento della responsabilità, senza il giudizio davanti al popolo, senza garanzie di alcun genere, la parte senatoria preferì rimettere alla violenza delle armi la decisione del conflitto, instaurando un sistema, che avrebbe dato i suoi tristi frutti» (*Storia della Costituzione romana* II cit. p. 426).

<sup>109</sup> La oposición al empleo del *sc. ultimum* contra ciudadanos romanos ya fue manifestada de un modo patente por el cónsul Escévola, que era el jurista más grande de su tiempo, cuando en el año 131 se negó a suspender las garantías constitucionales al no querer proclamar al estado de excepción (Plut. Tib. Gr. 19,2; Appian. *bell. civ.* 1,16,68; Vell. 2,3,2).

<sup>110</sup> Cic. *Cat.* 4,10: *Quamquam est uno loco condicio melior externae victoriae quam domesticae, quod hostes alienigenae aut oppressi serviunt aut recepti beneficio se obligatos putant; qui autem ex numero civium, dementia aliqua depravati, hostes patriae semel esse coeperunt. eos cum a pernicie rei publicae reppuleris, nec vi coercere nec beneficio placare possis.* Cfr., también, la n. 105.

<sup>111</sup> P. DE FRANCISCI, *Storia* II cit. p. 101.

<sup>112</sup> Así, el partido de los populares jamás reconoció la legalidad de las condenas y de las ejecuciones capitales ordenadas por los cónsules —basándose en el *sc. ultimum*— sin la observancia del *ius provocationis* (Cic. *de or.* 2,30,31; *orat. part.* 30,106).

<sup>113</sup> Tradicionalmente se suele presentar como el primer caso de aplicación de esta medida excepcional la declaración de Tiberio Graco como *hostis iudicatus* y su ejecución sumárisima por orden del Senado (*vid.*, por todos, L. LUIGI, *Il console sovversivo* (Napoli 1976) pp. 64 ss. y la bibliografía citada en las pp. 162-163). Con todo, algunos autores retrotraen este momento histórico al *sc. de Bacchanalibus*, dado el carácter expeditivo de la actuación de los magistrados en la represión de las bacanales, al ordenar numerosas ejecuciones de la pena capital, sin hacer mención en ningún caso de la *provocatio* como recurso contra el acto coercitivo del cónsul (C. RASCÓN, *A propósito de la represión de las bacanales en Roma* cit. p. 398, n. 66; para Murga, el alegato de Postumio calificando al movimiento báquico de azote mortífero para la república —*unquam tantum malum in re publica fuit*— no es sino una necesaria justificación ante la opinión pública del inminente estado de excepción que seguirá a la publicación del *sc. de Bacchanalibus* (*Rebeldes a la república* (Barcelona 1979) p. 96). Sin embargo, Willems, *Le Sénat de la repu-*

Luis Rodríguez Ennes

trata, en definitiva, de una medida de excepción que enmascarada de una apariencia de legalidad —la equiparación de los adversarios políticos a los *hostes rei publicae*— es utilizada sin ambages como instrumento de lucha política<sup>114</sup>. Amparándose en el estado de necesidad, el senado usurpaba, con la declaración de *hostis* y el pronunciamiento del *sc. ultimum*, competencias y poderes que no le correspondían<sup>115</sup>, provocando, en suma, una distorsión irremediable del sistema constitucional al mostrarse dispuesto a defender con la fuerza su propia hegemonía.

Así las cosas, el senado al recomponer de un modo arbitrario, sin la participación de la asamblea popular una estrecha solidaridad entre sí mismo y los magistrados que se le mostraban fieles, introducía en el uso del poder, una praxis constitucional altamente destructora. Al desplazar a los comicios, acentuaba de un modo enorme el papel de dirección política que le era propio y, en la práctica, se situaba en una posición extraordinariamente

---

*blique romaine* II cit. pp. 287 ss., encuentra una explicación de la ausencia de *provocatio* en los siguientes hechos: el primero es el del gran número de mujeres implicadas, contra las que el cónsul podía dictar una pena capital *sine provocatione*; el segundo hecho que destaca es que los cónsules actúan fuera de Roma y en esa época no están sometidas a *provocatio* las sentencias capitales de los cónsules *extra pomerium*. El recurso del *sc. ultimum* fue empleado, también, para ejecutar a C. Graco y sus seguidores (Cic. *Phil.* 1,1; Liv. *Epit.* 61; App. *Bell. civ.* 1,26); se votó —además— en dos ocasiones durante las guerras civiles entre Mario y Sila (Plut. *Sull.* 8); fue el instrumento jurídico con el que operó Cicerón para hacer abortar la conjuración de Catilina (Sallust. *Cat.* 29); en el 62 a.C. fue publicado contra las agitaciones del tribuno Metelo Nepote (Dio Cass. 37,43); en el 52 a raíz de la muerte de Clodio (*ibid.*, 40,49); en el 49 contra el procónsul César (Caes. *Bell. civ.* 1,5); en el 48 contra el pretor Celio; en el 47 para reprimir las revueltas fomentadas por el tribuno Dolabella (los esclavos fueron crucificados y los *cives* arrojados desde la roca Tarpeya. Cic. *ad Att.* 14,15,2: *de saxo! in cruce! columnam tollere!*) y, finalmente, en el 43 contra Antonio, posteriormente contra Octaviano y, por tercera vez, contra el partido republicano (Dio Cass. 46,29,31,44, 47).

<sup>114</sup> Prueba de ello lo constituyen los episodios, no raros, en los que los magistrados que habían sido «invitados» por el Senado a utilizar poderes excepcionales, fueron juzgados apenas cambiaron los equilibrios políticos (P. WILLEMS, *Le Sénat de la république romaine* II cit. pp. 256-257 con amplia profusión de datos al respecto).

<sup>115</sup> El *sc. ultimum*, considerado en sí mismo, no era otra cosa que una exhortación al magistrado al cumplimiento de sus deberes, un puro y simple *consilium*. En estricto rigor, su eficacia jurídica era exhortativa y, por tanto, nula, de ahí que la responsabilidad de la represión recayera única y exclusivamente en el magistrado que la había promovido (cfr. la n. anterior). Para remover este obstáculo se acudió a la declaración de *hostes rei publicae* que, al aplicarse a los adversarios políticos constituye la llave mediante la que el Órgano constitucional revelaba su naturaleza de instrumento de parte (cfr. C. CASSOLA-L. LABRUNA, *Il tribunato di Caio Gracco. Gli equites*, en M. Talamanca (Dir.), *Lineamenti* cit., p. 356) ya que el derecho de declarar la guerra y de privar a los *cives* del *status civitatis* no competía, según la constitución, al senado (P. WILLEMS, *Le Sénat de la république romaine* II cit. pp. 256-257).

hegemónica debido a la absorción de las competencias relativas a la jurisdicción criminal y al ejercicio del poder coercitivo que —no sin límites y condicionamientos recíprocos— correspondían separadamente al pueblo y a los magistrados. Se rompían, así, los precarios equilibrios existentes entre los diversos órganos del Estado y las fuerzas políticas y sociales; se abrían, pues, mayores espacios a la intervención, con fines partidistas, de soldados de profesión y, lo que es peor, de los magistrados o particulares que los mandaban a modo de tropas personales. En definitiva, se hizo escarnio de la *libertas* republicana, hasta entonces patrimonio común de todos los romanos, y cuyo bastión inexpugnable era como hemos indicado repetidas veces, el *ius provocationis*. Este derecho tendrá su fin en los albores de la dictadura militar de Sila y, posteriormente, en el triunvirato cuando se institucionaliza la decisión arbitraria preparada en el secreto del gabinete del dictador, publicada repentinamente —como las listas de proscripción de Sila o las confiscaciones— sin discusión, ni apelación. El epitafio definitivo lo pondrá Augusto en cuya ordenación jurídica no encajaba ya el proceso comicial, el cual al desaparecer arrastró consigo, en su directa y efectiva aplicación, el viejo derecho de *provocare ad populum*<sup>116</sup>.

### 3. RÉGIMEN JURÍDICO

#### 3.1. Coercitio y iudicatio

El trabajo de Kunkel acerca del proceso criminal presilano<sup>117</sup>, ha determinado un cambio total en la *communis opinio* que, hasta entonces, se tenía en relación con la función de la *provocatio*. En efecto, en contraste con la postura tradicional —representada por Mommsen<sup>118</sup>— la crítica más reciente, merced, sobre todo, a las aportaciones —además de la señalada de Kunkel— de Heuss<sup>119</sup> y Bleicken<sup>120</sup> se inclina a opinar que la *provocatio ad populum* no constituye un medio de impugnación de decisiones judi-

<sup>116</sup> Sobre el nuevo concepto de la *provocatio* bajo el Principado, vid. G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti* cit pp. 62 ss.

<sup>117</sup> W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung* cit. pp. 149 ss.

<sup>118</sup> Th. MOMMSEN, *Strafrecht* cit. p. 475; ID., *Staatsrecht I* cit. pp. 133 ss.

<sup>119</sup> A. HEUSS, *Zur Entwicklung des Imperium der rom. Oberbeamten* cit. pp. 104 ss.

<sup>120</sup> J. BLEICKEN, *Ursprung und Bedeutung der Provocation* cit. pp. 326 ss.; ID., RE. 23,2, (1959) pp. 444 ss.; ID., *Senatsgericht und Kaisergericht* (1963) p. 127.

Luis Rodríguez Ennes

ciales, sino un derecho de naturaleza política dirigido contra los excesos del poder coercitivo del magistrado, en cuya virtud el *civis* arbitrariamente amenazado de muerte, *verberatio*, o multa mayor del máximo legal, podía exigir la celebración de un proceso regular<sup>121</sup>.

Esta tesis se funda, básicamente, en que el proceso comicial no puede ser considerado como una instancia de segundo grado en torno a la misma cuestión<sup>122</sup>. Sin embargo, pese a —como hemos indicado— haber encontrado un amplio consenso en la más reciente doctrina, no por ello ha dejado de suscitar serias y documentadas reservas<sup>123</sup> que se concretan, fundamentalmente, en lo siguiente: si en las fuentes no faltan ejemplos de *provocatio* contra actos de *coercitio*<sup>124</sup>, testimonios que aun cuando legendarios encierran parte de verdad<sup>125</sup>, no es factible, por otra parte, negar que fuese posible valerse del medio en cuestión también contra propias y verdaderas sentencias. No sólo dan fe de ello los explícitos testimonios de Cicerón, que aunque sea en el cuadro de una representación idealizada de la constitución republicana, no deja de hablar de *provocatio* tanto en relación con los actos de coerción<sup>126</sup> como con referencia a decisiones judiciales<sup>127</sup>; sino también la conocida afirmación del *Enchiridium* de

<sup>121</sup> C. BRASIELLO, *La repressione penale* cit. pp. 34 ss.; A. ORESTANO, *Appello civile* (1953) pp. 139 ss.; G. CRIFO, *Alcune osservazioni in tema di «provocatio ad populum»*, en *SDHI*. 29 (1963) pp. 282 ss.

<sup>122</sup> El problema ya fue planteado en sus justos términos, hace ochenta años, por De Ruggiero. Para este autor, la *coercitio*, esto es, el acto del que se sirve el magistrado para utilizar medios punitivos contra el ciudadano que desobedece sus órdenes o perturba el ejercicio de sus funciones, si se considera bajo el aspecto de la naturaleza de sus efectos, que son siempre un daño material o moral al que la ha sufrido, tiene, ciertamente, toda la apariencia de un acto de jurisdicción penal. Ahora bien —precisa De Ruggiero— sólo aparentemente, no en sustancia. Y así —añade— mientras que en la *iudicatio* el objeto de la pena es vengar, mediante el daño infringido al reo, la culpa por él cometida; la finalidad de la *coercitio* es la de constreñir al contraventor de la obediencia. Mientras que en la *iudicatio* es la ley la que fija la pena relativa a determinados delitos, en la *coercitio* es el propio magistrado —que se estima ofendido— el que aplica a su arbitrio éste o aquel medio coercitivo. Mientras que la primera opera con vistas a castigar un delito que ofende directamente al Estado en sí mismo considerado o indirectamente mediante una ofensa inferida a los *cives*; en la segunda, el acto del magistrado va dirigido a la defensa de su propia persona como representante del Estado. Y concluye «la *coercitio* es, por tanto, un acto del gobierno». (E. DE RUGGIERO, *Il consolato e i poteri pubblici in Roma* (Roma 1900).

<sup>123</sup> Vid., por todos, G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti* cit. pp. 62 ss.; A.H.M. JONES, *The criminal courts* cit. p. 48.

<sup>124</sup> *Ad ex.*, Liv. 2,27,10-12; 2,55,4-7; 3,56,5; 8,33,5-8.

<sup>125</sup> Vid., el ap. 1.2. del Cap. I.

<sup>126</sup> Cic. *de leg.* 3,6.

<sup>127</sup> *Ibid.*, 3,27; *de rep.* 2,54.

Pomponio, según el cual la ley no permitía a los cónsules la imposición de la pena capital a un *civis* sin la aprobación del pueblo<sup>128</sup> y, sobre todo, los célebres procesos contra el Horacio *supérstite*<sup>129</sup> y contra C. Rabirio, reo de *perduellio* que constituye una fiel imitación del precedente<sup>130</sup>. Con todo, y sin ánimo de terciar en una polémica cuyo alcance excede notoriamente los límites de este trabajo, es indudable que la *coercitio* es una actividad necesariamente jurídico-política, naturaleza de la que participa, también, la *provocatio* que se le opone. Se necesita, pues, valorar la función práctica de esta institución independientemente de su cualificación en términos modernos como apelación o impugnación. Concluyendo, lo que en definitiva cuenta sobre el plano sustancial es el hecho de que si faltase la *provocatio* la decisión magistratual sería inmediatamente ejecutiva<sup>131</sup>.

### 3.2. Requisitos

#### 3.2.1. Casos en los que se reconocía el *ius provocationis*

Como es sabido, la constitución republicana consideró el *imperium* bajo dos aspectos distintos, según que se ejerciese dentro del recinto de la ciudad o en el perímetro de una milla a contar desde los muros<sup>132</sup> —*imperium domi*— o fuera de él y, en este caso, no sólo en lo referente a la guerra (cual haría pensar la denominación de *imperium militiae*), sino en cuantas funciones administrativas o jurisdiccionales se ejerciesen en los territorios sojuzgados. Este diferente ámbito funcional explica perfectamente como, mientras el *imperium domi* estuvo limitado siempre por las prerrogativas del

<sup>128</sup> D. 1,2,2,16. Cfr. la n. 33.

<sup>129</sup> Liv. 1,26,5-12. Cfr. la n. 10.

<sup>130</sup> Cic. *pro Rab. perduell. reo*.

<sup>131</sup> En todo caso, no puede negarse una cierta analogía funcional entre apelación y *provocatio* —que es cosa bien distinta de la derivación de instituto a instituto—. Si para Orestano (*Appello civile* cit. p. 142) es de todo punto necesario clarificar la aparente analogía y la sustancial divergencia entre las dos instituciones ello no obsta para que convengamos con Pugliese (*Appunti sui limiti* cit. pp. 66 ss.; 83 ss.) en que la función práctica sea sustancialmente la misma.

<sup>132</sup> Acerca del concepto de *pomerium*, vid. la n. 80.

Luis Rodríguez Ennes

*populus romanus Quiritium*<sup>133</sup>, el *imperium militiae* reproducía en toda su amplitud el poder real, contra el que, como es lógico, no cabía la *provocatio*<sup>134</sup>.

El derecho de *provocare ad populum* estaba sujeto, además, a otras limitaciones. Así, se requería que el acusado fuese ciudadano romano debiéndose efectuar la apelación personalmente por él ante los comicios, quedaban, por tanto, excluidos las mujeres, los esclavos. El delito debería ser común por lo que la *provocatio* no procedía en orden a algunos ilícitos que, por su índole particular, pertenecían más bien a la esfera de la religión que a la del derecho —como la violación del voto de castidad por parte de las vestales— o reflejaban en su sanción el carácter sacro de la pena primitiva, como el *parricidium* —castigado con la *poena cullei*— o, por último, eran remitidos a los cónsules en su calidad de jefes supremos del ejército —como la *proditio*, la *defectio* y, al menos hasta los últimos tiempos de la república— los delitos de carácter militar. Se exigía, por último, que la pena fuese la capital o una multa superior a una determinada medida. No estaban, consecuentemente, sujetas a provocación las medidas coercitivas de menor gravedad, como las multas inferiores a la máxima, el encarcelamiento (*in vincula ductio*), el secuestro de bienes (*pignoris capio*) y, al menos hasta las *leges Porciae* la flagelación (*verberatio*), considerada como pena autónoma respecto a la ejecución capital, a la que, por otra parte, solía preceder.

### 3.2.2. Casos excepcionales (*sin ius provocationis*)

#### 3.2.2.1. Por razón de la persona

Tradicionalmente se ha señalado que las mujeres no podían ejercitar el *ius provocationis* debido a que su carencia de capacidad comicial las situó,

<sup>133</sup> La expresión simbólica de esta limitación del *imperium* se encuentra en la costumbre de que los fascios de los cónsules dentro de la ciudad no portaban el hacha. Fuera del *pomerium* ya era territorio *militiae* y el cónsul tenía el *ius vitae necisque* por lo que ponía el hacha (Cfr. Liv. 8,32,10; 8,7,19; 25,16,19; 26,16,3; Cic. in Verr. 3,156; 5,118; 5,142).

<sup>134</sup> El poder del gobernador sobre los *cives* romanos residentes en su provincia fue, desde un punto de vista legal, absoluto e ilimitado. Diod. Sic. 37,5,2 testimonia que Q. Mucio Escévola cuando fue gobernador de la provincia de Asia —quizás en el 98 a.C.— pronunció sentencias capitales contra los *publicani* y la narración parece referir que tales sentencias fueron ejecutadas (para una explicación de los detalles de este caso, vid. A. GREENIDGE, *The Legal Procedure* cit. p. 411). Sin embargo, como veremos, existen indicios bastante fiables de que los *cives optimo iure* que habitaban en las *coloniae* de Roma antes de la guerra social tenían derecho a la *provocatio* ante los comicios romanos.

respecto de este derecho, en la misma posición que los extranjeros<sup>135</sup>. Esta tesis encuentra su apoyo en el testimonio de Gelio cuando afirma que las mujeres, al carecer de *communio comitorum* no pueden ser arrojadas, por lo que —deducen estos autores— tampoco pueden *provocare ad populum*<sup>136</sup>. Sin embargo, este argumento por sí solo no basta, porque los *cives sine suffragio* que, como es sabido, carecían de capacidad comicial, ejercieron en diversas ocasiones el *ius provocationis* y hubo protestas cuando se realizaron ejecuciones sin apelación<sup>137</sup>. A mayor abundamiento, a los *latini* —que también estaban privados de la *communio comitorum*— la *lex Acilia repentundarum* les concedió la *provocatio* siempre que fuesen residentes en Roma (*incolae*) y no quisieran adquirir la ciudadanía romana<sup>138</sup>. Estos hechos demuestran claramente que la capacidad comicial no puede erigirse en *condicio sine qua non* para el ejercicio del *ius provocationis*. Con todo, y pese a que en las fuentes existen evidencias de la celebración de *iudicia publica* contra mujeres<sup>139</sup>, la norma general es que no podían *provocare ad populum*.

### 3.2.2.2. Por la naturaleza del delito

Aunque, normalmente la naturaleza del delito no contribuye a determinar la del juicio, sin embargo, existía un caso en el que, por su carácter totalmente especial y por la pena fuera de lo común que se imponga, daba lugar a un proceso excepcional. Nos referimos al delito cometido por el magistrado romano al concluir un tratado internacional que, por considerarse perjudicial o deshonoroso para Roma, era rechazado por los comicios y al supuesto —reputado análogo— de la ofensa inferida por un ciudadano en la persona del embajador de un país extranjero. En ambos casos, la pena consistía en la

<sup>135</sup> Th. MOMMSEN, *Strafrecht* cit. p. 143.

<sup>136</sup> Gell. 5,19,10: *neque mulier quae in parentis potestate non est adrogari possunt; quoniam et cum feminis tiulla comitorum communio*.

<sup>137</sup> Cuando los legionarios campanios que se habían amotinado en Regio en el 281 a.C. fueron ejecutados sumariísimamente, el tribuno M. Fulvio Flaco protestó *ne cives Romanos adversus mores maiorum (senatus) animadverteret* (Val. Max. 2,7,15). Para una similar protesta en el año 210 a.C. *vid.*, Liv. 26,33,10: *per senatum agi de Campanis, qui cives Romani sunt, injussu populi non video posse*.

<sup>138</sup> Tal alternativa parece que fue propuesta por el cónsul M. Fulvio Flaco en el 125 a.C. (Val. Max. 9,5,1: *M. Fulvius Flaccus... cum pemiciosissimus rei publicae leges introduceret civitae Italiae danda et de provocatione ad populum eorum qui civitatem mutare nolisset*).

<sup>139</sup> Liv. 10,31,9; 25,2,9; Gell. 4,14,3; 10,6,3; Val. Max. 8,1,4.

Luis Rodríguez Ennes

*deditio* de uno y otro al Estado respectivo, con la consiguiente pérdida de la libertad y la ciudadanía. La historia ofrece varios casos al respecto y en ellos juzgan siempre los cónsules, sin que ni una sola vez se acuda a una verdadera *provocatio* por parte del culpable<sup>140</sup>. No faltan, por otra parte, ejemplos en que, pronunciada la sentencia, los cónsules espontáneamente la someten a los comicios para su aprobación, lo que comportaba una *quasi provocatio*<sup>141</sup>.

El fundamento de esta pena es típicamente sacral: como los tratados internacionales eran acompañados del juramento prestado por los representantes, de los dos estados y contenían la maldición para aquél de ellos que lo hubiese quebrantado, los romanos para evitar que recayese sobre el propio Estado, consignaban como elemento expiatorio a aquél que lo había concluido; fundamento éste que por analogía fue aplicado a otros casos relativos a relaciones internacionales como el ya citado de la ofensa a los embajadores. El hecho de que esta pena no siempre fuese impuesta, restando únicamente como amenaza y que los estados extranjeros no siempre convirtiesen en esclavos o hiciesen perecer los *dedititii* es algo que se entiende *per se* especialmente con referencia a tiempos de costumbres más mitigadas<sup>142</sup>.

### 3.2.2.3. Por la ley

Los comicios podían suspender el ejercicio del *ius provocationis* mediante el establecimiento de los siguientes procedimientos excepcionales: a) encargando al Senado la designación del magistrado ordinario que debía juzgar y que era siem-

<sup>140</sup> Liv. 1,14; 9,8; Dio. Hal. 2,51 ss.; Val. Max. 6,3,3; Sallust. *Iug.* 39; Amm. Marc. 14,11,32 etc.

<sup>141</sup> Cic. *off.* 3,30,109; *fin.* 2,17,54; Liv. 5,36; Diod. Sic. 14,113; Plut. *Camill.* 18.

<sup>142</sup> Th. MOMMSEN, *Staatsrecht* I cit. p. 254 ss.; II cit. p. 53; III cit. p. 338 ss. Para Zumpt (*Kriminalrecht der Römer* (Berlín 1865) pp. 170 ss.) la *provocatio* queda excluida cuando concurren la confesión y la plena evidencia de culpabilidad casos en los que —a su juicio— el magistrado puede ejercitar una ejecución sumaria. Con respecto a la primera, dice que la máxima *confessus pro iudicato est* fue válida tanto para el Derecho civil como para el Derecho penal, prueba de ello lo constituye el procedimiento subsiguiente a la conspiración de las bacanales (Liv. 39,17); aunque podrá intentarse un *iudicium populi* cuando la confesión del hecho fuera acompañada por una defensa basada en fundamentos de derecho o circunstancias atenuantes (Val. Mil. X. 6,1,10). En relación con la segunda —añade— la expresión *manifesta res* aplicada a un asesinato (Liv. 3,33; Cic. *de rep.* 2,36,61) tiene el mismo significado que el calificativo de *manifestum* referido al *furtum* en la órbita civil. Con todo, se trata de una postura aislada que ya fue abandonada a partir de A. GREENIDGE, *The Legal Procedure* cit. pp. 575 ss.

pre un cónsul o un pretor<sup>143</sup>; b) nombrando los mismos *comitia* una especie de magistrado *ad hoc*<sup>144</sup>; y c), por último, de un modo general creando magistraturas con poderes extraordinarios constituyentes<sup>145</sup>.

#### 3.2.2.4. Por *senadoconsulto*: juicios militares

Si los comicios, en razón del derecho que ostentaban de modificar con leyes posteriores las precedentes, podían con leyes especiales suspender las generales que introdujeron y mantuvieron la *provocatio*<sup>146</sup>, por el contrario, el senado carecía constitucionalmente de esta facultad. Sin embargo, a partir de los Gracos, el senado usurpó a los comicios un poder en gran medida mayor: el de declarar el *sc. ultimum* cuando el Estado estuviese en peligro, proclamando la guerra civil y el estado de sitio en la ciudad con lo que —como ya hemos tenido ocasión de señalar— se confería a la magistratura suprema un poder ilimitado, similar al que ostentaba el dictador en los primeros siglos de la República, por efecto del cual se suspendían todas las garantías legales de la libertad y de la integridad personal de los *cives*<sup>147</sup>. La jurisdicción penal de los cónsules en el ámbito del *imperium militiae* se presenta bajo un doble aspecto: el primero, estrictamente militar, frente a los *cives longius ab urbe mille passum* y a los *peregrini*. Es de todo punto necesario hacer esta distinción debido a que, mientras en la órbita estrictamente castrense no ha lugar al límite de la *provocatio* —al menos hasta una época relativamente avanzada—, en la otra, tal garantía está sometida a

<sup>143</sup> El caso más antiguo tuvo lugar en el año 413 a.C. cuando, a instancias de los tribunos de la plebe y del senado, los comicios encomendaron a los cónsules el juicio de los soldados que habían asesinado a Postumio (Liv. 4,50 ss. Cfr. la n. 91). Otro episodio tuvo lugar en el 140 a.C. mediante la designación de un cónsul encargado de juzgar al pretor Hostilio Tutulo que se había dejado corromper durante su intervención en un proceso *inter sicarios* (Cic. *de fin.* 2,16,54; 4,28,7; *de nat. deor.* 3,30,74; Ascon. in *scaur.*, p. 23).

<sup>144</sup> Se trata del procedimiento de las *quaestiones* al que ya hemos hecho cumplida referencia.

<sup>145</sup> Nos referimos a la dictadura *legibus scribendis et rei publicae constituendae*, ya analizada en el apdo. 2.4. del Capítulo anterior.

<sup>146</sup> Liv. 7,17,2; 9,33,9; 34,6; Cic. *Balb.* 14,33.

<sup>147</sup> Una efímera supresión de la utilización abusiva de esta medida de excepción contra los *cives* tuvo lugar con la *lex Sempronia* de C. Graco que requería también el *iussum populi* en los procesos más típicamente políticos y decretaba, con carácter retroactivo, la ilegitimidad del *sc. ultimum*. Con todo, las opiniones acerca del valor de la *lex* están divididas (Vid. A.W. ZUMPT, *Kriminalrecht I* cit. p. 71; H. SIBER, *Analogie* cit. p. 10; G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti* cit. p. 44; P. BONFANTE, *Storia I* cit. p. 202).

Luis Rodríguez Ennes

una serie de restricciones derivadas, fundamentalmente, del diverso *status* de los sujetos y de los lugares donde los delitos habían sido cometidos.

En los delitos estrictamente militares la pena infringida, incluso la capital, era ejecutada sumarísimamente<sup>148</sup>; no existía ninguna garantía ni para el ciudadano romano legionario, ni para el extranjero que formaba parte de las tropas auxiliares, aunque fuese un oficial<sup>149</sup>.

Sin embargo, en la época de las grandes conquistas mediterráneas la excesiva prepotencia adquirida por los jefes del ejército y los gobernadores provinciales, así como, la extraordinaria dispersión geográfica de los destacamentos de tropas que, a menudo, obligaban al *civis romanus miles* a permanecer alejado de Roma largos años, determinó una extensión del *ius provocationis* a la esfera del *imperium militiae*, generalmente atribuida a una de las *leges Porciae*<sup>150</sup>. Como el *iudicium populi* sólo podía tramitarse ante los comicios, cuando un legionario en posesión del *status civitatis*<sup>151</sup> cometía un delito por el que —caso de ser juzgado en Roma— debería concedérsele la *provocatio*, el comandante del ejército estaba obligado a enviar al reo ante los magistrados ordinarios de la *civitas* frente a cuya sentencia podía ejercitarse el *ius provocationis*<sup>152</sup>.

<sup>148</sup> Cic. *leg.* 3,3,6: *militiae ab eo qui imperavit provocatio ne esto.*

<sup>149</sup> Sallust. *Iug.* 68; Appian. *Bell. civ.* 2,26; Cic. *Att.* 5, 11,3.

<sup>150</sup> Esta es la opinión dominante a partir de Mommsen (*Münzwesen*, p. 552; *Droit penal* I, p. 34, n. 3; *vid.*, también J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law* I cit. p. 118; G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti* cit. pp. 27 ss.) y básicamente se funda en la existencia de una moneda de Porcio Leca —a quien se atribuye la paternidad de la *lex*— que representa la escena de un hombre armado a cuya diestra está un *lictor* que extiende la mano hacia un tercer personaje vestido de toga, figurando grabada la palabra *provoco*. Con todo, Bonfante, (*Storia* I cit. p. 202) duda si la extensión de la *provocatio* al *imperium militiae* se debe a una de las *leges Porciae* o a la *lex Sempronia*. Entiende —a nuestro juicio acertadamente— que los textos son genéricos y no permiten una respuesta certera a este interrogante: Cic. *in Verr.* 2,5,63,163: *o lex Porcia, o leges Semproniae; pro Rab. perd.* 4,12: *C. Gracchus legem tulit ne decapite civium Romanorum iniussu vestro iudicaretur ... 13 tu mihi etiam legis Porciae, tu C. Gracchi, tu horum libertatis, tu cuiusque denique popularis mentionem facis; in Catil.* 4,5,10: *at vero C. Caesar intellegit legem Semproniam esse de civibus Romanis constitutam.*

<sup>151</sup> Salustio atestigua que en el año 108 el comandante militar no podía ordenar la ejecución de un ciudadano romano mientras que sí podía hacer lo propio en el caso de que el reo fuese latino (*Iug.* 49,4: *Turpillius ... iussus a Metello causam dicere, postquam sese parum expurgat, condemnatus verberatusque capite poenas solvit: nam is civis ex Latio erat.*)

<sup>152</sup> *Vid.* al respecto A.W. ZUMPT, *Kriminalrecht* I cit. p. 56; Th. MOMMSEN, *Droit penal* I cit. p. 34 que opina que el proceso se debería renovar. En contra, G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti* cit. p. 29. Pese a la multiplicidad de indicios existentes un autor bastante reciente —Brand— rechaza de plano cualquier

Por otra parte, los *cives* que habitaban en las *coloniae* de Roma y en las *liberae* y *foederatae civitates* en Italia, antes de la guerra social o en las provincias tras este período, tenían la *communio comitiorum* y el *ius provocationis* que fue extendido mediante una ficción tras el límite de la primera piedra miliar *extra pomerium*<sup>153</sup>. Hay una evidencia del empleo de este procedimiento en el caso de un *crimen* cometido por un *civis* en Italia durante la segunda guerra púnica<sup>154</sup>, además, toda la acusación de Cicerón contra Verres por la *verberatio* ilegítima prueba de un modo indirecto que el *imperium* del gobernador en la provincia a su cargo no era ilimitado<sup>155</sup>.

### 3.2.3. Penas contra las que podía ejercitarse la provocatio

#### 3.2.3.1. Verberatio

Según una tradición —al parecer poco fundada<sup>156</sup>— la *verberatio* era utilizada por los cónsules de los primeros tiempos de la república contra aquellos que hacían caso omiso de la llamada a las armas<sup>157</sup>; según otra<sup>158</sup>,

---

tipo de aplicación del *ius provocationis* en la esfera militar. Para este especialista en derecho castrense: «mucho más persuasivo para una decisión en esta materia que posibles conjeturas concernientes a simbolismos numismáticos, aludiendo con ello a la famosa moneda de Porcio Leca son las necesidades prácticas de un jefe de ejército que un no romano estaría lejos de comprender. La mera sugerencia de que un soldado de César que había sido encontrado dormido en su puesto de guardia, o que agredió a un tribuno o abandonó a su centurión frente al enemigo, podía escapar al merecido castigo inmediato gritando simplemente: “*provoco, civis romanus sum*”, es totalmente absurda. Ello no obsta —concluye— para que el *miles civis romanus*, al igual que cualquier otro ciudadano pudiese ejercitar el *ius provocationis* contra las decisiones de los magistrados en el ámbito del *imperium domi*. Esto aclararía el simbolismo de la moneda, destinada a explicar el premio a la ciudadanía» (Cfr. C.E. BRAND, *Roman Military Law* (San Antonio, 1968) p. 68). Se trata, en nuestra opinión, de una tesis imbuida de prejuicios militaristas que desconoce la extraordinaria importancia que tenía en Roma el *status civitatis*.

<sup>153</sup> E. DE RUGGIERO, *Il consolato e i poteri pubblici in Roma* cit. p. 778; A. GREENIDGE, *The Legal Procedure* cit. p. 406.

<sup>154</sup> Según el relato de Liv. 29,21,22; Q. Pleminio, propretor y legado de P. Escipión en el 205 a.C. expolió la ciudad de Locri, sita en el sur de Italia y los locrinos se quejaron de ello al senado. El senado nombró una comisión —*praetor et consilium*— encargada de investigar los hechos que halló a Pleminio y a sus cómplices culpables —*damnaverunt*— y los enviaron encadenados a Roma. Pleminio falleció en prisión antes de que terminase el *iudicium populi* que había investigado su *crimen*. La comisión no tenía carácter judicial y no pronunció sentencia, meramente se limitó a investigar y los preliminares del juicio tuvieron lugar en Roma.

<sup>155</sup> Cic. in *Verr.* 2,5,62,161-162; *ibid.*, 63,163. Cfr. el ap. 2. 3.1.

<sup>156</sup> E. DE RUGGIERO, *Il consolato e i poteri pubblici in Roma* cit. p. 857.

<sup>157</sup> Liv. 2,55; 3,69,7; 7,4.

<sup>158</sup> Cic. *de rep.* 2,31,54; Val. Max. 4,1,1; Dionis. 5,19. Cfr. el ap. 2.1. del Cap. 11.

la misma *lex Valeria* del 509 a.C. que introduce la *provocatio* para la pena de muerte, la admite también para la *verberatio*. Con todo, existen abundantes testimonios de que una de las *leges Porciae* prohíbe de un modo absoluto esta medida coercitiva, considerada como pena autónoma respecto a la ejecución capital, a la que solía preceder<sup>159</sup>. Livio afirma de un modo preciso que *Porcia tamen lex sola pro tergo civium lata videtur*<sup>160</sup>. Cicerón dirige durísimas acusaciones contra Verres por haber castigado con la *verberatio* a un ciudadano romano en Mesina<sup>161</sup>, exaltando, al propio tiempo, como máxima garantía de libertad las normas romanas que protegen al ciudadano<sup>162</sup>.

No existen por tanto dudas de que una de las *leges Porciae* y precisamente la que debe atribuirse a Catón prohibía la *verberatio* del *civis Romanus* de un modo absoluto, no habiendo, por tanto —a partir de esa fecha— necesidad de *provocatio*<sup>163</sup>.

### 3.2.3.2. *Multa maxima*

El *ius multae dictionis* constituía en la época predecenviral una de las manifestaciones del *imperium* del magistrado, sin embargo, en los inicios de la

<sup>159</sup> En todo caso, tal prohibición de *verberare* se refiere sólo al *civis* por lo que no existe impedimento legal alguno para que el cónsul pudiese servirse de la *verberatio* contra los *non cives* como hizo p. ej. Marcelo, cónsul en el año 50 a.C., contra un habitante de Como (Cfr. Cic. *ad fam.* 5,11,2; Appian. *Bell. Civ.* 2,26; Plut. *Caes.* 29).

<sup>160</sup> Liv. 10,9,4... Para Strachan-Davidson, es imposible evitar lo conclusión de que el *pro tergo* constituye una reminiscencia de la frase de Catón *pro scapulis* —Fest. s.v. «*pro scapulis*»— y añade: «that we have found in Cato's law that which protects the Roman citizen in all places and under all circumstances from the lictor's rod» (J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law I* cit. p. 125).

<sup>161</sup> Cic. in *Verr.* 2,5,62,161: *Clamabat ille miser se civem esse Romanum, municipem Consanum ...* 162: *Caedebatur virgis in medio foro Messanae civis Romanus, iudices, cum interea nullus gemitus, nulla vox alia illius miseri inter dolorem crepitumque plagarum audiebatur nisi haec. «Civis Romanus sum».* *Hac se commemoratione civitatis omnia verbera depulsurum cruciatumque a corpore de iecturum arbitrabatur ...* 63,163: *O nomen dulce libertatis! o ius eximium nostrae civitatis! O lex Porcia legesque Semproniae!*

<sup>162</sup> Cic. *pro Rab. perd.*, 4,11: *Porcia lex virgas ab omnium civium romanorum corpore amovit.*

<sup>163</sup> Tal es la tesis que goza de mayor predicamento en la doctrina desde que fue expuesta por Zumpt (ID., *Kriminalrecht I* cit. p. 52). Vid., además, en este sentido J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law I* cit. p. 118 ss.; G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti* cit. p. 24, n. 42. Sin embargo, Greenidge (ID., *The Legal Procedure* cit. pp. 320 ss.) entiende que del texto de las Verrinas debe inferirse sólo el carácter inmoral —no antijurídico— del acto de Verres. Con todo, creemos que la prohibición de la *verberatio* por la legislación porciana es absoluta ya que, caso contrario, carecería de explicación el hecho de que el torturado no pronunciase jamás la palabra *provoco*, limitándose a gritar ante el foro de Mesina «*civis Romanus sum*» (cfr. la n. 161).

república<sup>164</sup> o, lo más probable, en el año 452 a.C., el poder de multar, originariamente omnímodo, sufrió una importante restricción. En efecto, en esa época, la *lex Menenia Sextia* dispuso que la multa más elevada que podía imponer un magistrado —la *multa maxima* o *suprema*— era la de cinco bueyes —si el recalcitrante era rico— o de dos ovejas —caso de ser pobre—<sup>165</sup>. Tal límite fue extendido posteriormente, quizás por la *lex Aeterna Tarpeia*, a treinta bueyes y dos ovejas<sup>166</sup>, respectivamente. Tras la acuñación de la moneda o más bien a partir de que el metal fue pesado, la *lex Julia Papiria* (*de multarum aestimatione*) estableció la *multa maxima* en 3.020 ases, esto es, el valor de treinta bueyes y dos ovejas. El magistrado no podía imponer una multa superior sin contar con el *iussum populi*; se requería, por tanto, la intervención de los órganos, representativos del *populus* o de la *plebs* según que la *multae dictio* hubiese sido impuesta por un magistrado patricio o plebeyo<sup>167</sup>. De todas maneras, la doctrina, con referencia a la época comicial, duda acerca de si la *provocatio* estaba inspirada en el deseo de reprimir un exceso de poder del magistrado que no podía superar la *multa maxima* o si, por el contrario, una *lex* le había atribuido *ab initio* el poder de multar sin limitación alguna, salvo el *iussum populi*<sup>168</sup>.

<sup>164</sup> Si aceptamos el testimonio de Plutarco, *Popl.* 11, la primera limitación al *ius multae dictionis* se debe al primer cónsul republicano Valerio Públicola. *Vid.*, también, Gell. 11,1,2.

<sup>165</sup> Fest. (s.v. «*peculatus*») señala que la *multa maxima* o *suprema* fue instaurada por la *lex Manenia Sextia*, tradicionalmente fechada en el 452 a.C. Acerca de toda esta materia, G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* cit. p. 211. El motivo de la prevalencia de los bueyes dado por Gell. 11,1: *pro copia silicet boum proque ovium penuria* es bastante cómico.

<sup>166</sup> Cic. *de rep.* 2,35,60 dice que la conmutación del ganado en dinero fue introducida por Julio y Papirio, cónsules del 430 a.C. (*levis aestimatio pecudum in ulta lege C. Iulii. P. Papirii consulum constituta est.*) Liv. 4,30,3: *Consules Papiris, Iulius (...) legem de multarum aestimatione pergratam populo cum ab tribunis parari consules unius ex collegio prodicione exceperissent, ipsi praeoccupaverunt ferre.* La suma no era de 3.020 ases como se ha dicho a menudo. Los veinte ases constituían el valor de dos ovejas, esto es, la alternativa en los tiempos primitivos a los treinta bueyes (Fest., *ibid.*: *Cautum est ut bos centusibus, ovis decisibus aestimaretur*).

<sup>167</sup> La ilimitada facultad del magistrado de *multam dicere* podía producir la consecuencia de que el pueblo reconociese la pena como impuesta justamente, pero excesiva y, en vista de ello, no pudiese absolver ni condenar. Sin embargo, las fuentes no establecen ninguna solución al respecto, C. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, trad. Scialoja, en *AG.* 28 (1882) pp. 194 ss.

<sup>168</sup> U. BRASIELLO, *La repressione penale* cit. p. 136, n. 12.

Luis Rodríguez Ennes

---

### 3.2.3.3. *Pena capital*

La *coercitio* era —como hemos visto— un poder gubernativo mediante el cual el magistrado mantiene íntegra su dignidad y su *potestas* frente a todos —ciudadanos y no ciudadanos, libres o esclavos— constriñendo con los medios que estime oportunos y sin formalidades procesales, a aquellos que desobedecen sus órdenes<sup>169</sup>. El reconocimiento de una discrecionalidad tan amplia en el empleo de medios coactivos, que variaban desde la simple multa a la imposición de las penas más graves como la pena capital<sup>170</sup>, más que ir dirigido al castigo de la desobediencia o la ofensa al representante del Estado, trataba en realidad de evitar que tales hechos tuvieran lugar o, al menos, que una vez cometidos perseverasen. No obstante, de ordinario, la medida coercitiva se reducía más bien a una amenaza de castigo. Este poder disciplinario se dirigía, fundamentalmente, a la represión de los siguientes actos: si el ofensor era un particular, impedir que el magistrado ejerciese alguna de sus funciones<sup>171</sup>; provocar disturbios o interrumpirlo cuando preside los comicios<sup>172</sup> y no guardar el debido respeto a su dignidad<sup>173</sup>; cuando el recalcitrante desempeñaba alguna magistratura: no respetar la *intercessio* de su colega<sup>174</sup>; negarse a acudir a la llamada de un superior<sup>175</sup> o permanecer sentado mientras él pasa por delante<sup>176</sup>; si es un senador:

<sup>169</sup> Cic. *de leg.* 3,6: *Magistratum nec oboedientem et (in)noxium civem multa vinculis verberibusve coherceto.*

<sup>170</sup> En una época tan tardía, como es el año 131 a.C., los habitantes de Roma contemplaron el espectáculo del tribuno C. Atinio Labeón arrastrando al autor de su humillación, el censor Metelo, fuera del senado hasta la roca Tarpeya con intención de arrojarlo desde ella. Plinio —que es el que nos relata el episodio— añade que Metelo se salvó sólo merced a la *intercessio* de los colegas del tribuno, por lo que Labeón hubo de contentarse con consagrar a los dioses las propiedades del censor (*Nat. hist.* 7,44). Otras penas capitales eran las *servi poenae*, entre las que merece destacarse la impuesta a los que no se presentaban a la leva, que Mommsen (*Staatsrecht* I cit. p. 152) incluye entre la *coercitio* del magistrado (Cic. *pro Caec.* 34,99. *Iam populus cum eum vendit qui miles factus non est, non adimit ei libertatem sed iudicat non esse eum liberum qui, ut liber sit, adire periculum nolit.* El texto parece probar que la *provocatio* no había sido extendida a este campo).

<sup>171</sup> Liv. 3,51,13; 6,38,12.

<sup>172</sup> *Ibid.*, 25,3,19;43,16,9.

<sup>173</sup> Liv. 3,35,6; Plin. *Nat. Hist.* 7,44 (Cfr. la n. 170).

<sup>174</sup> Liv. 43,16,10.

<sup>175</sup> Plut. *Cato min.* 37.

<sup>176</sup> *Ibid.*, *de vir. ill.* 72,6.

no asistir a las sesiones del senado<sup>177</sup>; rehusarse a votar<sup>178</sup> o utilizar expresiones ofensivas durante los debates<sup>179</sup>. Estas y otras análogas constituyen las conductas punibles que el magistrado reprime con medidas coercitivas dictadas en aras del poder que ostenta de custodiar el orden público contra todos los recalcitrantes.

#### 4. PROCEDIMIENTO

Por lo que respecta a la tramitación de los *iudicia populi*, a partir del siglo II a.C., sobre todo tras el ocaso del procedimiento duunviral, se registra un gradual proceso de unificación entre los dos diversos tipos de juicio comicial. La *provocatio* se convierte en un elemento implícito del procedimiento, por lo que la decisión magistratual es remitida al comicio judicial, independientemente de su ejercicio efectivo; a su vez, la condena del magistrado se convierte en un mero acto de acusación y el pueblo ya no será llamado, como antes, a pronunciarse acerca de su confirmación o anulación, sino que pasa a emitir una propia y verdadera sentencia de condena o de absolución.

El procedimiento del *iudicium populi* es un tanto complejo y tiene un carácter marcadamente inquisitivo<sup>180</sup>. Es promovido de oficio por el magistrado acusador que notifica al acusado el hecho que se le imputa y la pena proyectada citándole para su comparecencia —*diem dicere*— ante una asamblea informal del pueblo —*contio*—. El acusado deberá garantizar su comparecencia mediante *vades* ya que, de no hacerlo, será encarcelado preventivamente<sup>181</sup>. Antes del día establecido para la reunión oficial, el magistrado procede a una *anquisitio* preliminar considerando la acusación y estimando las pruebas, mientras que el acusado expone su defensa<sup>182</sup>. Esta investigación previa, se desarrolla ante el pueblo reunido *in contione* en tres audiencias sucesivas celebradas, al menos, con el intervalo de un día entre

<sup>177</sup> Cic. *Philipp.* 1,5,12; Gell. 14,7,10; Liv. 3,38,12.

<sup>178</sup> Liv. 28,45,5.

<sup>179</sup> Cic. *de or.* 3,1,4.

<sup>180</sup> Vide, por todos, Th. MOMMSEN, *Compendio de Derecho Público Romano*, trad. esp. P. Dorado (Madrid 1893) p. 389.; A. GREENIDGE, *The Legal Procedure* cit. pp. 345 ss.; G. NOCERA, *Il potere dei comizi e i suoi limiti* cit. p. 133 ss.; A. BURDESE, *Riflessioni* cit. p. 314.

<sup>181</sup> Liv. 3,13; 25,4; 26,3; Dio. Hal. 11,46; Appian. *Bell. civ.* 1,74.

<sup>182</sup> Este análisis de pruebas de acusación y defensa es el verdadero objeto de la *anquisitio* como, además, se infiere claramente de Fest. s.v. «*anquirere*»: *anquirere est circum quarere*.

una y otra —*intermissa die*—<sup>183</sup>. Después, el magistrado, salvo que quisiera desistir, presenta formalmente la acusación y propone al pueblo la condena. Concluida esta primera fase de tipo sumarial tiene lugar, transcurrido como mínimo un *trinundium*<sup>184</sup>, una cuarta sesión, *quarta accusatio*, esta vez oficial, donde se celebra el verdadero *iudicium populi*<sup>185</sup>; procediéndose, acto seguido, a la votación que reviste el carácter de secreta a partir de la *lex Cassia* del 137 a.C.<sup>186</sup> y cuyo resultado será la condena a la pena propuesta por el magistrado o bien la absolución del reo<sup>187</sup>. Si por cualquier causa no finaliza el escrutinio antes del ocaso, el proceso concluye sin que el magistrado pueda volver a instarlo —*tota causa iudiciumque sublaturum est*—<sup>188</sup>. Con todo, se mantiene en la práctica el reconocimiento al acusado del *ius exulandi* que debe ejercitar antes de que el magistrado, presidente de la asamblea, recibiese el voto de la última censura precisa para lograr la mayoría de los votos condenatorios<sup>189</sup>. El *iudicium populi*, con las características que acabamos de exponer, constituye el primer tipo de proceso criminal de carácter público, desarrollado en forma estable<sup>190</sup>.

<sup>183</sup> Cic. *de domo* 17,45; Appian. *últ. loc. cit.*

<sup>184</sup> Cic. *Ibid.*: *quarta sit accusatio trinum nundinum predicta die, quo die iudicium sit futurum.*

<sup>185</sup> Varr. 6,86-95, especialmente 90-92 donde realiza un *commentarius acquisitionis*.

<sup>186</sup> Acerca de esta *lex*, vide L. ROSS-TAYLOR, *Roman Voting Assemblies* (New York 1966) pp. 35 ss.

<sup>187</sup> Liv. 25,3,16: *Datis testibus, tribuni summoerunt populum lataque est sententia ut sortirentur ubi ferrent suffragium.*

<sup>188</sup> Cic. *de domo* 17,45; Val. Max. 8,1,4; Dio Cass. 37,27. La votación sólo puede celebrarse entre la primera hora del día —*primo luci*— (Gell. 3,2,10: *magistratus ... post exortum solem agunt*; Varr. 6,87: *ubi lucet*; 6,92: *cum primo luci*) y la puesta del sol —*solis occasus*— (Liv. 39,16,4: *sol occasus suprema tempestas esta*).

<sup>189</sup> Quien se acogía al *ius exilii* sufría, por ello, en virtud de sentencia que el magistrado pronunciaba en la misma sesión, la *interdictio aqua et igni* o exclusión de toda comunidad de vida con los otros ciudadanos que llevaba aparejada la confiscación de los bienes y el poder ser muerto en el supuesto de volver a entrar en el territorio urbano de Roma. (Auct. *ad Herenn.* 2,28,45: *quasi non omnes, quibus aqua et igni interdictum est, exules appellentur*). En todo caso, el exilio permanece siempre como un acto voluntario no como una pena (Cic. *pro Caec.* 34,100: *Exilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplicii*).

<sup>190</sup> Este texto sirvió de base a la Conferencia inaugural del XXIV Congreso Internacional y XXVII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano. «El sujeto de Derecho en la experiencia jurídica romana» (Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, 29-31 de marzo de 2023).