

LA LUCHA DEL DERECHO ROMANO CONTRA
LA CORRUPCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
Crimen repetundarum

Sara BIALOSTOSKY B.*

Por razones metodológicas¹ hemos iniciado el presente estudio, señalando las diversas etapas de la evolución del Derecho penal romano: periodo arcaico (753-754?-367 a.C.), periodo preclásico (367-27 a.C.), periodo clásico (27 a.C.-285 d.C.), periodo posclásico (285-565 d.C.); en los cuales ubicaremos, cuando proceda el *crimen repetundarum*.

LOS ORÍGENES DEL DERECHO PENAL ROMANO

TODOS LOS principios son difíciles. Lo son más, cuando estos están envueltos en una atmósfera legendaria, que remonta la historia de un pueblo, en este caso el romano, éste parte de una federación, de la cual destacó desde el siglo VIII a.C. por su identidad, calidad y logros; mismos que fueron la base de la cultura romana, la cual abrió sus puertas al mundo entonces conocido y que se ha perpetrado hasta pleno siglo XXI a través de uno de sus grandes legados: el Derecho romano.

Un estudio sobre el Derecho penal romano, implica necesariamente hacer uso del mayor número de las fuentes que están a nuestro alcance; sin dejar de reconocer, que algunas de ellas no siempre son confiables y a veces sí son contradictorias.

* Directora del Seminario de Derecho Romano.

¹ La romanística contemporánea ha aceptado para su estudio e investigación el método histórico-crítico, basado en sus fuentes. Ver el artículo sobre la metodología jurídica BIALOSTOSKY, S., "Historia o Dogmática", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, núm. 243, marzo de 2006.

El Derecho penal romano ha sido objeto de estudio y valoración tanto en las fuentes jurídicas y literarias romanas² como en la abundante bibliografía moderna y contemporánea.³

Sin embargo debemos reconocer que la mencionada disciplina, ha sido una de las menos estudiada por los romanistas contemporáneos. Cabe señalar, que a diferencia de lo que sucede con el Derecho civil romano, el cual desde sus inicios revela una línea de evolución y autonomía; el Derecho penal, a pesar del interés que despertó la obra de Mommsen, el Derecho público romano —el cual merece nuestro reconocimiento—, al situarlo entre el Derecho y la Historia; además de que, como afirma Torrente, tiene además el mérito de relacionarlo con el Derecho procesal; mantiene una posición demasiado dogmática y poco histórica.

Por su parte Wlassak al referirse al proceso penal, lo plantea desde un punto de vista privatístico mientras que Ferrini es totalmente pandectístico, en otras palabras, ahistórico.

Hoy en día, éstas y otras posiciones similares, han sido superadas por la romanística contemporánea; la que aceptando el mencionado método histórico-crítico, nos lleva a afirmar que si bien en el periodo arcaico, no había una separación completa entre la justicia civil y la penal, nos ha permitido ubicar su origen y desarrollo, apreciar la diferencia entre delitos y *crimina* y avocarnos, como es el caso del presente estudio, a uno de ellos, la corrupción de los funcionarios públicos *crimen repetundarum* que tuvo tanta presencia en la época republicana; a partir sobre todo de la expansión territorial y marítima después de la segunda guerra púnica, así como a su desarrollo en el derecho clásico y posclásico durante el Principado e Imperio respectivamente.

En consecuencia debemos reconocer que en los primeros siglos de la vida de Roma, superada la fase de la venganza privada y la del Talión; durante la monarquía primitiva latina, el Derecho penal, no sólo no estaba bien defi-

² Ley de las XII Tablas; Edictos de los magistrados Senadoconsultos; Constituciones imperiales; Código Teodosiano; Corpus Iuris Civiles-Digesto; Tito Livio; Cicerón.

³ MOMMSEN, T., *El Derecho público romano*, 1889; FERRINI, C., *Diritto penale romano. Teorie generali*, 1889; WLASSAK M., *Prozessrecht*, 1917; BRASSIELO U., *La repressione penale in diritto romano*, 1937; ID., *Pena*, N.N.D.J.L., 1956; KUMPEL, “Des römisches Kremenalverfathen”, *Z.S.S.*, 184, 1967; GIUFFRÉ V., *Il diritto pubblico nell’esperienza romana*, 1977; BURDESSE, *Manual de Derecho público romano*, 1972; GUARINO A., *Storia del diritto romano*, 1987; DE FRANCISCI P., *Historia del Derecho romano*, 1969; TORRENTE A., “Conferencia magistral inaugural sobre el Derecho penal romano”, en *VII Congreso internacional y X Iberoamericano del Derecho romano*, Madrid, 2005; CATALANO P., *Diritto augurale*, 1900.

nido. La facultad de reprimir los ilícitos entre particulares se reflejaba en el poder *coertio*, que tenía el rey-sacerdote y el derecho de vida y muerte (*ius vitae ac necis*) o la entrega del culpable al agredido (*noxae deditio*) que tenía el *pater familias* para castigar.⁴

D.9.4 Gayo De noxalibus actionibus... sed ex noxa atque maleficium. Servorum adversus nos institunratur, quórum actionem vis et potestas haec est...

Cuando estos ilícitos afectaban a la comunidad y se ponía en peligro la buena relación con los dioses (*pax deorum*) la tradición latina, Livio 1.26.6 y 8... se refiere a penas de carácter religioso (*de ritu sacrorum*) expiatorias como es el caso del asesinato al *pater familiae* (*parricidium*) y la traición (*perduello*). Ambos delitos que constituyeron el núcleo del derecho penal arcaico y fueron recogidos por la ley de las XII tablas. Si bien, en la época monárquica al parricidio se refería sólo a la muerte del *pater familias*, posteriormente se aplicó a la muerte de cualquier hombre libre y se les consideró como uno de los primeros crímenes (*crimina publica*) perseguido por el Estado.

D.48.9.1 Modestino...*occiderint praeter matrem et patrum et avum et aviam, capitis poena...*

D.48.9.4 Marciano...*de publicis iudictis erum pater et mater...*

Es importante señalar que la tradición latina refiere la creación de las primeras normas penales a las *leges regiae* también de carácter religioso.

Durante mucho tiempo los romanistas las rechazaban dándoles un carácter apócrifo, recogidas posteriormente en el llamado *ius Papiniarum*. Al respecto la romanística contemporánea considera que si bien no pudieron haber sido leyes propuestas en los comicios (*leges rogatae*), sí fueron expresión de normas consuetudinarias dictadas por el rey, siendo la más antigua la atribuida a Rómulo para un caso de adulterio y otra a Numa respecto a la violación de las piedras que separaban los fundos. La sanción que se encuentra en las fuentes en relación con los referidos delitos lesivos de intereses sagrados-colectivos consisten en el rechazo de la comunidad al culpable (*consecratio*) declarándolo *sacer esto* y privándolo de sus bienes (*consecratio bonorum*). Para casos más leves se imponía al transgresor una pena expiatoria (*piaculum*).

Hay que hacer notar que tanto en la monarquía latina como en la etrusca los conceptos de *imperium* en conexión con el de *auspicium* fueron legiti-

⁴ BURDESSE, *Reflessione sulla pressione penale romana in età arcaica*, B.I.D.R. 69, 1966, p. 342 y ss.

madores de la fuerza del rey-sacerdote, cuyo poder se fundamenta principalmente en la interpretación que el mismo hace de la voluntad de los dioses.

Dentro de la larga y lenta evolución que vivió el Derecho penal romano, la ley de las XII Tablas (451-450 a.C.) marca un hito en la progresiva secularización, que si bien aún conserva algunos vestigios religiosos y otros de la venganza privada; destaca un avance al delinear las conductas delictivas y sobre todo la separación de dos categorías de actos ilícitos penales (tablas VIII y IX) lesiones personales y robo (*furtum*) con compensaciones pecuniarias y del derecho sustantivo y el procesal y la separación de conductas que lesionaban intereses meramente privados cuya persecución se tramita por un proceso civil (*legis actionis*) y otros que de una forma se consideran lesivos a los intereses de la *civitas* perseguibles públicamente ante la asamblea popular (*comitia*). Tabla VIII, *Si membrut rupit, ni cum eo pacit Talio est...* Tabla IX, *Sodales... pactionem quam velint sibi ferre dum ne quid ex publica lege corrumpant...*

Cabe señalar que autores como Guarino⁵ y Torrent⁶ consideran, que es exagerado el valor jurídico y político que las fuentes latinas le atribuyen a dicha legislación decenviral y que si bien en el campo referente a la represión penal no se limitaron solamente a un reconocimiento y sistematización de las costumbres (*mores*), y rechazaron así mismo, que el derecho de los ciudadanos de acudir a las asambleas (*comitia centuriata*) en caso de haber sido objeto de una pena capital (*pvocatio ad populum*) esta disposición se encontraba reglamentada por las leyes Valeria de (*provocatione*), (509 a.C.), la Valeria Horata (449 a.C.), y forman parte de la multicitada (*lex duodecim tabularum*) y tienen un origen monárquico.

El reconocimiento de los mencionados *comitia* como asamblea constitucional a partir del periodo republicano, tuvo el efecto de incluir entre las fuentes formales, al *ius edicendi* y la *iurisdictio* de algunos magistrados cónsul, pretor, que publicaban en base a su *imperium* publicaban y fueron sin lugar a dudas el origen de una verdadera y propia justicia criminal que se desarrolló lentamente al lado de los delitos (*delita*).

Las mencionadas *leges publicae* eran en sentido propio las liberaciones comiciales, que tuvieron presencia en los juicios criminales en los cuales los mencionados magistrados, en base a su *coercitio* podían a discreción dictaminar la pena de muerte.

⁵ Así CATALANO, P., *Contributti all Studio del diritto augurale*, Turín, 1900.

⁶ Su contenido, evaluación y fecha han sido objeto de múltiples estudios y tema de infinitos Congresos romanos. Ver R.E. BERGER y COLEMAN N.

Este proceso criminal fue el inicio de una nueva justicia criminal, la cual se dividía en dos fases: la primera la investigación (*anquisitio*) que hacía el magistrado sobre la efectiva existencia del crimen que se atribuía al acusado, fase que concluía con un decreto de condena, el cual se enviaba a los comicios; la segunda era la fase de la propuesta (*rogatio*) que se hacía ante la propia asamblea, la cual según la votación se pronunciaba afirmativa (*uti rogas*) o negativamente (*antico*) acerca de la aplicación de la pena máxima (*interdictio aqua et igni*) (*i.a.e.i*) que consistía en la exclusión del acusado de toda relación con sus semejantes, pérdida de la ciudadanía (*capitis deminutio media*) así como de sus propiedades. Esta pena se suprimió a principios del Principado, cuando el proceso comicial se reorganiza, y en su lugar se aplicaba la deportación que tenía lugar en una isla o en un oasis del desierto de Libia.⁷

Los mencionados juicios públicos (*iudicia populi*) muestran aún el paralelismo o ambivalencia entre los planteamientos penales públicos y los privados, que nunca llegaron a diferenciarse tajantemente en la Roma republicana; por lo que consideramos, no puede atribuirse en esa época, la existencia de un Derecho penal público suficientemente autónomo respecto a los otros sectores del ordenamiento jurídico.

Es hasta finales de la República, cuando la materia penal, empieza a despegar por sí misma, por lo menos en el área procesal, con la delimitación de las conductas delictivas y sus penas correspondientes.

Debido, entre otras razones, al tratamiento tan desigual que se daba al acusado según perteneciera o no a una familia noble, en la mitad del siglo II a.C., se acentuó la decadencia del proceso comicial, al mismo tiempo que se iba formulando un nuevo proceso comicial. Que si bien también de carácter acusatorio, llamado de las (*quaestiones*),⁸ que además de su simplicidad, significó no sólo una reforma técnica, las raíces de este nuevo sistema fueron de orden político social, económico y moral; motivados sobre todo después de la mencionada segunda guerra púnica, época en que los gober-

⁷ GUARINO, *The twelve tables*, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

⁸ En términos generales se daba al término *quaestiones* a escritos jurídicos, que constituían colecciones de casos reales o ficticios, que los juristas solían plantear y discutir con sus alumnos durante las clases. Son famosas las *quaestiones* de Africanus, Scaevola, Papiniano y Tertulliano. Este último nacido en Cartago entre los años 150 y 160 d. C., se convirtió al cristianismo. Es considerado el primer jurista que se dedicó en sus escritos a propagar la nueva religión. Sugiero a los lectores la lectura del Apologético de Tertulliano publicado por el Instituto de Investigaciones Filológicas de la UNAM (edición a cargo de Roberto Heredia Correa), 2005.

nadores, todos ellos exponentes de la *nobilitas* senatorial; se enriquecían sin escrúpulos tanto por los frutos de sus intereses privados, por el cobro de los impuestos (*publicanos*).⁹ Así como por el mal manejo y la corrupción de la administración pública, tan alejada de los criterios republicanos. Esta situación provocó sin duda que el Senado nombrara una comisión integrada por tres personas, que actuarían como jueces-árbitros (*recuperatores*), para que hicieran una investigación, que funcionaría como juzgados penales. Si como resultado de la misma se comprobaba el mal manejo del gobernador, se procedía a la restitución de la riqueza mal habida (*pecuniarum repetitio*) aunque esto, aún no estuviera previsto en ninguna ley.

Como el lector puede darse cuenta fácilmente, faltaba en el derecho penal anterior, el principio de legalidad: *nullum crimen nulla poene sine lege*, en virtud del cual nadie puede ser castigado sino por hechos definidos como delitos o en virtud de una falta existente en una ley anterior a su comisión. Este principio básico y esencial en todo sistema penal moderno, encuentra ya su consagración en el sistema de tribunales permanentes (*quaestiones perpetuae*).

Este nuevo tipo de procedimiento surgió a propósito del *crimen repetundarum* con la Lex Calpurnia de *pecunia repetundis* del 149 a.C., que fue realmente un plebiscito propuesto por el tribuno de la plebe Calpurnio Pisone Fruti, en el cual se instituye la mencionada *quaestio*.

Cic. Bruto 27,106 . . . *nam et quaestiones perpetuae hoc adolescente constitutae sunt, quae antea nulla fuerunt Llerum Piso tribunas plebis primus de pecunis repetundis*

Cabe resaltar que dicha ley, no fijaba una pena para la concusión; se limitaba solamente a ordenar la devolución de las cosas o su equivalente en dinero. En otras palabras no se trataba de reprimir un delito, sino de obtener la restitución de lo abusivamente obtenido.

El nuevo sistema de las *quaestiones perpetuae* ya oficialmente introducido, fue sucesivamente disciplinado y perfeccionado por numerosas leyes posteriores, las cuales fijaron algunos lineamientos generales sobre el procedimiento, que aunque no de un modo exhaustivo, sí señalaron los criterios para la designación de los jueces y magistrados que debían participar en el procedimiento y que integraban el colegio de juzgadores (*consilium*). Esta cuestión que fue motivo de vivas discusiones en la República. En el cuadro de esta lucha se encuentra la *lex Sempronia Gracci iudiciaria* 122 a.C., que permite que los *ecuestres* además de la *nobilitas* formaran parte del mencio-

⁹ Respecto a los *publicanos* y a las *societas publicanorum* Inst. 3.25 y D. 17.2; 39.4.

nado cuerpo de los *iudices*. En el año 70 a.C., una *lex Aurelia* dispuso que en el *consilium* figuraran miembros de la clase senatorial, la de los (*ecuestres*)¹⁰ y la de la clase inferior, los *tribuni aerari*.

La iniciativa al proceso podía ser hecha por cualquier ciudadano (*acussatio o postulatio*). Constituido el tribunal el proceso se iniciaba con el discurso del acusado o defensor, y los testigos si los había; acto seguido se realizaba la réplica si ésta procedía y en algunas *quaestiones* como es el caso de la *repetundarum* era obligatorio el doble examen del proceso (*comperendatio, actio prima et secunda*). Después de la correspondiente votación, el juez-pretor que precedía el *colegio*, quien no tenía derecho de voto, según el resultado del escrutinio declaraba la culpabilidad o la absolución. La pena inflingida en la *quaestio* era definitiva; y su contenido oscilaba entre una pena capital o la ya mencionada exclusión del condenado de la vida civil y su expulsión de Roma, o bien para crímenes menores, la de una multa (*damnum*) o la limitación de los derechos cívicos (*ignominia*).

La condena producto de la *quaestio* era definitiva e irrevocable. Cabe hacer notar que la admisibilidad de la famosa *provocatio*¹¹ motivó fuertes discusiones entre las diferentes clases sociales; los *optimates* la negaban y los *populares* la concedían. El único recurso posible era el de volver las cosas al estado jurídico en que se encontraban antes (*restitutio in integrum*);¹² al que se podía acudir, si el juicio tuviera vicios como era el caso de la falta de las formas destinadas a garantizar los medios idóneos necesarios para la defensa del acusado. Un juicio semejante, se pudo haber llevado en las provincias.

Los crímenes previstos por las *leges publicae* perseguibles por las *quaestiones perpetuae* sistematizadas por Sula son:

- a) *Crimen repetundarum*: consistía, como ya hemos mencionado en la malversación y rapacidad de los magistrados provinciales cometida en perjuicio de la comunidad, especialmente por los gobernadores, quien a través de un Senadoconsulto establecían con precisión sus límites, así como todos los poderes necesarios para el ejercicio de sus funciones *iurisdictio, ius militae, ius coercendi*, a los cuales se les proveía

¹⁰ FRANCISCI, *op. cit.*, pp. 587 y ss. La mencionada ley aún tenía ciertas características del sistema procesal romano.

¹¹ GUARINO, *op. cit.*, pp. 256 y ss.

¹² GUARINO, *op. cit.*, pp. 503 y ss; ver S. BIALOSTOSKY, "La influencia del Derecho civil romano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, tomo XVIII, 1968, núm. 69-70.

además de dinero, soldados, naves, empleados subalternos y todo el equipo necesario por cuenta del erario, sin la responsabilidad de rendir cuentas. Bajo su jurisdicción quedaban todas las personas que se encontraban en su provincia,¹³ así fueran o no romanos. Todos los problemas relativos a la aplicación del derecho se regulaban en su edicto (*edictum provinciale*) y el área procesal se dirimía por la ya citada *cognitio extraordinaria*.

La respuesta de la comunidad a la rapacidad no se hizo esperar; ésta solicitó al Senado que enviara a sus representantes y se iniciara la correspondiente investigación y si procedía se restituyera la riqueza así obtenida (*quarere de pecunis repetundis*). A partir de la mencionada Lex Calpurnia de repetundis (149 a.C.), se iniciaron una serie de *leges repetundarum* y senadosconsultos que fueron adaptándose y dieron respuesta a los diferentes cambios políticos, económicos y morales que se dieron en Roma. Las señalaremos tomando como orden de prelación sus fechas y contenidos:

Lex Acilia repetundarum (123 a.C.) es una de las *leges repetundae* más conocidas, debido sobre todo a que se ha conservado en gran parte del texto en una inscripción original. Se le reconoce como *Lex Acilia*, la cual establece una pena pecuniaria del doble del valor del daño causado.

Lex Sempronia iudiciaria (122 a.C.) le otorga a la clase *ecuestre*, entre sus beneficios, el formar parte de los juicios criminales, excluyendo a los senadores de dicha función.

Lex Servilia de repetundis (111 a.C.); establece penas más severas que las anteriores *leges*. Esta es la primera ley que introduce la pérdida de los derechos políticos (*ius honorum* y *ius suffragii*) como pena por *repetundae*.¹⁴

Lex Livia iudiciaria (91 a.C.), establece una corte especial (*quaestio*) para juicios contra jueces corruptos por extorsión.

Lex Cornelia de repetundis de Sila (81 a.C.) al referirse a la extorsión, con leyes aún más severas que las anteriores, aumenta el número de los *quaestores* a 20, y establece nuevas reglas de administración, les prorroga el *imperium* a ex pretores y ex cónsules que habían asumido la gobernatura con la *prorrogatio imperio*.

¹³ GUARINO, *op. cit.*, p. 224 y ss.

¹⁴ BERGER, R. E., 12,2414.

La *Lex Iulia repetundarum* (59 a. C.) propuesta por César siendo cónsul, es la última y más severa (acérrima) *lex* republicana sobre *repetundarum*. Dicha ley estaba aún vigente en el derecho justinianeo.

D.48.11 Ulpiano. *Quaen solet an per alium causas. . . quae res in rebus pecuniarius aunt rescripta. . .* la que abarcaba cualquier tipo de extorsión en la cual estuviera inmiscuido un funcionario público; incluidos jueces y árbitros, que cometieran todo tipo de falta o violación.¹⁵

En relación con los senadoconsultos referentes al *crimen repetundarum* debe mencionarse al Sc. *Calvisianum de repetundis* (4 a.C.) que establecía el procedimiento penal en los juicios del mencionado crimen¹⁶ en las provincias.

Las otras ocho mencionadas *quaestio* como ya se dijo sistematizadas bajo la dictadura de Sila son:

- b) *Crimen maiestatis*; consistía en el abuso cometido por parte del senado o cualquier magistrado. Se le consideró como el acto más grave contra la República. La ley Apuleia de 103 a.C. y la *lex Varia* del 190 a.C. introdujeron este nuevo crimen (diverso del antiguo de alta traición *perduello*). La *lex Cornelia de Sullae maiestates* (81 a.C.) establece la pena de muerte o el exilio voluntario (*ius exilii*).
- c) *Crimen vis*: consistía en el uso de la violencia física para impedir el libre desarrollo de la función estatal. Este crimen se difundió mucho durante la bien llamada “crisis de la República”, reglamentado por la ley *Planta de vi* (80-70 a.¿C.), estableciendo para el caso, la pena de muerte, conmutable por el ya referido *iux auxili*.
- d) *Crimen ambitus*: se refería a la corrupción en materia electoral, especialmente a las malas prácticas que realizaban los magistrados durante las giras electorales para obtener el voto de los ciudadanos. Una serie de leyes que penalizaron esta corrupción fueron: *lex Cornelia Baebia* (181 a.C.), la *Cornelia Fulvia* (179 a.C.) que establecía la interdicción temporánea de los cargos públicos. Sulla en el (81 a.C.) con su famosa *lex Cornelia de ambitus deiecta* y más tarde la *lex Calpurnia* del 67 a.C establece la interdicción perpetua de los mencionados cargos.¹⁷

¹⁵ GUARINO, *op. cit.*, p. 255.

¹⁶ PREMERSTEIN Z.S.S.48, pp. 198-428.

¹⁷ Sugiero mi artículo sobre “ambitus”, *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, 2004, núm. 242, pp. 321 y ss.

- e) *Crimen sodalicio*: consistía en la pertenencia a un consorcio (*sodalicia*) con el objeto de bloquear o conducir en un cierto sentido los votos electorales. La *lex Licinia crassi* de *sodaliciis* del 55 a.C. probablemente el interdicto *aqua est igni*.
- f) *Crimen peculatus*: consistía en la apropiación de dinero *sacro, religioso o público* cometido por un funcionario público o por un particular, así como a la alteración de monedas o documentos oficiales. Una *lex Iulia de peculatu et de sacrilegiis* renovó.¹⁸
- g) *Crimen homicidio*. La *lex Cornelia de sicarios et veneficis* del 81 a.C. Confirmó la pena *Inter. a. e. i*, para varias figuras de homicidio también en grado de tentativa. La *lex Pompeia de parricidio* del (55 a. C.) amplió la misma pena al asesinato de parientes próximos y no solo al padre.
- h) *Crimen falsi*: comprende la ofensa a la fe pública a través de falsificación material.
La *lex Cornelio de falsariis* del (81 a.C.) (llamada también testamentaria o numaria) comprende el dar falsos testimonios y acusaciones con el fin de inculpar a una persona. Se penaba con el int. a. e. i en los casos de alteración de los testamentos.
D. 41.8.10 Paulo. . . *calumnia. est illi falsum testimonium subornati Dixerunt*
D. 48.10.9 Ulpiano *Lex Cornelia cavetur . . . quid argenteos unimos Adulterios flavent falsi cumina tenen*
- i) *Crimen flagitii*: consiste en la reducción de un ciudadano romano a la condición de un esclavo de hecho por hacerse pasar en fraude de acreedores como tal y haber perdido posteriormente su libertad. La *lex Fabia de plaggium* (posiblemente del s. I a.C.) depuso severas penas que aumentaron durante Dioclesiano, quien introduce la pena de muerte al *plagium*.
D.48.15 Ulpiano *Si liberum hominem emptos sciens emerit, capitale crimen. . . ex lege Fabia de plagio nascitur. . . esse vendident*
- j) *Crimen calumnia*: consiste en la acusación dolosa de un crimen inexistente. Una *lex Remmia* (80 a.C.?) establecía que los calumniadores deberían ser enjuiciados por la misma *quaestio*, que donde se había acusado al inocente y perdía la oportunidad de entablar algún juicio en

¹⁸ Entre la amplia bibliografía sobre el crimen *peculatus* sugiero a D'ORS, A., *Contribuciones a la historia del crimen falsi. Studi in honore di Volterra*, Milán, 1971, pp. 527 y ss. Y sobre las circunstancias históricas de su aparición SANTALUCÍA, B., "La legislazione Sillana in materia de falso nummaria", *IURA*, 30, 1979.

el futuro. Se podía además inhabilitar al acusado, tacharlo de infamia y perdía la oportunidad de acceder a un cargo público.

El contenido de todas las *leges* anteriormente citadas nos demuestran el grado de corrupción y relajamiento de la moral que vivía Roma a finales del periodo republicano.

La participación meritoria de Sula en el ámbito penal no se agota con la sistematización del procedimiento de las *quaestiones perpetuae*. Es notoria su preocupación por los delitos contra las buenas costumbres, y en especial a favor del orden familiar; lo que provocó sin duda, las bien conocidas la *lex Iulia de adulteris* (18 a.C.) y otras innovaciones de Augusto encaminadas a reprimir uniones sexuales fuera del matrimonio como el adulterio y el estupro, así como el matrimonio con la mujer que ya hubiera sido acusada de adulterio.

El nuevo procedimiento de la *cognitio extraordinaria* que inició Augusto en base a la antigua *coercitio* del magistrado que tenía el *imperium*, con su ley en torno al *ordo iudiciorum privatorum*¹⁹ al principio del principado dio fin con términos precisos, al derecho penal típico de las mencionadas *quaestiones perpetuae*, al que ya no se agregaron nuevas figuras delictivas y todo lo que quedó fuera de dicho ordenamiento se transformó en un verdadero y auténtico proceso *pro tribunale* con las formas más ágiles y elásticas y cambia su carácter acusatorio a inquisitivo y el Senado dejó de tener el papel de simple *consilium* para convertirse en un tribunal juzgador cuyas decisiones tendrían el valor de sentencias.

Es hasta el año 17 a.C.?, cuando Augusto con su *lex Iulia Iudiciaria* deroga el sistema penal típico creando competencias y disciplinando las facultades de los distintos funcionarios y establece un sistema cerrado de penas, muchas de ellas a graves y feroces. Podemos afirmar sin lugar a duda que el *Ius punendi* lo tiene exclusivamente el órgano gubernamental, en este caso el “príncipe”.

Cabe señalar que el s.C. *Calvesianum de repetundis* simplifica el procedimiento del crimen *repetundarum*; el colegio de jueces se reduce a 5 senadores. El s. C. *Claudianum de repetundis* (47 d.C) delimita los honorarios de los abogados y aumenta la pena a cuatro veces el valor de lo sustraído. Mientras que en el periodo republicano la pena capital quedaba reducida al i. a. e i para cualquiera que estuviera investido de un cargo público, ahora se aumenta la muerte que podía ser por decapitación o crucifixión.

¹⁹ TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, 2005, pp. 135-184; y WLISSAK RE. 4.

Se agrega la figura delictiva de la *concessio*, que consiste en la extorsión por prestaciones indebidas y de favores no debidos mediante amenazas de tomar medidas injustas por cualquiera que estuviera en un cargo público (D. 47.13; C. 12.61).²⁰

En la época de Adriano la *cognitio* en materia criminal sufre un proceso de reorganización unitaria y aumentan las figuras penales perseguidas por el emperador, es decir la autoridad gubernamental es la única que puede hacer la denuncia (*accusatio o delatatio*) facultad que puede delegar a sus subalternos: se agregan una serie de penas: estrangulación, reducción a la esclavitud, ser alimento para las fieras entre otros.

Si el proceso no se llevaba a cabo frente al príncipe el acusado podía apelar, apelación que no se consideraba un derecho sino una gracia que él podía o no conceder.

Respecto al *crimen repetundarum*, aumenta su catálogo de casos, comprendiendo entre éstos toda clase de malversación de los funcionarios públicos. La pena del ya reconocido crimen de concusión fue mas grave para los *humiliores*²¹ y podía penarse con la muerte.

Queda claro que en materia criminal el príncipe deviene en materia criminal el *cognitor* supremo e inapelable, dándole el *ius punendi* definitivamente a la autoridad imperial.

La represión penal en el derecho posclásico (235 al 265 d.C.) se caracteriza por el triunfo de la *cognitio extraordinaria*, que era solamente imperial.

En dicho periodo el cuadro de los *crimina* permanece esencialmente igual con la característica, sin embargo fueron las variaciones numerosas y frecuentes del poder imperial las que aplicaron una represión penal extremadamente incierta y contingente.

En algunos casos las penas se cambiaban con castigos adicionales, como la confiscación total o parcial del patrimonio y en algunos casos si el delito era considerado menos grave, la exclusión de residencia de un determinado territorio o la prohibición de ejercer determinados oficios.

Respecto al *crimen repetundarum* aumentaron el número de hipótesis violatorias de los funcionarios públicos: La inseguridad, en este campo, como en otros era notable.

²⁰ HITZIG, D., RE. 4.

²¹ *Humiliores*. La clase más baja de la sociedad romana. Los *honestiores* (antitesis) eran los ciudadanos de la clase más alta y se distinguían por su posición oficial, riqueza u origen. La diferencia entre unos y otros era de gran importancia en el ámbito y procedimiento criminal.

Paralelamente al triunfo de la *cognitio* imperial en materia de represión penal se verificó en esta etapa posclásica el fortalecimiento del proceso inquisitorio, inestabilidad y agravación en concordancia con el cambio político-constitucional de las penas cuya fuente eran las constituciones imperiales que como sabemos debían ser rígidamente seguidas y aplicadas por los jueces.

Así en el Imperio se producen sustanciales modificaciones en la tipificación de las figuras delictivas, transformando delitos que eran considerados privados en públicos (*crimina*).

En esta época el *crimen repetundarum*, en esta época comprende todos los actos realizados por funcionarios públicos y se sanciona con penas más graves, no sólo personales sino también pecuniarias.

Junto a este crimen aparece la *concessio* para el caso de extorsiones calificadas y se sanciona más gravemente si el que la realiza pertenece a las clases más bajas (*humilior*).

Cabe señalar que a diferencia de lo que sucedía en el campo del derecho penal privado, en materia criminal la participación de la jurisprudencia tanto durante el periodo clásico como en el posclásico es casi nula.

Respecto a la gran variedad de violaciones de las obligaciones del cargo cometidos por los funcionarios, se extendieron los límites del *crimen repetundarum* contenidas en el Código Theodosiano (C. Th.)²² como la indebida concesión de permisos a titulares (C. Th. 7.121) malversación de las erogaciones (C. Th. 8.1.46), con el fin de procurar indebidos privilegios (*immunitates*) tanto civiles como militares, fraudes de los escribanos adscritos a la distribución del panques *panis gradilis* (C. Th. 14.176) y en cuanto a la confusión del *crimen repetundarum* que se confunde con el *crimen concessio* (D. 47.3) que más de una constitución se refieren (C. Th. 8.10).

Como puede observar el lector, la legislación posclásica en materia criminal en general, va siendo cada vez más rica como lo atestiguan las mencionadas constituciones imperiales.

Es importante señalar que el número de la *crimina* que ofendían a las nuevas concepciones cristianas sobre la personalidad y la dignidad humana. El influjo del cristianismo se hizo sentir muy profundamente en el ámbito de los crímenes relacionados contra las buenas costumbres: el adulterio fue conminado por Constantino con la pena capital (C. Th. 9.72; 9.40.1). En ese mismo sentido según Constantino (C. Th. 11.36.4) en una Constitución

²² La primera colección oficial de constituciones imperiales fue hecha por el emperador Theodosio II y publicada en Oriente en 438 d.C

de Valentiniano, Teodosio y Arcadio (C. Th. 9.76) castiga con la pena de ser quemado vivo por delitos sexuales. Bajo Constantino el divorcio se consideró un *crimen* y se castigó con la deportación. Así mismo, habiéndose declarado el cristianismo como religión oficial se consideró el hecho de profesar otras religiones como *crimen (violentae religiones)* y fueron reprimiendo todos los actos de oposición o de crítica ya convertida religión oficial (C. Th. 16.5.45;16,5,63;16.2.25); entre otras.

A partir de Constantino (322 d. C.) deviene obligatoria efectuar la citación al juicio el sistema de la *litis contestatio* clásica.

La legislación de Justiniano tomando como punto de partida las antiguas figuras delictivas, que como hemos señalado, habían sido desarrolladas con base en las normas republicanas habían sido desarrolladas, como hemos señalado, por la legislación del Principado e Imperio.

Los únicos nuevos *crimina* son la blasfemia (Nov. 77) y el consistente en elaborar ceremonias cristianas en edificios no adecuados, según la doctrina de la Iglesia para tal destino; cuya pena era la confiscación del edificio mencionado con la pena capital.

En relación con las penas en general, debemos reconocer que el criterio de Justiniano fue atenuarlas.

Justiniano renueva la distinción entre *vis publica* y *vis privata*, reduciendo la pena de la pública primero a la deportación. (Inst. 4.18.8).

Respecto al rapto Justiniano mitigó las sanciones en contra de la mujer que había sido víctima él mismo (C. 9.13.1; Nov. 143; 150).

Para la castración sustituyó la pena capital por la relegación y la confiscación del patrimonio; a menos, que curiosamente la parte lesionada optara por ejercer el talió (Nov. 142.1).

A manera de recapitulación podemos describir la evolución del Derecho penal romano en varias fases:

Derecho arcaico

(Monarquía) Época en que la religión embebía completamente el derecho. Las figuras delictivas contra la persona, familia y propiedad, se castigaban con penas expiatorias. En casos graves era considerado *sacer esto* lo que implicaba su separación de la comunidad. La *coercitio* la tenía el sex-sacerdote o el *pater* familias si los delitos se consideraban privados.

La Lex de las XII Tablas, marca un hito dentro de la progresiva secularización del derecho. Sin embargo muestra aún vestigios de la venganza privada.

Derecho preclasico

(República) A partir de las leyes *Licina Sextiae* 367 a. C., culmina la separación entre funcionarios religiosos y los políticos. Se estabiliza y afirma el régimen republicano.

La *coercitio* la tienen los magistrados cuando se refiere a ilícitos que afectan a la comunidad (*crimina*); éstos se resolvían con la participación ciudadana en las asambleas públicas. Los ilícitos que afectan exclusivamente a los particulares (*delita*) se persiguen a instancias de los perjudicados que pueden acudir en todo caso a la *iurisdictio* del pretor.

Los cambios políticos, económicos y sociales a fines de la República—durante su crisis—, se reflejan en el ámbito penal con un aumento en las figuras delictivas, lo que da lugar a la sistematización de las mismas. El sistema de las *quaestiones publicae*, cuya reglamentación da lugar al *Crimen repetundarum*, sanciona los actos de corrupción de los magistrados públicos.

Derecho clásico

(Principado) El principio de legalidad iniciado con las *quaestiones*, llegó para quedarse y estará presente en toda la legislación penal. El *ius punniendi* lo tiene el Príncipe, quien tiene la libertad para fijar la pena tomando en cuenta las circunstancias en que se había cometido el crimen. De la discrecionalidad del juzgador se deriva el poder valorar el elemento de intencionalidad así como de la responsabilidad física además de la material del imputado.

Cabe señalar el cambio del proceso acusatorio de las *quaestiones* por el inquisitorio (*inquirere*).

Derecho posclásico

(Imperio) Se endurece el derecho penal, la persecución de los delitos, la mayor parte de índole religiosa está en manos de los emperadores.

Derecho Justiniano

Se suavizan las penas prevaleciendo aún las de contenido religioso y se destaca la diferencia entre delitos privado y los públicos.

La recepción de la lucha legislativa contra el *crimen repetundarum* se dio, al igual que sucedió con tantas otras categorías jurídicas romanas, en la evolución histórico—jurídica del Derecho penal mexicano:

Derecho prehispánico

En la Historia general de las cosas de la Nueva España, Bernardino de Sahagún dice: “los jueces no recibían cohecho ni favores del culpable, sino hacían la justicia honestamente”.²³

Derecho castellano

Las 7 Partidas de Alfonso X el Sabio al referirse a los jueces señalan “homes bonos que son puestos para mandar et facer derecho”.²⁴

En las Ordenanzas de Medina del Campo (1489) dictada por los reyes Católicos al respecto dicen “prohíben recibir, ni por sí mismo ni por interpósita persona, presentes ni dádivas de algún valor, ni cosas de comer, ni beber ni otra cosa alguna”.

La pena establecida, consistía en perder el juzgado y oficios y ser declarados inhábiles en el futuro para ser juzgadores o tener oficios públicos y tornar el doble de lo que hubiesen recibido.²⁵ Por los mismos reyes católicos en 1498 la pena fue la siguiente “por primera vez sea desterrado de nuestra Corte por medio año, por segunda vez lo pague y sea desterrado por un año, si reincide por tercera vez, pierde la mitad de sus bienes y sea desterrado perpetuamente.

Derecho Indiano. Recopilación de las Leyes de Indias 1680, Libro II Tít. XVI, Ley XIX “La responsabilidad de los presidentes y oidores se reglamenta así “no reciban prestado, dádivas ni presentes, en poca o mucha cantidad, son las penas contenidas dispone que no tenga familiaridad estrecha con personas eclesiásticas ni seglares...²⁶

²³ Conaculta, 2002, p. 757.

²⁴ Partida III, Libro 3, Título IV, Ley 13.

²⁵ Pandectas Hispano mexicanas, tomo 7, UNAM, 1994 p. 817.

²⁶ Ver TERÁN, Adriana, *Justicia y crimen en la Nueva España Siglo XVIII*, Ed. Porrúa, 2007.

El presente artículo pretendió introducir a los lectores al estudio e investigación del mundo jurídico maravilloso que es el Derecho Público Romano en general y en especial el Penal.

Si lo he logrado, mis *desiderata* se verán más que satisfechos.

LISTA DE ABREVIACIONES

1. B.i.d.r. Bulletino dell’Istituto del Diritto Romano
2. Cic. Cicerón
3. C. Código de Justiniano
4. C.Th. Código Teodosiano
5. D. Digesto de Justiniano
6. Const. Constituciones imperiales
7. I. Instituciones de Justiniano
8. Liv. Tito Livio
9. Nov. Novelas de Justiniano
10. N:N:D:I: Novismo Digesto Italiano
11. R:E: Real Enciclopedia Paulty Wissova. La mejor y más importante sobre la historia antigua del Derecho romano. Está escrita en alemán, no existe traducción, se localiza en el Instituto de Investigaciones Filológicas.
12. S:c Senadoconsultos
13. Z:S:S: Zeitschrift de Savigny, la revista más completa sobre la historia del Derecho romano. 124 volúmenes. Se localiza en la Biblioteca Antonio Caso de la Facultad de Derecho de la UNAM.