

Unas consideraciones generales acerca de la génesis y evolución de la Jurisdicción Militar en Roma hasta el Principado

FEDERICO F. DE BUJAN

Teniente Auditor

Secretario de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército

Sumario: I. Época monárquica. II. Tránsito de la Monarquía a la República. III. La época republicana.

Fratri magistroque meo.

I. EPOCA MONARQUICA

 EN la primitiva comunidad política romana, estructurada en forma de monarquía, el rey (*rex*) se nos presenta como un jefe único y vitalicio, en cuyas manos se reunían todos los poderes políticos y religiosos. Es así el *rex* el jefe temporal y el jefe religioso de la comunidad. Coinciden en este punto tanto los relatos de la tradición como los escritos de los jurisconsultos y los historiadores republicanos y clásicos. El jurisconsulto clásico POMPONIO, considerado como el mejor relator latino de la historia del Derecho Romano, en su *Liber Singularis Enchiridii* (que es una historia del derecho Romano hasta su época, siglo II d. C., de gran interés en cuanto reflexión histórica de un jurista romano) señala en relación con el Derecho Romano primitivo:

“En el comienzo de nuestra ciudad el pueblo se constituyó sin una Ley determinada, sin un Derecho determinado y todas las cosas se gobernaban por el poder de los reyes” (1).

(1) Digesto 1.2.2.1.: “Initio civitates nostrae populus sine lege certa, sine iure certo, primum aqere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur”.

Probablemente en los primeros tiempos de la *civitas* romana (2) el pueblo y el ejército fueron una misma realidad (3) y, así, cuando el *rex* se dirigía a los ciudadanos les denominaba *quirites*, que significa lanceros, no obstante existir también las denominaciones de *arquites*, *milites*, *pedites*, *equites* y *velites* para referirse, respectivamente, a los arqueros, los mil soldados, los infantes, los caballeros y aquellos, por último, que peleaban sin armas, vestidos con una sencilla túnica (4).

La expresión *populus romanus quiritium* habría servido para designar, muy probablemente, al pueblo o al Ejército romano de forma indistinta.

El *rex* tendría, por lo tanto, un poder global, denominado *imperium*, que debió encontrar su fundamento en las cualidades de prudencia, valor e iniciativa del que dirigía la comunidad política (5). En opinión de DE FRANCISCI, el poder en la antigüedad nacía del carisma

(2) Si bien la fundación de la ciudad de Roma, según han demostrado investigaciones arqueológicas, se remonta a la segunda mitad del siglo VIII a. C., no se puede hablar propiamente de *civitas* romana hasta el siglo VI a. C., en el que Roma toma la estructura de Ciudad-Estado, debido quizá a una influencia etrusca, pueblo que, junto con el latino y el sabino, conformaban probablemente el elemento humano poblador de la región del Lacio, sobre la que se asienta la ciudad de Roma. Con anterioridad a la constitución de Roma como Ciudad-Estado es probable que existiese una federación de pueblos, que habitaban las colinas que rodean el espacio sobre el que se asentaría la ciudad. En relación con los orígenes de la *civitas* Vide FREZZA, *La costituzione cittadina di Roma e il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti*, en "Scritti Beatif Ferrini", 1 (Milano, 1947). La exposición de lo que podríamos denominar prehistoria de la *civitas* rebasa la finalidad del presente estudio.

(3) Esta identidad entre pueblo y ejército pudiera basarse en la existencia del *Comicio Curiado*, que era a la vez Asamblea militar y Asamblea política. Se ha discutido si los plebeyos en estos primeros momentos de la vida de la *civitas* tuvieron o no entrada en dichos Comicios. MOMMSEN cree que no, ya que entiende que sólo formarían parte de las Curias las estirpes gentilizas, pero esto parece poco probable, ya que el ordenamiento por *curias* forma la base del Ejército y difícilmente estarían excluidos de él los plebeyos. Vide sobre este punto *Catalano-Populus Romanus Quiritis* (Torino, 1974). Págs. 97 y ss.

(4) Vide en este sentido MOMMSEN, T.: *Historia de Roma*. Vol. I. "Desde la fundación de Roma hasta la caída de los reyes". Traducido al castellano por A. García Moreno. Ediciones Turner. Madrid, 1983. Págs. 115 y ss.

(5) Como pone de relieve RODRÍGUEZ ENNES, la noción de *imperium* adoptada por los romanos encuentra su fundamento histórico en el poder de los reyes de la monarquía etrusca. Poder absoluto del monarca, que se simboliza con la asociación de la *segur* con las *faces*. Asociación que representa la unión del poder militar y el judicial. La más antigua representación de las *faces* se encuentra en un bajorrelieve etrusco del siglo V a. C. También es etrusca la estela funeraria del siglo VI a. C., que contiene la primera manifestación gráfica de la *segur*. Vide RODRÍGUEZ ENNES: *La provocatio ad populum como garantía fundamental del ciudadano romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana*. Studi in onore di Arnaldo Biscardi. IV. 1983. Milano. Págs. 73 y 74. Nota 1.

personal o del institucional. El *rex* romano de la época arcaica basaría el poder en su carisma personal, en cuanto que sería básicamente un *ductor*, que reunía connotaciones en parte religiosas y en parte personales-políticas (6).

Configurada en base a lo antedicho la situación política del *rex* en la primitiva comunidad romana, no puede hablarse en esta época arcaica de un poder militar independiente del poder civil y, consiguientemente, tampoco de una jurisdicción militar diferenciada de la civil, sino que, por el contrario, cabe afirmar que el *rex* es el único titular del poder civil, militar y religioso, reflejo de la amalgama de preceptos jurídicos, religiosos y morales sobre los que se asienta su autoridad (7).

Partiendo de este principio unitario en la detentación del poder encarnado en la persona del *rex*, analicemos el poder del monarca en el ámbito militar. Los poderes militares del *rex* quizá fuesen los pilares sobre los que se asientan todos los demás poderes propios de la realeza, así, en opinión DE SANTICS (8), el rey era elegido ante todo para guiar al pueblo en armas, por su parte, FREZZA (9) considera la necesidad del mando militar como justificadora de la realeza.

Cabe, por tanto, afirmar que, en opinión de estos autores, la fundamentación del poder absoluto del monarca es precisamente su condición de jefe del Ejército (10).

En cuanto a las funciones jurisdiccionales, puede señalarse que debió corresponder al *rex*: la iniciativa de la represión penal (*coercitio*), así como la facultad de intervenir para regular la defensa privada (11). Por otra parte, es necesario señalar que no es posible establecer con absoluta certeza cuáles y cuántos fueron los casos en que se ejercía la represión penal en la época primitiva (12).

(6) *Vide* sobre este punto DE FRANCISCI, P.: *Primordia Civitatis Pontificium Institutum Utriusque Iuris Romae*, 41.59.

(7) No obstante esta acumulación de facultades por parte del rey, su poder estaría limitado en la práctica por la autoridad de los *patres* (que constituían el Senado) y la de los Colegios religiosos (especialmente los colegios de los Pontífices, Augures y Feciales).

(8) DE SANCTIS: *Storia dei Romani*, 1956. (Reed. FIENZE, 1967). I. Pág. 336.

(9) FREZZA: *Corso di Diritto Romano*. Pág. 65. Nota 89.

(10) Para otros autores, como DE FRANCISCI, COLI, KUNKEL, el rey era fundamentalmente un jefe religioso. Tito Livio nos relata como el *rex* necesitaba ser ratificado por los dioses en el momento de su elección, de acuerdo con esta concepción mágica de la realeza, el *rex* desempeñaba su poder sin sujeción a ningún orden jurídico.

(11) *Vide* sobre este punto ALVAREZ SUÁREZ, U.: *Curso de Derecho Romano*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Págs. 163 y ss.

(12) Sentada la afirmación de que correspondería al rey la facultad jurisdiccional, conviene precisar con FUENTESECA que: "El origen de la justicia penal sigue siendo todavía en la actualidad un enigma y para entenderla habría que situarse en un orden de ideas difícilmente concebibles hoy. Las fuentes nos narran que a la persona que cometía

La tradición nos informa que el *rex*, en el ejercicio de esta actividad de *coercitio*, podía utilizar los servicios de ciertos magistrados, que actuarían como funcionarios auxiliares del monarca, son éstos: los *duoviri perduellionis* y los *quaestores parricidii*. La existencia de dichos magistrados nos hace suponer que los dos delitos más graves objeto de *coercitio*, en la época primitiva, serían precisamente: la *perduellio*, que sería una hipótesis de alta traición (13), y el *parricidium*, que habría consistido en sus orígenes en dar muerte a un *paterfamilias* (14).

Respecto de la posibilidad de una eventual apelación de la sentencia dictada por el *rex* o por sus magistrados auxiliares, es dudoso afirmar su existencia en la época que estamos considerando (15), si bien parece probable que el *rex*, antes de dictar una sentencia que supusiese la imposición de una pena capital, procurase contar con la adhesión del pueblo, reunido en asamblea, y es quizá esta costumbre la que sirvió como antecedente de la configuración en la época republicana del *Comicio Centuriado*, como órgano judicial de apelación, respecto de las sentencias dictadas por los magistrados en las que se impusiere la pena capital o una pena pecuniaria importante (superior a 3.020 ases) (16), en virtud de lo dispuesto en la *lex Valeria de*

un delito grave se le consideraba *homo sacer*, es decir, que se hallaba bajo la sanción de los dioses... El rey podía declarar culpable al reo, haciendo recaer sobre él tanto la sanción divina como la de tipo colectivo..., y, en consecuencia, el rey tenía carácter jurisdiccional de tipo religioso". Vide FUENTESECA: *Lecciones de Historia del Derecho Romano*. Madrid, 1978. Págs. 123 y ss.

(13) En contra de la opinión tradicional, que considera el delito de *perduellio* como delito de alta traición sancionado en la época monárquica. Vide MAGDELAIN: *Remarques sur la perduellio*, en *Historia*, 22. 1973. Págs. 405 y ss.

(14) En relación con la tipificación del delito de *parricidium* cabe citar la conocida norma de la *Lex Numae*, quizá anterior a las XII Tablas, que establecía "*Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*" (si alguien da muerte conscientemente a un hombre libre: "*paricidas esto*"). Esta expresión ha sido objeto de polémica en cuanto a su significado. Quizá la versión más autorizada es la de COLL, que entiende que "*paricidas esto*" viene a significar "sea muerto por represalia".

(15) Frente a esta opinión tradicional, que configura la *provocatio ad populum* como una institución típicamente republicana, habría que hacer referencia a las noticias contenidas en la obra de LIVIO, 1,26,8, y de CICERÓN, de República, 2,31, 54, que afirman la existencia de una "*provocatio*" ya en época monárquica. Quizá el motivo por el cual tanto CICERÓN como LIVIO quieren encontrar ya una auténtica *provocatio ad populum* en los primeros momentos en la misma infancia de la comunidad política romana, sea la importancia que para ellos (fieles transmisores de la mentalidad romana de su época) tenía esta institución. Por ello intentan hacer coincidir el nacimiento del *ius provocationis* con el mismo origen de la *civitas*, constituyendo este derecho la garantía consustancial a la condición de *civis*.

(16) En relación con la configuración del *as* como primera moneda romana Vide FERNÁNDEZ DE BLJÁN, A. *Pecunia numerata en función de precio en la emptio venditio romana*. Estudios Homenaje al profesor Alvarez Suárez, Madrid, 1978. Págs. 126 y ss.

provocacione promulgada en el año 300 a. C., sobre la que volveremos al analizar la siguiente época.

Cabe decir, por tanto, en una primera aproximación, relativa a la jurisdicción penal en época monárquica, que la actuación del rey en materia penal hay que verla como una manifestación de la *coercitio* y dentro del ambiente religioso de las penas primitivas (17). Asimismo, el hecho de que el *rex* dispusiera de unos magistrados auxiliares en la represión de los hechos penales más graves parece lo más lógico, en cuanto que desde los primeros tiempos la *ubrs* romana crece y evoluciona de tal modo que hace necesaria la delegación de funciones por parte del *rex*, debido a la imposibilidad material de seguir manteniendo una concentración de poderes en una sola persona para atender a todos los actos de gobierno (18).

Convendría, finalmente, apuntar en relación con esta progresiva delegación de funciones del *rex* en materia jurisdiccional que, además de los *duoviri perduellionis* y los *quaestores parricidii* ya aludidos, que conocían y sancionaban actuaciones delictivas tipificadas como *per duellio* y *parricidium*, respectivamente, magistrados jurisdiccionales habrían sido también el *praefectus urbi*, que actuaría como delegado del *rex*, en la administración de justicia dentro de la *civitas*, y los *tribuni celerum* (jefes de la infantería) y el *magister equitum* (jefe de la caballería), que representarían al rey fuera de las murallas de la ciudad, al frente del Ejército.

Cabría quizá afirmar, a propósito de estos últimos magistrados, tanto su condición de mandos militares como la de autoridades judiciales militares por delegación del monarca, en los casos en que éste no se ausente de la ciudad y, por tanto, no asuma el mando del Ejército en campaña.

(17) Como afirma BURDESE: "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 reservados a cada *gens* o al menos a cada familia". BURDESE: *Manual de Derecho público romano*, trad. esp. Angel Martínez Sarrión. Barcelona, 1972. Pág. 302.

(18) Cabría recordar aquí, en relación con este proceso evolutivo de la *civitas* romana (proceso que llevó a una pequeña comunidad agrícola a convertirse en el más grande Imperio de los conocidos en la antigüedad), las *certeras y brillantes palabras* de ORTEGA Y GASSET cuando afirma que: Nos cuenta la historia de Roma con un ritmo ascendente tan próximo a la perfección que más que una crónica parece que estamos escuchando una sinfonía. Vide ORTEGA Y GASSET, J.: *Obras Completas*. Tomo IX (1.ª Edición). Revista de Occidente. Madrid, 1962. Págs. 101 y ss.

Por último, y para concluir esta etapa, convendría, finalmente, citar en relación con la posible responsabilidad exigible a los reyes las certeras palabras de MOMMSEN cuando afirma que "sin duda éstos estaban bajo la ley y no sobre ella; pero no se concebía un juez supremo, traído ante su propio tribunal, seguía de aquí que el rey podía, sin duda, cometer un crimen pero no tenía contra sí ni justicia ni pena" (19).

II. TRANSITO DE LA MONARQUIA A LA REPUBLICA

La República es la segunda manifestación en que se concreta la estructura político constitucional romana (20). Es pues, el sistema republicano, el régimen político vigente aproximadamente desde el siglo VI a. de C., hasta casi los comienzos de la Era cristiana, si bien no quedó constituido en sus verdaderas características hasta el año 367 a. C., cuando por primera vez gobiernan en la ciudad de Roma dos cónsules, una vez que el consulado se ha configurado, como la más alta magistratura del Estado.

En opinión de DE FRANCISCI, desde los primeros tiempos de la comunidad política romana, junto a los elementos de la constitución primitiva —Rey, Senado y Comicio Curiado (*rex, patres et curiae*)— se habría ido abriendo paso a una nueva organización de carácter típicamente militar, a la que no se podía renunciar porque representaba por su número, por armamento, por encuadramiento y por táctica un progreso respecto al Ejército primitivo. En definitiva, esta nueva organización del Ejército dio lugar a una nueva asamblea o comicio, el denominado Comicio Centuriado. Para mandar este Ejército, tan distinto del primitivo, debió ser necesario el recurrir al nombramiento de un *magister populi*, que quizá fuera el sucesor de los antiguos *tribuni celerum*, auxiliado por un *magister equitum*. Designados, probablemente, estos jefes militares con carácter excepcional y limitado su mandato a la duración de la expedición militar, pronto se transformarían en mandos estables, a los que se acostumbró a confiar el Ejército, convirtiéndose, por tanto, en instituciones normales, con lo que ello suponía de privación del mando militar al *rex* (21).

(19) MOMMSEN, T.: *Historia de Roma*. Vol. II. Op. cit. Pág. 14.

(20) Sobre el tránsito de la monarquía a la república Vide GAGE: *La chute des Tarquins et les debuts de la republique romaine*. París, 1976. Pág. 81 y ss.

(21) Vide sobre este punto DE FRANCISCI, P.: *Arcana Imperii*, MILANO GIUFFRE. 1947.

La decadencia de la monarquía se habría debido, por tanto, a la creación y consolidación de magistraturas que, usurpando las funciones políticas y militares del rey, confinaron al monarca al campo religioso, donde sobrevivió como *rex sacrorum* (22).

No obstante, se hace preciso aclarar que esta argumentación supone solamente una postura doctrinal, que trata de explicar el tránsito de régimen político monárquico al republicano, en base a un debilitamiento paulatino de las funciones del monarca, existiendo otras teorías que entienden que el tránsito se debe o se produce por causas diversas a la expuesta (23).

III. LA EPOCA REPUBLICANA

Parece probable que en los primeros tiempos de la República la vida política y la vida militar aparezcan como realidades complementarias, ya que la Asamblea popular por antonomasia, el *Comitia Centuriata*, era a la vez asamblea militar, en cuanto estructura del Ejército y organización del pueblo en armas (24), y asamblea política, en

(22) Sobre cuanto antecede véase, en particular, PACCHIONI: *Storia dell, Imperio romano narra de un giurista*. Padua, 1934. Págs. 13 y ss.

(23) ROSENBERG, en su obra *El Estado en los antiguos pueblos itálicos* defiende que lo ocurrido en Roma responde a lo acaecido en los demás pueblos itálicos, es decir, una transición lenta de primitivas magistraturas a formas de República.

Por su parte, DE FRANCISCI entiende que el cambio de régimen se debe a varios factores, entre los cuales destaca la conciencia de comunidad que paulatinamente va adquiriendo el pueblo romano, y de ahí la República frente a la Monarquía, que supone carencia de conciencia de comunidad.

Por último, algunos autores, como BELOCH, entienden que el tránsito se produce a través de una institución intermedia, que sería una especie de monarca anual. Este magistrado, que habría tenido un auxiliar para atender a todas las tareas del Estado, sería el antecedente de la principal magistratura republicana: el Consulado.

(24) Como es sabido, la composición del *Comicio Centuriado* es de 193 centurias, estructuradas de la siguiente forma: 18 centurias de equites, 170 centurias de infantería y 5 centurias de soldados inermes. Por su parte, las 170 centurias de infantería se dividían en 5 clases, en razón de un criterio timocrático, atendiendo a la valoración económica del patrimonio inmobiliario de cada individuo, así la 1.ª clase la integraban los individuos con riqueza inmobiliaria superior a 100.000 ases, la 2.ª, 3.ª y 4.ª clase las integraban individuos con riqueza superior a 75.000, 50.000 y 25.000 ases, respectivamente. La estimación de dicha riqueza inmobiliaria era efectuada en el censo, que se realizaba cada *lustrum*. Las 5 centurias de soldados *inermes* se dividían a su vez en : 2 centurias de pontoneros, 2 de músicos y una de portadores de bagage.

De esta composición se desprende claramente el carácter de estructura del Ejército que tenía esta Asamblea popular.

cuanto cámara legislativa (sus acuerdos son *lex, lex publica*) (25), electoral (procede a la elección de las magistraturas mayores: *cónsul, pretor, censor*) y judicial (en relación con la *provocatio ad populum*, de la que más tarde nos ocuparemos).

Esta yuxtaposición de la vida militar y política desaparece con el desarrollo de la legalidad constitucional republicana, que supone la distinción entre el orden político y el orden militar. Por ello, el *Comitia Centuriata*, debido a su origen militar, se reúne fuera del *pomerium* (26), es decir, fuera de los límites amurallados de la ciudad, por entenderse que dentro de la ciudad reina la paz, la ley y el orden ciudadano. Fuera de la ciudad rige el *ius bellicum*, que se encuadra dentro de la esfera del *ius gentium*, y el *imperium militiae*, frente a un pretendido y discutido *imperium domi*, según la tesis tradicional. En este sentido y en relación con la ausencia del poder militar dentro de los límites de la ciudad, ha subrayado MOMMSEN que: "Establecía la ley que ni el general ni el Ejército pudieran como tales entrar en la ciudad. Sólo el poder civil tenía derecho a estatuir reglamentariamente y para el porvenir; si bien, ciertamente, este principio estaba en el espíritu más bien que en la letra de la Constitución" (27).

Por lo que se refiere al ámbito militar, cabe afirmar que en el nuevo sistema político instaurado el mando del Ejército sería ostentado por los cónsules, bajo la autoridad y el control del Senado, ya que es este último el que procede a la concesión y a la prórroga del *imperium militiae*, el que controla la financiación de la campaña y el que otorga el triunfo o la *ovatio* a los jefes militares victoriosos. Por su parte, al Comicio Centuriado le corresponde la declaración formal de guerra mediante la aprobación de la *lex de bello indicendo*.

En cuanto al Derecho Penal de la época republicana, es importante destacar el proceso en virtud del cual paulatinamente determinados supuestos delictivos se elevan a la categoría de *crimina*, respecto de los cuales la comunidad política asume la función de su persecución y castigo. Es, por tanto, el campo penal un ámbito donde se refleja con gran evidencia la lenta pero progresiva intervención estatal.

(25) En este punto, es preciso señalar que, no obstante, en opinión de ALVARO D'ORS, el *populus* no hace la ley; no puede proponerla ni alterarla; tan sólo puede negar la autorización. Sobre este carácter de la ley Vide D'ORS *La Ley Romana acto de magistrado*, en Festgabe, C. SCHMITT.

(26) LIVIO, 3,20, afirma que la expresión *pomerium* data de la segunda mitad del siglo v.a. C. Originariamente el *pomerium* fue el límite entre el *imperium domi* y *militiae*. Quizá dicho límite fue la primera piedra miliar extra muros.

(27) Afirma asimismo MOMMSEN, en *Historia de Roma*. Vol. I, op. cit., pág. 29, que "Sucedió muchas veces que el jefe del Ejército convocó en campo raso a los soldados como Asamblea del pueblo..."

No obstante, existen todavía supuestos delictivos, que tienen la consideración de delitos privados (*delicta*), en los que su persecución queda a instancias del ofendido o de los familiares de la víctima. Persecución que se encauza, a instancia de parte, a través de un proceso civil, que se dirige fundamentalmente a la reparación económica del mal causado.

Como ha puesto de relieve LATORRE, no encontramos en Roma una elaboración sistemática del Derecho Penal (28). En este mismo sentido es significativo que la misma expresión "*ius criminale*" aparece por primera vez siglos más tarde en la época postclásica, contenida en una Constitución Imperial del año 392 d. C. (29).

En la época republicana, por tanto, quizá pueda decirse que la facultad de imponer penas deriva más de la propia *coercitio* del magistrado que del mismo *ius* (30). En este sentido, cabe afirmar que si bien determinados delitos están previstos legalmente, así como su sanción, la calificación como delictivas de otras actuaciones, al igual que la determinación de las penas correspondientes, es competencia del magistrado. Por tanto, se puede afirmar que en el ámbito del Derecho Penal romano no se observa estrictamente el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), que constituye, en feliz expresión de LATORRE, la clave de bóveda del Derecho Penal moderno.

Si bien, como afirmamos, la observación del principio de legalidad en el Derecho Penal romano no es absoluta, también hay que señalar que en este punto ha existido una lenta, pero progresiva evolución.

Una de las causas principales de dicha evolución fue la promulgación de diversas leyes creadoras de *quaestiones perpetuae* (tribunales permanentes para juzgar determinados *crimina*) que aparecen en el siglo II a. C. y se generalizan a fines de la República (31).

(28) Vide LATORRE, A.: *Valor actual del Derecho Romano*. Editorial Diosa. Barcelona, 1977. Págs. 36 y 37.

(29) C. T. 9,7,7 = C. J. 9.9.32. Véase GIOFFREDI: *I principi de Diritto penale romano*. Turín Giappichelli, 1970. Págs. 39 y ss.

(30) Sobre aspectos subjetivos y objetivos del *ius* Vide D'ORS, A., en *Studi in Men. di E. Albertario II*. 1950. Pág. 279.

(31) En cuanto al análisis particularizado de los diferentes tipos delictivos de carácter estrictamente militar, creemos más conveniente posponerlo a un posterior artículo que complete cronológicamente a éste, debido a que hemos hecho coincidir el fin de este estudio con la época del Principado, y es precisamente en esta época, la época clásica, cuando aparece una abundante literatura penalista, en la cual se encuentran tipificados determinados delitos como militares, que son recogidos siglos más tarde en dos libros del Digesto dentro de la Compilación justiniana. Es, por tanto, en una segunda parte de este trabajo, referido a las épocas: clásica (desde el siglo I,

Por lo que se refiere a la facultad jurisdiccional en los procesos penales durante la época republicana, creemos que quizá se hace necesario abrir un paréntesis a fin de determinar el contenido preciso del término *iurisdictio* (32).

Es obligado señalar que la idea de jurisdicción es entendida en Roma de forma distinta a como se entiende en la actualidad. En Roma, hasta el siglo II a. C. la *iurisdictio* se refiere sólo a la materia civil, quedando, pues, excluido el ámbito penal.

Es antigua entre los romanistas la polémica acerca del momento histórico en que nació el concepto de *iurisdictio* y cual pudiese ser la fundamentación de dicho poder. Según la teoría tradicional (33), la *iurisdictio* sería una manifestación del poder global de *imperium*. Por ello, en la Monarquía, como ya hemos señalado, el rey tenía *iurisdictio* en cuanto que poseía *imperium*, en la República, quizá hasta el siglo IV, la *iurisdictio* sería facultad de los magistrados *cum imperium* (34).

Frente a esta postura tradicional, modernamente se ha puesto de relieve por parte de la doctrina que el *imperium* no sería un poder global, sino sólo un poder militar, con lo que la *iurisdictio* no sería una derivación del *imperium*, sino un poder autónomo e independiente respecto de éste. Encuentra apoyo esta teoría en el hecho de que las fuentes nos dicen en repetidas ocasiones *imperare exercitum* para hacer referencia al hecho de mandar el Ejército, por lo que el concepto de *imperium* parece que debe circunscribirse al ámbito estrictamente militar.

A juicio de FUENTESECA (35), la *iurisdictio* estaría más próxima a la antigua organización sacerdotal del Colegio de los Pontífices que al *imperium*, constituyéndose como un poder autónomo respecto de éste, con lo que entraríamos de lleno en la vinculación que en los

hasta la segunda mitad del siglo III aproximadamente), postclásica (hasta finales del siglo V) y justiniana o compiladora (siglo VI) donde encuentra realmente su ubicación cronológica el estudio de los diversos delitos militares.

(32) Sobre *iurisdictio* (*ius-iuris* y *dictio-onis*) *dicere* y las distintas formas de declararse el derecho Vide D'ORS, A.: *Las declaraciones jurídicas en el Derecho Romano*, en Anuario de Historia del Derecho Español, 1964. Pág. 565.

(33) En cuanto a la evolución del concepto de *imperium* y su relación con la *iurisdictio* Vide ARANGIO-RUIZ, V.: *Historia del Derecho Romano*. Reus. Madrid, 1979. Págs. 38 y ss.

(34) En opinión de TORRENT, A.: *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, Oviedo, 1980, pág. 157, "Resulta muy difícil dar una explicación coherente del *imperium* a principios de la República. La definición de FESTO (43 L) —*cum imperio est dicebatur apud antiquos, cui nominatim a populo dabatur imperio*— refleja la ideología constitucionalista y de base democrática de tiempos posteriores". En opinión de este autor, la constitucionalización del *imperium* debió producirse muy pronto en Roma, confiriéndosele un carácter jurídico por la *lex curiata de imperio*.

(35) Vide FUENTESECA, P.: *Derecho Privado Romano*. Madrid, 1978. Págs. 45 y 46.

primeros tiempos existía entre Derecho y Religión. En este sentido, según ha resaltado FUENTESECA en diversos trabajos sobre el tema (36), se hace preciso interpretar bajo perspectiva religiosa la evolución política de Roma. La *civitas* primitiva se configura como un tipo de Estado ético en el que la idea política y la idea religiosa confluyen en un ideal político común de convivencia, conformando una especie de Estado-Iglesia que paulatina y progresivamente sufre un proceso de secularización hacia fines de la República.

El Derecho, que en sus orígenes aparece como una ordenación religiosa (*ius pontificum, ius augurale*), se va secularizando y se transforma en una ordenación jurídica (*ius civile, ius praetorium, ius gentium*). El mismo proceso de secularización puede afirmarse respecto de la *iurisdictio*, que comienza siendo jurisprudencia pontifical, para acabar siendo sustituida por una jurisprudencia laica (37).

Noticias fidedignas sobre la *iurisdictio* aparecen en el 367 a. C., año en el que se promulgan las *leges Liciniae-Sextiae*, que crean una magistratura con fines exclusivamente jurisdiccionales. A partir de este momento parece que la *iurisdictio* se configura como un poder independiente. El *praetor urbanus*, como magistrado jurisdiccional, creado por dichas leyes, tiene como misión específica la aplicación del Derecho dentro de la *civitas* entre los ciudadanos romanos (*qui inter cives ius dicit*). En el año 241 a. C. se crea como magistratura paralela la del *praetor peregrinus*, con la misma función de *ius dicere*, pero referida su actividad a la aplicación del Derecho en los conflictos o controversias existentes entre peregrinos o entre ciudadanos y peregrinos (*qui inter peregrini ius dicit, qui inter cives et peregrini ius dicit*). La *iurisdictio* que ejerce el *praetor*, tanto urbano como peregrino, hace sólo referencia a jurisdicción civil, por lo que la jurisdicción penal no es técnicamente *iurisdictio*, sino *coercitio*, al menos hasta el siglo II a. C.

Continuando con el análisis del ejercicio de la jurisdicción penal, y por lo que se refiere a la posibilidad de apelación de las sentencias dictadas en virtud de la *coercitio* del magistrado, existiría a partir del siglo IV a. C. (prescindiendo de hipotéticos antecedentes históricos controvertidos) un cauce legal de apelación al pueblo (*provocatio ad populum*) como consecuencia de la *lex Valeria de provocazione* del año 300 a. C. La posibilidad de una eventual apelación al pueblo es considerada como una de las manifestaciones más importantes de la

(36) Vide FUENTESECA, P.: en *Las legis acciones como etapas del proceso romano*, en Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), núm. 34 (1964), págs. 209 a 233, y en *Reflexiones sobre la tricotomía actio, petitio, persecutio*, en AHDE, núm. 40 (1970), págs. 139 a 226.

(37) Vide en este sentido LEMOSSE: *L'organizzazione della giustizia a Roma*. Labeo XVII (1971).

libertas del ciudadano romano; en este sentido, CICERÓN la califica de *patrona civitatis ac vindex libertatis* (38) y LIVIO de *unicum praesidium libertatis* (39). Esta *lex Valeria de provocatione* constituyó la base del *iudicium populi*, que es una manifestación del poder judicial de la asamblea comicial.

El Comicio se configura como tribunal de apelación popular (40), para MOMMSEN estos juicios populares habrían sido la más alta expresión del poder soberano de los Comicios. Refiriéndose a este poder afirmó el historiador griego POLIBIO, en Roma "sólo el pueblo juzga en casos de vida o muerte" (41).

La *provocatio* se concedía contra las sentencias de los magistrados que impusieran pena capital o pena pecuniaria de cuantía superior a 3.020 ases. Quedan fuera de la *provocatio* los delitos sacros y los actos de jurisdicción administrativa y civil. El *iudicium populi*, configurado según MOMMSEN, como una segunda instancia, se desarrollaba en cuatro sesiones, las tres primeras informales. En ellas el magistrado acusaba ante el pueblo, ratificándose o no en su condena en la última sesión. En el caso de ratificarse se celebraba una cuarta sesión, en la que, según MOMMSEN, el *populus* podría ejercitar un derecho de gracia o amnistía.

Para MOMMSEN, por tanto, el *populus* no sólo podría decidir la libertad de un ciudadano condenado injustamente, sino que también podría ejercer el derecho de gracia en favor del condenado justamente. Esta posibilidad de ejercicio de un derecho de gracia por parte del Comicio comenzó siendo una manifestación del control político que el pueblo ejercía sobre los magistrados, y la decisión popular era un reflejo de la moral colectiva. Posteriormente, quizá a fines de la República, la justicia en manos del pueblo comenzó a degenerar en una

(38) CICERÓN, de oral. 2.48, 199.

(39) LIVIO, 3,55.

(40) La configuración del Comicio como Asamblea judicial quizá haya surgido históricamente de la norma contenida en el Código de las XII Tablas (Tab. 9,1), según la cual "*Privilegia ne inrogando; de capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunto*". En virtud de este precepto el magistrado ya no es el único órgano competente para conocer de delitos capitales. Ha sido debatido por la doctrina romanista la concreción de cuál es el Comicio al que se refiere la norma decenviral a través de la expresión "*maximum comitiatum*". La interpretación mayoritaria entiende que dichos Comicios son los *Comitia Centuriata*, opinión sustentada sólidamente en las fuentes; así, Plaut. Pseudol 1032, expresamente dice "*centuria capitis comitia*"; en el mismo sentido, CICERÓN en diversas obras: *pro Sextio* 30,65 "... *neque de capite nisi comitiis centuriatis rogari*"; *de republica* 2,36,61 "... *quae de capite civis Romani, nisi comitiis centuriatis, statui vetaret*". Conviene, sin embargo, señalar que algunos autores aisladamente entienden que los Comicios mayores serían los *Comitia Curia*, en este sentido BRASILELLO en *La repressione penale in diritto romano*, Nápoles, 1937. Págs. 20 y ss.

(41) POLIBIO, 6,14,6.

apelación a la fuerza y las votaciones del Comicio dejaron de reflejar esa moral colectiva, para pasar a ser un mero instrumento del partido mayoritario para imponer su voluntad. Es en este momento cuando se sintió la necesidad de sustituir dicho sistema de apelación popular por el sistema de Tribunales especiales y permanentes.

MOMMSEN afirma que todos los procesos comiciales serían *iudicia populi*, es decir, procesos de apelación, si bien esta tesis hoy está en crisis, afirmándose, por el contrario, la existencia de procesos celebrados ante el comicio (*iudicium publicum*), que, a juicio de KUNKEL, deben distinguirse del *iudicium populi*, pues en estos casos el comicio se constituye como un auténtico tribunal de justicia, respecto del enjuiciamiento de ciertos delitos graves, sin que mediase apelación.

El *iudicium publicum*, que es, por tanto, independiente de la *provocatio*, se mantiene como actividad comicial hasta fines de la República, en que, como ya hemos señalado, se crean numerosos tribunales permanentes (*quaestiones perpetuae*) que sustituyen a la antigua justicia penal (42).

Es necesario señalar, en este sentido, que frente a la *communis opinio*, representada fundamentalmente por MOMMSEN, que configura a la *provocatio ad populum* como un medio de impugnación de sentencias judiciales, KUNKEL, por el contrario, entiende que la *provocatio ad populum* se constituye como un derecho político del *civis*, frente a la posible arbitrariedad del poder coercitivo del magistrado. Para KUNKEL, por tanto, el proceso comicial no es una segunda instancia, porque contra lo que se recurre no es propiamente una decisión judicial, sino un acto de gobierno.

La *coercitio* se diferencia así de la *iudicatio* en que, como afirma DE RUGGIERO, "mientras que en la *iudicatio* es la ley la que fija la pena relativa a determinados delitos, en la *coercitio* es el propio magistrado el que aplica a su arbitrio este o aquel medio coercitivo... la *coercitio*, es, por tanto, un acto del gobierno" (43).

En cuanto a la jurisdicción militar en la época republicana (44),

(42) Quizá los primeros tribunales de carácter permanente que se constituyeron en Roma para la persecución de un delito en particular fueron los *quaestiones repletumdarum*, instaurados por la lex Calpurnia del año 149 a. C. para reprimir las concusiones o exacciones ilegales efectuadas por magistrados provinciales. Posteriormente, con la lex Acilia del 122 a. C. comienza a denominarse *quaestiones perpetuae* a todos los tribunales permanentes que se van paulatinamente constituyendo. Es en la época de SILA cuando dichas *quaestiones perpetuae* se generalizaron.

(43) DE RUGGIERO: *Il consolato e i poteri pubblici in Roma*. Roma, 1900. Pág. 771.

(44) Sobre jurisdicción militar en la España romana Vide GONZÁLEZ-DELEITO, N.: *La evolución histórica de la Jurisdicción penal militar en España*, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 38. Págs. 15 y ss.

parece probable que fue ejercida por los cónsules, en su condición de mandos militares y jefes del Ejército. No obstante, el ejercicio de las facultades jurisdiccionales en el ámbito castrense se fue paulatinamente atribuyendo a determinados oficiales subordinados, que ejercían jurisdicción por delegación de facultades de los cónsules.

La jurisdicción penal de los cónsules, en el ámbito del *imperium militiae*, debe considerarse desde una doble vertiente: en primer lugar, el cónsul ejerce jurisdicción, sobre los individuos integrados en las legiones, en relación con la comisión de delitos estrictamente militares (como, por ejemplo, desertión, abandono de puesto, venta de armas, etcétera), en segundo lugar, el cónsul ejerce también jurisdicción penal, durante la época republicana, sobre los *cives longius ad urbe mille passum* y los *peregrini*, es decir, ejerce la jurisdicción penal fuera del recinto amurallado (*pomerium*) de la *civitas*.

Partiendo de esta dualidad en la competencia judicial de los cónsules puede afirmarse que, en la órbita estrictamente castrense, la sentencia dictada por un cónsul o por un oficial delegado, relativa a un delito típicamente militar, no admite *provocatio*, por lo que la pena impuesta era ejecutada sumariamente (45) sin dilación, debido a la necesidad de mantener la disciplina del Ejército, exigiendo ésta la prontitud, inmediatividad y ejemplaridad en la reprobación. Por el contrario, las sentencias dictadas por un cónsul, el ejercicio de su *imperium militiae*, respecto de delitos comunes cometidos por *cives* o *peregrini* fuera de los límites de la *civitas*, sí eran susceptibles de ser apeladas al pueblo, si bien esta apelación estaba sometida a una serie de limitaciones que fundamentalmente hacían referencia bien al diferente *status* del sujeto autor del delito o bien al lugar de comisión del hecho delictivo.

Se discute si la prohibición de apelación popular, respecto de las sentencias dictadas en virtud de *imperium militiae*, persiste durante toda la época que consideramos o si, por el contrario, existe una evolución que desemboca en la extensión del *ius provocationis* a la esfera del *imperium militiae*. La opinión mayoritaria (46) admite esta extensión y la atribuye a una de las *leges Porciae*.

Respecto del contenido de estas hipotéticas *leges Porciae* (las fuentes (47) hablan de tres y las sitúan en torno al 195 a. C.) pocos son los datos de que disponemos para señalar la materia que regulasen y cual fuera su autor o autores. Una de estas leyes, atribuida a Porcio Leca,

(45) CICERÓN, De Leg. 3,3,6: "*militiae ab eo qui imperavit provocatio ne esto*".

(46) Vide en este sentido MOMMSEN: *Droit Penal*, pág. 34, y PUGLIESE: *Appunti sui limiti dell' imperium nella repressione penale*, en Mem. Ist. Giur. Torino, II, 43. Pág. 27 y ss.

(47) CICERÓN, en De Rep. 2,31,54, dice "*tres leges Porciae trium Porciorum*".

que ocupó las magistraturas del tribuno de la plebe en el 199 y la pretura en el 195 a. C., parece que extendió el *ius provocationis* al ámbito del *imperium militae*. Como pone de relieve RODRÍGUEZ ENNES (48), esta opinión se funda básicamente "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*". No obstante, creemos que la extensión del *ius provocationis* nunca pudo llegar a invadir las facultades jurisdiccionales concedidas a los mandos militares para reprimir los delitos estrictamente castrenses. En este sentido, y para finalizar, rechazamos con BRAND cualquier aplicación del *ius provocationis* en la esfera estrictamente militar, ya que, como señala este autor, especialista en derecho castrense, "mucho más persuasivo para una decisión en esta materia que posibles conjeturas concernientes a simbolismos numismáticos —se refiere con esta alusión a la famosa moneda de Porcio Leca— son las necesidades prácticas de un jefe del Ejército. 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 que 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 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, destinado a explicar el premio a la ciudadanía" (49).



(48) RODRÍGUEZ ENNES, L: *La provocatio ad populum*, cit. Pág. 108. Nota 150.

(49) BRAND: *Roman Military Law*. San Antonio USA, 1968. Pág. 68.