

LA REPRESIÓN EXTRA ORDINEM: UN JUICIO EN LA BÉTICA

M^a Soledad del Castillo Santana

Profesora Titular de Derecho Romano

Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:	I. INIURIA EN LA COGNITIO EXTRA ORDINEM
	II. JUICIO CRIMINAL EN LA BÉTICA

I. INIURIA EN LA COGNITIO EXTRA ORDINEM

Las investigaciones de Balzarini¹ nos presentan un grupo de textos, pertenecientes en su mayor parte a la época de los Severos, de los que se desprende la existencia de una represión *extra ordinem* de la *iniuria*, e incluso en términos generales de todos los antiguos *delicta*.

El principio general que confirma la posibilidad de accionar civilmente por *iniuria* se contiene en un famoso texto de Ulpiano:

“Nuestro emperador <Antonino Caracalla> ha dado un rescripto diciendo que hoy se puede reclamar civilmente por toda clase de injurias, también por las más graves”.

Ulpiano, 57 ed.D.47.10.7.6.

El texto ha venido siendo considerado interpolado por la doctrina romanística². Manfredini, basándose en el rescripto adrianeo citado en D.48.8.1.3 Vid. infra) afirma que cualquier tipo de lesión corporal de una cierta gravedad se perseguiría como tentativa de homicidio *ex lege Cornelia de sicariis et veneficiis*, dando lugar a una práctica a una represión pública hasta el punto de que bajo los Severos se consideró necesario recordar que para todo tipo de injurias, incluso la atrox, se podía accionar privadamente³ y a esta represión criminal se habría referido indirectamente el rescripto recordado por Ulpiano en D.47.10.7.6. Balzarini afirma que a esta tesis se oponen obstáculos insuperables⁴.

Estudia este autor especialmente el siguiente rescripto adrianeo:

“Adriano, de consagrada memoria, dio un rescripto donde decía que el que mató a un hombre, si no lo hizo con intención de matar, puede ser absuelto, y que el que no mató a un hombre, sino que lo hirió, pero con intención de matarlo, debe ser condenado como homicida; lo que

1 Balzarini, M., De *iniuria extra ordinem* statui. Contributo allo studio del d. penale romano dell'età classica, Padova 1983, p. 37 ss.

2. Vid. la exposición de las hipótesis de alteración en Balzarini, op. cit. p.38 n.2. Especial importancia da este autor a la tesis de Girard, Les jures de l'action d'injure, en Melanges de droit romain II, Paris 1923, p. 385 ss.: el contenido del rescripto citado por Ulpiano se referiría a la posibilidad de recurrir a la *actio iniuriarum* privada como sanción de los casos previstos por la ley Cornelia, lo que habría resultado imposible en el largo espacio de tiempo entre Sila y los Severos.

3 Vid. Manfredini, Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana, Milano 1977, p. 246.

4. Balzarini. De iniuria cit. p. 40 ss.

debe determinarse según los casos: si tiró de espada o lanzó <un dardo>, no hay duda de que lo hizo con intención de matar, pero si, en una pelea, golpeó con una llave o con una cazuela, aunque hubiera dado el golpe con un instrumento de hierro, sin embargo, no lo hizo con intención de matar. <De lo que se deduce> que debe moderarse la pena del que en una pelea cometió un homicidio más por casualidad que por voluntad”.

Marciano, 14 inst.D.48.8.1.3.⁵

En el texto se habla de la aplicación *extra ordinem* de la ley Cornelia de *sicariis et veneficiis*⁶. Se distingue precisamente entre el hecho criminoso según que haya intervenido el *animus occidendi*: de una manera clara el rescripto considera más que el resultado de la muerte, la intención del autor de las lesiones, que prevalece por encima de las circunstancias del hecho, y que determina la pena más grave o más leve. Aunque el rescripto haya puesto las bases para la configuración de la tentativa de homicidio, no puede deducirse con Manfredini que se refiriera a cualquier tipo de lesión personal⁷. Tampoco puede admitirse la identificación entre *iniuria atrox* e *iniuria ex lege Cornelia*, ya que la primera se refiere a las circunstancias del hecho más que a la gravedad de las circunstancias.

Volviendo al texto ulpiano (D.47.10.7.6) debe considerarse sustancialmente genuino. Según Balzarini la frase nuestro emperador, puede referirse a Alejandro Severo o a Caracalla. La frase reclamar civilmente, que los textos suelen contraponer a reclamar penalmente⁸, tiene un preciso sentido en la referencia a la posibilidad de accionar por el delito privado de injurias.

En cuanto al “*hodie*” que Balzarini considera interpolado⁹, ordinariamente suele hacer referencia a innovaciones normativas. Es probable, dada la existencia de otros testimonios anteriores, que el texto se limite a recordar una práctica generalizada y avalada por toda la evolución del delito privado de *iniuria*. Nada excluye que se trate de una repetición que sea obra del mismo Ulpiano.

Un texto que se refiere a la misma problemática es del mismo jurista:

“Si alguien quiere ejercitar una acción que nace de maleficio, y lo hace por la condena pecuniaria debe ir al derecho ordinario y no está obliga-

5. Vid. con variantes P.S.5.23.3-4; Coll.6,1,3; 7.1.2.

6. En este sentido coincide con Manfredini Balzarini, op. cit.p. 41 ss. y ello resulta evidentemente de la rubrica del título.

7 Cfr. Balzarini, op. cit p. 43.

8. Vid. Garcia Garrido-Reinoso Barbero, *Civiliter vel criminaliter agere*, en *Atti Acc. Costantiniana*, Convegno 1989.

Balzarini sostiene, op. cit.p. 47 que los compiladores pueden haber sustituido *civiliter a iure ordinario* o *a iure communi*, pero ni siquiera esta sustitución es necesaria ya que en numerosos textos clásicos se contiene la distinción.

9 Vid. Balzarini, De *iniuria* cit. p. 54 ss.

do a suscribir una denuncia criminal; en cambio, si quiere conseguir la pena por vía extraordinaria, entonces sí que deberá suscribir la denuncia criminal”.

Ulpiano, 2 de off. proc., D.47.1.3.

Según la interpretación de Balzarini¹⁰, Ulpiano presuponiendo la existencia de una represión **extra ordinem** de carácter criminal de los antiguos delitos y al mismo tiempo la supervivencia de acciones privadas para sancionarlos, excluye que el juez tenga el poder de influenciar, aunque sea indirectamente la libre elección que corresponde a la víctima del procedimiento a seguir¹¹. El texto viene a confirmar el carácter simplemente confirmatorio y no innovador del rescripto recordado en D.47.10.7.6.

Sobre el carácter infamante de las sentencias condenatorias pronunciadas en la **Cognitio Extra Ordinem** existe un texto de Macro:

“No toda sentencia criminal es infamante, sino tan sólo la de juicio público; así pues, no recae infamia sobre el acusado de un crimen que no requiere juicio público, a no ser que tal crimen sea de aquellos cuya acción privada también es infamante para el que resulta condenado, como en las acciones de hurto, de bienes robados con violencia y de injurias”.

Macro, iud. pub. D.48.1.7.

Para este jurista la infamia constituye la consecuencia normal de toda condena pronunciada en un **iudicium publicum** o también en un **iudicium privatum** cuando se trate de una acción famosa, como es la de injuria, junto a la **furti** y a la **actio vi bonorum raptorum**. Para Balzarini este texto constituye sino una prueba plena si un importante indicio a favor de la generalización en la edad de los Severos, de la represión criminal extra ordinem a toda hipótesis de **iniuria**.

Un crimen **iniuriarum** se menciona también en un texto de Ulpiano, 8 disp.D.48.16.7.1¹². También puede citarse el fragmento de Claudio Saturnino, l.s. de **poenis paganorum**, en D.48,19.16.2:

Por la causa, cuando los golpes quedan sin castigo si los da un maestro o un ascendiente, pues se entiende que son sin intención de ofender, sólo como corrección, en tanto se castigan cuando le golpea a uno un extraño a causa de ira.

10. Vid. Balzarini, De iniuria cit. p. 56 ss.

11 Balzarini se opone a la tesis de Longo, **Delictum** e crimen, en Studi Senesi 88 (1976) p. 190 n1, de que todo lo que sigue a la palabra “**exsequi**” sea de origen compilatoria.

12 Sobre este texto, vid. Balzarini, De **iniuria** cit. p. 60.

Los castigos de los maestros a los discípulos no quedan sin castigo por la exclusión de la *actio iniuriarum*, lo que parece referirse a la ausencia de una represión *extra ordinem* de carácter criminal como afirma Balzarini¹³, Para este autor, Saturnino se ocupaba únicamente de la represión criminal *extra ordinem* de los casos mencionados como ejemplos¹⁴.

Otros textos que presentarían indicios de la represión *extra ordinem de la iniuria* serían:

Macro, 2 iud.pub.D.47.10.40
Rescripto de Severo y Caracalla, Cl.2.11.5.
Constitución de Gordiano, Cl.9.2.5.
Controversia de Séneca el viejo, 10.3.30
Declamaciones de Quintiliano, 265 y 331

Dentro de la represión *extra ordinem* hemos encontrado un rescripto de Adriano confirmando la Sentencia dada por el procónsul de la Bética en un famoso juicio penal y que a continuación detallamos:

II. JUICIO CRIMINAL EN LA BÉTICA

A los numerosos textos epigráficos descubiertos en la Bética, debemos añadir algunos testimonios jurisprudenciales sobre juicios decididos en esta región hispana.

Uno de ellos es el texto de Ulpiano: (17 de Offic. Proc.Coll, 1.11.14) que se refiere a un acto ilícito o delito culposo del que se deriva una responsabilidad civil.

El texto es el siguiente:

“Un tal Mario Evaristo, causó por diversión la muerte de un hombre, Claudio. El difunto emperador Adriano confirmó la sentencia del Procónsul de la Bética, Ignacio Taurino, que condenó al exilio al culpable, Mario Evaristo por cinco años”.

Las palabras de la consulta y del rescripto eran las siguientes:

“Óptimo Príncipe: he tenido conocimiento de la causa entre Claudio y Evaristo. Claudio, hijo de Lupo, fue manteado durante un banquete, y por culpa de Mario Evaristo vino a ser recogido con tan poca habilidad, que como consecuencia del golpe sufrido, murió después de cinco días. Ha quedado probado que ninguna enemistad existía, entre Evaristo y la víctima. Sin embargo, he decidido que debía castigar la culpa, debida a exceso de alegría para que escarmienten los jóvenes de la misma edad.

13 Vid Balzarini, De *iniuria* cit. p.62

14 Balzarini, De *iniuria* cit. p. 62

Por tanto, he condenado al exilio de Roma, de Italia y de la Bética a Mario Evaristo por cinco años, y he decretado además que Evaristo pague al padre del joven Claudio dos mil sestercios como compensación por los gastos, porque es conocido el estado de pobreza de éste. Te ruego me respondas”.

Texto del rescripto:

“Tú, Taurino has aplicado la pena adecuada al grado de culpabilidad: incluso en los delitos más graves es importante distinguir si el delito se ha cometido intencionalmente o sólo por caso”. Es cierto que para toda clase de crímenes, esta distinción debe valer para la aplicación de la pena adecuada, o para la admisión de una atenuante”.

El texto ha suscitado una abundante bibliografía¹⁵. Sin embargo, el tema no está concluido y admite nuevos planteamientos desde diferentes puntos de vista, que voy a traer a continuación:

1.- Los hechos que motivan el procedimiento y la consulta.

Se trata de un juicio decidido por un procónsul de la Bética, Ignacio Taurino, en el procedimiento de la **cognitio extra ordinem**, seguido contra un habitante de la colonia, Mario Evaristo¹⁶. Como afirma Wacke, el proceso muestra una escena de historia popular española¹⁷: se trata del famoso y peligroso juego del manteo inmortalizado por Cervantes en la famosa escena del Quijote, sufrido en la venta por Sancho Panza, y también por los frescos y tapices de Goya.

Los hechos del doloroso accidente aparecen descritos sumariamente:

a) Uno, causó por capricho o diversión la muerte de un hombre. Es el enunciado general o la síntesis del suceso. La muerte se causa por diversión (**per lasciviam**), lo que excluye la existencia de **dolus** o **animos necandi**. Sin embargo, existe culpa que merece ser castigada.

La comparación con otros textos jurisprudenciales en los que también aparece utilizada esta expresión **lascivia** puede ser útil para precisar su sentido. Ante todo Gayo, 202: se trata del famoso caso del que se considera ladrón al que hace huir al ganado

15 Vid Guarino, *Frustula iuris romani*, 5.2 La punizione di Evaristo, en *Ana* 99 (1988) p. 270 ss. Wacke, Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno, en *Index* 19 (1991) p. 374 ss Gioffredi, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, p. 38 ss.

16 Vid. Villers, *Appel devant le prince et appel devant le senat au premier siecle de L'Empire*, en *studi* P. De Francisci I, Nilano 1956. A.M. Jones, y *appel unto Caesar*, en *Studies* D.M. Robinson, Sant Louis 1953; Garnsey, *The Criminal Jurisdiction of Governor*, en *JRS* 58 (1968); Sartori, *La repressione enale nelle province*, *Acme* 23 (1970).

17 Cfr. Wacke, loc cit. p. 375, que afirma que los nombres son típicamente españoles y existen todavía.

con un trapo rojo, tratado por los **veteres**¹⁸. El jurista contrapone **lascivia** a la intención de hurtar, para que el ganado caiga en mano de los cómplices.

También en otros fragmentos se utiliza **lascivia** con el mismo significado.¹⁹

b) A continuación los hechos se describen con mayores detalles: ... Claudio, a quien se manteó durante un banquete, por culpa de Mario Evaristo, fue sostenido con tan poca habilidad que murió a los cinco días como consecuencia del golpe. De esta narración podemos destacar las siguientes circunstancias:

- Sucede en un banquete o comida entre amigos o conocidos.
 - Claudio fue manteado.
 - Por culpa de Mario Evaristo, Claudio fue mal sostenido cuando caía y se golpea contra el suelo. La culpa de Mario Evaristo en el manteo pudo ocurrir o porque éste soltó la parte de manta que le correspondía sujetar, o porque incitó a sus amigos al manteo o porque obró de tal manera que Claudio se golpeó.
- Como consecuencia de las lesiones, Claudio muere a los cinco días de ocurrido el accidente.
- Se prueba que no existía enemistad alguna entre Evaristo y Claudio; lo que excluye la existencia del dolo en las lesiones, y se castiga la culpa o negligencia.

Después del proceso, con la práctica de las pruebas aportadas por las partes, el Procónsul Taurino dicta sentencia. El mismo Procónsul, acude en consulta al emperador Adriano. Los tres procedimientos en los que se concreta el poder imperial de represión criminal son: la avocación o llamada, la apelación y la delegación de jurisdicción. De estas tres formas, el caso tratado debe incluirse en la tercera: el procónsul, en el que se delega la jurisdicción criminal acude en consulta al emperador para que éste confirme por rescripto la sentencia, a lo que Adriano accede confirmando la resolución adoptada.

2.- El delito cometido y el elemento intencional: **dolus-culpa-casus**.

En las palabras del rescripto se menciona **culpa** y **casu**:

Según Adriano, Taurino ha aplicado la pena adecuada a la culpa: incluso en los delitos más graves es importante distinguir si el delito se ha cometido intencionalmente o sólo por caso.

18 Floria Hidalgo, la Casuística del *Furtum* en la Jurisprudencia Romana, Madrid 1991, p. 87ss.

19 GA. 4.81, con referencia a los daños causados por animales: **Committitur si per lasciviam aut fervorem aut feritatem factum est et tenetur dominus... Fragm. Vat.**

37.4 (Constitución de valentiniano, Valente y Graciano), sobre venta, "**per somnum et gulam atque lasciviam**".

La distinción entre **dolus**, como intención, y **casus** es clara²⁰.

No resultan tan precisas las diferencias entre **culpa** y **casus**, ya que con esta última expresión no siempre se alude al caso fortuito sino también al comportamiento en el que interviene culpa.

Un fragmento de Calistrato refiere una constitución del mismo Adriano que distingue **voluntas y exitus**. En las previsiones del rescripto se contemplaría no sólo la tentativa, es decir cuando existiendo el propósito no sigue el hecho, sino también cuando realizándose el hecho delictivo éste no fue querido por el agente²¹.

Sobre la distinción entre **casus y voluntas** en el homicidio encontramos varios textos semejantes, uno de ellos en D.48.8.1.3:

“Adriano, de consagrada memoria, dio un rescripto donde decía que el que mató a un hombre, si no lo hizo con intención de matar, puede ser absuelto, y que el que no mató a un hombre, sino que lo hirió, pero con intención de matarlo, debe ser condenado como homicida; lo que debe determinarse según los casos: si tiró de espada o lanzó <un dardo>, no hay duda de que lo hizo con intención de matar, pero si, en una pelea, golpeó con una llave o con una cazuela, aunque hubiera dado el golpe con un instrumento de hierro, sin embargo, no lo hizo con intención de matar. <De lo que se deduce> que debe moderarse la pena del que en una pelea cometió un homicidio más por casualidad que por voluntad”.

El que tiene intención de matar, aunque no pudiera hacerlo, debe castigarse como homicida, y el que imprudentemente hirió a un hombre lanzando un dardo debe absolversele. Sobre este último extremo el de la responsabilidad de los lanzadores de jabalinas o de flechas, que causan lesiones o muerte, existe una larga tradición que parte de autores griegos, como la famosa discusión de Pericles con Protágoras (Plutarco, Pericles 36.5.), y Antifonte, en su segunda tetralogía, seguida por los juristas romanos desde Alfen Varo hasta Ulpiano²².

“El acto delictivo puede ser adrede, por acaloramiento o casual. Adrede delinquen los atracadores que actúan en bandas; se delinque por acaloramiento, cuando se llega a las manos o a las armas por embriaguez; por casualidad, cuando se mata a alguien al ir de caza y lanzar un dardo contra un animal”.

Marciano, D.48.19.11.2.

20 Vid. Giuffré, V. Il diritto penale nell'esperienza romana napoli 1989, p.89; Santalucia, op. cit. 105.

21 Se utiliza también **animus, mens, voluntas, consilium, scien prudens, adfectu, proposito**. Vid. Gioffredi, I principi, cit. p. 76

22 Cfr. Gioffredi, loc. cit. p. 77

En el fragmento de Marciano se distingue *propositum impetus y casus*, se pone como ejemplo de este último el que pretendiendo cazar un animal salvaje hiere a un hombre.

Por su semejanza con las palabras del rescripto de Adriano sobre el caso de Mario Evaristo, es importante el texto de Ulpiano,

“Según Adriano, en un rescripto al procónsul de la Bética Ignacio Taurino, importa distinguir, en caso de delitos más graves, entre que se haya cometido; y, en todos los crímenes, esta distinción debe llevar a imponer la pena o bien a mitigarla”.

Ulpianus, D.48.19.5.1.

Otro texto que debe tenerse en cuenta sobre ánimo y evento en los rescriptos adrianeos es Marciano, D.48.8.1.3. Si la consecuencia es inferior a lo pretendido por el agente, este debe ser condenado a la pena del delito mayor.

En conclusión, *casus* y *culpa* utilizados en el rescripto adrianeo sobre la culpabilidad de Mario Evaristo indican hechos de imprudencia o negligencia por ligereza de ánimo que deben ser castigados. No existe, por tanto, una precisa diferenciación entre caso fortuito y hecho causado por culpa.

Tanto Marotta como Maciaccia²³ se preguntan si la contraposición entre crimen doloso y crimen culposo tenía el sentido de una contraposición entre reacción dolosa y reacción culposa.

Por cuanto hay que preguntarse que si no diría todavía que la contraposición sea, si existe la voluntad del evento criminoso, pero refiriéndose más de forma general a la voluntad con referencia también a la pura y simple voluntad de la acción, todo ello en materia de Derecho privado, sea dicho (en un cierto punto del desarrollo histórico romano) culpa, y *casus* no significa siempre, entendiéndolo culposamente, como a una causa sobrevenida a la voluntad del actor.

3.- Pena y resarcimiento

En la sentencia del procónsul Taurino se contienen dos clases de sanciones:

- Una pena aflictiva de exilio del culpable por 5 años.
- Una pena privada de indemnización o resarcimiento al padre de la víctima, Claudio Lupo, de dos mil sextercios.

En el famoso texto de Claudio Saturnino, D.48.19.16, que distingue, los hechos, los dichos, los escritos y los propósitos, como punibles, en la parte final referida al

23 Así Gioffresi, op. cit. p. 81

evento: trata del caso fortuito: y en la parte final observamos claramente que existía pues una tradición helénica, sobre la condena al exilio en relación con el caso fortuito, si bien en la condena de Evaristo el exilio no es voluntario sino forzoso.

Además, se condena al culpable a una pena privada de indemnización al padre de la víctima, que se encontraba necesitado. En la **cognitio extra ordinem** concurre por tanto la pena aflictiva pública con pena privada de resarcimiento.

También en el **crimen repetundarum**, a partir de la **lex Acilia**, la pena aflictiva concurría con la pena privada de la reparación del daño²⁴.

Por todas estas razones el rescripto Adrianeo estudiado tiene una gran importancia en la historia de los **crimina**.

Lo que ahora nos interesa destacar como conclusión, es que se trata de un acto ilícito, la muerte de un hombre causada por imprudencia, con motivo de un festejo o diversión en el que se practica un juego imprudente, calificado jurídicamente como **culpa o casus**, comportamientos culposos, y castigado con una pena aflictiva a la que acompaña una indemnización pecuniaria al padre de la víctima o resarcimiento civil.

En definitiva, lo que se ha castigado es el exceso de alegría, para que sirva de escarmiento a los jóvenes de la misma edad, y el castigo que ha recaído ha sido, la pena aflictiva y la reparación indemnizatoria por los daños causados que es típica de la pena pecuniaria de los delitos privados.

BIBLIOGRAFÍA

- BALZARINI, M: *De iniuria extra ordinem statui. Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova 1983
FLORIA HIDALGO: *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana*, Madrid 1991
GIUFFRÉ: *Diritto penale nell'esperienza romana*, Napoli 1989
GUARINO: *Frustula iuria romani, 5.2 La punizione di Evaristo*, en ANA 99 (1988)
MANFREDINI: *contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977
WACKE: *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno*, en INDEX 19 (1991).

²⁴ Con ello se crea la categoría de las acciones mixtas, donde los clásicos hablaban **tam poena quam rei persecutio**. IJ.4.16.16. Vid, Gioffredí, loc. cit. p. 38