



FILO:UBA
Facultad de Filosofía y Letras
Universidad de Buenos Aires

A

La provocación y la ejecución de los complices de Catalina

Autor:

Carlos M. Herrán

Revista:

Anales de Historia Antigua y Medieval

1972 - 17 Vol II, pag. 249 - 270



Artículo



FILO:UBA
Facultad de Filosofía y Letras

FILODIGITAL
Repositorio Institucional de la Facultad
de Filosofía y Letras, UBA

LA PROVOCACION Y LA EJECUCION DE LOS COMPLICES DE CATILINA

por

Carlos M. Herrán

El derecho de los ciudadanos romanos de provocar al pueblo cuando estaban amenazados de la ejecución de una sentencia capital, ha sido y continúa siendo tema de vivas polémicas en cuanto se refiere a su naturaleza, a la época en que fue establecido y al tiempo hasta el cual se mantuvo. Es un tema que se comparte entre la historia jurídica y la historia política, pero con caracteres tan especiales que no puede resolverse sólo con las fuentes legales, y en cuanto al análisis de los hechos políticos, vemos por ambas partes en lucha en cada época, argumentaciones que pretenden ser jurídicas, pero que, a poco que se las examine, muestran su índole puramente política y muchas veces estrechamente partidista. De ahí el desconcierto, la confusión y la contienda constante entre los diferentes intérpretes.

Teodoro Mommsen, con su inmenso saber, tan admirable en el campo del derecho como en el de las instituciones y la historia política, se encontraba en una posición excepcional para abordar el problema, y durante mucho tiempo se impusieron, y con razón, sus doctrinas. Las ha enseñado de una manera sistemática (aparte de algunos estudios especiales) en "El derecho penal romano", y de una manera ocasional en la "Historia romana". Pero precisamente es la teoría de Mommsen la que en los últimos decenios ha sido atacada y criticada por varios estudiosos, historiadores y juristas, cuyas exhaustivas investigaciones han mostrado, con análisis de los textos legales y las fuentes clásicas histórico-literarias, la imposibilidad de algunas de sus afirmaciones.

Nosotros compartimos en buena medida esas críticas. Y, dado el complejo carácter jurídico-político con que se nos presenta la cuestión, nos ha parecido interesante examinarla a través de dos casos concretos, ocurridos con pocos meses de diferencia en el mismo año 63 a. C.: el proceso por "perduellio" contra Rabirio y, con un enfoque más central, la ejecución de los cómplices de Catilina. También será de utilidad alguna referencia a lo que se ha presentado como arquetipo o prototipo de toda la institución de la provocatio, o sea el (quizá legendario) juicio y la absolución (mejor dicho, gracia o perdón) de Horacio.

Para Mommsen no cabe duda que la ejecución de los cómplices de Catilina constituye una flagrante violación del derecho de provocación, y carga toda la responsabilidad de esta "acción horrible"¹ al cónsul

¹ Th. MOMMSEN, *Histoire romaine*, trad. De Guerle, t. VI, p. 225.

Cicerón: “Se pensaba mucho, dice, en evitar esa liberación [de los cómplices de Catilina arrestados en domicilios particulares] por medio de la ejecución de los prisioneros. Constitucionalmente eso era imposible. Según el antiguo derecho sagrado de provocación, no se podía pronunciar una sentencia de muerte contra un ciudadano romano sino ante la asamblea del pueblo; ningún otro funcionario tenía competencia para ello; desde que las asambleas de ciudadanos se habían convertido en antiguallas, ya no se condenaba a muerte”².

Pero en este caso un senado consulto decidió la pena de muerte (*more maiorum supplicium sumundum*, según el voto de Catón) y esa decisión se cumplió de inmediato. “Esto, continúa Mommsen, no tenía, en verdad, sentido alguno; porque el Senado no podía, menos aún que el cónsul, conocer constitucionalmente en este crimen... Para que hubiera en todo este asunto ese rasgo humorístico que raramente deja de seguir a una tragedia, este acto de la más brutal tiranía fue cumplido por el más moderado y el más timorato de todos los hombres de estado, y el primer cónsul democrático se distinguió violando el palladium de las libertades romanas, el derecho de provocación”. La investigación que sigue tiende a examinar hasta qué punto se justifica esta afirmación.

La primera cuestión que se impone al examen es: ¿cómo hubiera podido funcionar en tal caso el derecho de provocación?

Si consideramos la decisión del senado como una condena, es evidente que los condenados hubieran tenido que “provocar”. Empleamos esta expresión y no la de “apelar”, pues como enseguida veremos, la “*provocatio*” no es una apelación. La formalidad de interponer la “*provocatio*” parece indispensable. Así se desprende de toda la tradición y de las fuentes. La tradición más antigua es la del caso de Horacio, narrada por Tito Livio:

“*Tullus concilio populi advocato: Duumviros, inquit, qui Horatio perduellionem iudicent secundum legem facio. Lex horrendi carminis erat: Duumviri perduellionem iudicent. Si a duumviris provocaverit provocatione certato*”. (Subrayado mío: la interposición de la provocación es una condición necesaria para que se convoque al pueblo). Es más: como observa C. Fadda⁴, “el *certare* indica una lucha entre los duumviri que infligieron la pena, y Horacio, a quien fue infligida: lucha a la que dio ocasión la *provocatio* del condenado”. Agregamos por nuestra parte que la fórmula que sigue así lo confirma: “*Si vincent, caput obnubito...*”. Es decir que en esta lucha, si se confirma la sentencia de los duumviri, se considera que estos *han vencido*, y entonces viene la ejecución. Por eso, es el mismo rey quien aconseja a Horacio que pronuncie la palabra: “*provoco*”; sólo entonces quedará abierta la vía del debate ante el pueblo⁵. La *lex Valeria de provocatione*, del año 300 a. C., había prohibido, según informa Tito Livio, que “el que hubiera provocado

² *Id.*, p. 223.

³ *Id.*, p. 225.

⁴ *Appello penale (romano)*, en “*Digesto Italiano - Enciclopedia del Diritto*”.

⁵ TITO LIVIO, I, 26: “*Accesserat lieter iniciabatque laqueum. Tum Horatius auctore Tullo, elemente legis interprete: «Provoco», inquit. Ita de provocatione certatum ad populum est*”.

fuera azotado con las varas y matado con la segur”⁶. Es decir que según esta ley también era indispensable un acto positivo del condenado que provocara al pueblo para impedir la ejecución⁷. En el mismo sentido deben interpretarse las palabras de Cicerón: “ne quis magistratus civem romanum adversus provocationem necaret neve verberaret”⁸. Y Padelletti (citado por Fadda, ob. cit.) escribe: “Se pasaba al segundo estadio, cuando pronunciada la sentencia, que podía consistir en una pena capital o en una pecuniaria, el condenado *declaraba solemnemente* que recurría al juicio del pueblo (provocatio)”. Pero, se pregunta Fadda “¿si el condenado no provocaba? Necesariamente aquella sentencia debía ejecutarse”.

En el caso de los cómplices de Catilina, ninguna fuente nos informa de que hubieran provocado. Por consiguiente, o no hubo en tal caso una violación del derecho de provocación, o bien esta institución debe ser entendida de un modo completamente distinto del derecho de apelación moderno.

Además, ¿de qué sentencia se hubiera podido recurrir en este caso? La decisión del senado no era una sentencia. Tampoco hubo sentencia alguna del cónsul, como veremos en detalle más adelante. Ciertamente es que, según MOMMSEN, ni el cónsul ni mucho menos el senado podían constitucionalmente conocer en este crimen. Pero entonces la “acción horrible” no habría consistido en la violación del derecho de provocación precisamente, sino en una usurpación o abuso de poder, en un simple hecho de violencia no amparado por la presunción de legitimidad de los actos del poder público y sometido, por lo tanto, a las sanciones del derecho común.

Pero lo que buscaba el cónsul al “referir” el caso al senado, no era una sentencia jurisdiccional, sino un apoyo político para su propia decisión, que tampoco era jurisdiccional sino también política. Además, nunca hubo provocatio contra las decisiones del senado. Este es uno de los pocos puntos en que hay acuerdo unánime entre los escritores. Bleicken⁹ lo dice claramente: “Originariamente la provocatio se daba contra la sentencia del magistrado y, por consiguiente, también, en los casos de perduellio, contra la sentencia de los duoviri; pero no contra decretos del senado; es verdad que no correspondía a éste, según vimos, condenar a muerte; lo que se hizo con los conjurados de Catilina no era objetivamente ni jurídicamente una condena, sino una declaración de «hostes publici» que respaldaba con carácter previo la decisión del cónsul”.

Para comprender este aspecto de la cuestión conviene recordar lo que era la magistratura romana. Si el cónsul carecía de jurisdicción, en sentido estricto, para condenar a muerte, era, no sólo porque las leyes *de provocatione* se lo prohibían, sino porque estas leyes no hacían otra cosa que especificar lo que en el sentido político de la constitución romana estaba ya dado implícitamente desde sus orígenes. Es decir que el

⁶ *Id.*, X, 9: “Cum eum qui provocasset, virgis caedi securique necari vetuisset”.

⁷ Se discute si estas palabras de T. Livio se refieren a la tercera ley Valeria, es decir a la de Valerio Corvo, o a la primera, o sea a la de Valerio Publicola. Pero esta discusión no importa a nuestro objeto.

⁸ *De re publica*, II, 31.

⁹ J. BLEICKEN, *Provocatio*, en Pauly-Wissewa: “Realencyclopädie”, XXIII, 2.

magistrado no tenía, en principio, funciones judiciales. La palabra misma de donde deriva “magistratus”, magister, contrapone con el sufijo *-ter* dos cosas que se encuentran en relación de reciprocidad: en este caso *magis* y *minus*, de donde *magister-minister*; el pretor, p. ej., que era el magistrado cuyas funciones clásicas lo aproximaban más al moderno juez, tiene su nombre derivado de *prae-itor*, el que va a la cabeza, el jefe, pues comenzó siendo una magistratura militar. Magistratus era, pues, el ciudadano a quien el pueblo en los comitia armaba de su imperium por un acto de delegación que no comprendía, en principio, el poder de condenar en juicios capitales. Con palabras precisas recuerda Jochen Martin¹⁰: “La coerción como poder forzante del magistrado, tiende más fuertemente al dominio técnico-político-administrativo; en realidad el magistrado pronunciaba también en el ejercicio de la coerción, un “juicio” sobre un ciudadano; pero este acto no era concebido por los romanos como un procedimiento judicial ordinario. Con esto se hace comprensible una vez más la interpretación aquí propuesta, de que la asamblea popular convocada por la provocatio no fallaba un juicio judicial de segunda instancia, sino una decisión política”.

Esta interpretación, sobre todo en lo concerniente al carácter de “apelación” y consiguiente “segunda instancia” de la provocatio, sobre el cual hemos de volver más ampliamente, significa ya una disidencia considerable con la interpretación de Mommsen, para quien la provocación se dirige contra todos los juicios de los magistrados y tiene una función bien definida dentro de un procedimiento “magistrático” y comicial combinado. Se interpone después del fallo y produce así el procedimiento comicial de segunda instancia. “Según Mommsen, agrega Martin, todos los procedimientos comiciales son de segunda instancia y por consiguiente procedimientos de provocación (*universale Provokationstheorie*). Pero Brecht ha demostrado que también ha habido procedimientos comiciales de instancia única, en los cuales el magistrado aparece sólo como un proponente”. Según Bleicken¹¹ no se puede demostrar ningún procedimiento de provocación magistrático-comicial; y Kunkel (cit. por Martin) por razones análogas a las expuestas por éste, pone en duda la existencia de un poder judicial en los magistrados romanos.

Es verdad que el carácter de “segunda instancia” que Mommsen atribuye a la provocación debe ser entendido en un sentido especial, a saber: que la confirmación por la segunda instancia, o sea por los comitia, de la sentencia de primera instancia, o sea de los duoviri o de los magistrados ordinarios, es siempre una condición para que aquella pueda cumplirse, haya o no interposición de la provocatio. Debe entenderse, pues, que la absolución resuelta por los comitia es una simple negativa a confirmar (es decir, no es una “revocatoria” en sentido moderno), y que la condena por los comitia es una confirmación sin la cual no alcanza su perfección la primera¹². Lo que de todos modos resulta claro es que la provocatio no es una verdadera apelación, aunque esta última se haya desarrollado, especialmente en la época imperial, a partir de

¹⁰ *Die Provokation in der klassischen und späten Republik*, en “Hermes”, 98 B-II, Marzo, 1970, p. 72 ss.

¹¹ *Provocatio*, en Pauly Wissowa, cit.

¹² *Le droit pénal romain*, trad. J. Duquesne, t. I, sec. IV, p. 51, Paris, 1907.

aquella. Aún así, según se ha visto, la provocatio no se podía poner en movimiento si el condenado no decía “provoco”. Pero la conclusión de que en caso de que no se interponga el recurso al pueblo la sentencia puede ejecutarse válidamente, contradiría lo que enseña el mismo Mommsen en el pasaje citado: “el derecho de vida y muerte de los cónsules patricios sobre el ciudadano estaba subordinado por la ley Valeria a la aprobación del pueblo”. Y en la misma sección, unas páginas antes, leemos: “los límites de la coerción o, para emplear la expresión romana, la provocación... La ejecución capital del ciudadano en Roma no está permitida al magistrado patricio de la República sino cuando la sentencia de muerte ha sido aprobada por el pueblo”. Ahora bien, si es la *ejecución* lo que no está permitido, esto significaría que la aprobación de la sentencia de muerte por parte del pueblo es posterior a la sentencia del magistrado, y que ésta es, en sí misma, válida, como cualquier sentencia de primera instancia; esto concordaría con la teoría de Mommsen sobre el carácter de segunda instancia de la provocatio; pero parece contradecir lo que él mismo afirma en la Historia Romana, según transcripción que más arriba hicimos: “no se podía *pronunciar* una sentencia de muerte contra un ciudadano sino ante la asamblea del pueblo, ningún otro funcionario tenía competencia para ello”.

Ya a partir de este punto se perfilan tres interpretaciones de la provocatio; la primera: que el cónsul carecía de toda jurisdicción para dictar una sentencia capital, sólo reservada a los comitia centuriata; en este supuesto la provocatio funcionaría como una especie de inhibitoria, como una protesta del condenado contra la pena impuesta por magistrado incompetente; por lo tanto, aún cuando la provocatio no se interponga, la sentencia del magistrado carece de fuerza y de validez jurídica; la segunda: que la sentencia del magistrado es de por sí ejecutoria (Fadda y Padeletti), pero no hace cosa juzgada sino cuando no ha sido apelada, en cuyo caso puede ser inmediatamente ejecutada (sería el caso de los cómplices de Catilina); pero queda suspendida mientras la provocatio esté en curso (es decir, como en el procedimiento judicial moderno); la tercera: que la decisión del magistrado es válida, pero en cierto modo imperfecta, pues no puede ser ejecutada, haya o no provocatio, mientras no haya sido confirmada. Esta última es la que parece compadecerse mejor con los hechos históricos registrados, y es, creemos, en el fondo, la teoría de Mommsen en “El derecho penal romano”. ¿Por qué, entonces, en la “Historia Romana”, parece inclinarse a la primera solución?

Esta cuestión podría aclararse un tanto recurriendo a la historia de la legislación. Desgraciadamente, de las tres *leges Valeriae*, la tercera, o sea la de Valerio Corvo del año 300, es la única que puede considerarse con seguridad como auténtica. Las dos anteriores serían la de Valerio Publícola, en el primer año de la República, y la Valeria-Horacia, inmediatamente posterior a la caída de los Decenviros. La primera es de tenor incierto, pues ya hemos visto que las palabras de Tito Livio (X, 9,5) son ambiguas. De la segunda se sabe con certeza que prohibía, bajo pena de *sacratio*, que se creara magistrados *sine provocatione* como se había hecho con los Decenviros. La tercera no hacía más que interpretar lo que ya estaba dicho en las XII Tablas: “De capite civis, nisi per maximum comitiatum, ne ferunto”. Y cómo deba entenderse el “ne ferunto nisi per maximum comitiatum”, lo declara el mismo Cicerón: “de capite non

modo ferri, sed *ne iudicari quidem* posse, nisi comitiis centuriatis”¹³. También Fadda (art. cit.) declara abiertamente que la aludida disposición de las XII Tablas “significaba la exclusión del juicio de primer grado de los magistrados en las causas capitales”, lo que no parece muy coherente con su opinión, antes recordada, sobre los efectos de la no interposición de la provocatio.

En el período intermedio entre el año 300 y el 123, fecha esta última de la *lex Sempronia de capite civis*, se produce una evolución en la política interior romana. Durante el siglo III la ley Valeria parece haberse observado fielmente, a pesar de que ya los tribunales populares de los comitia comienzan a decaer. Pero desde comienzos del siglo II se insinúa la tendencia del senado a suspender las garantías constitucionales por medio del *senatus consultum ultimum*, tendencia que llegará a su colmo en la época de los Gracos y que se mantendrá después a intervalos regulares. De principios del siglo II son dos de las tres *leges Porciae*, cuyas fechas, autores y contenidos son objeto de discusión entre los historiadores. Es posible que una de ellas haya sido propuesta por Catón el Censor, que en un discurso se ufana de haber hecho mucho *pro tergo civium*; pero esto puede significar, si es que, en efecto, alguna de esas leyes prohibía la pena de flagelación, que Catón la apoyó o que combatió por su observancia. Y es casi seguro que la tercera de esas leyes, que es bastante posterior, del año 108 ó 104, se debe al cónsul Porcio Leca; está conmemorada por una medalla que representa a un hombre en traje militar que extiende su brazo hacia un “*togatus*”, y lleva la inscripción “*provoco*”. Pero las figuras representadas, y el significado de la inscripción envuelven una complicadísima tarea interpretativa que no interesa directamente a nuestro objeto, salvo el detalle que examinaremos después.

Si hemos de estar a lo informado por Cicerón, estas tres leyes no habrían hecho otra cosa que establecer sanciones o agravar las ya existentes para la violación de la provocatio. Después de referirse a las leyes Valeriae, Cicerón agrega: “*neque vero leges Porciae, quae tres sunt trium Porciorum ut scitis, quicquam, praeter sanctionem attulerunt novi*”¹⁴. Pensamos que Cicerón no informa bien. No puede caber duda de que por lo menos una de esas leyes prohibía la pena de flagelación. El testimonio de César es clarísimo. En su discurso al senado, en la sesión en que se discute sobre la suerte de los conjurados de Catilina, dice encarándose con Silano, que había votado ya por la pena de muerte: “*sed, per deos immortalis, quam ob rem in sententiam non addidisti, uti prius verberibus in eos animadvorteretur? An quia lex Porcia vetat*”¹⁵? Interpretamos estas palabras de César, especialmente el “*priusverberibus*”, como testimonio, no sólo de que alguna de las *leges Porciae* suprimía la pena de flagelación, sino que la suprimía como anexa o previa a la ejecución capital. Hay en este punto alguna disensión entre los historiadores. Mientras Bleicken¹⁶ afirma que la había suprimido como independiente de

¹³ *Pro Sestio*, 34.

¹⁴ *De re publica*, II, 54.

¹⁵ *SAL. Coniur. Cat.*, LI, 21.

¹⁶ *Provocatio*, en Pauly Wissova, cit.

la ejecución, Martin¹⁷ sostiene que la había suprimido en absoluto. Según Bleicken el contenido de las tres *leges Porciae* era: a) se permite el exilio al condenado; b) se extiende la *provocatio* a toda la región del imperio; c) la pena de flagelación contra el ciudadano romano se excluye como pena autónoma, esto es, como independiente de la ejecución capital. Estos tres puntos contradicen abiertamente la afirmación de Cicerón de que las leyes *Porciae* no introdujeron nada nuevo, salvo la sanción. Pero aún cuando quisiéramos, para salvar el testimonio de Cicerón, pensar que él sólo se refirió a la *provocatio* propiamente dicha, sin referirse para nada a la flagelación, también su afirmación resulta contrariada por la medalla de Porcio Leca. Aún cuando su interpretación es, como dijimos, difícil y controvertida, podemos, dejando a un lado detalles, resumirla en dos posibilidades fundamentales: 1) que el hombre en hábito militar represente al soldado que extiende su mano en actitud suplicante al *togatus*; en este caso el *togatus* sería el cónsul que extendió la *provocatio* a la milicia; 2) que el hombre en hábito militar no extienda su mano en forma suplicante, sino amenazante, hacia el *togatus*; en este caso el militar sería el gobernador de una provincia (*procónsul*, p. ej.), y el *togatus* el habitante de la provincia al cual se extiende el beneficio de la *provocatio*, antes restringida al que habita en Roma, es decir, dentro de la primera piedra miliar. Pero en ambos casos ha habido una “extensión” de la *provocatio*, lo que daría la razón a Bleicken contra Cicerón.

En cuanto al punto a), o sea la facultad del exilio voluntario por parte del condenado en caso de condena a muerte, se prestan a discusión dos frases del discurso de César, que agrega a continuación de la que más arriba hemos transcrita: “*At aliae leges item condemnatis civibus non animam eripi, sed exilium permitti iubent*”. Se ha deducido de las palabras subrayadas que las leyes que permitían el exilio eran *aliae*, es decir, no la ley *Porcia*. Más complicada y difícil resulta la segunda frase, que sigue poco más adelante: “...*verberibus animadvortebant in civis, de condemnatis summum supplicium sumebant, postquam res publica adolevit... tum lex Porcia aliaequae leges paratae sunt, quibus legibus exilium damnatis permissum est*”. ¿Qué significa aquí *quibus legibus*? Para Martin (art. cit.) no puede referirse más que a las *aliae leges* y no a la *lex Porcia*, lo que concordaría con la primera frase transcripta¹⁸.

Es posible que César al decir *aliae leges* haya pensado en la ley *Sempronia* en primer lugar, y que así haya sido entendido por Cicerón, puesto que en su contestación a los argumentos de César (IV *Catil.*) atribuye a éste la invocación de esa ley. Es posible también que la versión que da Salustio del discurso, aunque fiel en su contenido, no lo sea tanto en las palabras. Este problema ha sido estudiado por R. Schöll, que llega a la conclusión de que, en general, podemos fiarnos en la exactitud de Salustio, sobre todo cuando la versión de éste concuerda con la IV *Catili-* naria. Y en cuanto al punto que estamos examinando, dice: “El coloreado de estilo cesáreo lo revela también el giro *lex Porcia aliaequae leges pa-*

¹⁷ *Die Provocation...*, cit.

¹⁸ “Es ist klar, dass hier die *Porcia lex* den *verbera*, die *aliae leges* dem *summum supplicium* entsprechen, d.h. der *quibus*-Satz bezieht sich nur auf die *aliae leges*.”

ratae sunt, quibus legibus, etc. En cambio desgraciadamente se echa de menos la invocación expresa testimoniada por Cicerón (§ 10) de la ley Sempronia, que para la intención de César se imponía en primera línea, mucho más que la ley Porcia”¹⁸.

De cualquier manera: agregado de sanciones severas, según Cicerón; prohibición de azotar, según César y otros; extensión de la provocación, sea a la milicia o a las provincias; concesión del exilio para escapar legítimamente a la ejecución; éstas serían, en el mejor de los casos, las novedades que podrían atribuirse a las *leges Porciae*. Nada que modifique el significado ni el procedimiento ni el carácter de la provocación *stricto sensu*. Sobre todo, nada que ilustre sobre el poder de coerción del magistrado y sus límites, o sobre el carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción comicial en crímenes capitales. Sobre esto sólo hay interpretaciones. Y esto es lo que cambia fundamentalmente, desde el ángulo en que lo estamos considerando, con la ley Sempronia, aprobada a propuesta del tribuno de la plebe Cayo Graco (año 123 a. C.).

Esta ley es particularmente importante y su análisis puede contribuir a aclarar el problema de la *provocatio* y sus aparentes contradicciones. Muchas veces se la llama, como a las otras, *lex de provocatione* (p. ej., entre otros, Mommsen)²⁰ y esta denominación es, a nuestro juicio, una de las causas de la confusión. Por eso es mejor denominarla *lex de capite civis*; pues no solamente no contenía ninguna disposición sobre la *provocatio*, sino que la hacía inútil y superflua desde el momento que, ahora sí y de modo expreso, prohibía lisa y llanamente que ningún magistrado juzgara en causas capitales, salvo que hubiera una *previa* decisión del pueblo. Este era el único que podía, o bien condenar directamente a muerte a un ciudadano (o hacerle perder la ciudadanía), o delegar expresamente en el magistrado, en cada caso, la autorización y poder para hacerlo.

Bien dice, pues, Martin (art. cit.) que “la diferencia entre la *lex Porcia* que se refería a la coerción capital, y la *lex Sempronia*, consiste entonces en que la última hacía imposible una condena capital, aún cubierta por el senado, ya se tratara de una coerción capital o de procedimientos judiciales en forma de *quaestiones*... Si la *lex Sempronia*, para toda condena capital de un ciudadano, en tanto que no hubiera sido pronunciada por el pueblo mismo, exigía una *previa* decisión popular, entonces la *provocatio* en sentido técnico se volvía superflua en el terreno de las penas capitales, y ya nunca se la supone existente en las fuentes concernientes a la república tardía”.

Esto no significa que a partir de la ley Sempronia el derecho de provocación quedara suprimido; pero puede afirmarse, ahora de una manera inequívoca, con palabras de Bleicken (art. cit.) que, “después del robustecimiento del tribunal popular *tribunicio* por la ley Sempronia del 123 [la *provocatio*] tomó el sentido de avocar el proceso desde la (injustificada) competencia del magistrado a la (única justificada) competencia de la asamblea del pueblo”. Pero entonces también se hace evidente que, por lo menos después de esa ley, la asamblea popular convocada por la provocación no actúa como tribunal de segunda instancia.

¹⁹ *Zu Sallust Bell. Cat. c. 51*, en “Hermes”, 11, año 1876, p. 332 ss.

²⁰ *Histoire romaine*, cit., t. IV, p. 224.

Sólo así puede explicarse lo ocurrido en el proceso contra Rabirio por perduellio.

Este proceso tiene para nosotros un doble interés: el jurídico, que nos demostrará claramente que la provocación no tenía carácter de segunda instancia, por lo menos en el sentido moderno de la palabra; y el político, que nos explicará la conducta, aparentemente contradictoria, de los grandes protagonistas de este caso y del caso de los cómplices de Catilina: Cicerón y César.

Veamos ante todo el aspecto jurídico. En el año 63 a. C., era Rabirio un senador anciano y políticamente insignificante. Pero a raíz de los sucesos del año 100, se había vanagloriado ante los Optimates, con verdad o sin ella, de haber sido él quien dio muerte al tribuno de la plebe Apuleyo Saturnino, en ocasión de los gravísimos disturbios que hicieron lanzar contra éste y sus seguidores el *Senatusconsultum ultimum*. Ahora, treinta y siete años más tarde (la *praescriptio longi temporis* no valía para estos casos), pocos meses antes de la condena de los cómplices de Catilina, otro tribuno de la plebe, Labieno, acusa de perduellio a Rabirio por aquella muerte. Conforme a antecedentes ya de antiguo perimidos, el pretor Metelo Celer designa a los duoviri para que juzguen al perduellis, como en el antecedente legendario de Horacio. Los duoviri designados son Cayo Julio César y su pariente Lucio César, quienes condenan a muerte a Rabirio, como no podía ser de otro modo: “*Hac lege duumviri creati, qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse*”, dice Tito Livio (I 26) relatando el caso de Horacio. Rabirio provoca²¹. El cónsul Cicerón lo defiende (*Pro Rabirio perduellionis reo, ad Quirites*). Todos los antecedentes hacían esperar la absolucíon. El pueblo tendía naturalmente a la benignidad cuando se trataba de la vida de un ciudadano. El mismo Cicerón dirá, años más tarde, cuando él sea el perseguido y el condenado (por la ejecución de los cómplices de Catilina) y le toque el turno de quejarse porque no se le concedió la posibilidad de apelar al pueblo: “*tum multa etiam ad placandum atque ad misericordiam reis concessa sunt, deinde exorabilis populus, facilis suffragatio pro salute*”²². Pero he aquí que en este caso las cosas toman un cariz amenazante. Parece que el pueblo va a condenar. Quizás el mismo abogado se propasó haciendo una verdadera apología del crimen; en vez de limitarse a defender a Rabirio, elogia con entusiasmo la muerte de Saturnino. Y en el mismo discurso se perciben los ecos de la airada reacción popular, aunque Cicerón pretende que los que gritaban su hostilidad eran sólo una minoría de ignorantes: “*Utinam hanc mihi facultatem causa concederet ut possem hoc praedicare, C. Rabiri manu L. Saturninum, hostem populi Romani,*

²¹ Algunos niegan que haya habido aquí provocación de una sentencia de muerte. La discusión es complicadísima. Se afirma que el juicio ante el pueblo y el consiguiente discurso de Cicerón no se referían a una sentencia de muerte, y que el proceso se convirtió en uno de multa. Creemos que, para nuestro objeto, podemos prescindir de la solución de este difícil problema, cuyos términos están bien analizados por MOMMSEN: (*Le droit pénal romain*), que cree que se trató de una multa, y por E. H. RENKEMA: *De iudicio perduellionis sublato*, en “*Mnemosyne*”, 1927, vol. 55, p. IV.

²² *De domo*, XVII, 45.

interfectum! Nihil me clamor iste commovet sed consolatur, cum indicat esse quosdam civis imperitos, sed non multos”²³.

Pero entonces se produce el golpe de teatro. El pretor Metelo, el mismo que había designado a los duoviri perduellionis, corre al Janículo y hace arriar el *vexillum*, insignia que proclamaba que el comicio tenía lugar legalmente. A partir de ese momento la asamblea no puede continuar y queda, efectivamente, disuelta. No se toma la votación. Rabirio queda absuelto por ese medio. ¿Qué especie de segunda instancia puede ser ésta? En todo sistema jurídico, sin distinción, porque se trata de la esencia misma de la apelación, si una sentencia en segunda instancia no llega a dictarse por cualquier causa, perención, desistimiento, declaración de mal concedida, nulidad del procedimiento de alzada o lo que fuere, la consecuencia necesaria es que la sentencia de primera instancia queda firme. Y en el caso de Rabirio ocurrió todo lo contrario; lo que cayó fue el fallo de los duoviri, y a nadie se le pasó por las mientes discutir ese resultado. Es más: Cicerón, sin referirse a este caso, sino hablando del propio, en el mismo *De domo* antes citado y a continuación del párrafo transcrito, considera tal consecuencia jurídica como perfectamente natural y normal: “denique etiam si qua illum diem aut auspiciis aut excusatione sustulit, tota causa iudiciumque sublatum est”.

En su defensa de Rabirio, el orador ha invocado precisamente la ley de Cayo Graco para demostrar que sólo el pueblo puede conocer de un crimen capital como es la perduellio: “C. Gracchus legem tulit ne de capite civium Romanorum iniussu vestro iudicaretur, hic popularis a Ilviris iniussu vestro non iudicari de cive romano sed indicta causa capitis condemnari coegit”²⁴. “Iniussu vestro” equivale aquí a “iniussu populi”, pues la oración es Ad Quirites.

Pero la segunda parte de la frase: “hic popularis”, nos lleva ya a la consideración de orden político. Labieno, el futuro lugarteniente de César en la guerra de las Galias, era el tribuno acusador ostensible. Pero no era un secreto para nadie que obraba como “hombre de paja” de César. Y es oportuno ahora recordar brevemente cuál era la situación política en que éste se encontraba. El partido de los “populares” que él dirigía, estaba en aquel momento en una posición muy débil y crítica. Todo intento de contrarrestar el poder de los Optimates se veía amenazado y bloqueado por los repetidos precedentes del *Senatus consultum ultimum*, del *Videant consules*, que amenazaban con declarar fuera de la ley y pasible de muerte sin juicio previo a cualquiera que se alzara contra la auctoritas de los Patres, desde la época de Melio, matado por Ahala, luego con los Gracos, luego en el caso de Saturnino, y actualmente frente a los intentos revolucionarios de Catilina o de cualquier otro movimiento antioligárquico. Y César quiere poner ante los ojos de todos lo que puede ocurrirle a un hombre que, bajo el imperio de ese “estado de sitio” que tiende a hacerse recurso normal de represión, proceda sin observancia de las leyes constitucionales contra un tribuno de la plebe, contra un adalid del pueblo o contra cualquier ciudadano romano. Por eso resucita, tal vez de un modo algo teatral y dramático, pero con pro-

²³ *Pro. Rab.*, VI, 18.

²⁴ *Id.*, IV, 12.

fundo sentido político, el procedimiento de los *dummviri perduellionis*, la *lex horrendi carminis* de que habla Tito Livio.

En este caso como en la intervención que le cupo en la sesión del senado a que nos venimos refiriendo, demostró César cómo sabía hacer coincidir siempre la buena doctrina jurídica con sus altas miras políticas. Pues el crimen de Rabirio, de ser verdadera la acción de que él mismo se había jactado, era un caso típico de *perduellio*. Ciertamente es que el crimen *perduellionis* nunca fue definido, y su elaboración fue evidentemente obra de la costumbre; se llamaba así a todo delito que mereciera pena capital, a toda acción contra la constitución republicana y, por lo tanto, contra las libertades ciudadanas. No debe descartarse que, como señala Nocito²⁵, la escasez de leyes penales y la falta del principio moderno de que no se puede extender la calificación, por analogía, más allá del “tipo” configurado en la ley, pudiera hacer considerar *perduellio* a todo delito que de algún modo afectara a la comunidad. “*Ubi perduellionem tibi iudico*” se le dice a Horacio, cuyo crimen no era de *perduellio*, a pesar de las ingeniosas explicaciones que se han propuesto para justificar esa denominación, sino de “*parricidium*”, pues había dado muerte a su hermana²⁶. Por estas razones el crimen *perduellionis* quedó finalmente absorbido por el crimen *maiestatis*, y éste sí aparece bien definido por Cicerón: “*Maiestatem minuere est de dignitate, aut amplitudine, aut potestate populi, aut eorum quibus populus potestatem dedit, aliquid derogare*”²⁷. Y entre éstos, “a quienes el pueblo ha dado potestad”, se encontraban en primer término los tribunos de la plebe. Tito Livio nos informa que no solamente el que matara a un tribuno de la plebe, sino también el que lo ofendiera, debía ser sacrificado: “*Ut qui tribunis plebi nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familia, ad aedem Cereris. Liberi Liberaeque Venum iret*”²⁸. “Tratábase, dice Nocito (art. cit.) de un enemigo público, que no sólo debía ser privado de la vida, sino también de los bienes”. Nótese el carácter religioso de la sanción: la cabeza sacrificada a Júpiter, los bienes a los templos de las divinidades infernales, Ceres, Liber, Libera.

En rigor, contra la juridicidad del juicio capital por los *duoviri*, aunque fuera de primer grado, podía oponerse la ley *Sempronia*: “*ne de capite civis Romani iniussu populi iudicaretur*”; y Cicerón, como hemos visto, no deja de señalarlo en su alegato. Pero debemos tener en cuenta que César, como muchos otros, no sólo antiguos, sino también modernos, no veía en el procedimiento de los *duoviri* otra cosa que una fase preparatoria que necesariamente debía culminar, como efectivamente ocurrió, en el juicio popular. Por eso estamos sólo parcialmente de acuerdo con Fadda (art. cit.) cuando, refiriéndose a la última fase del período republicano, escribe: “El derecho de provocación vive teóricamente entre las normas fundamentales de la constitución romana, pero

²⁵ “*Alto Tradimento*”, en “*Digesto Italiano. Enciclopedia del Diritto*”.

²⁶ “*Parricidium*” no es sólo el hecho de dar muerte al padre o a la madre, sino también a cualquier pariente, y hasta a un ciudadano romano. Para más amplia discusión sobre el origen etimológico y significación de la palabra, v. MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, cit., t. I.

²⁷ *De inventione*, II, 17.

²⁸ II, 33.

ha perdido todo valor práctico. El proceso contra Rabirio no es sino la resurrección de una institución anticuada, y con el solo objeto de venganza política". De lo que hemos dicho se desprende que el propósito de venganza estaba en este caso tan lejos del ánimo de César, como lo estuvo siempre, en todos sus actos políticos. Más exacto nos parecen el juicio de Bleicken²⁹: "Después de la formación del sistema de tribunales por Sila, los tribunales populares convocados en virtud del derecho de provocación, como p. ej. en el proceso de "perduellio" contra Rabirio, fueron anacronismos. Corresponden a la historia puramente política, no a la historia del derecho". En el mismo sentido se pronuncia Renkema³⁰, pero éste destaca al mismo tiempo que tales procesos ante el pueblo, aunque excepcionales, existieron aún: "Post leges Cornelias, quae iudicia publica fere omnia a populo ad quaestiones perpetuas transtulerunt, tamen populi iudicia fieri non omnino desierunt. Sic Clodius aedilis Miloni diem dixit de vi".

El mismo resultado inesperado del juicio demuestra las intenciones de su promotor. ¿Cómo se entiende que el pretor Metelo Celer, el mismo que había designado duoviri a Cayo y Lucio César, fuera el que recurriera a la maniobra del vexillum para impedir la votación condenatoria del pueblo? Se ha insinuado que procedió así a instancias del cónsul Cicerón. Pero, fuera de que por aquellos días las relaciones entre ambos personajes eran francamente malas³¹, tampoco parece creíble que César, con su enorme prestigio en el pueblo y el carácter decidido y firme que se le conoce, haya consentido una burla a sus designios legítimamente logrados. La única conjetura posible es que fuera el mismo César quien inspiró la acción del pretor, pues ya había alcanzado con exceso su propósito y no tenía ciertamente interés en que se llegara a la ejecución del infeliz Rabirio. Con nuestra interpretación coincide en el fondo, aunque no en los detalles, la de M. Cary, quien, justamente por su manifiesta mala voluntad hacia César y por su desdén de lo que califica de comedia montada por éste, piensa que "tal incidente (el del vexillum) sin duda fue previamente concertado por Labieno y César con Metelo"; y agrega en nota: "Esta colusión ha sido frecuentemente negada. Pero es increíble que Labieno y el pueblo hayan permitido que se los eliminara por el truco del vexillum, si ellos lo hubieran tomado a pechos" (in grim earnest)³².

No han escapado a Cicerón los móviles de César, aunque se guarda bien de nombrarlo y, como es natural, se encara solamente con Labieno: Rabirio ha sido arrastrado ante el tribunal "ut illud summum auxilium maiestatis atque imperi quod nobis a maioribus est traditum de re publica tolleretur, ut nihil posthac auctoritas senatus, nihil consulare imperium, nihil consensio bonorum contra pestem ac perniciem civitatis valeret, idcirco in his rebus evertendis unius hominis senectus, infirmitas solitudoque temptata est".

²⁹ *Provocatio*, en Pauly Wissowa, cit.

³⁰ E. H. RENKEMA, *De iudicio perduellionis sublato*, en "Mnemosyne", 1927, vol. 55.

³¹ Cfr. ANDRÉ BOULANGÉE, *Notice al Pro Rab*, en *CICERON-Discours*, t. IX, ed. Paris, Les Belles Lettres, 1932.

³² "The Cambridge Ancient History", vol. IX, *The Roman Republic*, Cambridge, 1951.

Está, pues, bien clara la oposición. Para César y los “populares”, la libertad romana y sus garantías estaban en la institución de los tribunos de la plebe y en la limitación del poder de coerción de los magistrados y de la omnipotencia del Senado. Para Cicerón y el partido conservador la defensa de la libertad y de la constitución romana está indisolublemente ligada a la auctoritas del Senado, al imperio consular o, en general, a la magistratura curul, al acuerdo de los “boni” y, para proteger todo eso, al *Senatus consultum ultimum*. Esto y sólo esto es el “*summum auxilium maiestatis atque imperi a maioribus traditum*”. Lo demás, la inviolabilidad sacrosanta del tribuno de la plebe, los proyectos de reforma, las leyes agrarias, los derechos del pueblo, son simplemente “*pestis ac perniciēs civitatis*”.

Y ¿qué lugar corresponde en este esquema a la *provocatio ad populum*? Según y conforme: en el caso de Rabirio este derecho es sagrado porque sólo el pueblo puede imponer penas capitales (*ne de capite civium iniussu vestro iudicaretur*), sobre todo cuando la *perduellio* juzgada por los *duoviri* consiste en haber matado a un tribuno del pueblo; eso no impedirá que, llegado el caso, si la *perduellio* consiste por el contrario en haber desacatado la orden del dictador (caso de Melio matado por Ahala por no haber comparecido ante la citación de Cincinato) o de haberse opuesto a la auctoritas del Senado, entonces el *perduellis* carezca de los derechos del ciudadano y pueda ser ejecutado sin provocación.

Nótese que en todos los casos en que se plantea, por obra u omisión, el problema de la *provocatio*, ocurre el mismo enredo jurídico. Horacio es declarado *perduellis* por haber matado a su hermana; pero la mató, a su vez, porque la consideró *perduellis* a causa de que había llorado la muerte de su prometido Curiaacio, enemigo del pueblo romano. “*Sic eat quaecumque Romana lugebit hostem*”, le dice al atravesarla con su espada. Y no se crea que este castigo a una efusión sentimental sea un caso único. Es corriente la idea de que quien se asocia a un enemigo aunque sea para llorar, por amor, su muerte, debe correr su mismo destino. A Cornelia, la ilustre madre de los Gracos, se le prohibió formalmente que llevara luto o usara otra señal de duelo por la muerte de Cayo, último hijo que le quedaba. En el mismo discurso de Cicerón que estamos comentando, el orador recuerda a Labieno que un ciudadano romano fue condenado y castigado por tener en su casa una imagen de Saturnino después que este tribuno había sido matado por rebelarse contra la autoridad senatorial y el imperio consular, y otro ciudadano fue condenado por haber osado deplorar en la asamblea la muerte del mismo tribuno³³.

Sigamos la enumeración. A consecuencia de la muerte de Tiberio Graco, se intenta contra sus fautores una *quaestio* extraordinaria por complicidad en la *perduellio* de aquél; pero a su vez Cayo Graco acusa de *perduellio* al acusador, por haber violado la ley según la cual a un ciudadano romano sólo puede juzgarlo el pueblo en causa capital. Y a Cicerón le ocurrirá lo mismo; una ley Clodia de *capite civis*, que tiene en vista sólo a Cicerón sin nombrarlo personalmente, lo condenará implícitamente por haber ejecutado a los cómplices de Catilina, y será se-

³³ *Pro Rab. perd.* IX: “*C. Decianus... quia... queri est ausus in contione de morte Saturnini, condemnatus est, et Sex. Titius, quod habuit imaginem Saturnini domi suae, condemnatus est*”.

guida inmediatamente de otra ley de exilio Ciceronis que, esta vez nominalmente, decretará contra él la aqua et igni interdictio basada en la misma causa.

En la Ia. Catilinaria Cicerón no se cansa de celebrar las acciones de Escipión, matador de Tiberio Graco; de Ahala, que con su mano mató a Melio; luego la muerte de Cayo Graco, y de Saturnino y de Servilio. Entonces, si aquellos altos y esclarecidos ciudadanos (los matadores) no solamente no se mancharon, sino que se honraron, con la sangre de Melio, de los Gracos, de Saturnino y de Flaco ¿qué reproche ha de temer Cicerón si hace matar al parricida Catilina? Los casos que él celebra constituyen el mos maiorum. Pero véase cómo juzga Mommsen la muerte de Melio: “Este asesinato judicial vergonzoso, que lo fue más aún para el pueblo crédulo y ciego que para la facción perversa del joven patriciado, quedó impune; pero si esta facción esperó por tales medios arruinar el derecho de apelación, violó la ley, y derramó en vano la sangre inocente”³⁴.

En suma, como advierte el mismo Mommsen³⁵, hay que distinguir las teorías jurídicas propiamente dichas, de las doctrinas “de partido”: “La política triunfó sobre el derecho... La prescripción legal que castigaba la tentativa de restauración de la monarquía como traición sirvió en la doctrina del partido de los legalistas republicanos de punto de partida para una teoría jurídica, según la cual todo ciudadano romano tiene el derecho y el deber de matar sin procedimiento previo a cualquiera que se esfuerce en adquirir un poder real de este género o lo haya adquirido ya. El hecho de que estas leyes contuvieran una *sacratio* contra los que intentaran restablecer la monarquía no justifica esta deducción; pues, como lo demostraremos en el libro siguiente, la *sacratio* no es más que la amenaza de la pena capital, y la ley no permite la ejecución de ésta sino cuando ha habido una condena judicial”. Y algo más adelante: “En la perduellio, el culpable pasa, por el solo hecho del crimen mismo, de la categoría de los ciudadanos a la de enemigos de la patria. Si, como lo hemos visto (Ia. p. 298 ss.) se ha deducido de ahí que el proceso es inútil y si el derecho marcial ha surgido de esta regla, no hay allí en verdad sino una doctrina de partido en contradicción con el derecho”.

No es, pues, extraño que para Cicerón, llegado al consulado gracias al partido aristocrático y convertido ahora en abogado político de esa ideología, resucitar la pena de perduellio contra un hombre acusado de matar a un tribuno de la plebe es una atrocidad, un salvajismo, un retorno a la tiranía de la realeza: “Sed ista laus [la supresión del juicio de perduellio] primum est maiorum nostrorum, Quirites, qui expulsis regibus nullum in libero populo vestigium crudelitatis regiae retinuerunt”³⁶. En cambio lanzar el Senatus consultum ultimum para que de cualquier modo, sin forma de juicio ni proceso legal, el magistrado o el pueblo que lo sigue o que responde a su exhortación mate en forma privada o en banda al que parece políticamente rebelde o “sospechoso de sedición” (propter quasdam seditionum suspiciones...) es digno y justo, equita-

³⁴ *Histoire romaine*, cit., p. 363.

³⁵ *Droit pénal romain*, cit., I, p. 295 ss.

³⁶ *Pro Rab. perd.*, IV, 10.

tivo y saludable. Y lo más curioso es que la crudelitas regia de Tullo Hostilio convirtió el parricidio de Horacio en perduellio para que el condenado se favoreciera con la provocatio, mientras que Cicerón y Catón habían de convertir pocos meses después la perduellio en parricidio para que los conjurados no escaparan a la ejecución. “Vos de crudelissimis parricidis quid statuatis cunctamini?”, dice Catón en su discurso.

Pero antes de dar por terminado el examen de este aspecto de la cuestión, debemos hacernos cargo de los argumentos esgrimidos por Cicerón y por Catón en la sesión del Senado del 5 de diciembre, con los que ambos intentan refutar a César.

“La tesis explícita de Cicerón y la tesis implícita de Catón (aunque éste no plantea ninguna cuestión jurídica sino solamente una cuestión de defensa urgente de la república por cualquier medio), es que la provocatio sólo puede ser invocada por los ciudadanos romanos, y que el que ha sido declarado hostis publicus no es ya ciudadano”, dice Bleicken³⁷.

Ya hemos visto que aquí no se hubiera podido invocar el derecho de provocación en sentido estricto, porque no se daba contra decretos del Senado, y ni siquiera Cicerón, después de este decreto, se preocupa de dictar como magistrado una verdadera sentencia, sino que hace ejecutar directamente a los prisioneros. Según el relato de Salustio³⁸: “Postquam... senatus in Catonis sententiam discessit, consul... triumviros quae ad supplicium postulabantur parare iubet...”. Y después de describir la cárcel: “In eum locum postquam demissus est Lentulus, vindices rerum capitalium... laqueo gulam fregere”. Ni una palabra, pues, entre la votación del Senado y la ejecución. No hay, en verdad, sentencia provocable, ni menos aún, como ya lo hemos señalado, invocación de tal derecho por parte de los condenados. Tampoco tenemos conocimiento de fuentes antiguas que reprochen a Cicerón, expresamente, la violación de la provocación. En la invectiva (que podría ser realmente del mismo Salustio), “In M. Tullium Ciceronem oratio”, III 5), leemos este violento reproche: “Cum tu perturbata re publica metu percussos omnes bonos parere crudelitati tuae cogebas, cum omnia iudicia, omnes leges in tua libidine erant, cum tu sublata lege Porcia, erepta libertate omnium nostrum vitae necisque potestatem ad te unum revocaveras”. Ni una palabra, como se ve, de la provocación, y sí de violación de la ley Porcia.

El análisis del discurso de César nos advierte en seguida que en él no se invoca para nada la provocación. Más aún, para las penas que él propone, confiscación y prisión perpetua, la descarta expresamente. Lo que invoca repetidas veces es la ley según la cual no se puede condenar a muerte a ciudadanos romanos; que a los condenados en sentencias capitales se les debe permitir el exilio, cualquiera haya sido el tribunal que los hubiera juzgado. Y que tal reclamo era jurídicamente fundado, lo confirma la objetiva exposición de Renkema³⁹: “Is cui magistratus diem dixerat, liber et sine vinculis esse sinebatur; ter prodicta die reus necdum condemnatus causam suam populo probabat; si id parum successerat, exilio voluntario supplicium effugiebat”. Y lo más notable es que, al votar César la pena, ni siquiera aconseja el exilio, pues sabe bien que los

³⁷ *Provocatio*, cit.

³⁸ *Coniur. Cat.*, LV.

³⁹ *De iudicio perduellionis sublato*, cit.

conjurados, al salir de la ciudad, lo que harán será engrosar el ejército de Catilina: “Placet igitur eos dimitti et augeri exercitum Catilinae? Minume. Sed ita censeo, publicandas eorum pecunias, ipsos in vinculis habendos per municipia quae maxume opibus valent, neu quis de eis postea ad senatum referat *neve cum populo agat*; qui aliter fecerit, senatum existumare eum contra rem publicam et salutem omnium facturum”⁴⁰. Con el subrayado quiero destacar que César, no solamente no invoca el derecho de provocación, sino que a la sentencia de prisión perpetua y de confiscación de bienes agrega que el que se atreva a pedir reconsideración, al Senado (de eis postea ad senatum referat) o lleve el caso ante el pueblo (cum populo agat) será de antemano considerado por el Senado como enemigo del pueblo (eum contra rem publicam et salutem omnium facturum).

La pena que pide es tan severa que Cicerón, voluntaria o involuntariamente miope en este caso, cree o finge creer que puede encerrar a César en una contradicción, señalando que este hombre que quiere pasar por democrático y benigno, está pidiendo en realidad una pena que es peor que la muerte: “Itaque homo mitissimus et lenissimus non dubitat P. Lentulum aeternis tenebris vinculisque mandare et sancit in posterum ne quis huius supplicio levando se iactare et in pernicie populi Romani posthac popularis esse possit. Adiungit etiam publicationem bonorum, ut omnis animi cruciatus et corporis etiam egestas et mendicitas consequatur” (In Cat. IV 5).

Pero César no se contradice. No ha pretendido ser benigno: “Omnis homines, P. C., qui de rebus dubiis consultant, ab odio, *amicitia*, ira atque *miseriordia* vacuos esse decet”⁴¹. Lo que reclama es la legalidad. Sin duda, sería ingenuo pensar que la quiere por la legalidad misma. La quiere como una necesidad de garantías para la acción política de los partidos; para que éstos y sus hombres puedan actuar, proponer o sancionar reformas sin temor al fantasma del *senatus consultum ultimum* que ponga sus vidas al arbitrio de los magistrados o del senado mismo. Las reflexiones que hace sobre el júbilo del pueblo cuando los Treinta Tiranos en Atenas y Sila en Roma comenzaron a matar sin juicio previo (*indemnatum necare*) a los hombres más perversos y odiados por todos, son de una profunda sabiduría política, y una lección útil para todos los tiempos. Más tarde, dice César, cuando afirmados en aquel precedente comenzaron a matar a buenos o malos, según les conviniera, los mismos que habían aplaudido el quebrantamiento de la ley eran a su vez arrastrados a la condena y pagaban caro su necio regocijo.

Creemos que buena parte de los historiadores han juzgado erróneamente la actitud de César y sus intenciones. Como caso típico sólo citaremos a Ferrero: “Por su parte, dice, César se daba buena cuenta de que guardando silencio se le acusaría al punto de cobardía; pero también comprendía que defendiendo a los acusados corría el peligro, en el estado de sobreexcitación reinante, de impulsar a sus enemigos a cometer alguna violencia contra él”⁴². Esta interpretación reduce la actitud de

⁴⁰ *Coniur. Cat.*, LI, 43.

⁴¹ *Coniur. Cat.*, LI, 1.

⁴² GUILLERMO FERRERO, *Grandeza y decadencia de Roma*, trad. de M. Giges Aparicio, Madrid, 1968, p. 342.

César, al mismo tiempo condenatoria de los conjurados pero opuesta a la pena de muerte, a una especie de subterfugio determinado por dos encontrados temores. El antecedente del proceso a Rabirio nos muestra, me parece, la entera consecuencia política de la conducta de César. La interpretación que criticamos olvida, en primer lugar, que ese discurso, a pesar de su lúcida serenidad, a pesar de los miramientos y de la cortesía que usa para con los que sostienen la posición contraria, especialmente Silano y Cicerón, se muestra, tanto para los que entonces lo escucharon como para los que ahora saben leer entre líneas, cargado de amenazas. Olvida también que las palabras de César produjeron una impresión tan profunda en los Padres, que muchos que ya se habían pronunciado por la sentencia de muerte, entre ellos el mismo Silano, cónsul designado, cambiaron su voto después de escucharlas: “Tum D. Iunius Silanus... de eis qui in custodia tenebantur... supplicium sumundum decreverat; isque postea permotus oratione C. Caesaris pedibus in sententiam Ti. Neronis iturum se dixerat, quod de ea re praesidiis additis referendum censuerat”⁴³. Bien se ha dicho que el gran orador político es el que sabe recomendar con vehemencia la moderación.

La doctrina que Cicerón intenta oponer a las bien fundadas objeciones de César son las mismas que había aducido en el *Pro Rabirio perdo*, que había reiterado en la *Ia. Catilinaria*, según vimos a su tiempo, y que pueden resumirse así: 1) el que ha sido declarado perduellis u hostis publicus no puede invocar ninguna de las garantías que amparan a los ciudadanos, pues su delito le ha hecho perder tal calidad; 2) el *senatus consultum ultimum*, la llamada “*lex de re publica defendenda*” (*Videant consules ne quid detrimenti res publica capiat*) suprime el derecho de provocación (empleamos ahora la expresión en sentido amplio, como muchas veces aparece en las fuentes clásicas y en los historiadores modernos, aunque no corresponda, según vimos, en sentido estricto). Veamos, entonces, cuál puede ser el alcance de estas dos excepciones.

“Cuando el Estado se encontraba en peligro, dice Fadda⁴⁴, cuando el *senatus consultum ultimum* venía a ponerlos [a los magistrados] en guardia contra la grave responsabilidad que las condiciones poco tranquilas de la república les adosaban, la ‘*provocatio*’ contra ellos cesaba”. Pero agrega en nota: “Prevalece la opinión de que este *senatus consultum* daba a los cónsules la potestad dictatorial”. [Pero aunque así fuera, observamos nosotros, el dictador, que al principio estuvo exento de la *provocatio*, parece casi seguro que desde hacía bastante tiempo, ya no lo estaba.] Continúa Fadda: “Contra estos escritores, véase Zumpt. Este piensa, con razón, que el Senado no podía legalmente abolir la garantía de la provocación, sancionada por tantas leyes. El *Senatus consultum* no habría hecho otra cosa que declarar la ciudad en estado de guerra; los ciudadanos pueden ser llamados a las armas, y el que se opone a los magistrados, intimado a la obediencia y, naturalmente, constreñido. El que se opone con las armas es enemigo del Estado, por lo tanto fuera de la ley, y como tal puede ser matado. Pero cesada la lucha y desvanecida la resistencia, las leyes comunes retoman el predominio y, por lo tanto, también las leyes sobre la *provocatio*”.

⁴³ *Coniur. Cat.*, I, 4.

⁴⁴ *Appello penale (romano)*, cit.

A esto debemos agregar como hipótesis muy plausible, que la provocatio que el senatus consultum suspende no se refiere a la pena de muerte, prácticamente inexistente según lo hemos visto, sino a las penas que legítimamente puede imponer el magistrado. Nos parecen decisivas sobre este punto las palabras del mismo Cicerón en *Las Leyes* III 6. Tiene razón Mommsen⁴⁵ cuando dice que “los procedimientos judiciales no se deben apreciar exclusivamente según los discursos sin valor jurídico y llenos de ‘finasseries’ de un abogado político como Cicerón”. Pero se puede tener más confianza en los juicios de éste cuando los expone en los tratados jurídicos y retóricos. Y en el pasaje mencionado dice: “Magistratus nec oboedientem et noxium civem multa vinculis verberibusve coherceto, ni par maiorve potestas populusve prohibessit, ad quos provocatio esto”. Como se ve, Cicerón menciona como medidas coercitivas que puede imponer el magistrado (magistratus... coherceto) la multa, la prisión y la flagelación (multa vinculis verberibusve) y de estos dice que habrá provocación a la autoridad igual o superior o al pueblo (ni par maiorve potestas populusve prohibessit, ad quos provocatio esto) pero no menciona la pena de muerte.

El senado consulto contra los conjurados se había lanzado. Cicerón lo afirma en la Ia .Catilinaria: Hacía ya en esa fecha veinte días que el Senado había dado la fórmula: Videant consules...: “At vero nos vicissimum iam diem patimur hebescere aciem horum auctoritatis”... “Habemus eius modi senatus consultum in te, Catilina...”⁴⁶. Y Salustio lo confirma: “Itaque, quod plerumque in atroci negotio solet, senatus decrevit, darent operam consules ne quid res publica detrimenti caperet”. Y explica a continuación en qué consiste ese decreto: “Ea potestas per senatum more Romano magistratui maxuma permittitur, exercitum parare, bellum gerere, coercere omnibus modis socios atque civis, domi militiaeque imperium atque iudicium summum habere; aliter sine populi iussu nullius earum rerum consuli ius est”⁴⁷. No se explica con claridad hasta dónde llega en estos casos el poder del magistrado. Expresiones como “coercere omnibus modis... civis” y “iudicium summum habere” podrían, en principio, interpretarse como una facultad sin límite. Pero la doctrina de Fadda y de Zumpt, arriba transcripta, puede precisar esos alcances.

Pasemos ahora al otro argumento: el perduellis no es verdaderamente ciudadano y no puede invocar las garantías otorgadas a éste. Es lo que Cicerón intentará responder a César en la IVa. Catilinaria, tan floja, tan indecisa, tan confusa y errónea que, como con razón se ha observado, cuando Salustio narra la memorable sesión y transcribe los discursos de César y de Catón, reseñando aunque sea muy sucintamente otros más, ni siquiera menciona el discurso del cónsul Cicerón. “At vero C. Caesar intellegit legem Semproniam esse de civibus Romanis constitutam; qui autem rei publicae sit hostis eum civem esse nullo modo posse, denique ipsum latorem Semproniae legis, iniussu populi, poenas rei publicae dependisse”⁴⁸.

⁴⁵ *Droit pénal romain*, cit., Libro IV.

⁴⁶ *In Cat.*, I, 2, 4.

⁴⁷ *Coniur. Cat.*, XXIX, 2.

⁴⁸ *In Cat.*, IV, 5, 10.

El argumento es absurdo y falso. Es absurdo porque invocar como un antecedente, sea jurídico, político o de cualquier otra especie, que “el mismo autor de la ley Sempronia [Cayo Graco] pagó la pena de su culpa contra la república sin que el pueblo lo hubiese condenado” parece una ironía de mal gusto tratándose del ciudadano noble y heroico que estableció la ley de que ningún ciudadano pudiera ser condenado sino por resolución del pueblo; sobre todo después de haber insistido tanto el mismo Cicerón en los méritos y virtudes de esa ley, en el *Pro Rabirio*. Pero también es falso, como lo demuestra el análisis del tenor de la ley de Cayo Graco y de las circunstancias de su sanción. “En el año 123, dice Mommsen⁴⁹, C. Sempronio Graco, a raíz de ejecuciones cumplidas contra los partidarios de su hermano en violación a la provocación, renovó por una ley la orden de respetarla y se esforzó por impedir que, para eludirla, se recurriera a la teoría según la cual la calidad de ciudadano romano se pierde de pleno derecho en caso de perduellio”. En forma concordante Bleicken⁵⁰ afirma que “la ley Sempronia, en reacción contra las quaestiones extraordinariae del Senado, ha afirmado, para las penas capitales, el derecho al juicio popular... El juicio popular se había hecho cuestionable por la pretensión del Senado de declarar el estado de emergencia (senatus consultum ultimum)”. Y la ley de Cayo Graco no solamente mantenía la prohibición de condenar en causas capitales aún en caso de perduellio, sino, lo que es más importante, aún en caso de tal decreto senatorial. Una vez más comprobamos cómo la calificación de perduellis va rebotando como una pelota entre las dos partes en lucha, pues la ley Sempronia asimilaba, a su vez, la violación de sus normas, al caso de perduellio. Es que en esta época, la última de la república, la lucha ya no se dirige más contra el imperium de los magistrados sino contra la omnipotencia del Senado; los funcionarios que cumplían las órdenes de éste no eran otra cosa que el órgano ejecutivo de esa asamblea. Así el argumento basado en la inaplicabilidad de la ley Sempronia al perduellis, aún en caso de declaración senatorial, debe desecharse.

Pero hay algo más. La ley Sempronia es, según su denominación oficial, *de capite civis*. Y “caput”, lo mismo que juicio o sentencia o crimen “capital”, no mienta solamente la vida natural y física, sino también la vida civil.

“La lengua jurídica romana no limita la poena capitis a la pena de muerte; paralelamente a la noción de capitis deminutio del derecho privado de todos los tiempos, se ha comprendido bajo el nombre de poena capitis la pérdida de la libertad o del derecho de ciudadanía”⁵¹.

Y aquí no se puede negar, dado que sin duda alguna la muerte de un tribuno de la plebe es, como hemos visto, perduellio, que la doctrina sustentada por Cicerón contra los catilinarios contradice formalmente lo que había sostenido en el “Pro Rabirio” pocos meses antes. Por eso puede decir Duruy que Cicerón, “violando el espíritu de la constitución, seguía escrupulosamente sus formas... hacía declarar a los conjurados enemigos públicos, perduelles, para que se pudiera proceder contra ellos como si no fuesen ya ciudadanos... Rabirio, condenado como perduellis,

⁴⁹ *Le droit pénal*, cit., sec. IV.

⁵⁰ *Provocatio*, en Pauly Wissowa, cit.

⁵¹ *Droit pénal romain*, cit. Lib. V, t. III, p. 241.

había apelado al pueblo y Cicerón había declarado que, desde la ley de majestad, no se podía ya recibir el crimen perduellionis”⁵².

Un detalle interesante en apoyo de nuestra tesis: Clinton Walker Keyes, en su versión de *Las Leyes*⁵³, en el pasaje en que Cicerón recuerda el “de capite civis, nisi per maximum comitatum, ne ferunto”, traduce “de capite civis” por “cases in which the penalty is death or loss of citizenship”, versión audaz y lejana de la literalidad, pero que aplaudimos sin reservas.

Según este concepto de “caput”, resulta una falacia proceder sin más con la declaración de enemigos públicos y privación consiguiente de la ciudadanía romana, pues aún para eso se habría necesitado el maximum comitatum.

Cicerón, al querer extremar el cuidado de las formas, se ha encargado involuntariamente de poner aún más de manifiesto la contradicción. ¿Cómo no había de considerarse ciudadano romano a quien todavía se consideraba pretor? Y si no se lo consideraba pretor ¿qué sentido tenía que Cicerón, como cónsul y por lo tanto magistrado de potestas superior, tomara simbólicamente de la mano a Léntulo para conducirlo al suplicio? Pues un magistrado sólo podía ser aprehendido por otro magistrado de potestas superior. Apenas era comprensible esa conducta cuando llevó a Léntulo ante el Senado: “Consul Lentulum, quod praetor erat, ipse manu tenens in senatum perduxit”, a pesar de que poco antes el Senado lo había declarado, con los demás, perduellis: “sed eos paulo ante frequens senatus iudicaverat contra rem publicam fecisse”. Sin embargo, aún después de la consulta al Senado, “ipse (sc. Cicero consul) Lentulum in carcerem deducit”; y lo que marca la intención de respetar la dignidad del magistrado, es que a los demás los llevan los pretores: “Idem fit ceteris per praetores”⁵⁴.

Verdad es que el mismo Mommsen reconoce que la perduellio, desde el momento en que se comete, suprime el derecho de ciudadanía y permite por consiguiente la coerción admitida con respecto a los no ciudadanos. Y que esta coerción podía llegar a los azotes y a la decapitación, lo sabemos concretamente por el caso de Turpilio Silano, de que nos habla Salustio. A consecuencia de la rendición de la ciudad de Vaga al rey Yugurta, dicho comandante fue objeto de persecución conforme al derecho de guerra⁵⁵, por el delito de traición (proditio)⁵⁶ y como en su condición de ciudadano latino no gozaba del derecho de provocación, fue azotado y decapitado: “Turpilius, iussus a Metello causam dicere, postquam sese parum expurgat, condemnatus verberatusque capite poenas solvit; nam is civis ex Latio erat”⁵⁷. Pero además de la causa que señala

⁵² VÍCTOR DURUY, *Histoire des Romains*, t. III, p. 241.

⁵³ CICERO, *De re publica*, *[De legibus]*, The Loeb Classical Library, London, Harvard 1948.

⁵⁴ *De coniur. Cat.*, XVI, L, LV.

⁵⁵ *Droit pénal romain*, I.

⁵⁶ PLUTARCO, *Mario*, 8: ἔσχεν αἰτίαν προδοσίας.

⁵⁷ Sal., *Bellum Iugurthinum*, 69. Este hecho ocurrió en el invierno del 108/7 a.C. Llama la atención la proximidad de esa fecha con la que algunos fijan para la ley de Porcio Leca, que podría haber extendido la provocación a la milicia. Esta ley podría haber venido inmediatamente o poco después de la ejecución de Turpilio.

Salustio, es decir, que Turpilio era ciudadano latino y no romano, debe tenerse en cuenta que se trata de la *proditio* militar. Y con respecto a ésta no podía regir la *provocatio*. Mommsen, al referirse a la *perduellio* como causa de pérdida del derecho de ciudadanía, enumera taxativamente los casos concretos en que esta excepción tiene lugar, a saber: a) pasarse al enemigo; b) abstención culpable del ciudadano obligado al servicio militar en ocasión de la leva de tropas; c) deserción; d) *incenssi*, es decir, los que no se han dejado censar. Nótese que, salvo tal vez el último caso, todos los demás son delitos militares. Cicerón, al tratar de la coerción en el pasaje que antes comentamos (*De legibus* III 3, 6) después de las palabras “*ad quos provocatio esto*”, agrega: “*militiae ab eo, qui imperabit, provocatio nec esto, quodque is, qui bellum geret, imperassit, ius ratumque esto*”. El caso de Turpilio se explica así tanto más claramente, cuanto que pocos años antes el tribuno Livio Druso había propuesto extender también a los latinos el derecho de provocación, y prohibir también para ellos la flagelación, aún en la milicia. La propuesta fracasó, tal vez por la oposición de C. Graco⁵⁸.

Pero el caso de los conjurados de Catilina no entra en ninguna de estas excepciones.

Tampoco entra en otra excepción, que es la del “*manifestus*”, o sea el que ha sido sorprendido “*in flagranti*”, caso al que Catón en su discurso pretende asimilar el de la confesión. Los dos argumentos que esgrime Catón son particularmente desdichados. El primero es: “*Apud maiores nostros A. Manlius Torquatus bello Gallico filium suum, quod is contra imperium in hostem pugnaverit, necari iussit, atque ille egregius adulescens immoderatae fortitudinis morte poenas dedit. Vos de crudelissimis parricidis quid statuatis cunctamini?*”⁵⁹. Y el segundo, en la parte final de su voto: “*de confessis, sicuti de manifestis rerum capitalium, more maiorum supplicium sumundum*”.

El primer argumento es desacertado porque extiende al campo civil lo que sólo podría ser válido en el militar, según lo hemos mostrado. Y el segundo lo es también porque extiende a la esfera penal lo que sólo es válido en la civil. En esta última la confesión se consideró siempre, tanto en el procedimiento romano antiguo como en el derecho actual, como la “*probatissima probatio*”. Pero es bien sabido que en derecho penal la confesión no es más que una de las tantas pruebas admisibles; no es terminante de por sí, puede ser siempre retractada, puede haber sido inspirada por el deseo de salvar a otro o impuesta por la extorsión, etcétera. De modo que al decir Catón “*de confessis, sicuti de manifestis rerum capitalium*” pasa por encima de la cuestión más delicada atropellándolo todo y sobre la base de dos equiparaciones incorrectas.

En conclusión: los conjurados han sido condenados y ejecutados sin el debido proceso legal, “*indicta causa*” (que es precisamente el reproche que Cicerón lanza a Labieno en el proceso a Rabirio); y esto era lo

⁵⁸ G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*. Olms, Hildesheim, 1966, Estratto dalla Enciclopedia Giuridica Italiana. v.a. 632/122. “*Rogatio Livia de provocazione latinis concedenda*”.

⁵⁹ *Coniur. Cat.* LII 30 y 36.

que, aún después de la supresión práctica del derecho de provocación en sentido estricto, la conciencia jurídica romana exigió siempre como una garantía indispensable para la libertad política, y lo que a causa de sus orígenes remotos y de la institución a que esa garantía estuvo vinculada, se siguió llamando, en sentido amplio, el “derecho de provocación”.