Delito e infracción urbanística en las constituciones bajoimperiales

por José Luís Murga

(*Zaragoza*)

1. — Durante los siglos IV y V, una serie de normas imperiales que van desde Constantino a Maiorano manifiestan una seria preocupación por un fenómeno, aparentemente sin solución, a la vez que tratan de adoptar unas medidas que parecen ineficaces frente a una situación que se agrava de día en día con los síntomas de algo inexorable: el proceso de penoso deterioro que vienen sufriendo las construcciones urbanas. No es fácil que podamos hoy valorar el hondo sentido pesimista que debió suponer para los romanos de estos años el comprobar la lenta destrucción de la estructura urbana que servía de marco a aquella secular organización municipal sobre la cual se edificaba toda la vida política y religiosa del Imperio. En vano tratan las constituciones de los emperadores de concienciar a los ciudadanos más responsables, tanto de Roma como de las restantes ciudades, con el secreto deseo de ver surgir entre ellos mismos un interés político y una iniciativa eficaz en esta tarea de protección a tanta belleza ruinosa. Se diría que casi desesperadamente el legislador trata por todos los medios de lograr un camino para la reconstrucción de tantas ruinas que unas veces por la propia antigüedad de los edificios y otras por accidentes fortuitos llenan las ciudades con sus despojos. Así, en una ley del año 406 (1), Arcadio y Honorio incitan a la reparación de cualquier tipo de construcción

(1) C.Th. 15.1.14

incluso sin necesidad de previo permiso imperial, *etiam inconsulta clementia nostra.*

> *Si quando usus exegerit vel porticus vel quaslibet aedes aetatis senio seu fortuitis concussas casibus reparari, liceat etiam inconsulta clementia nostra cum reverentia sui imaginem deponere vel nostram vel retro principum reportatamque post refecta aedificia loco proprio denuo conlocare.* C.Th. 15.1.44.

Desgraciadamente, el legislador del bajo Imperio no se ha dado cuenta de que el problema es ya lo suficientemente profundo como para que no pueda solucionarse con unas normas promulgadas a toda prisa por la Cancillería imperial. Todo el quebranto que vienen sufriendo los edificios tanto públicos como privados no es sino el reflejo de un deterioro mucho más hondo que afecta la vida misma y al espíritu de los municipios y en general a toda la vida ciudadana. Ni la cohesión urbana, ni los órganos políticos de las ciudades, ni el conjunto cada día más amorfo de sus habitantes eran ya en el siglo IV lo suficientemente fecundos como para hacer aparecer un *evergetes* que pudiese salvar los valores estéticos o aquellos otros culturales o históricos que había conseguido la civilización romana en los momentos brillantes de su pasado. Probablemente, toda la tremenda historia de la tercera centuria con su galopante destrucción tanto moral como política no sea sino el resultado de esta otra lenta desaparición del espíritu municipal provocada suicidamente por el propio crecimiento cancerígeno del poder central que fue atrofiando progresivamente la fecunda y floreciente vida de las ciudades, todavía en pleno auge en el siglo II de nuestra era.

De todas las numerosísimas leyes que, sobre materia urbanística, se conservan en el libro 15, título 1, del *Codex Theodosianus,* probablemente las más significativas y donde el legislador intenta actuar con más decisión y energía son aquéllas en que se contempla la destrucción de los bellos edificios de las *metropoles vel splendidissimae civitates* llevada a cabo por las propias autoridades civiles que sin duda más obligación tenían de procurar su conservación. Las constituciones bajoimperiales

que se plantean esta problema al parecer tan agudo fueron promulgadas por diversos emperadores: Constantino en el año 321 (C.8.10.6), única norma no recogida en el *Codex Theodosianus*; Constancio II el año 351, (C.Th.15.1.1); Valentiniano I y Valente el año 365 (C.Th.15.1.14); Valentiniano y Graciano el año 376 (C.Th.15.1.19); Arcadio y Honorio el año 398 (C.Th.15.1.37) y finalmente el emperador Maiorano en una tardía constitución, la Novela 4 fechada el año 458, redactada toda ella en un estilo erudito y casi barroco muy pocos años antes ya del definitivo hundimiento occidental.

Seguramente en todas estas leyes se imponía una multa a cualquiera que malograse un edificio arrancando sus piezas arquitectónicas más nobles ya que, aunque la pena pecuniaria no conste de un modo claro y directo nada más que en las dos últimas leyes de la enumeración anterior — la constitución de Arcadio y Honorio del año 398 y la Novela 4 de Maiorano, que impone además otras penas físicas más graves — es bastante probable que en el texto original de estas constituciones fuera la sanción económica la pena prevista para la infracción. Sin embargo, más tarde al ser recogidas en el *Codex* Teodosiano, falta toda alusión a la multa. Ello en cierto modo resulta lógico ya que una vez convertida la norma imperial en un puro fragmento por obra de los compiladores, ésta solo debía conservar en el cuerpo legal aquello que fuese realmente fundamental para el ordenamiento jurídico. Sin duda que la cuantía concreta de una sanción económica siempre mudable y accidental, no les debió parecer interesante a la hora de redactar la compilación no quedando por ello ninguna huella de cual pudo ser la pena prevista para la infracción urbanística.

Así pues, tanto la cuantía de la multa como cualquiera de las múltiples matizaciones de este tipo de infracción administrativa que sin duda fue entendida y tipificada como figura delictiva, datos todos ellos que tanto interés tendrían actualmente para la investigación, será algo que deberá quedar necesariamente en el terreno de la hipótesis. Colocándonos, pues, en la perspectiva del legislador bajoimperial nos encontramos, al menos a primera vista, frente a un delito aunque no

sea este de fácil calificación. Tal vez debamos partir, ante todo, de que la ley plantea directamente como deber cívico que a todos afecta — *nemo propriis ornamentis esse privandas existimet civitates* (C.Th.15.1.1) — el respeto al decoro urbano y el no llevar a cabo ningún tipo de transformación degradante sobre el aspecto externo de las ciudades trasladando mármoles, columnas o bronces de una construcción a otra. Sin embargo, como ya antes dije, lo más significativo de estas normas y seguramente también lo más triste es que no parecen dirigidas al ciudadano normal sino a las propias autoridades, sin duda más culpables que nadie en este trasiego de piezas ornamentales de un lugar a otro.

Tratan, por eso, estas leyes de recordar sus deberes a los *iudices* (2) o gobernadores de las provincias (C.Th.15.1.14 y 15.1.37) e incluso al *praefectum urbis* y en general a todas las autoridades, *quos potestas in excelso locat,* colocadas por el régimen imperial en un lugar tan excelso y que luego con abuso de su poder llevan a cabo esas operaciones innobles, dedicándose al expolio y al saqueo, unas veces por la vanidad de inaugurar un nuevo monumento urbano a costa de las ruinas de otros más antiguos y otras veces por motivos aún más inconfesables y crematísticos.

De verdadero delirio debieron ser en algún momento estos trasiegos de material arquitectónico sobre todo al ir cundiendo el mal ejemplo (3) de las autoridades. Llegado un momento,

(2) Las leyes del bajo Imperio suelen designar con el nombre de *iudices* a los gobernadores de las provincias porque en esa época, subvertido ya todo el orden procesal, son precisamente estas autoridades quienes llevan el peso principal de la administración de justicia. Tal vez por ello Ammiano nos diga que los gobernadores eran elegidos preferentemente entre los juristas. Ammiano Marcelino, 29.3.6.

(3) El propio Constantino en los primeros años de su gobierno y debido sin duda a su orientalizante inclinación por Constantinopla, la *nova* Roma del Bósforo, seguramente que no debió dar a sus subditos un buen ejemplo en este campo. Según nos consta por diversas fuentes, el emperador, siguiendo su deseo de enriquecer y embellecer la capital de la *pars orientis,* no dudó en despojar otras muchas ciudades e incluso a Roma de sus más nobles exornos. *Constantinopolis dedicatur omnium urbium nuditate.* Hieronimus, *Chronica,* 181.

cualquier ciudadano con posibilidades económicas, tantos los miembros *clarissimi* de las grandes familias de viejo linaje como los nuevos ricos recientemente incorporados a la clase social más privilegiada gracias a la reestructuración de los servicios públicos y a la reorganización de la *annona,* se consideraba con derecho a embellecer sus propios edificios a costa de los despojos de los viejos templos y de los ricos y suntuarios monumentos de otras épocas. Ni siquiera los sepulcros se debieron ver libres de estas mutilaciones ya que incluso con normas concretas intentaron los emperadores frenar estos fúnebres expolios recordando anacrónicamente aquella vieja acción del edicto contra la violación de las sepulturas, *actio de sepulchro violato* (4).

2. — Antes decíamos que no es fácil la calificación legal de esta curiosa figura penal de la infracción urbanística tan repetida a lo largo de las constituciones tardías. Sin embargo, dado que a toda esta política legislativa del Bajo Imperio en favor del *decus publicum,* del buen parecer de las ciudades, le podemos encontrar unos precedentes relativamente remotos, ningún camino mejor para acometer nuestro estudio y para lograr un enfoque objetivo y certero del problema como el intentar un examen siquiera rápido de esos precedentes legislativos que ya se dieron en el alto Imperio e incluso en la República tardía.

Siempre fue para los romanos motivo de atención y cuidado el aspecto exterior de las ciudades. Esta preocupación que sin duda fue ya vivida inicialmente por los griegos y desarrollada a lo largo y a lo ancho del mundo helenístico tuvo su base en la potente vida política de los municipios. El ornato exterior, la suntuosidad, la belleza y el orden del espacio urbano fue desde siempre como una auténtica epifanía de la propia

(4) Este es el caso de una constitución del año 363 en la que el emperador Juliano se lamenta de tal estado de cosas por haber llegado el atrevimiento y la especulación hasta los propios monumentos funerarios: *pergit audacia ad busta diem functorum et aggeres consecratos.* C.Th. 9.17.5 (C. 9.19.5).

potencia y seguridad ciudadana y como un símbolo de la prosperidad y la seguridad en el futuro. Desde Hipodamos de Mileto que fue el tipificador de la urbanística clásica en tiempos de Pericles, tanto la fundación de las ciudades como la conservación de su estructura interna y de su estética fueron consideradas claramente como actos políticos. El constructor griego, lo mismo que cualquier arquitecto clásico, era no sólo un técnico sino sobre todo un humanista que tendía a una especie de conjunción universal de todos los conocimientos humanos. Para el mundo clásico, tanto la técnica como el arte no eran en definitiva sino manifestaciones de un saber aún más profundo y filósofico, muchas veces de carácter hermético, abierto tan sólo a algunos iniciados.

Esta manera de entender la arquitectura como ciencia y arte de construir, idea de la que participó ampliamente Vitruvio, el gran realizador de la urbanística augustea, supone toda una completa concepción cósmica y un sentido exacto de la orientación astral como si el arquitecto tratara sobre todo de canalizar gracias a su obra todas les energías ocultas del universo utilizándolas en una admirable coordinación en beneficio de los habitantes de la ciudad. Visto así, evidentemente la técnica de construir viene a ser como una auténtica ciencia encíclica (5) cuya primera razón de ser, según Vitruvio (6) sería la ordenación, la disposición, la euritmia, la simetría, la distribución de las masas y la belleza ornamental. Esa misma belleza tiene también un sentido oculto y esóterico que no todos quizá estén en condiciones de calibrar. La calidad del material empleado, la normativa o canon directivo en relación a la forma externa de los edificios, el cumplimiento atento a la costumbre transmitida por otros constructores y la observación de lo impuesto por la naturaleza — sigue diciendo el arquitecto romano — logran siempre, una vez terminada la obra, unos resultados no sólo admirables sino inesperados ya que gracias a ello aquel espacio construido logra despertar en el interior del individuo que lo habita o que lo contempla una

(5) Quintiliano: *Institutiones oratoriae*, 1.10.
(6) Vitruvio Polion, 1.2.14.

serie de fuerzas o actitudes que era realmente lo que verdaderamente se buscaba al construir.

El arte clásico daba, pues, a la ambientación interior y al *decus* u ornamentación externa de los edificios tanto públicos como privados un valor casi insospechado y en parte absolutamente ignorado por nuestra civilización actual. Si ello fue el descubrimiento original de los arquitectos clásicos o si a su vez lo recibieron de otras civilizaciones orientales más antiguas y aún más proclives al hermetismo, es algo que probablemente no sabremos nunca con certeza. Sin embargo, lo que sí es seguro es que el pueblo griego primero, el mediterráneo helenístico después y finalmente el mundo romano vieron en esa estética urbana algo más que un mero recreo para los sentidos, ya que ella sola encerraba una simbología de insospechadas consecuencias.

3. — Era, por tanto, lógico que los romanos ya desde muy antiguo, más o menos conscientes de los valores mistéricos que podía representar el aspecto exterior de los edificios en particular y de las ciudades en general, procurasen por todos los medios la defensa y conservación de la estética urbana (7). Resultaba por ello totalmente comprensible que cualquier acto que afectase al orden y a la armonía de las construcciones fuera visto como un verdadero atentado a la ciudad y que bien

(7) Tal vez en los primeros años de su historia, los romanos — al menos eso nos cuenta Estrabón: *Geographia*, 5.3.8 — descuidaron no poco el aspecto exterior de sus ciudades. Sin embargo, seguramente esta noticia incierta se refiere sin duda a la fase más arcaica de la ciudad, apenas salida Roma de su primitivismo guerrero, ya que nos consta que bien pronto, la ciudad trató por todos los medios de lograr una alta meta en la estética urbana. Para los arquitectos augusteos la construcción ciudadana no sólo debía reunir las notas de solidez y de utilidad (*firmitas*, *utilitas*) sino también la belleza o *venustas*. Se incorporaba así en la planificación de los edificios una belleza que apenas si tenía que ver nada con el viejo ideal griego de lo bello. Esta *venustas*, según la palabra utilizada por Vitruvio connota una idea más sensual y femenina — no hay que olvidar que *venustas* es un calificativo que deriva precisamente de Venus —, algo indudablemente más atrayente que el purísmo modelo griego de belleza arquetípica e ideal. Vitruvio Polion, 1.3.2.

pronto empezara a considerarse ilícita cualquiera actuación que pudiera suponer un deterioro a esos valores e incluso se pudiera llegar a calificar de abusivo el ejercicio de un derecho dominical que condujera a una deformación tal en los edificios.

Lógicamente una normatividad que pretendiera enfrentarse con estos aspectos del urbanismo romano, novedosa y revolucionaria hasta el punto incluso de considerar abusivos unos poderes del dueño que supusieran algún quebranto en una estructura urbana lograda con tanto esfuerzo, tenía que escapar necesariamente del limitado campo del *ius civile*. En efecto, en este ordenamiento primitivo no era pensable que ningún derecho, aunque fuera tan claro como los intereses colectivos de la ciudad, pudiera parecer en el horizonte jurídico sin ser eclipsado inmediatamente por el poder absoluto del *pater familias*. Tenía que ser, pues, dentro de la *lex*, el otro campo jurídico paralelo al *ius*, donde tuviesen acogida estos nuevos enfoques que en cierto modo venían a limitar los derechos del dueño. La *lex* más libre, más política, menos condicionada con el viejo ordenamiento empezó bien pronto a construir el *ius publicum* contemplando desde su ángulo jurídico estos nuevos conflictos tan peculiares.

Seguramente que en multitud de leyes constitutivas de municipios y colonias se dictaron normas relativas a la conservación y buen estado de las construcciones urbanas. Sin embargo, desgraciadamente solo una pequeña casi exigua cantidad de testimonios han llegado hasta nosotros a través de divesos restos epigráficos. Ciertos preceptos aislados de algunas escasas leyes proporcionan no obstante una relativa luz en este campo tan absolutamente marginado por el viejo *ius*, polarizado éste último casi exclusivamente en las relaciones jurídicas entre individuos, *inter singulos*. Estas leyes son las siguientes: a) una *lex municipalis* de los tarentinos (8) del siglo I a.C., tal vez promulgada entre el 87 y el 60; b) la *lex coloniae genitivae Iuliae ursonensis* (9), de tiempos de Julio César cuyo párrafo 75 toca tambien esta materia y c) otro párrafo, el 62.

(8) FIRA I, 18; DESSAU, 6086; BRUNS, 4.27.
(9) FIRA I, 21; DESSAU, 6087; BRUNS, 4.28.

de la *lex Malacitana* ([10]) dictada entre los años 82 y 84 de nuestra era. Estas fuentes, únicas de las que podemos disponer, sin ser seguramente las más antiguas nos dan, sin embargo, la versión primera de aquella preocupación municipal en pro del decoro y buen parecer del conjunto urbano edificado.

En todas estas leyes parece que el vehículo procesal que se empleó para imponer una multa al causante de cualquier destrucción fue una de aquellas típicas acciones populares, que permitían a cualquier ciudadano, *municipi qui volet,* desempeñar el papel de actor en tan curiosa reclamación. Entendía sin duda la mente jurídica de los romanos de la república que una distorsión y un quebranto en los edificios de la ciudad, aunque fuesen edificios propios del lesionador, suponía no obstante un daño que, en cierto modo, incidía de modo general en todos los munícipes que de alguna manera quedaban dañados por las ruinas manifiestas de la urbe.

Aquel *quicumque agere volet* que aparece en la promesa edictal para las acciones populares es ya lo suficientemente elocuente para manifestarnos algo de la verdadera naturaleza de estas vías litigiosas que siendo materialmente de carácter penal, admitían sin embargo, una legitimación universalmente abierta a todos los *cives,* entendiendose así que cualquiera de ellos estaba lo suficientemente titulado para iniciar el litigio por entender — siempre desde un enfoque esencialmente privatístico — que coincidía el interés personal del actor con el interés del *populus* dentro del cual se encontraba integrado.

Muy vivo debió ser el sentido cívico urbano como para que el planteamiento procesal de la acción penal admitiese un planteamiento se esta naturaleza. Incluso es posible que los munícipes al litigar lo hicieran como verdaderos actores, con sensación de estar sufriendo una lesión en sus propios intereses, sin que fuera necesario acudir, para explicar esta intervención procesal — al menos en estas primeras acciones populares —, a la idea de una representación *pro populo,* en dónde estos anónimos y fungibles litigantes actuasen como una especie de

(10) FIRA I, 23; DESSAU, 6088; BRUNS, 4.30.

magistrados dotados de un extraño mandato colectivo. Evidentemente, según se deduce de las propias expresiones empleadas por aquellas leyes municipales antes citadas, la destrucción voluntaria de edificios sanos podía entenderse como un auténtico daño a todo el municipio que exigía una pronta reparación por medio de multas y acciones populares. Siempre suelen usar las leyes, al referirse a la demolición dañosa y prohibida, los mismos verbos: *detegere, demolire, disturbare,* incluso manteniendo siempre este mismo orden en los vocablos. Esta relación, casi siempre idéntica de verbos con significado de destrucción y desmantelamiento hace pensar en una especie de cláusula de estilo, que tal vez fuera empleada en las leyes municipales, siguiendo a su vez seguramente a un modelo, una vieja ley desconocida y más antigua donde ya se prohibieran estos actos destructores de la estética urbana (11).

4. — Con los grandes cambios políticos y las rápidas transformaciones que supuso el régimen imperial, necesariamente todo este viejo planteamiento republicano de las acciones populares tuvo que verse sometido a revisión como tantas otras instituciones jurídicas nacidas al calor de la vieja estructura republicana. A partir del siglo I a.C. debió ir emergiendo seguramente una nueva idea de Estado, concebido éste como un peculiar ente abstracto absolutamente distinto de la masa de ciudadanos que lo pudieran constituir. Hay que advertir, sin embargo, que aunque durante muchos años para designar a este ente en el lenguaje ordinario de las fuentes se siga empleando la tradicional expresión de *populus,* una cierta y nueva matización ha ido adquiriendo este vocablo sobre todo a partir de los años augusteos. Por lo mismo y aunque también por la típica inercia del lenguaje jurídico se sigan calificando de *populares* las acciones con las que se persiguen los actos

(11) Siguiendo estas expresiones seguramente tipificadas quedaba especialmente penado el *detegere,* destejar o quitar los techos o cubiertas de los edificios, derruir o *demolire,* vocablo este último tan vinculado a la idea de grandes masas de piedra y finalmente *disturbare* que, dotado de un significado más general, parece darnos a entender una idea de destrucción en un sentido aún más amplio y genérico que los anteriores.

ilícitos contra los intereses de todos los *cives*, un claro cambio sufrieron igualmente estos medios litigiosos.

Todavía sigue preocupando en el Imperio y si cabe más que en los siglos anteriores el quebranto de los edificios urbanos y el mal aspecto que va ofreciendo una Roma cada día más llena de viejos monumentos deteriorados, cuando no ruinosos. Es por esta razón por la que un antiguo senadoconsulto de tiempos de Claudio, el SC. Hosidiano — el texto de la norma senatorial hace una discreta alusión a la « voluntad » del príncipe — seguido de otro que constituye como su apéndice, el SC. Volusiano del año 56 ([12]), vuelven a ocuparse otra vez, siempre con aquella visión delictiva, heredada de las viejas leyes municipales, de los daños que siguen padeciendo los edificios.

Estos senadoconsultos, sin embargo, aún preocupándose del aspecto exterior y del decoro de las ciudades, contemplan especialmente y ello con un rigor en cierto modo desacostumbrado el supuesto concreto de las especulaciones llevadas a cabo por los *negotiatores*. Debió ser frecuente que estos negociantes, calificados tan despectivamente por el Senado, compraran por poco dinero estupendos y nobles edificios para después de derribarlos, enriquecerse con la venta de sus ricos y artísticos despojos. Aunque probablemente estos senadoconsultos — del texto nada puede deducirse con seguridad — debieron ofrecer también unas acciones populares para perseguir a los especuladores, seguramente ya estas acciones no tenían de tales más que el nombre que por el conservadurismo propio de la termi-

(12) Existen algunos estudios sobre el SC Hosidiano y el SC Volusiano, promulgado este último tan sólo unos años más tarde que el anterior. Son importantes los de MOMMSEN, *Zwangsweise Wiederherstellung städtischer Gebäude*, en *Juristische Schriften* 1, Berlín 1965, p. 373 s.; PACHTERE, *Les Campi Macri et le Sénatus-consulte Hosidien*, en *Mélanges Cagnat*, Paris 1912, p. 169 ss.; LUSTIG, *La tutela del paesaggio in Roma*, en *Filangieri*, 43 (1918), 449 ss.; GRUPE, *Zu den Senatusconsulta de aedificiis non diruendis*, en *ZS*, 48 (1928), p. 572 ss; MAY, *Les Sénatusconsultes Hosidien et Volusien*, en *RH*, 14 (1953), p. 11 ss.; MURGA, *Protección a la estética en la legislación urbanística del alto Imperio*, Sevilla 1976.

nología procesal todavía se siguió empleando durante muchos años. Es posible igualmente también que estos módulos litigiosos conservaran incluso aquella legitimación abierta a *quicumque agere volet* que fué típica de las acciones populares. Sin embargo, es bastante probable que en tiempos imperiales los beneficios obtenidos con la sentencia no fueran ya, como antaño, a parar al patrimonio del actor sino que la sanción económica pasara directamente a las cajas públicas, *in aerarium inferri,* tal como se desprende claramente del propio texto legislativo.

Esas mismas transformaciones radicales del orden político y de la estructura social romana aceleraron también los grandes cambios que el ordenamiento penal venía sufriendo ya desde la baja República. Lógicamente, tanto el concepto de delito como el de las penas correspondientes a los actos ilícitos se vieron sometidos a un continuo proceso de revisión que propiamente ya se había iniciado siglos antes a causa de aquel gran incremento de los *crimina* o delitos públicos, incremento que trajo como consecuencia el atrofiamiento de los viejos *delicta* con su ya arcaica concepción dominical y privatística.

Mientras que en el terreno de los principios, la *publica utilitas,* el interés público, comienza cada vez más a ser el móvil dominante y el criterio inspirador de todas las providencias y constituciones imperiales, en el campo procesal, la *coercitio* del *princeps* derivada de aquella originaria *cura et tutela rei publicae universa* de la que tanto nos hablan las fuentes fué convertiendose en un poder represivo fuerte y expansivo, cada día con más atribuciones y posibilidades. Como consecuencía asumía el emperador la protección de la paz pública apoyándose en las propias vías penales que le ofrecía la *cognitio,* con unos medios procesales notablemente más rápidos y eficaces que los que podían derivarse de las viejas *quaestiones* típicas y tradicionales. Como es sabido, ambos sistemas penales, el propio de la *cognitio* y el de las *quaestiones,* — siguiendo en esto también la línea normal de la evolución jurídica romana — se solaparon y desarrollaron conjuntamente, sin que el más moderno derogase nunca, al menos directamente, al anterior. Esta es la causa por la que, hasta muy entrado el siglo II

d.C., no es dificil encontrar abundantes alusiones al viejo sistema clásico en las obras de los juristas, no obstante la clara primacía que había obtenido ya el sistema cognitorio.

Aunque no resulta fácil saber con exactitud si los delitos previstos en los SSCC. Hosidiano y Volusiano — al menos por la redacción de los textos legislativos parece que en este aspecto no hay duda de que fueron calificados como tales — eran perseguibles dentro del sistema cognitorio o si por el contrario estuvieron encuadrados dentro del viejo orden penal, es bastante probable sin embargo, que en estos primeros años altoimperiales, estas infracciones todavía estuvieran sometidas a la normativa clásica y que incluso la acción utilizada frente al transgresor aún se pudiera calificar de acción popular, aunque como antes se dijo le faltase ya aquella nota típica del beneficio económico de la sentencia en favor del actor (13).

Lo que sí parece seguro, al menos en estas últimas acciones populares de una época clásica que se va, es que ya el ciudadano al ejercitar la acción lo hace de un modo distinto a como lo hicieron sus antepasados republicanos ya que posiblemente no se considera a los demandantes como especial y directamente dañados por el culpable del acto ilícito. Por ello y sin que se sepa con exactitud cual pudo ser la causa de esta mutación, el actor litiga al modo de un *quasi magistratus*, es decir como quien interviene representando a un ente peculiar — no importa que todavía se le siga llamando *populus* — por supuesto muy distinto de él mismo y que es en definitiva el verdadero sujeto dañado por el acto lesivo. Mas tarde incluso, en tiempos postclásicos, practicamente estancado el procedimiento ordinario y judicial y sin una evolución procesal sana, una vez que acabó de desaparecer del todo el viejo sistema de las fórmulas siendo sustituido definitivamente por la vía cognitoria, las acciones populares dejaron de tener incluso razón de ser ya que el nuevo

(13) Más dificil sería, sin embargo, saber si esta posible acción *ex senatusconsulto Hosidiano*, podría ser calificada como acción honoraria al estilo de aquellas acciones populares que en el edicto aparecían para castigar ciertas conductas no cívicas, vg. la *actio de effusis et deiectis* o si ya estarían tipificadas como delitos públicos *ex lege*.

orden procesal eminentemente público no daba cabida a unas vías litigiosas cuyo planteamiento era absolutamente privatístico.

5. — Dentro del orden penal, esta abolición venía así a ser como un reflejo del propio cambio experimentado por la autoridad política imperial que había ya superado la vieja diarquía clásica. Si los dos sistemas procesales, coexistentes todavía en el siglo I d.C., no eran sino la consecuencia de las dos autoridades que concurrían en el régimen, desaparecido aquel dualismo clásico era perfectamente consecuente que desapareciera también todo vestigio dual en el ejercicio de la actividad represiva penal (14). Sin embargo, no obstante esta unificación, no se clarificó con ello el horizonte penal del Bajo Imperio que siguió siendo tan nebuloso o más si cabe que el de la época clasica.

Esta oscuridad propia de la evolución del Derecho penal del bajo Imperio se debe sobre todo a que, según es normal en todo el ordenamiento jurídico romano, la represión criminal se vió como forzada a realizar su proceso evolutivo por dos caminos no siempre paralelos. Por un lado a través de la práxis política impuesta por la cancillería imperial a las constituciones imperiales, necesariamente siempre más innovadoras que los *iura* al no verse aquellas sometidas a ningún tipo de condicionamiento histórico y al no estar subordinadas en esta era de vulgarismo legal (15) a las grandes líneas arquetípicas del

(14) El verdadero testimonio de estas grandes transformaciones que tuvo que sufrir el Derecho penal romano lo ofrecen mejor las tardías compilaciones postclásicas, por ejemplo, las *Pauli Sententiae* con más exactitud que el propio Digesto ya que al estar este último confeccionado con materiales clásicos puede darnos a veces una impresión tal vez demasiado clasicista y anacrónica. *Cfr.* ALBERTARIO, "*Delictum*" e "*crimen*", en *Studi* 3, p. 141 ss.

(15) Lógicamente, también las leyes imperiales se vieron afectadas por la ola de degradación cultural y jurídica que tuvo que sufrir toda la civilización romana en general y el ordenamiento en particular. Salvo en períodos un poco más excepcionales, como tal vez pudiera serlo el de la epoca de Teodosio I y sus hijos, las constituciones no se vieron en absoluto libres de la vulgarización. *Vid.* sobre todo los estudios del vulgarismo romano de LEVY, *Schriften* 1, p. 163 ss.

viejo Derecho clásico, y por otra parte, la corriente doctrinal propia de los juristas tardíos que, no obstante las continuas modificaciones vulgarizantes llevadas a cabo sobre las obras jurídicas de los siglos anteriores, por partir siempre de los viejos conceptos clásicos nunca llegan a reflejar con tanta exactitud los profundos cambios sufridos en la represión criminal de los delitos durante estos siglos.

Por todo ello, mientras que la legislación imperial de los siglos IV y V tiende sobre todo a derogar, los glosistas se dedican preferentemente a retocar poco a poco todo el ordenamiento anterior; mientras que las constituciones bajoimperiales legislan sobre nuevas figuras, el Derecho penal de los juristas parece más bien preferir las concepciones doctrinales de tipo general ([16]). Ni siquiera en los años justinianeos se logra llegar a una unificación, de estas dos grandes líneas tradicionales postclásicas del Derecho romano, que al permanecer aún vivas en época tardía, dan la impresión de como si todo lo relativo a los delitos y a las penas se deslizara siempre por dos grandes vías. Sin embargo, tambien es posible que la sensación que pueda haber como de un doble planteamiento jurídico, más aparente que real, no sea otra cosa sino el reflejo de la propia dualidad de las fuentes postclásicas, *leges* y *iura*, por donde nos llega todo conocimiento de tan interesante período y que por el contrario, el ordenamiento postclásico fuera en la realidad mucho más unitario de lo que inicialmente podríamos imaginar.

Por si fueran pocas estas dificultades, aún habría que tener en cuante además otro aspecto ineludible: ninguna rama del Derecho sufre tanto de las absorbentes ideologías políticas como aquella relativa a la represión criminal y mucho más en un régimen histórico tan fuerte como el inaugurado por

(16) Tal es la diferencia que en el ordenamiento penal postclásico cree ver BRASIELLO entre la legislación imperial, siempre inspirada en la *cognitio* y la labor de los juristas anónimos que a partir de la segunda mitad del siglo III se dedican sobre todo a transformar el ordenamiento sin derogar sus grandes principios basilares. BRASIELLO, *La repressione penale in Diritto romano*, Nápoles 1937, p. 454 ss.

Diocleciano-Constantino. Forzosamente, en una situación histórica de tal envergadura, lo ilícito penal no sólo tuvo que vivir una immensa expansión sino que debió aceptar una serie de transformaciones esenciales incluso en los conceptos más básicos, ampliando extensa e intensivamente la órbita del delito y de la pena hasta zonas relacionadas fundamentalmente con el orden público. Todo el bajo Imperio sufre un agudo recrudecimiento en la agravación de la actividad represiva como consecuencia precisamente de la fuerza y del poder absoluto del *princeps* legislador. Las nuevas concepciones del poder dan una altura tan excelsa a la voluntad imperial que llega incluso a verse la ley como encarnación auténtica del querer divino manifestándose casi oracularmente a través del príncipe *cum enim lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem* (17).

Tanto la ideología política heredada de un pensamiento pagano iluminista y unitario, como aquella otra derivada del recién estrenado ideario cristiano que entró en el Imperio por la gran puerta del Oriente bizantino, son tan semejantes entre sí que muchas veces no presentan más diferencias que levísimos matices apenas perceptibles a través de la legislación imperial. La concepción jerárquica, burocrática y piramidal de la sociedad, ordenada y perfecta como un reflejo del orden mismo del cosmos, facilitó a su vez el poder contemplar al ordenamiento jurídico como un todo unitario político y social al mismo tiempo. Dentro de esta armonía, las leyes imperiales, a modo de una inmensa red de normas, venían a ser como el elemento esencial de toda la estructura y de toda la vida de la sociedad romano-tardía. A causa de esta extraña concepción de la normatividad positiva y aunque las leyes tiendan a conservar siempre sus propios aspectos diferenciales, llegado un momento, puede claramente observarse en la política legislativa de estos siglos finales como una cierta equiparación de todas las normas. Equiparación que resulta evidente al menos desde un punto de vista negativo al ir dando a entender el legislador

(17) C. 1.17.1.7. a.530.

que el mero quebrantamiento objectivo de las constituciones imperiales sería en sí mismo algo delictivo. Así, desde este peculiar punto de vista legislativo lo mismo sería que una constitución pueda afectar directamente a los intereses más vitales del Imperio, al orden y a la paz pública, como que se refiera tan sólo a aspectos meramente administrativos o urbanísticos.

No deja de ser curioso el advertir que el proceso histórico propio de nuestra civilización occidental haya sido en cierto modo igual aunque en sentido inverso al seguido por la sociedad romana. En la Roma clásica la tipificación del delito y de lo ilícito penal, inicialmente basada en la doble conjunción del daño y de la intencionalidad del delincuente, constituía un ordenamiento específico y autónomo dentro del marco jurídico general. Fue, sin embargo, más tarde, en el momento en que el mundo romano comienza a desplazarse hacia un régimen políticoabsoluto e indiferenciado, cuando todo ese ordenamiento penal empieza a perder cada vez más su autonomía absorbiendo dentro de su órbita a toda una serie de normas más bien de naturaleza administrativa o de gobierno, más o menos convincentes y justificables al estar todas ellas muy condicionadas por el momento histórico de su aparición. Como si se tratara de un desplazamiento del centro de gravedad de la cuestión, se diría que a partir de los años trescientos, lo importante del delito y de la pena no es ya la ilicitud de un acto humano y el reato correspondiente al mismo. Por el contrario, lo que parece importar más es lo que los delitos puedan tener de infracción y de desobediencia a la ley, convirtiéndose a la vez la pena en una especie de respaldo colectivo cuya principal finalidad sería la de asegurar el cumplimiento de la misma ley. A través del estilo redundante y retórico que ofrecen las constituciones imperiales de la época tardía se puede deducir que el principal valor de la pena es el simplemente instrumental de lograr una pura intimidación en favor del orden y de la *publica disciplina*. Es seguramente por esa razón por lo que las leyes aparecen normalmente redactadas a modo de advertencia general a todos los súbditos, *qui omnes sciant, qui cognoscant*, etc, subrayando con este modo de decir esa misión principal

de la norma positiva y el gravísimo significado que comienza a tener la infracción [18].

Por el contrario y como antes decía, la línea histórica marcada por nuestra civilización occidental es exactamente la inversa. Todo el llamado Derecho penal del viejo régimen [19] está constituido por una masa indiferenciada de preceptos en donde, al lado de los delitos típicos, aparecen otras muchas contravenciones penadas de los más variados tipos y naturalezas: actos contrarios a normas gubernativas, sanitarias, políticas, aduaneras, etc. Al igual que los emperadores romanos de los últimos siglos, aunque de manera infinitamente más imperfecta, los reyes de las monarquías absolutas de Europa emplearon igualmente las penas y todo el ordenamiento represivo como un instrumento más para su gobierno. Largo tiempo habría de durar esta situación hasta que el Estado liberal tratara por vez primera de volver a distinguir las dos esferas, de lo ilícito penal y lo ilícito administrativo que aparecían desde tanto tiempo atrás sin identificar y como superpuestas [20].

6. — Volviendo pues al Derecho imperial postclásico en donde el ordenamiento penal habría de sufrir tan extraña distorsión, las constituciones imperiales que cité al principio, al igual que otras muchas que se insertaron dentro de la misma línea de una política legislativa de protección urbanística iniciada varios siglos antes [21], no eran en realidad sino una

(18) *Qui explicandi negotii spem, cuius finis in iudicis potestate ac motu situs est, pollicetur, non minus ob illicitam sponsionem crimen contrahit, quam qui ad huiusmodi promissionis commercium contra disciplinam publicam adspirat.* C. 9.2.10, Diocleciano y Maximiano, a. 290.

(19) TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid 1969, p. 203 ss.

(20) No sin un gran esfuerzo la moderna doctrina penal ha tratado, sobre todo ultimamente, de ir separando y fijanda el rigor conceptual de los distintos campos del acto ilícito. *Vid.* CEREZO, *Curso de derecho penal español* I, Madrid 1976, p. 34 ss. y la bibliografía allí reseñada.

(21) Estas constituciones de los siglos IV y V que, según hemos visto, tienen sus primeros precedentes imperiales en los SSCC. de la época julio-claudia guardan tambien relación con algunas otras normas, siempre

serie de disposiciones en las que el legislador intentaba plantear un aspecto parcial del gran riesgo que parecía amenazar a todas las ciudades del bajo Imperio. Si la estética urbana, el aspecto exterior de los edificios y en general el *decus publicum* de las ciudades estaban en peligro ello era debido a muchísimas causas, de las cuales tal vez la principal, como vimos, fuera la pérdida del espíritu vivificador de las curias que había sido siempre el gran conservador de las estructuras políticas romanas. Aún, si se quisiera, podríamos buscar otra causa todavía más honda, mucho más deficil de rastrear y que posiblemente la encontraríamos en la lenta desrromanización del Imperio que ya mostraba por todas partes los síntomas inequívocos de la aculturización.

Dentro de la línea jurídica de un ordenamiento penal desorbitado politicamente, las constituciones de los siglos IV y V de Constantino a Maiorano, que se enfrentaron con los problemas urbanísticos más acuciantes lo hicieron concretamente desde el punto de vista de una infracción penal. Por las razones que fuesen, se preocupaban las leyes sobre todo de que nadie, pero muy especialmente las propias autoridades, gobernadores, prefectos, decuriones, etc, se atrevieran a deformar el aspecto exterior, el decoro urbano de Roma o de las otras ciudades del Imperio. Ante los ojos del legislador debió considerarse como una verdadera afrenta el hecho de que aquéllos que mejor ejemplo cívico tendrían que dar fueran precisamente quienes, desobedeciendo la ley y casi siempre por una estúpida vanidad, estuvieran prácticamente demoliendo la belleza urbana legada por los antiguos romanos.

escasas y parciales, de los siglos II y III d.C. como son el SC. Aciliano, promulgado en tiempos adrianeos y algunas constituciones aisladas que han llegado casualmente a nosotros. Estas constituciones de la época antonina y serveriana aparecen citadas por algunos juristas clásicos principalmente por Ulpiana y esta fue precisamente la causa de que tales normas pasaran al Digesto justinianeo. Otra constitución de Alejandro Severo de materia urbanística y fechada hacia el año 222 fue recogida igualmente por el *Codex*, 8.10.2. *Vid.* MURGA, *El senadoconsulto Aciliano: ea quae iunta sunt aedibus legari non possunt* en *BIDR.* 79 (1976) p. 155 ss.

También desde el punto de vista de la sanción que imponen, las constituciones postclásicas que trataban de frenar la destrucción de la fisonomía urbana, ofrecen a nuestros ojos esa misma característica general del bajo Imperio en donde la multa ha perdido ya aquel viejo sentido tan típico del Derecho penal clásico de indemnización por el daño sustituyéndolo, según se dijo antes, por la pura finalidad coercitiva de mantener el cumplimiento de la norma positiva. Incluso a veces parece dar la impresión de como si toda la inmensa proliferación legal de estos años tardoimperiales no pudiera ya contar con más apoyo que la pena pecuniaria, único y artificial medio para lograr una obediencia temerosa de la ley.

7. — Este caracter peculiar de la legislación postclásica es logicamente general y afecta a toda la normatividad positiva de estos años. Así, además de los supuestos legales de infracciones urbanísticas y de daños en la estética de las ciudades, contemplados en las constituciones a las que nos hemos venido refiriendo, serían innumerables las leyes imperiales de esta época presididas por ese caracter penal — al menos con ese sentido amplio y destacado que tiene lo penal en el bajo Imperio — que podríamos citar y en donde se acude también a la sanción económica, casi siempre indiscriminadamente, buscando tan sólo ese fin coactivo y de intimidación. Así, por ejemplo:

a) Numerosas son las leyes que imponen multas a los jueces por el no cumplimiento de normas puramente procesales, incluso a veces por la omisión de puras diligencias litigiosas (22).

b) También a los *executores,* que están sometidos al *officium* de los jueces se les aplica a veces la sanción económica por ciertas infracciones de la más variada naturaleza (23).

c) Igualmente es la multa la pena impuesta a los propios

(22) C. 1.22.3, a. 313; C.Th. 11.36.14, a. 361; C.Th. 8.8.2 (C. 3.2.1), a. 379; C.Th. 9.3.6 (C. 9.4.5), a. 380; C. 10.32.33.1, a. 381; C. 1.49.1.3, a. 471; C. 3.1.13.8, a. 530.

(23) C. 3.2.3, a. 530.

litigantes por temeridad en sus apelaciones o incluso simplemente por no haber observado la praxis ordinaria en la solicitud de las mismas ([24]).

d) Una pena pecuniaria se impone también a los negociantes que por medio de pactos ocultos entre ellos intentaran conseguir algún tipo de monopolio en perjuicio del mercado general ([25]).

e) De igual modo, para cualquier clase de usurpación o violación de normas administrativas sobre uso de aguas, suelo público, teatros o diversiones, las leyes disponían siempre de una sanción económica de una cuantía más o menos caprichosamente fijada ([26]).

f) Multas diversas fijan las leyes también para los gobernadores de provincias que desobedeciesen las normas financieras dictadas para la recaudación de impuestos o las prescripciones hechas por el emperador con relación a la permanencia dentro del territorio imperial de ciertos bárbaros especialmente peligrosos para el orden público, como los isaurios ([27]).

g) Finalmente y dado el caracter universal y omnipresente de la providencia legislativa, multitud de constituciones imponen multas por infracciones en materia religiosa o eclesiástica, más o menos justificables desde el punto de vista doctrinal, como por ejemplo por pertenecer a ciertas sectas religiosas e incluso meramente por asistir a algunas de sus reuniones o concilios ([28]).

La anterior enumerción sin pretender ni por un momento que sea realmente exhaustiva nos indica un poco cual fue la expansión que llegó a alcanzar la multa postclásica impuesta por ley. En todos los casos, siempre nos encontramos con constituciones prolijas, casuísticas, numerosas e incluso repetidas para un mismo tema, lo cual nada dice naturalmente en favor de la eficacia legislativa del gobierno imperial.

(24) C.Th. 11.36.25 (C. 7.65.5), a. 378.
(25) C. 4.59.2.3, a. 381.
(26) C.Th. 15.7.5, a. 380; C. 8.11.20, a. 439; C. 11.43.6, a. 440.
(27) C.Th. 12.6.30 (C.10.72.13), a. 408; C. 9.12.10, a. 468.
(28) C.Th. 16.5.65 (C. 1.5.5), a. 428.

Según lo que ya conocemos del bajo Imperio, hemos de pensar que también las figuras penales, contempladas en esas leyes y para las cuales se pensó en la multa como sanción, tuvieron seguramente que sufrir grandes transformaciones a lo largo de estos siglos postconstantinianos. Del mismo modo que el vulgarismo postclásico remodeló las acciones del viejo sistema procesal romano, unificando el concepto básico de *persecutio,* también muchas de estas figuras delictivas perdieron practicamente su antigua y tradicional tipificación. Como ya dijimos, debido a la misma mutación de la sociedad y del poder político y a causa del incremento aterrador en la concepción sacral del Estado y de la *lex,* a partir de un momento, lo delictivo no radica ya tanto en la ilicitud de un actuar humano que al provocer un daño exige una reparación, como en el propio quebrantamiento de la ley, máxima representación humana del querer divino y base imprescindible para el equilibrio y el orden. Como era lógico esperar, a causa de esta visión de la norma positiva imperial y bajo tan extraño prisma magnificente, se produjo un desproporcionado gigantismo dentro de la órbita penal y una superposición y natural desdibujamiento de las figures que hoy consideramos propiamente penales en relación a aquellas otras de naturaleza más bien administrativa o de gobierno.

Por esta razón, aquellas constituciones imperiales que trataban tan solo de enfrentarse con una cuestión puramente urbanística o intentaban proteger el aspecto exterior de los edificios, se alojaron parasitariamente dentro del ordenamiento represivo penal a falta de una mejor apoyatura. Estas leyes, como cualquiera de las muchísimas que se fueron promulgando en los siglos IV y V de nuestra era y que se referían a las más variadas materias disciplinares intentaban siempre de algún modo más o menos claro justificar su planteamiento delictivo basándose siempre en esa idea de la actuación *contra legem* en donde parece descansar toda la nueva concepción de lo ilícito penal, tan lejana a lo que había sido la corriente clásica tradicional.

Aunque la redacción de los textos legales, salvando quizá los años del primer Teodosio, deja casi siempre mucho que desear,

tanto en la precisión de los conceptos como en su propia fundamentación jurídica y aún teniendo en cuenta que las constituciones de esta época de vulgarismo nunca pueden ser doctrinalmente perfectas y menos aún en materia tan controvertida y tan expuesta a la recepción de influencias extrañas como es el Derecho penal, sin embargo del tenor mismo de las leyes parece deducirse, aunque ello no se diga de modo directo, que el legislador entiende que la infracción por sí misma es ya un delito. Muy distintas son las expresiones que en las diferentes constituciones parecen abundar en esta idea postclásica de la infracción-delito, tratando con esfuerzo de encontrar una cierta raíz de *animus* delictivo en la inobservancia de cualquier precepto administrativo. Igualmente de mil formas trata el legislador de demostrar también que la pena impuesta al infractor se basa, como sucedería en cualquier supuesto penal ordinario, en el hecho de ser la suya una auténtica actuación antijurídica.

a) Así, a veces, las leyes parecen querer darnos a entender que la infracción tiene la malicia de algo que ha sido hecho con claro deseo de engañar, *huiusmodi ambitu circumire temptaverit,* C.Th.3.11.1 (C.5.7.1), a.380, empleando esta expresión, *circumire* o *circumvenire,* de tan antigua tradición en los juristas clásicos para referirse al dolo ([29]).

b) En otras ocasiones el legislador intenta buscar palabras que puedan dar una idea clara del caracter doloso que tiene aquel voluntario incumplimiento de una normatividad. Tal, sucede por ejemplo, con una ley de Graciano del año 379, C.Th.8.8.2 (C.3.2.1), que impone una multa al jefe de las oficinas imperiales, *primiscrinio qui iussa temeraverit.* También Arcadio y Honorio en C.Th.15.1.37 (C.8.11.13), utilizan una expresión parecida refiriendose a los *iudices*: *nemo iudicum in id temeritatis erumpat... sine iussu tuae sublimitatis audeat.*

(29) Aunque los verbos *circumire* y *circumvenire* en su sentido más originario y literal no suponen más que andar o caminar alrededor, bien pronto pasan en el lenguaje jurídico a significar el acto de engañar, tal vez por el sentido envolvente que supone siempre el fraude, según puede comprobarse en innumerables textos recogidos en el Digesto.

El legislador intencionadamente utiliza el verbo *temerare* tratando quizá de indicar con ello la especial gravedad de profanar los preceptos imperiales que supone el no cumplirlos (30).

c) En una ley de Zenon del año 479, C.1.49.1, al referirse al incumplimiento de ciertas disposiciones concretas obligatorias para todos los jueces se habla de *contra legis tenorem discedere,* poniendo también el acento en esa separación voluntaria de lo mandado por el legislador que parece connotar el vocablo *discedere* (31).

d) La idea de audacia malsana, de atrevimiento inconcebible, es también muy indicativa cuando alguna ley intenta subrayar la gravedad de una infracción. Tal sucede, por ejemplo, en una constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 440, C.11.43.6, en donde se habla de temeridad punible simplemente por haberse atrevido alguien a solicitar de las oficinas públicas licencia para un uso individual del servicio hidrográfico imperial, *si ausum fuerit instruere vel minus instructis precibus parere, centena pondo auri multae nomine... se esse illaturos.*

e) De auténtica mutilación de la ley califica una constitución de Valentiniano y Valente del año 364, C.Th.11.30.32 (C.7.62.24), el incumplimiento de las reglas de apelación por parte del juez y de sus oficiales: *iudice et officio eius, si statuta fuerint aliqua parte mutilata, multae subiacentibus.*

f) Finalmente, en una inmensa cantidad de normas imperiales, el legislador parece preferir, para justificar el carácter

(30) *Temerare,* de uso poco frecuente entre los clásicos, es sin embargo una expresión relativamente normal dentro de la terminología legislativa postclásica del *Codex,* normalmente en el sentido de un no acatamiento culpable de la ley. Tal es el significado de *temerare* por ejemplo, en diversas constituciones: C. 9.12.6 y C. 10.1.7.2, Constantino, a. 317 y 326; C. 2.7.6, Teodosio y Valentiniano, a. 439, etc.

(31) *Discedo,* derivado de *cedo, cedere,* supone ya en sus orígenes algo muy vinculado a la idea de marchar y por tanto en nuestro caso a la de marchar en dirección contraria a la marcada por el legislador. Igualmente es frecuente el empleo de este vocablo en algunas constituciones postclásicas: C. 7.35.2 y C. 4.10.5, Diocleciano, a. 286 y 293; C. 4.3.1, Teodosio, Arcadio y Honorio, a. 394; etc.

delictivo de la infracción, la idea de descuido culpable que se contiene en la expresión *neglegere*. En la terminología legal, cualquiera de las formas en que se suele emplear este verbo connota siempre un sentido de acto intencional de incumplimiento en donde el infractor ha actuado ilegalmente con un acto formal de desprecio a la ley y al sentido sacral que ella representa. Es frecuente, dentro del estilo a veces rebuscado de ciertas constituciones, que al redactar el texto se insiste, incluso en ocasiones con exageración, sobre la gravedad de una desobediencia que lleva implícita un agravio inferido a la autoridad divina del emperador. Tal vez sea este último el sentido de una constitución de Teodosio II del año 441, C.1.55.10, cuando al imponer una multa a jueces y gobernadores, dice el legislador que tales infracciones son merecedoras de pena por haber desatendido temerariamente la divina voz, *neglecta auctoritate principali*, siendo con ello despreciada la autoridad imperial.

De modo indefinido se podría seguir enumerando las leyes penales, tan abundantes como estériles en su vano intento de contener sólo con el aparato legal una sociedad jerárquica que carecía desde hacía ya muchos años de la cohesión interna para seguir subsistiendo. En todas estas constituciones tanto el enfoque de la propia infracción como la sanción que tratan de imponer van como buscando un planteamiento penal. Como consecuencia de ello el ya gigantesco campo de este ordenamiento se vió afectado por un exagerado y enorme crecimiento. Este desbordamiento de los propios límites de lo penal condujo necesariamente a una transformación malsana en la esencia del delito, difuminando aún más si cabe los conceptos básicos del ordenamiento criminal ya tan desdibujado a causa del vulgarismo postclásico. Al enfocarse en el bajo Imperio sólo parcialmente la antijuridicidad del delito, al equipararse praticamente el *ius* con la *lex* o, si se prefiere, al colocar a esta última como máximo árbitro y decisora inapelable de lo bueno y de lo malo, lógicamente toda sana diferencia entre lo ilícito penal y lo ilícito puramente administrativo tuvo inexorablemente que desaparecer.

El Derecho penal romano que se había gestado originaria-

mente dentro del seno del *ius civile* fue trasladandose poco a poco a la órbita de la *lex* siempre más incierta y mudable que el *ius*. Este desplazamiento trajo como consecuencia la matización política del derecho penal, que en los años imperiales, a causa del procedimiento cognitorio, apenas debía conserver ya ninguna de sus genuinos y antiguos rasgos privatísticos. Fue, sin duda, luego este enfeudamiento publicístico del ordenamiento criminal la causa de todo el desviacionismo posterior, de la hipertrofia de las figuras delictivas, así como de la cansina multiplicación de los supuestos indiscriminadamente penados con multas, la pena favorita del bajo Imperio.

8. — *Conclusion*. Dentro de esta situación general de los planteamientos penales de cualquier actuación contra la ley, la infracción urbanística siguió lógicamente la misma trayectoria. Contemplada inicialmente como un acto lesivo a los intereses colectivo-individuales del *populus*, de acuerdo con lo que tal concepción suponía dentro de la mentalidad republicana, fue pasando lentamente con el devenir de los años imperiales, todavía sin perder del todo aquel su primer enfoque privatístico, a convertirse en una figura delictiva penada con multa — además de la nulidad *ipso iure* que los senadoconsultos preveían — ya claramente dentro de la esfera política de lo criminal. Al llegar al bajo Imperio, los atentados al paisaje urbano y al decoro público de los edificios — al menos tal cosa parece deducirse de la lectura atenta de las constituciones — empiezan a ser vistos como supuestos cuya ilicitud radicaría principalmente en el hecho de ser actos violadores de la ley, vista ésta siempre como expresión de la *auctoritas principis*.

— *Nemo existimet*..., "que nadie piense que se pueda privar a los ciudadanos de la ornamentación que constituye como un legado recibido de la antigüedad", dice Constancio II, en C.Th.15.1.1. (32). Dentro de la escueta redacción de esta norma, puede comprobarse que el planteamiento delictivo parece referirse casi a un acto mental de desobediencia a la norma

(32) Esa constitución, una vez restituida a su verdadera fecha del 357 no es posible ya atribuirla a Constantino como se creía inicialmente. Hoy se piensa que fue probablemente promulgada por Constancio II.

imperial, dando la impresión de que es en aquel pensamiento contra lo dispuesto en la ley donde radica precisamente su gravedad como delito.

— Otro acto interno moral que preocupa al legislador en la constitución C.Th.15.1.14, es la *praesumptio iudicum,* la audacia de los gobernadores decididos a destruir las brillantes y espléndidas urbes. La insistencia en este elemento intencional de malicia en el quebrantamiento de la ley lo trata aquí de poner de manifiesto la redacción de la norma al usar el verbo *fingere* refiriéndose a esas autoridades culpables (*iudices... se fingunt*) que se proponen con cierto ardid o simulatión su ilícita actuación.

— De nada menos que excuso de temeridad califican Arcadio y Honorio, en C.Th.15.1.37, la infracción administrativa llevada a cabo por los gobernadores que sin permiso imperial (*inconsulta pietate nostra*) realizaran obras monumentales con los despojos de viejos edificios artísticos. La ley enviada a un cierto Teodoro, prefecto del pretorio, parece enfocar el aspecto delictivo del acto precisamente en esa temeraria audacia que pueda suponer el no haber cumplido escrupulosamente los trámites previos y la consulta del propio prefecto: *nemo ... audeat sine iussu tuae sublimitatis...*

Esta es, pues, la trayectoria que podemos descubrir en la infractión urbanística, convertida en delito y penada con multa por obra de la propia hipertrofia del Derecho penal postclásico. Dentro del océano legislativo del bajo Imperio, las numerosas constituciones que se refieren a la construcción urbana y al aspecto exterior de las fachadas siguieron la tónica general de toda la época. Como en los restantes supuestos legislativos, más grave parecía al legislador lo que pudiera haber de infracción y desobediencia a la voluntad imperial en los casos contemplados por las leyes que el daño concreto que en materia urbanística se hubiera podido producir. El infinito número de nuevos delitos, si lógicamente se tratara de tales, debió en un momento alcanzar un volumen realmente aterrador. Sólo poco a poco, en parte por la propia dinámica de la evolución jurídica y en parte sin duda también por la influencia benefactora del

neoclasicismo bizantino, se va como clarificando esta situación y se empieza a notar como una curiosa tendencia casi inconsciente a ir separando, de entre toda la masa amorfa y atípica de infracciones penadas por ley, aquellas otras figuras que se entendieron clásicamente como propiamente delictivas.

Seguramente es por ello por lo que bajo el concepto de *iudicia publica,* realmente no muy expresivo, se empiezan a designar solamente aquellos actos ilícitos cuya comisión lleva implícita una pena no pecuniaria, ya sea la *poena capitis,* o bien la relegación, la deportación o la infamia. No están incluidas, en cambio, dentro de tal denominación las llamadas — aunque por supuesto sin ningún deseo por parte del legislador de acuñar una nueva calificación — *causae pecuniariae* y que abarcan, por el contrario, todas aquellas infracciones que llevan implícita la sanción económica de una multa. Lógicamente tras el marcado acento político, que había ido adquiriendo el delito contra los altos intereses del Estado, incluso en plenos tiempos clásicos y que había empezado ya a contemplar a este último como una verdadera actuación del individuo resultaba prácticamente imposible, no obstante la fuerte regresión arcaizante y clasicista justinianea de la que hemos hablado, el volver a aquellos otros tiempos aún más remotos cuando todavía en el campo penal se podían distinguir los *delicta* y los *crimina,* restos de aquellas dos esferas del poder romano tan claramente distintas: la arcaica *familia* y la nueva *civitas.* Ahora, la retroacción neoclásica y bizantina podría lograr todo lo más, aunque ya eso sólo supondría un gran avance, el intentar separar de nuevo el delito de la infracción, superando en alguna medida el abusivo gigantismo delictivo causado por el monopolizador poder legislativo imperial.

Esta sutil distinción justinianea, probablemente más científica que práctica — más bien obra de los profesores de Berito que de los jueces y prácticos del Derecho —, parece insinuarse tanto en la *Instituta* justinianea 4.18 (33), com en alguna inter-

(33) FERRINI se ocupa de esta especie de intento calificador de los *iudicia publica* justinianeos considerandolo como una auténtica elaboración propia de los maestros bizantinos llevada a cabo sobre los

polación a lo largo del Digesto. Tal ocurre, por ejemplo, con una adición hecha sobre Ulpiano, 10 *ad ed.*, en D.3.6.1.1, en donde se alude también a esta distinción: *Hoc autem iudicium <non solum in pecuniariis causis sed et ad publica crimina pertinere> Pomponius scribit...* La distinción clásica a la que probablemente se refería el texto original, *delicta-crimina,* se ha convertido ahora por obra de la mentalidad justinianea en la nueva dualidad *causa pecuniaria-crimina publica* (34).

Sin que pueda decirse que los maestros bizantinos se moviesen por una finalidad política y constitucional, como la que sin duda movió a los penalistas liberales de nuestra época, preocupados sobre todo en fijar unos límites elementales al *ius puniendi* de los poderes públicos, lo cierto es que remansadas las aguas del vulgarismo y de la deformación abusiva del ordenamiento criminal prejustinianeo, casi como una simple consecuencia de la conexión con la vieja tradición jurídica, los maestros de Berito y Constantinopla fueron separando, al menos conceptualmente, la infracción administrativa del resto de los delitos. Por otra parte, a esta incipiente diferenciación justinianea entre aquellos delitos — *publica crimina* —, para los cuales se reservan las graves penas tradicionales y las infracciones — *causae pecuniariae* — se le podría encontrar no sólo un temprano precedente conceptual clásico (35) sino también un cierto fundamento procesal, elemento tan claramente definidor dentro de la más pura corriente jurídica romana. Así, aparte de todas las notas distintas de fondo que

textos clásicos que sirvieron de base para la confección de la *Instituta. Cfr.* FERRINI, *Sulle fonti delle Instituzioni di Justiniano* en *Opere* 2, p. 417 ss.

(34) Para ALBERTARIO la distinción textual básica debió ser probablemente aquella antinomia clásica de los *privata iudicia* y los *crimina* según puede deducirse de otro texto ulpianeo no retocado por los bizantinos y que se conserva en D. 49.9.1, *Cfr.* ALBERTARIO, « *Delictum* » *e* « *crimen* ». en *Studi* 3, p. 166.

(35) La antítesis entre la pena más grave o capital y la pena pecuniaria aparece ya en época muy temprana, según puede desprenderse de las propias fuentes literarias : Terencio, *Phormio*, 631 ; Cesar, *De bello civili*, 3.83 ; Ciceron, *De oratore*, 3.211 y de viejos plebiscitos como la *lex Iulia repetundarum* tal como podemos deducir de D. 48.11.7 pr.

puedan darse entre *crimina* y *causae pecuniariae*, ya Ulpiano en una obra suya sobre apelaciones (36) alude a una diferencia procesal importante entre una clase y otra de figuras penales. Piensa el jurista que mientras que en los *crimina publica* — a los cuales le reservaríamos nosotros el calificativo de delitos — no se permite litigar *pro alio, per procuratorem agi non licet*, sino que deben las partes presentarse personalmente *in auditorio*, en las infracciones penadas solamente con multa, por el contrario, si parece que puede litigarse por representación, *in rebus pecuniariis <per alium> posse agi*. Tal doctrina la recoge Ulpiano, según podemos deducir del propio texto, de un rescripto de fecha incierta de los *divi fratres* dirigido a un tal Longino en donde expresamente los emperadores autorizan a litigar en representación si el asunto es puramente pecuniario.

La separación conceptual entre *crimen* y *causa pecuniaria* que probablemente ya emergía en los años finales de la época clásica, sin duda como un intento jurisprudencial para frenar el macrodesarrollo del Derecho penal del Imperio, sirvió posiblemente de base para la separación justinianea entre delitos e infracciones, cuya distinción se había prácticamente borrado durante los siglos IV y V de nuestra era. Ese intento científico de diferenciación de los compiladores, ya que realmente sólo de intento puede hablarse, pasó luego a los Basílicos. Así, en el texto bizantino, *Bas*.60.45.14, parece reservarse el calificativo procesal de ἐγκληματικόν a los actos delictivos que los clásicos entenderían como *crimina*. Por el contrario, para aquellas figuras que habría que segregar de la órbita penal, ya que técnicamente no serían más que puras infracciones administrativas penadas con multa, los Basílicos emplean el adjetivo χρηματικόν o pecuniario. Esta distinción entre delito e infracción que gracias a la tendencia clasicista de los maestros justinianeos entró en el mundo bizantino era realmente un logro tan tardío que no pudo sobrevivir mucho tiempo terminando por perderse de nuevo y esta vez para siempre dentro de la oscuridad dorada y medieval de Bizancio.

(36) Ulpiano, 4 *de apel.*, D. 49.9.1.