

## TÍTULO 6<sup>b</sup>

### *De reis institutis*

T. El título se refiere a la acusación de una persona en un proceso criminal, y como la acusación infundada se considera calumnia, puede ser, como opina Levy, que este título fuera una especie de apéndice al título 1,5 (correspondiente a Lenel §§ 36-38) que trata sobre la calumnia.

S. Las palabras de la rúbrica, para indicar la acusación criminal, son inusitadas. En ningún otro lugar, como advierte Levy, se usa *reum instituere* para significar acusación. Nota dicho autor que Cuyacio y Shulting ya habían propuesto que la rúbrica debía leerse de otra manera, *de reis destitutis*, toda vez que las primeras sentencias del título se refieren a quien abandona una acusación (*qui ab accusatione destitit*), pero no le parece convincente porque lo que se abandona es la acusación y no el reo, y porque hay otras sentencias que no se refieren al abandono de la acusación, también llamado *tergiversatio*. Él conjetura, que más bien se trata de un error al escribir *institutis* en vez de *constitutis*, máxime que la abreviatura manuscrita de *in* es semejante a la de *con*. Según esto, la rúbrica podría haber dicho *de reis constitutis*, es decir de la constitución o señalamiento de reos, expresión que aparece en un texto de Papiniano (*I responsorum* D 2,4,14), donde se dice de un liberto que ha sido *reus constitutus*, constituido reo, es decir acusado.

Au. A, como opina Levy, que refleja posiblemente una disposición proveniente de un Edicto de Marco Aurelio.

1,6<sup>b</sup>,1<sup>a</sup> (*ex D 48,16,6 pr*) *Ab accusatione destitit, qui cum adversario suo de compositione eius criminis quod intendebat fuerit locutus.*

S. El senadoconsulto *Turpillianum* (61 a. C.) castigaba a quien iniciaba una acusación criminal y luego desistía de ella, lo cual se llamó *ter-*

*giversatio*. La sentencia dice que quien había iniciado una acusación, si hablaba con el acusado con el fin de llegar a un arreglo, se entendía que desistía de la acusación (*ab accusatione destitit*), por lo que se le imponía la pena correspondiente.

O. Clásico, como opina Levy. Como el desistimiento de la acusación (*tergiversatio*) era el acto castigado por el senadoconsulto, lógicamente se dio una discusión en torno a qué conductas concretas podían considerarse como tales, y cuales otras no, o cuáles podrían ser excusadas de castigo por alguna circunstancia especial, por ejemplo porque quien presentaba una acusación no tenía derecho a hacerla.<sup>304</sup> Si algún acusador quisiera desistir porque se diera cuenta que no tenía pruebas suficientes, que se había equivocado, o por cualquier otra causa, tenía que pedir al magistrado, en provincias al gobernador (*praeses*), la abolición (*abolitio*) de la acusación; la regla es que la acusación no se puede retirar por voluntad del acusador sino sólo por la decisión del juez (Marciano *ad sc. Turpillianum* D 48,16,1,10). Quien desistía de la acusación sin haber previamente pedido y obtenido la abolición, era castigado con la pena del senadoconsulto.

Llama la atención que la sentencia considera que el sólo hablar con el reo acerca de una forma de composición del crimen se considera desistimiento de la acusación. Levy explica esto diciendo que es resultado simplemente del afán de abreviar del compilador de las *PS*. Me parece que la sentencia se explica mejor si se relaciona con unos rescriptos (de Valeriano y Galieno CJ 9,45,3 [258] y de Diocleciano CJ 9,45,5 [294-302]) que se refieren al caso de que el acusador haya hecho un pacto con el reo para desistirse de la acusación. El rescripto de Valeriano y Galieno se refiere a un pacto muy elaborado, por escrito, en el que se dijo que el acusador pediría primero la abolición, se desistiría así de ella sin riesgo y luego los acusados le darían algo a cambio; los emperadores resolvieron que el acusador no podía renovar la acusación porque los acusados no habían cumplido el pacto; no se habla aquí de que se le imponga la pena por *tergiversatio*, porque tuvo el cuidado de solicitar la abolición. El rescripto de Diocleciano, en cambio, se refiere a una mujer que pactó con el reo y se desistió de la acusación, y la decisión, que se dice es de derecho cierto (*certi iuri est*), es que se le impone la pena del senadoconsulto. Me

<sup>304</sup> Véase, por ejemplo, Marciano *ad sc. Turp.* D 48,16,1.

parece que la sentencia se refiere no al simple hablar con el adversario sino a pactar con él respecto del proceso criminal.<sup>305</sup>

*Au. A.*, como opina Levy. El texto de la sentencia no resulta claro.

1,6<sup>b</sup>,1<sup>b</sup> (*ex D 48,16,6,1*) *Animo ab accusatione destitit, qui affectum et animum accusandi deposuit.*

S. Desiste de una acusación por su voluntad (*animo*), quien depone el deseo y la intención de acusar (*affectum et animum accusandi*). A tal persona se le puede castigar por *tergiversatio*.

O. Posclásico, como opina Levy. Es posible, como el mismo señala,<sup>306</sup> que la fuente de esta sentencia fuera Paulo (3 *de adult.* D 48,16,6,13), donde dice que desiste de una acusación quien depone por completo la intención de acusar (*qui in totum animum agendi deposuit*) y no quien sólo demora la acusación (*distulit accusationem*). Una definición semejante del desistimiento la da Ulpiano (10 *ad Ed.* D 5,1,10) donde dice que desiste, no quien demora, sino quien renuncia totalmente al juicio (*qui liti renuntiavit in totum*). Marciano (*lib. sing. ad Senat. Turpill.* D 48,16,1,1) da otra noción más compacta señalando que desistir es abandonar por completo la acusación (*in universum ab accusatione desistere*), sin hacer la distinción con quien sólo demora en proseguirla. En un rescripto de Diocleciano (CJ 9,45,6 [299-304]) se dice que se entiende que desisten quienes abandonan la intención o ánimo de proseguir la acusación (*qui animum accusationis implendae prorsus deseruerunt*), y después de señalar esta regla se resuelve que quien había iniciado una acusación y después dejó pasar un tiempo sin promoverla puede ahora continuarla; es decir, la regla general no se aplicaría porque no ha abandonado completamente la voluntad de proseguir el caso.

Levy opina<sup>307</sup> que en la doctrina clásica se hacía esa contraposición entre quien desiste completamente de una acusación y quien sólo demora en proseguirla, la cual todavía está presente en el citado rescripto de Diocleciano. Le parece que la sentencia, al no hacer esa referencia a la demora, enfatiza el aspecto psicológico del abandono de la intención como el único requisito para que haya *tergiversatio*. En su opinión, la sentencia

<sup>305</sup> En cuanto al pacto sobre una causa criminal, véase *supra ad PS*1,1,6.

<sup>306</sup> Levy, *PS*, p. 120.

<sup>307</sup> *Ibidem*, pp. 121 y 122.

1<sup>a</sup> de este título, que se refiere a un desistimiento que se infiere de un acto externo, el hablar o pactar con el acusado, refleja la doctrina clásica; mientras que la sentencia 1<sup>b</sup>, aparenta ser una explicación de lo que significa desistir por el solo ánimo o intención (*Animo... destitit, qui*), por lo que refleja la conocida tendencia posclásica de dar relevancia jurídica sólo al *animus*. Concluye que el texto de la sentencia resulta una regla totalmente inútil y carente de significado, algo así como que desiste con el ánimo el que abandona el ánimo de acusar.

*Au.* En opinión de Levy, *B*, pero me parece que puede ser atribuible a *A*.

Levy piensa que la sentencia se pudo conformar por influjo de las tendencias del último periodo posclásico hacia un estilo de pensamiento especulativo y abstracto, en el que se afirma el *animus* como criterio jurídico fundamental por encima de los requisitos formales y materiales. No cree que sea obra de Justiniano, pues señala que hay otras sentencias (3,6,60; 71, 76, 77, 88. 4,4,1), no recogidas en el Digesto, en las que la voluntad juega un papel determinante.

Sin embargo, considerando el rescripto de Diocleciano arriba citado, me parece que la sentencia simplemente refleja una regla general, ciertamente abstracta, pero ya presente en ese rescripto. Su primera parte dice que en las causas criminales parecer haber prevalecido (*obtinuisse videtur*) la opinión de que desisten de una acusación los que abandonan por completo el ánimo de proseguirla. El rescripto, después de enunciar la regla, continúa refiriendo que en el caso el acusador no había depuesto el ánimo sino sólo demorado, por lo que concluye que puede válidamente proseguir la acusación, es decir que no es responsable de *tergiversatio* porque no se ha dado el supuesto de la regla, el abandono total de la voluntad o ánimo de acusar. La sentencia concuerda materialmente con esa regla que se dice haber prevalecido y usa, como ésta, la palabra *animus*, por lo que me inclino a pensar que es de *A*.

Lo que no parece propio de *A* es la palabra *affectum* como sinónimo de *animus* con el significado de intención voluntaria. El uso de ambas palabras en un mismo párrafo no se da en el CT, ni en el CJ; tampoco en fuentes prejustinianas como UE, Coll. o FV; en cambio, aparece, ocho veces en el Digesto.<sup>308</sup> Uno de esos lugares es el de la sentencia; en otros tres de esos lugares (21,1,17,3 y 4; 42,4,7,9) aparecen las dos palabras

<sup>308</sup> Búsqueda en BIA las palabras “*affect\** and *anim\**”.

juntas, como en la sentencia, con el significado de intención de fugarse u ocultarse; en otros dos lugares (41,2,3,3<sup>309</sup> y 44,7,55) aparecen las dos palabras usadas como sinónimas de intención, no juntas sino en frases distintas, y en los otros dos lugares (29,7,17 [=PS 3,5a] y 38,2,36) aparecen las dos palabras con el significado de afecto personal. Esto me hace conjeturar que en la sentencia las palabras *affectum et* son una interpolación atribuible a D.

1,6<sup>b</sup>,1<sup>c</sup> (*ex D 48,16,6,2*). *Destitisse videtur, qui intra praefinitum accusationis a preside tempus reum suum non peregit.*

S. Se entiende que ha abandonado la acusación, y que por lo tanto se hace merecedor de las penas previstas en el sc. Turpiliano, aquel que no logra la condena del acusado (*reum suum non peregit*) en el tiempo previsto por el gobernador (*praeses provinciae*).

O. Clásico, como opina Levy. El senadoconsulto mismo parece haber indicado, con la misma expresión que la sentencia (*nec peragere reum*), esa circunstancia de no obtener la condena del reo; así lo sugiere el jurista tardoclásico Macro (*2 de publicorum iudicis*, D 48,16,15 pr), cuando dice que incurren en la pena del senadoconsulto los que hubieran iniciado, o hecho iniciar, una acusación y no hubieran obtenido la condena de los acusados (*nec peregissent reos*). Observa Levy que la sentencia, al hacer mención exclusivamente del gobernador, omite la referencia a otros magistrados que en Roma e Italia tendrían jurisdicción criminal, como el *praetor* que presidía el tribunal especializado o *quaestio*, o el *praefectus urbi* o el *praefectus praetorio*; menciones que serían de esperar en un texto de un jurista romano.

Au. A, como opina Levy, que, como es lo usual en el compilador original, se refiere principalmente a las condiciones provinciales. Advierte Levy que la sentencia debió haber sido escrita antes de la publicación de

<sup>309</sup> En este texto se trata de la posesión de un tesoro enterrado en un fundo, y se discute si el poseedor del fundo posee el tesoro con el solo ánimo; el texto comienza usando la palabra *animus*, luego aparece *affectus* y finalmente concluye usando la palabra *animus*; la frase donde aparece la palabra *affectus* (*simul atque possidendi affectum habuero*) parece una interpolación y el texto se entendería mejor sin ella. Albertario (*cit. en Ind. Int.*) así la considera.

la constitución de Constantino (CT 2,19,2,2 [326 0 320]) por la que se estableció un término fijo de un año para concluir un proceso criminal.

1,6<sup>b</sup>,1<sup>d</sup> (*ex D 48,16,6,3*) *Nuntiatores, qui per notoriam indicia produnt, notoriis suis adsistere iubentur.*

S. Aquellas personas que denuncian (*nuntiatores*) indicios de crímenes por escrito (*per notoriam*), deben responder de sus escritos. Como opina Levy, las personas que denuncian deben de ser los magistrados subordinados que tienen el deber de informar por escrito al gobernador de la posible comisión de actos ilícitos.

O. Levy<sup>310</sup> opina que es posclásico. Observa que los magistrados que dan informes de indicios criminales, como son estos *nuntiatores* a los que se refiere la sentencia, no pueden asimilarse a los acusadores privados que hacen una acusación formal por escrito y corren, en consecuencia, el riesgo de ser castigados por *tergiversatio* si no prosiguen la acusación o por *calumnia* cuando la acusación carece de fundamento. Esos *nuntiatores* parecen ser auxiliares de un procedimiento criminal de tipo inquisitivo, en el que no caben las reglas sobre responsabilidad de los acusadores.

Respecto de las magistrados subordinados al gobernador que tienen el deber de denunciar, hay un texto de Marciano (2 *de iud. publ.* D 48,3,6) que cita varias disposiciones al respecto: una es un rescripto de Adriano que dice que no se debe dar entero crédito a las cartas (*epistolae*) con las que se remiten al gobernador los detenidos, y el jurista menciona especialmente los escritos de los irenarcas (policías municipales), que dice no siempre escriben con buena fe. Otra es una disposición de Antonino Pío, emitida cuando era gobernador de Asia y que propuso en su Edicto, según la cual, los irenarcas deben interrogar a los ladrones que detengan acerca de sus cómplices, después del interrogatorio y las respuestas enviarlo al magistrado en escrito sellado. Cita además un rescripto de Antonino Pío, con el que coincidieron rescriptos de otros emperadores, en el que se dice que aun respecto de aquellos que son anotados como presuntos delincuentes para ser requeridos (*qui requirendi adnotati sunt*), se tiene que investigar completamente, de modo que el encargado de juzgar debe ordenar que se presente el irenarca para que explique lo

<sup>310</sup> Levy, *PS*, p. 122.

que escribió (*quod scripserit, exsequi*), y si se descubre que interrogó con mala intención al detenido o en su escrito afirma cosas que él no dijo, se le castigue. Hay además un rescripto de Gordiano (CJ 9,2,7 [244]) que, reconociendo que se pueden hacer averiguaciones criminales a partir de denuncias informales, sin las solemnidades de una acusación, advierte que se debe examinar con cuidado acerca de su veracidad, lo cual puede implicar una pena contra quien denuncie falsamente.<sup>311</sup>

Pero Levy<sup>312</sup> piensa que la sentencia no se relaciona con esos rescriptos, sino con una disposición del emperador Constancio (CT 6,29,1=CJ 12,22,1 [355]) que dice que los investigadores y los guardias de una plaza (*curiosi et stationarii*) y todos los que tienen el mismo deber, tienen que denunciar los crímenes a los jueces y tienen asimismo la necesidad de probar sus denuncias, con el riesgo de ser castigados por urdir calumnias (*non citra periculum sui, si insontibus eos calumnias nexuisse constiterit*). Esta constitución muestra una ampliación del concepto de calumnia que deja de ser un delito peculiar de quienes inician una acción o una acusación.

Me parece más probable que la sentencia esté relacionada con los rescriptos de Antonino Pío y de los otros emperadores, citados por Marciano. En esas disposiciones ya se contempla una sanción contra el subalterno que diera informes dolosamente. Es verdad, como observa Levy, que los oficiales que en cumplimiento de su deber denuncian crímenes no pueden ser acusados de calumnia, como expresamente lo señala un rescripto de los emperadores Caro, Carino y Numeriano (CJ 10,11,4 [284]), pero nada impide que se les pudiera castigar por proporcionar información falsa, y la sentencia analizada no tiene ningún indicio que haga pensar que la sanción de que habla sea por causa de calumnia. Por esto opino que la sentencia es de origen clásico. La disposición de Constancio arriba citada, que castiga como calumniosos a los guardias y policías que dan informes falsos, demuestra una regla diferente que la sentencia que no hace ninguna referencia a calumnia.

*Au.* En mi opinión, A. En cambio, Levy, como relaciona la sentencia con la disposición de Constancio del año 355, opina que la sentencia es

<sup>311</sup> Estas acusaciones informales daban lugar, entre otras cosas, a la detención de los cristianos. Véase Lanata, G., *Gli atti dei martiri come documenti processuali*, Milano, 1973, pp. 83 y ss.

<sup>312</sup> Levy, *PS*, p. 123.

de *B.* Además, aduce que dos palabras que usa la sentencia *nuntiator*, con el significado de empleado público que tiene el deber de hacer denuncias, y *notoria*, con el significado de documento escrito, son palabras ajenas a los juristas clásicos y al lenguaje jurídico de la época de Diocleciano.

Respecto de *nuntiator*, aunque reconoce que se usa en textos referidos a asuntos fiscales, dice que es inusitada (*most uncommon*), pero al mismo tiempo cita dos rescriptos del siglo III (CJ 9,35,3 [239] y 10,11,4 [284]) que la usan con el mismo sentido que la sentencia. Levy opina que la palabra en esos textos no puede ser considerada original, en el primero porque le parece ilógica la frase donde aparece, y en el segundo porque le parece igualmente sospechosa la frase final donde aparece.

Me parece, en cambio, que en ambos textos la palabra tiene un sentido propio y no hace falta suponer manipulaciones textuales. En el primero se dice que si alguien no es *nuntiator* y se le dice injuriosamente que es un *delator*, no debe temer (*vereri non debes*) y podrá demandar con la acción de injurias a quienes lo injuriaron de esa manera. Aquí se usan dos términos *delator* y *nuntiator* con un sentido ligeramente diferente. *Delator* era propiamente aquella persona que denunciaba al fisco bienes que tenía alguna persona y que correspondían al fisco, especialmente los bienes que los herederos no podían adquirir por efecto de las leyes caducarias (*bona caduca*);<sup>313</sup> si la denuncia del *delator* prosperaba recibía una recompensa, si no, un castigo; en el contexto del rescripto la palabra *delator* tiene más bien un matiz peyorativo al grado que resulta injurioso llamar así a una persona; parece tener el sentido de alguien que denuncia infundadamente. *Nuntiator* no tiene ese matiz, y en el rescripto se implica que alguien puede ser o no un *nuntiator*; si no lo es, dice el rescripto que no debe temer que se haya dicho que es un *delator*, esto es, alguien que denuncia sin fundamento; pero, *a contrario sensu*, si es *nuntiator* sí debe temer porque se tendrá que investigar si ha denunciado sin fundamento y corre el riesgo de que se le imponga la pena de la que habla el rescripto de Antonino Pío arriba citado.

El otro rescripto dice que quienes defienden causas públicas, no pueden ser acusados como delatores, es decir se entiende la palabra *delator* en sentido peyorativo, lo mismo que en el otro rescripto, de quien denuncia sin fundamento, y luego añade que es ya muy conocido que sólo son denunciadores execrables (*exsecrabiles nuntiatores esse*) aquellos que

<sup>313</sup> Kaser, *ZPR*, § 68-2.



delatan ante el fisco. Esto implica que hay otros *nuntiatores* que no son execrables, que tampoco son *delatores*, como podrían serlo aquellos a los que se refiere la sentencia.

Los dos rescriptos citados me parece que son más bien indicios de que la sentencia es de A.

Respecto de *notoria*, señala Levy que aparece en dos constituciones del principio del siglo V recogidas en el Código Teodosiano (CT 1,10,7 [401] y 16,2,3 [409]). La primera se refiere a un funcionario que tiene el deber de denunciar por escrito (*notoriis*) a los jueces negligentes. La otra dice que cuando alguien irrumpe violentamente en una iglesia, se debe denunciar lo ocurrido a la autoridad correspondiente, por cartas (*litteris*) de los magistrados del lugar y por reportes escritos (*notoriis*) de los guardias de la plaza (*stationarii*). En esos textos la palabra tiene el mismo significado que en la sentencia. Pero el mismo Levy advierte que la palabra también aparece en un rescripto del emperador Gordiano (CJ 9,2,7 [244]), donde se dice que respecto de aquellos delitos que se denuncian a los gobernadores por los oficiales públicos que tienen el deber de denunciar (*per officium praesidibus nuntiatur*, lo cual equivale a los *nuntiatores* de los que habla la sentencia), se deben juzgar, aunque no haya acusación privada formal, y añade que se debe juzgar con cuidado para que no sea alguien acusado por dichos falsos y sin informes escritos (*si falsis nec ne notoriis insumulatus sit*). Levy dice que la frase donde aparece esa palabra no es posible que sea original, por razones de estilo: no tiene sujeto y la palabra *insumulatus* es muy poco usual. En mi opinión, nada se objeta porque una frase sea impersonal, ni por el uso de una palabra que no cambia el significado de la frase.

El que la palabra *notoria* aparezca en textos del siglo III y también del siglo IV con el mismo significado no es prueba de que el texto del siglo III fue alterado, sino más bien de que la palabra se conservó con el mismo sentido. Es interesante constatar que el uso de esta palabra en las fuentes jurídicas es más bien raro.<sup>314</sup> No aparece en el Digesto, salvo en la sentencia que aquí se comenta; en CJ sólo aparece en el rescripto arriba citado, y en CT sólo en las dos constituciones arriba citadas. De estos datos no se puede inferir que hubiera una tendencia para introducirla en los textos del siglo III (es decir, en la sentencia y en el rescripto de Gordiano), sino

<sup>314</sup> Búsqueda en BIA la palabra "*notori*\*".

que se usó raramente en textos de los siglos III y IV; en consecuencia, el uso de la palabra no objeta que la sentencia sea de A.

1,6<sup>b</sup>,1<sup>e</sup> (*ex D 48,16,6,4*). *Calumniae causa puniuntur, qui in fraudem alicuius librum vel testimonium aliudve quid conquisisse vel scripsisse vel in iudicium protulisse dicuntur.*

S. Conforme a una lectura literal, podría significar que se castigan por causa de calumnia a quienes se demuestre que, con el fin de dañar a alguien (*in fraudem alicuius*), consiguieron, escribieron o presentaron en juicio un libro, un testimonio u otra cosa.

Aunque literalmente se puede entender que la sentencia considera calumnia el mero conseguir o preparar un testimonio o documento falso, me parece que la sentencia debe leerse en el sentido de castigar la obtención o preparación del documento o testimonio falsos que hubieren sido presentados en un juicio, ya que la sola preparación u obtención de los mismos no es punible. Este significado podría leerse si en la frase final se leyera “y” en vez de “o” presentaron en juicio (*et*, en vez de *vel*, *in iudicium protulisse dicuntur*).

O. Levy opina que es parcialmente clásico. Conjetura que la sentencia pudo redactarse en relación con un comentario a la *lex Julia iudiciorum publicorum*, la que posiblemente se refería a quien hubiera hecho algo por causa de calumnia o prevaricación (*qui[ve] prevaricationis calumniaeve causa quid fecisse*).<sup>315</sup> Con la frase de “hacer algo” (*quid fecisse*) se dejaba sin precisar en qué consistía la conducta, y si bien lo más ordinario era que consistiera en una acusación dolosa, podría ser que la acusación hubiera sido inicialmente promovida con buena intención, y que posteriormente el acusador presentara pruebas o documentos falsos, y esos actos serían punibles por ser realizados por causa de calumnia. Pero le parece que la sentencia va más allá al proponer como actos calumniosos el mero conseguir un testimonio o un documento fraudulento o el prepararlo, aun sin presentarlos en un juicio; el hacer eso, dice Levy, no se consideraba en el derecho clásico calumnia, sino injuria, y cita un texto de Ulpiano (56 *ad Ed. D 47,10,5,9*). Aquí Ulpiano dice que quien

<sup>315</sup> Esta expresión está en un comentario de Ulpiano 2 *de adult.*, D 48,2,4, y la usa también el texto del Edicto del pretor referido a los tachados con nota de infamia que tienen limitaciones para postular (Lenel § 16).

escribiera, compusiera o editara un libro para infamar a alguien, puede ser demandado por la acción de injurias, aunque el texto haya sido publicado a nombre de otro o sin nombre (*etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine*); si bien se lee este texto, se advierte que la injuria no está en la redacción o composición del texto sino en su publicación.

Argumenta Levy que ni siquiera en el derecho clásico tardío se consideró calumniosa una conducta practicada fuera de un procedimiento judicial, y que a fines del siglo IV (CT 9,39,2 y 3 [385 y 398]), en el ámbito de las acusaciones criminales, la calumnia se entiende como actos practicados en relación con el proceso.

Si se entendiera la sentencia, como quiere Levy, en el sentido de que tipifica como calumnia el mero conseguir o preparar documentos o testimonios falsos, ciertamente que la sentencia sería de un contenido tan extraño, que ni siquiera parecería conforme con los textos citados de fines del siglo IV, ni con la *interpretatio* de CT 9,39,3 (del siglo V), que si bien presenta algún contraste con el texto interpretado, como observa Levy, mantiene la calumnia dentro del ámbito del proceso.

Por eso prefiero conjeturar, como también lo sugiere Levy al final de su análisis de esta sentencia,<sup>316</sup> que la sentencia tiene el significado arriba anotado, esto es, que se refiere a presentar documentos o testimonios falsos en un juicio. Siendo así, la sentencia se puede considerar de origen clásico.

*Au.* Levy opina que el núcleo de la sentencia es de *A*, pero que fue *B* quien separó la sentencia de su conexión con el proceso insertando en ella la frase *conquisisse vel scripsisse vel*, con lo que se pudo entender que se castigaba la mera procuración o redacción de documentos o testigos falsos. Argumenta que el uso del verbo *conquiro, ere* en el sentido de conseguir algo, no se usa en la literatura jurídica clásica ni en la de tiempo de Diocleciano, pero que es frecuente en textos datados entre 349 y 458, pero no los cita.

Efectivamente, en el Digesto dicho verbo aparece tres veces<sup>317</sup> en el sentido, no de obtener algo, sino en el de perseguir y capturar esclavos fugitivos o criminales; los tres textos se refieren a disposiciones imperia-

<sup>316</sup> Levy, *PS*, p. 125.

<sup>317</sup> Según *BIA*, buscando “conqui\*”: Ulp. *de off. preaf. urb.* D 1,15,4, donde cita un rescripto de Severo y Antonino; Ulp. *7 de off. proc.*; Marciano 14 *inst.* D 48,14,4,2 donde se refiere a ciertos mandatos imperiales.

les, pero no sería extraño que el verbo se usara también en el sentido de perseguir y conseguir alguna cosa, máxime en relación con un proceso donde se persigue un criminal. El verbo no aparece en CJ, Gai, Co, FV, UE ni en Cs, pero ocurre 14 veces en CT,<sup>318</sup> pero siempre en el sentido de adquisición de un bien, principalmente por causa de herencia, o adquirir dignidad. En ningún caso aparece en el sentido de conseguir o procurar un documento o un testimonio, como en la sentencia. Por eso me parece que el argumento de Levy no tiene mucho peso para demostrar que la frase es de *B*, al cual también parecería extraña. Antes bien, el verbo podría ser usado por la sentencia en el ámbito de la persecución criminal en el cual sí era usado.

Me inclino a pensar que la sentencia es de *A* cuyo texto fue defectuosamente redactado por lo que parecía decir que la calumnia se configuraba con solo conseguir o redactar un documento o testimonio, o bien que el texto original tenía *et* en vez de *vel* en la frase final y por un error de un copista se introdujo esa última partícula.

1,6<sup>b</sup>,1 *De his criminibus, de quibus quis absoluts est, ab eo, qui accusavit, refricari accusatio non potest.*

*S.* Quien ha sido absuelto en un proceso criminal, no puede ser vuelto a acusar del mismo crimen por el mismo acusador.

*O.* Dice Levy que es parcialmente clásico, pero me parece mejor decir simplemente que es posclásico.

En el procedimiento penal acusatorio la absolución del demandado era definitiva, de modo que excluía que se le volviera a juzgar por el mismo delito, salvo que el acusador hubiera sido condenado por *praevaricatio*, es decir por haber actuado para favorecer al reo; así lo establecía la ley Julia de juicios públicos (*lex Julia de iudicis publicis*), según la refiere Macro (1 *de publ. iudic.* D 47,15,1,3); la regla la repite Ulpiano (71 *ad Ed.* D 43,29,3,13). Para el procedimiento penal cognitorio se siguió la misma regla, según atestigua un rescripto de Antonino Pío, citado por

<sup>318</sup> CT 1,2,4: adquirir emolumentos; 2,10,6: adquirir algo; 3,7,1,2: adquirir de una herencia; 5,1,4,3: adquirir bienes; 5,1,8: adquirir una herencia; 6,26,14 pr: adquirir dignidad; 6,26,14,2: adquirir riquezas; 6,35,3,1: adquirir para el peculio; 8,18,5: adquirir un legado; 8,18,9 pr y 4: adquirir una parte de la herencia; 8,19,1: adquirir de una herencia; 12,1,40: adquirir dignidad; 16,2,15,1: adquirir alimentos y vestidos.

Ulpiano (7 *de off. proc.* D 48,2,7,2), y se sigue aplicando por Diolceciano (CJ 9,2,11 [292]). La regla pareció rigurosa a Ulpiano, quien opinaba (en el párrafo arriba citado) que por causa grave podría admitirse que una persona distinta del acusador renovara la acusación contra el que había sido absuelto, si aquélla podía demostrar que acusaba por una ofensa propia y que había ignorado la primera acusación; o también (8 *disput.* D 48,5,4,2) en el caso de que el marido ofendido quisiera renovar la acusación de adulterio contra su mujer que un tercero había hecho y de la cual la mujer había sido absuelta.

La sentencia presenta una regla diferente. Dice que la absolución del demandado sólo precluye una nueva acusación del mismo acusador, lo que significa que procedería la acusación por el mismo delito del que había sido absuelto el reo si la acusación la presentaba cualquier otra persona. Esto va mucho más allá de la admisión de excepciones en casos especiales, y es contrario incluso al procedimiento de época de Diocleciano. Por eso me inclino a considerarla simplemente posclásica, no obstante que hubiera excepciones en época clásica que pudieran haber sido el punto de partida para esta generalización desmedida.

Levy señala<sup>319</sup> que esta regla parece adecuada para el proceso penal posclásico cuando se sustituye el procedimiento acusatorio con un procedimiento inquisitivo. Cuando los magistrados pueden iniciar, instruir y concluir el procedimiento, sin necesidad de un acusador privado, la conducta de éste ya no tiene mayor relevancia; si en el proceso acusatorio, el proceso terminaba cuando el acusador cesaba de actuar (*tergiversatio*), en el proceso inquisitivo puede continuar; si en el proceso acusatorio la acusación fraudulenta (*praevaricatio*) impedía que el reo pudiera ser demandado por otro, en el proceso inquisitivo no tiene ese efecto porque está en el poder del magistrado iniciar, instruir y concluir el proceso. Como el ejercicio de la acción penal está finalmente en manos del magistrado y no de los particulares, no hay impedimento para que otro acusador pueda solicitar un nuevo proceso respecto de un delito ya juzgado, que el magistrado puede instaurar si, por ejemplo, considera que hay nuevas pruebas o que fue juzgado por un juez incompetente o de menor jerarquía.

Añade Levy que en consonancia con esta nueva regla, en el derecho posclásico de occidente se eliminó sistemáticamente la responsabilidad

<sup>319</sup> Al comentar la sentencia 3 de este título, *PS*, p. 128.

por *praevaricatio*. No obstante la preponderancia del papel del magistrado en el proceso penal posclásico, se dejó pervivir el proceso acusatorio como un instrumento complementario de la represión criminal. Justiniano mantuvo el procedimiento inquisitivo, pero quiso conservar la regla del procedimiento acusatorio de que al reo absuelto no puede volver a ser demandado, por lo que conservó los textos clásicos (como los arriba citados) que la contenían.

*Au. B*, como opina Levy. Además del contenido posclásico, el uso de la palabra *refricare* parece indicar la autoría de *B*, ya que esta palabra no aparece en el Digesto, ni en las fuentes prejustinianas del siglo III (Coll, FV, G, PS, UE),<sup>320</sup> y sí ocurre en cuatro constituciones imperiales promulgadas entre los años 316 y 429.<sup>321</sup>

Esta sentencia forma un conjunto coherente con las dos siguientes de este mismo título. La sentencia 2 se refiere al hijo de un acusador al que se le impide renovar la acusación, lo cual parecería tener sentido si se entendiera que una persona distinta del acusador podía renovarla, pero no el hijo al que puede considerarse como la misma persona que el acusador. La sentencia 3 admite que cualquier persona pueda acusar contra quien fue absuelto en un juicio iniciado por otra.

1,6<sup>b</sup>,2 *Filius accusatoris si hoc crimen, quod pater indendit, post liberatum reum persequi velit, ab accusatione removendus est.*

*S*. No se permite que el hijo de un acusador renueve la acusación contra aquel que había sido absuelto.

*O*. Posclásico, como opina Levy.<sup>322</sup> Cuando vale la regla de que el reo absuelto no puede ser procesado nuevamente por el mismo delito, la afirmación de que el hijo del acusador no puede renovar la acusación resulta totalmente innecesaria.

Hubo un rescripto de Antonino Pío (citado por Ulpiano 7 *de off. proc.* D 48,2,7,3) donde se trata del caso del hijo de un acusador, pero el caso es diferente: ahí se pregunta si el hijo de un acusador, que fue condenado por acusación calumniosa, puede acusar al mismo reo de un delito distinto; la respuesta es que si bien el acusador calumnioso ya no puede

<sup>320</sup> Búsqueda en *BIA*, voz “*refric*”.

<sup>321</sup> CJ 1,21,2 [316], CT 8,12,4 [319], CJ 12,37,13 [409] y 10,22,2 [429].

<sup>322</sup> Levy, *PS*, p. 127.

acusar ni siquiera de un delito distinto, su hijo sí puede acusarlo. Pero la sentencia se refiere a la acusación del mismo delito.

La sentencia sólo tiene sentido cuando se admite que quien ha sido absuelto de un delito, pueda ser procesado nuevamente por ello cuando lo acusa persona distinta del acusador original. En ese contexto, puede caber la duda de si el hijo del acusador es persona distinta o no y por consiguiente si puede renovar la acusación o no; la sentencia afirma que no puede renovarla.

*Au. B*, como opina Levy,<sup>323</sup> que también es autor de 1,6b,1 y 3.

1,6<sup>b</sup>,3. *Crimen in quo alius destitit vel victus recessit, alius obicere non prohibetur.*

*S.* Si alguien desistió de una acusación criminal, o salió vencido (es decir, el acusado fue absuelto), puede otra persona renovar la acusación.

*O.* Posclásico. Levy nota atinadamente que si la sentencia sólo dijera que se puede renovar la acusación por otra persona si el acusador desistió de ella, su contenido sería clásico, conforme con lo que señala Macro (2 *de publ. iud.* D 48,2,11,2), cuando dice que si el acusador desiste, puede otro acusar. Pero la sentencia también dice que otro puede acusar aunque el reo haya sido absuelto, lo cual corresponde al procedimiento penal posclásico, como ya se dijo al comentar las sentencias precedentes.

*Au. B*, el mismo que modificó las dos sentencias precedentes. Considera Levy que la sentencia de *A*, pudiera referirse sólo al caso de que alguien desistiera de la acusación, y que *B* añadió la frase “o salió vencido” (*vel victus recessit*). Observa que la expresión *victus recessit*, aunque no necesariamente posclásica, resulta extraña al lenguaje clásico, y que hubiera sido mejor decir “fue vencido” (*victus est*).

1,6<sup>b</sup>,4 (*ex D 49,14,44*) *Delator non est, qui protegendae causae suae gratia aliquid ad fiscum nuntiat.*

*S.* No se considera delator (*delator*) y, por consiguiente, no está sujeto a las penas que castigan la delación falsa, quien denuncia algo al fisco para proteger sus propios intereses.

<sup>323</sup> Levy, *PS*, p. 127.

O. Clásico, como opina Levy.<sup>324</sup> Quien denunciaba al fisco que una persona poseía bienes que correspondían al fisco, especialmente los *bona caduca*,<sup>325</sup> si la denuncia prosperaba ganaba una recompensa, pero si no, se hacía merecedor de una pena. Había casos en los que una persona hacía una denuncia al fisco, no para ganar la recompensa, sino para defender sus propios intereses. Tal es el caso que contempla un rescripto del emperador Gordiano (CJ 10,11,3 [241]), en el que se trata de alguien que tiene un fundo o una casa que los oficiales dicen que es del fisco, y él dice que el poseedor de esos bienes es realmente otra persona; en este caso, el que tiene el fundo o la casa denuncia quien es el poseedor de esos bienes que aparentemente son del fisco, pero no lo hace para ganar la recompensa, sino para proteger sus propios intereses, por lo que se explica que el rescripto diga que tal persona no se le puede infamar ni castigar como si fuera un *delator*. Hay otros textos que se refieren a casos semejantes: alguien que, respecto de un dinero que había tenido bajo su administración, y que ahora es del fisco, denuncia que lo tiene otra persona (Papiniano 13 *resp.* D 49,14,38,1); alguien que pide, durante un juicio, que la condena se divida entre los demandados solventes, y en el juicio se invalidan algunas enajenaciones hechas en fraude del fisco, no se considera que denunció dinero que era del fisco, sino que defendía su propio interés (Papiniano 16 *resp.* D *eod.* 39,1); o quien demanda respecto de un bien que es suyo y del fisco, no se entiende que es un *delator* (Marciano *lib. sing. de delat.* D *eod.* 18,7).

Au. A, como opina Levy.<sup>326</sup> Éste observa que las palabras *deferre* y *nuntiare*, de donde provienen *delator* y *nuntiator*, y que aparecen en esta sentencia (*delator... nuntiat*) son intercambiables, lo cual parece bien; pero conviene advertir el matiz peyorativo que tiene la palabra *delator* en textos del siglo III, como en los rescriptos analizados arriba,<sup>327</sup> y que está presente en esta sentencia cuando dice *delator non est*.

<sup>324</sup> Levy, *PS*, p. 30.

<sup>325</sup> Kaser, *ZPR*, § 86-2

<sup>326</sup> Levy, *PS*, p. 130.

<sup>327</sup> *Ad PS* 1,6b,1d *sub O*.