

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 3 ~ AÑO 2005

Separata



EL FISCAL: ACUSAR O INSTRUIR EN LA C.E.
DE ROMA A LA REFORMA DE LA L.E.CRIM.

Jesús Trillo Navarro



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© Jesús Trillo Navarro

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 3, 2005

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

EL FISCAL: ACUSAR O INSTRUIR EN LA C.E. DE ROMA A LA REFORMA DE LA L.E.CRIM.

JESUS PORFILO TRILLO NAVARRO

“Quien tenga a su acusador por juez, désele a Dios por abogado”

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ETIMOLOGÍA.
3. EXCURSUS HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL.
 - 3.1 Fase de venganza privada.
 - 3.2 Fase de castigo divino.
 - 3.3 Fase de castigo público.
 - 3.4 Fase humanitaria.
 - 3.5 Fase científica.
4. INSTITUCIONES ANTECEDENTES DEL MINISTERIO FISCAL.
 - 4.1 Egipto.
 - 4.2 Grecia.
 - 4.3 Roma.
 - 4.4 Edad Media.
 - 4.5 De la Edad Media a la configuración y denominación actual.
5. PROCESO PENAL EN ROMA.
 - 5.1 Época arcaica.
 - 5.2 Monarquía.
 - 5.3 República.
 - 5.3.1 Las XII Tablas.
 - 5.3.2 Crímenes de Derecho Penal Público.
 - 5.3.3 Crímenes de Derecho Penal Privado.
 - 5.3.4 Provocatio ad populum.

- 5.3.5 El procedimiento de iudicium populi.
- 5.3.6 Quaestiones perpetuae.
- 5.3.7 El proceso de las quaestiones perpetuae.
- 5.4 El Imperio.
 - 5.4.1 Cognitio extra ordinem.
 - 5.4.2 Procedimiento judicial en la cognitio extra ordinem.
 - 5.4.3 Nuevas penas.
 - 5.4.4 Nuevos delitos.
- 6. TRÁNSITO DEL PRINCIPIO ACUSATORIO AL INQUISITIVO EN EL PROCESO PENAL ROMANO.
 - 6.1 Época arcaica y durante la Monarquía.
 - 6.2 República.
 - 6.3 Imperio.
- 7. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN.-

Pese al carácter lapidario de la presentación, partimos de la íntima y profunda consideración del juez como garante y promotor de los derechos fundamentales – vid. art. 117.4 CE y 2.2 LOPJ- , por lo que cualquiera que sea el resultado de la reforma de la vigente LECrim, el juez que diseña la CE y la LOPJ siempre será ese juez de garantías que, en sede de proceso penal, velara por la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los intervinientes en el proceso penal, en la relación subjetiva jurídico-procesal penal, pero eso sí, y como hasta el momento presente, de todos.

La reforma ha de atender no solo al binomio fiscal-juez, sino que abstrayéndose del mismo, debe contemplar y equiparar en derechos y facultades a todos los intervinientes, desde el imputado y la víctima al responsable civil subsidiario. Sólo así la igualdad ante la ley –art. 14 CE- será verdadera y plena precisamente en el ámbito donde la propia ley cobra su mayor valor: en el proceso judicial de su interpretación y aplicación jurisdiccional.

Ante la ardua labor que tiene por delante la comisión de expertos para la elaboración del anteproyecto de ley de reforma de la LECrim., presidida por el Excmo. Sr. D. VICENTE GIMENO SENDRA, Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional, queremos presentar unas modestas reflexiones históricas sobre la función de acusar en Roma, cuyo Derecho es el antecedente más próximo,

directo, ilustrativo, pero a la vez olvidado, de nuestro acerbo jurídico; olvido éste que afecta a las dos grandes coincidencias y aportaciones que a nuestro Derecho nos vienen del Derecho romano; a saber, el tribunal del jurado presidido por un magistrado y el acusador publico.

Tanto el tribunal del jurado como el Ministerio Fiscal se encuentran sumidos en un arduo debate sobre su profunda reforma, centrado en el primero sobre su transformación de puro en escabinato, y respecto del Ministerio Fiscal, sobre si el mismo ha de asumir directamente la instrucción del proceso penal, quedando el juez instructor investido de la fundamental competencia y posición de garante de los derechos y libertades.

En el presente trabajo nos centraremos en el segundo aspecto, aportando las claves de la función de acusar en Roma, antecedente que por lo dilatado de su experiencia y coincidencias con la situación de la función de acusar en el momento actual, se torna de estudio apasionante y consideración sorprendente.

El Ministerio Público, como se denomina en la mayor parte de Europa, surge como instrumento para la persecución del delito ante los tribunales, en calidad de agente del interés social. De ahí que se le denomine “representante social”.

Las sociedades aspiran a una adecuada administración de justicia a través de instituciones especiales dedicadas a la solución de conflictos. En el caso de conductas delictivas, se busca que la persecución del responsable esté a cargo de personas ajenas a la infracción, neutrales, con exclusividad y especialistas que actúen en representación de todos aquellos que en forma directa o indirecta resultan lesionados o perjudicados por la infracción criminal.

A tal efecto se instituye el Ministerio Público, conquista del Derecho moderno. Al asumir el Estado la acción penal, en tanto que manifestación del ejercicio del ius puniendi en su faz acusatoria, estatuye los órganos públicos facultados para ejercitarla.

Blanco y objeto de severas críticas, enconados debates y encontradas opiniones, el Ministerio Público se ha instaurado en la mayor parte de los pueblos civilizados —entendiendo por tales aquellos dotados de organización estatal que defiende a los miembros de la comunidad atacados en sus bienes y sanciona a los miembros asociales—, en todas las comunidades en las que la venganza privada ha sido desplazada por el ius puniendi en sus diversas manifestaciones, considerándose como una magistratura independiente. Su misión implícita es la de velar por el estricto

cumplimiento de la Ley, depositaria de los más sagrados intereses, principios y valores de la sociedad.

En los albores de esa estatalización del castigo e institucionalización de la acusación, el Estado optó por concentrar en la organización judicial tanto la labor persecutoria-acusatoria del delito y del criminal, concentrando las dos funciones de acusar y juzgar, amén de ejecutar lo juzgado, en un solo, único y mismo órgano.

Ello configuró el proceso inquisitorio, y constatándose históricamente que “el que tiene por acusador al Juez, necesita a Dios por abogado”, vino el soplo de la revolución francesa a fragmentar y dividir el poder del Estado, surgiendo el principio acusatorio que desplazando al inquisitivo, conlleva la necesidad de crear un “órgano público encargado de la acusación ante el poder jurisdiccional”.

Es un hecho que el Ministerio Público responde actualmente a un imperativo social. Su funcionamiento como organismo especializado resulta imprescindible para la buena administración de la justicia. A su importancia natural se agregan la de la equidad y la de la más elemental conveniencia, esto es: la separación radical de las atribuciones del denunciante-acusador, por un lado; y las del órgano que debe resolver dicha solicitud de ejercicio judicial del ius puniendi, por otro, cerrando el paso a la parcialidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La importancia y trascendencia de las funciones actuales de la institución que nos ocupa son de tal impronta, presencia y necesidad que resulta esencial para la vida de la sociedad, pues comprende la dirección y defensa de los intereses de los derechos fundamentales, tanto colectivos como individuales, así como los de la víctima y de las personas desamparadas o sin capacidad de obrar e, incluso, hasta de la propia sociedad.

Nuestro interés se centrará en la consideración sobre la presencia en Roma de la figura institucional que conocemos como Ministerio Fiscal. Pese a que la gran aportación de Roma a sido su Derecho – para FUENTESECA¹ “...el valor intrínseco del Derecho Romano y el genio de éste pueblo consisten en haber sentado la esencia del pensar jurídico, en haber estructurado un modo de actuar estrictamente jurídico- es interesante buscar en el derecho romano una figura con perfiles similares al actual Ministerio Fiscal.

Para cualquier civilización constituye un hito político y jurídico encomendar a una institución pública, neutral, desprovista de los apasionamientos y exacerbaciones de la venganza privada, el ejercicio de la acción penal en representación de la sociedad ante otro tercero también imparcial que juzgue e imponga, en su caso, la pena correspondiente.

Efectuaremos un breve excursus histórico en torno a la evolución del derecho penal en relación a instituciones jurídicas con funciones similares al actual Ministerio Público (Ministerio Fiscal en España), deteniéndonos especialmente en el derecho penal y procesal romano, por ser el objetivo de esta humilde aportación al actual debate sobre el Ministerio Público y la asunción por el mismo de la tradicional –y correctamente ejercida durante siglos- función de instrucción o investigación de que actualmente goza en nuestro país el Juez de instrucción, que es así mismo y al propio tiempo garante y promotor de los derechos fundamentales –arts. 117.4 C.E. y 2.2 L.O.P.J.-.

2. ETIMOLOGÍA.-

Al Ministerio Público se le ha relacionado con la función tributaria recaudatoria del erario público, desprendiéndose la etimología de la palabra “fiscal”, del latín “fiscus”, con la que se designaba al cesto o canastilla donde se recogían los tributos, función que le correspondía a los Procuradores Caesares o Advocati Fisci. Las penas y condenas pecuniarias se llevaban en estas espuestas al Erario, por ello se vino a llamar fisco todo lo que venía y se traía a éste..

Para otros autores, sin embargo, la voz “Fiscal”, en su acepción etimológica, proviene del término latino Fiscales; y para la Real Academia, como adjetivo denota aquello “Perteneiente al Fisco o al oficio del Fiscal”, y como sustantivo lo define como “Ministro encargado de promover los intereses del Fisco” y como “El que representa y ejerce el Ministerio Público en los tribunales”.

El Diccionario de la Real Academia define al Ministerio Público como “representante de la Ley y de la causa del bien público, que está atribuida al Fiscal ante los tribunales de justicia.”

Etimológicamente Ministerio Fiscal o Público -en Francia Procurador de la República, Ministerio Público en Italia, y en España Ministerio Fiscal- como lo denominan algunos autores para recalcar su separación con todo lo relativo al Fisco, deriva del latín *ministerium*, servio o función, y *publicus*, del o relativo al pueblo, del estado.

3. EXCURSUS HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL.-

Un acercamiento a la figura del Ministerio Fiscal, requiere un breve análisis de la evolución histórica del Derecho Penal, pudiendo distinguir cinco fases: venganza privada, castigo divino, castigo público, humanitaria y científica.

3.1 Fase de venganza privada.-

Antiguamente –en los albores de la civilización y era arcaica- la venganza privada era la forma de reacción contra el culpable. El poder social carece de vigor y los individuos se unen en pequeñas agrupaciones (Familia, Clan, Tribu), lo que determina que los miembros del grupo de la víctima sean solidarios con el ofendido y los del culpable de éste, lo que ocasionó guerras privadas que determinaron la desaparición de numerosas familias.

Para evitar tales males se inicia una limitación –mediante enunciados jurídicos vinculantes- de la venganza privada constituyendo la primera limitación de la venganza privada la *ley del talión*, que –sentando ya la equidad y proporcionalidad entre el crimen y la pena-consistía en no poder causar al delincuente un mal mayor que él había causado a su víctima.

El *Código de Hammurabi*, entregado según la tradición por SAMASCH –Dios del Sol- al rey HAMMURABI de Babilonia (1790-1750 a. C.), considerada la primera recopilación jurídica unitaria con 282 leyes de orden civil, penal y procesal, contiene numerosas sanciones basadas en la aplicación más estricta del talión.

3.2 Fase de castigo divino.

En esta época el poder político, ya más estructurado, presenta una mayor organización y fortaleza. En las antiguas monarquías asiáticas, el poder social, al juzgar al delincuente lo hace en nombre de Dios, de quien se instituye su representante. El delito es una ofensa a la divinidad y provoca la exigencia de una reparación para evitar los males que a la comunidad pueda descargar la ira divina. El castigo es ofrecido a la divinidad en expiación para evitar su enojo. Ejemplos del sentido religioso de la pena los podemos encontrar en la legislación penal mosaica, reunida en los cinco primeros libros del Génesis (*Pentateuco*), en la legislación india (*Código de Manu*, siglo XI a.C.) y la legislación persa (*Vendidad*, siglo XI a.C.)

3.3 Fase de castigo público.

El fin de la pena es el mantenimiento de la tranquilidad, "*salus populi, suprema lex*". Aparecen en Grecia y en Roma lo que podríamos considerar los primeros apuntes de un derecho penal, siendo un tercero, elegido entre una asamblea o nombrado por el poder, el que imponía la pena al delincuente en cada caso concreto, siendo al final del imperio romano cuando se establecieron un catálogo de delitos y de penas.

Con la caída del imperio romano finaliza la “Pax romana” y las ventajas para la humanidad que ésta representó: misma lengua y cultura, ausencia de fronteras en todo el mundo civilizado para el arte, la jurisdicción y el derecho, adentrándonos en una era de tinieblas en la que la delincuencia y la ley del más fuerte –como contraposición al derecho y la publicación del ius puniendi- se instalan en la historia. En cada territorio se afianzan diversos poderes, el del señor feudal y el del rey –amén del eclesial, militar y mercantil- que imponían manu militari y de propio imperio castigos.

Para luchar contra este incremento de la delincuencia en los países europeos, junto al intento de fortalecer el poder real frente a los abusos y excepciones jurisdiccionales de los señores feudales, aparecieron -en torno al S. XVI- legislaciones penales que castigaban con penas especialmente crueles, inhumanas, degradantes y vejatorias los delitos contra las personas, los bienes y contra el orden público y religioso, las cuales incluso trascendían a los descendientes del reo, que se convertían así en una clase social considerada miserable durante varias generaciones.

El procedimiento penal, la pena, se presentaba como único fin el castigo, utilizándose la institucionalizada y regulada tortura como medio probatorio para obtener la confesión del reo. Los jueces tenían la posibilidad de imponer penas no previstas en la ley y hasta incriminar hechos no previstos como delitos. No se atisba en absoluto el principio de legalidad sancionadora respecto de tipos y penas.

Ejemplos de esta legislación los encontramos en Francia con las *Ordenanzas de 1.530 y 1.570*, en Alemania la *Ordenanza Criminal de Bamberg de 1.507*, en Dinamarca la *Constitutio Criminalis Carolina* y en la *lex regia de 1.660* y, por último, en nuestro país: *El Fuero Juzgo*, *El Fuero Real*, *Las Partidas*, *El Ordenamiento de Alcalá*, *Las Ordenanzas de Montalvo*, la *Nueva* y en la *Novísima Recopilación*.

3.4 Fase humanitaria.-

Si bien para algunos autores la primera reacción contra estas manifestaciones de barbarie de la penalidad hay que buscarla en el Derecho Canónico, -que descansa sobre las ideas de caridad, fraternidad y redención, que introdujeron en la

penalidad la piedad y la moderación así como los fines de asegurar la corrección y rehabilitación del condenado-, y sin olvidar el excelente instrumento interpretativo que constituyó la *aequitias* canónica, es lo cierto que la experiencia extrema en algunos países del Tribunal de la Inquisición, aún pendiente de su justa valoración histórica en España, hacen que la mayoría de los autores fundamenten el cambio radical de la concepción del derecho penal en el surgimiento del Iluminismo ilustrado, y la consideración del individuo como ser con derechos inherentes que ni el propio Estado, surgido del *pacto social*, puede privar, entre ellos, el derecho a la vida, a la integridad física y a no sufrir torturas, trato o pena inhumanas, vejatorias o degradantes.

Penalistas como Kahn y Manzini niegan ese espíritu humanitario de la legislación penal de la Iglesia, añadiendo que el principio *lcclessia abhorret a sanguine* no estaba presente nada más que de una manera formal en la legislación canónica. Entre estos autores podemos señalar a Hugo Grotio, que sentó las bases del derecho natural; Hobbes, Espinoza, Loke, que entre otros fines de la pena señalaron la enmienda y la corrección del delincuente; Pufendorff y Wolf en Alemania, que defienden el racionalismo del Estado encargado de la justicia criminal; en Francia, Diderot, d'Alambert, Montesquieu, Helvetius, que alzan su voz contra la barbarie de la penalidad en nombre de la justicia social.

Lo que es innegable, en cualquier caso, es la aportación del derecho penal de la Iglesia a la concepción humanitaria de las penas, introduciendo los principios de individualización de las mismas y generalizando las penas privativas de libertad, que antes habían tenido escaso desarrollo, por el efecto moralizador que le atribuye a la reclusión solitaria.

Uno de los puntos de partida en esta fase de humanización del derecho penal lo encontramos en la obra de CESARE BONSEANA, marqués de Beccaríaⁱⁱ, *Dei delitti e delle pene*, que fundamenta el Derecho Penal en la cesión del derecho de castigar, que residiendo en el individuo, se traslada a la sociedad, al Estado, y censura vehementemente la pena de muerte, las corporales, el tormento y critica el procedimiento penal que desconocía los derechos del individuo.

El efecto de esta obra fue contundente, no sólo en el campo de las teorías científicas, sino principalmente en el derecho positivo.

Los monarcas reformistas, José II de Austria, Catalina II de Rusia y Federico II de Prusia orientaron su legislación penal al nuevo rumbo marcado, hacia un régimen penal verdaderamente racional y humano.

BECCARÍA sentó las bases del principio de legalidad tipificadora y sancionadora, y no solo penalmente, sino para todos los órdenes jurisdiccionales, en sede de procedimiento sancionador.

Ese régimen reformista adquirió mayor protagonismo gracias a la Revolución Francesa que al derrumbar las viejas instituciones jurídico-penales, irrumpió en el proceso codificador e insufló en los códigos la nueva corriente; así los de 1.791, el de Brumario del año IV y sobre todo el de 1.810, han sido el principal conducto difusor de las teorías humanitarias y racionales predicadas por BECCARÍA.

La facultad del Estado de tipificar y castigar imponiendo penas, el *ius puniendi*, no es ilimitado; sus límites de encuentran en una serie de garantías fundamentales que encierran los principios que informan en Derecho Penal. Estos principios básicos del derecho penal actual son el de legalidadⁱⁱⁱ con su triple garantía penal, procesal y de ejecución, *nullum crimen sine previa lege, nulla poena sine lege*, - que además ha de ser cierta, escrita y estricta-, culpabilidad, intervención mínima, protección de bienes jurídicos, fragmentariedad, irretroactividad, proporcionalidad, *non bis in idem.*, y otros, todos ellos derivados del concepto de Estado social y democrático de derecho.

3.5 Fase científica.-

Las ciencias auxiliares del Derecho Penal, la antropología, la sociología, la medicina y psiquiatría forenses, la criminología, la estadística, incluso la actual victimología y el derecho penitenciario, penal juvenil, etc., que centran su estudio no sólo en el delito, sino en el delincuente y circunstancias que rodean la aparición del delito, hacen que pierda importancia el delito como base de la penalidad y que sea el fin primordial de la pena, además de la retribución por el delito, la reeducación y reinserción social del mismo.

En esta época surgen las escuelas penales, tras cada una de las cuales se posiciona una concepción filosófica sobre los problemas fundamentales del derecho penal, el delito, el delincuente y la base de su responsabilidad penal.

Podemos señalar en esta fase tres épocas, caracterizada cada una de ellas por una escuela:

Escuela clásica, desde finales del siglo XVIII y el último tercio del siglo XIX, que se caracteriza por el alumbramiento de las garantías penales que ponen coto a los excesos represivos del poder.

Escuela correccionalista, surgida a principios del siglo XX, en la que el fin principal del derecho penal es la corrección del reo.

Escuela positiva italiana, que centran su estudio en el delincuente y en las causas que le inclinan al crimen.

Escuela sociológica alemana, para quienes la finalidad del derecho penal es la defensa social y la función principal de la pena es la prevención especial y general.

La terza scuola italiana, que fundamentan la pena en la intimidabilidad.

La escuela dogmática, que aplican el método dogmático al derecho penal.

La escuela finalista, que centran su estudio en el delito (acción delictiva del comportamiento humano) dirigido a un fin.

4. INSTITUCIONES ANTECEDENTES DEL MINISTERIO FISCAL.-

Diversas en el tiempo y en el espacio son las instituciones jurídicas en las que algunos autores han señalado los antecedentes remotos del Ministerio Fiscal

4.1 Egipto.

Los primeros antecedentes de esta figura los encontramos en la civilización egipcia en la figura del *magiai* (procurador del Rey), agentes públicos con atribuciones de represión penal, con libertad para castigar a las personas rebeldes, reprimir a los mentirosos y violentos, protegiendo a los ciudadanos pacíficos, formalizando acusaciones y participando en las diligencias probatorias para la averiguación de la verdad. También actuaban en la defensa de las personas más débiles, huérfanos y viudas. Los *magiai* eran tratados como verdaderos ojos y lengua del Rey, del Faraón.

4.2 Grecia.^{iv}

En el siglo VIII a.C. destaca la figura de los *testometas*. En tiempos de la oligarquía griega el gobierno se ejercía por un *arcontado* compuesto por nueve miembros seis de los cuales eran los *testometas*, verdaderos magistrados que dictaban juntos las leyes y administraban justicia.

Eran los encargados de denunciar los delitos ante el Senado o ante la Asamblea del pueblo; estos últimos designaban a su vez a un representante de la sociedad que llevara la acusación ante la *Heliaia* o tribunal de los *Eliastas* o jurados, atribuida su creación a SOLON (considerado a su vez antecedente del jurado

romano presidido por un magistrado tanto por el macedonio ARISTÓTELES como por el historiador romano TITO LIVIO, si bien negado por el historiador griego DIONISIO DE HALICARNASO) o al de los *Ephetas*.

En la época griega el proceso era esencialmente acusatorio, oral y público, presentando como característica destacada la participación directa de los ciudadanos en la administración de justicia penal, que se ejercía por medio de un tercero imparcial, despojado de los sentimientos de venganza propios de la víctima. Es en esa institución *aerópagos*, donde se puede atisbar el génesis del Ministerio Fiscal, desempeñando la función de acusar de oficio y sostener las pruebas ante el Tribunal del Pueblo.

Al final del siglo VII a.C., aparecen los *éforos*, cinco magistrados anualmente elegidos en la ciudad de Esparta para controlar los actos de los reyes espartanos y de los gerontes. Entre las funciones de esta auténtica magistratura, que tenía a su cargo la policía general del Estado, se encontraban la de ser jueces en las causas civiles y castigar las faltas contra las leyes y las buenas costumbres. Para que sus decisiones tuvieran fuerza legal, al igual que ocurría con los *tribunos de la plebe* en Roma, debían haber sido tomadas por unanimidad, pues la oposición de uno solo era bastante para anularlas.

4.3 Roma.

En el imperio romano encontramos diversas figuras con funciones aproximadas a las que desempeña actualmente el Ministerio Fiscal y que podríamos considerar como antecedentes de este:

- Los *cuestores*: magistrado romano encargado de la custodia y administración del Tesoro Público, siendo el primer escalón en la carrera política. Se trataba de dos clases de Magistrados con misiones muy diferentes, unos ejercían su misión en el orden administrativo y los otros se encargaban de la persecución de determinados delitos.

- Los *curiosi*: funcionarios romanos que entre otras funciones estaban encargados de denunciar a los jueces los delitos de que tuvieran conocimiento.

- Los *censores*: magistrado romano encargado de confeccionar los empadronamientos y vigilar la moralidad pública. Además de esta función de confeccionar cada cinco años el censo y cuidar de la ejecución de las obras públicas y conservación de los edificios del

Estado, tenían como responsabilidad principal la inspección de las costumbres públicas y privadas con la finalidad de conservar las costumbres de los mayores (*mores majorum*), corrigiendo los actos de cobardía, perjuicio, lujo, celibato inmotivado, lubricidad, mala administración de bienes, sevicia a los esclavos, conductas indignas de los magistrados, para lo que emitían edictos dictando reglas y castigaban sus infracciones por medio de notas (*animadversio censoria*) que hacía desmerecer en el concepto público, suspensión de derechos, pérdida de caballo o imposición de multas.

- Los *defensores civitatis*: magistrado romano instituido en las ciudades que tenía por misión defender a sus habitantes de las exacciones injustas y de los abusos de los funcionarios imperiales. También tenían ciertas atribuciones de policía judicial, como evitar los robos y denunciar y detener a los ladrones. Se les concedió también la facultad de juzgar ciertos delitos leves y en las ciudades donde no hubiese magistrados realizar ciertos actos judiciales como el nombramiento de tutores y el conocimiento de ciertos negocios civiles de escasa cuantía.

- Los *irenarcas*, que tenían encomendada la policía y la seguridad pública en las ciudades, que estaban auxiliados de los *diogmitas*. Estos últimos iban ligeramente armados y se utilizaban en caso de resistencia y para custodia. Cuando detenían a un individuo, lo interrogaban y buscaban a sus cómplices, recogiendo sus averiguaciones en una memoria que transmitían al gobernador al mismo tiempo que conducían al detenido.

- El *pretor*: magistrado romano de gran importancia en el que, para su estudio debemos distinguir tres épocas:

a) Durante la República existieron diversas clases de *pretores*. El *pretor urbano* estaba encargado de la administración de la justicia en lo civil. Esta función estaba atribuida en un principio (Salvo el período en que la ejercieron los *decenviros*, turnando cada uno de ellos y recibiendo el nombre de *praefectus iuris*). En año 507 a.C. se estableció un segundo *pretor de los peregrinos* al que se encomendaban los pleitos civiles en los que un o ambas partes no eran ciudadanos romanos (*cives y peregrini*).

b) En la época del Imperio la figura del *pretor* perdió poder, volviendo parte de su jurisdicción a los cónsules y estableciéndose el derecho de apelación al Príncipe que podía revocar el fallo. Se mantuvo el *pretor peregrinus* y se crearon otros como, el *pretor* que presidía las *quaestiones perpetuas* hasta que cesaron estas en el siglo III a.C., el *pretor aerarii*, que tenía la custodia el *aerarium*, el *pretor hastarius*, que presidía el tribunal de los *centunviro*s, el *pretor de liberalibus causis* en las que se discutía la libertad de una persona, el *pretor tutelaris* para la dación de tutores en los casos de tutela dativa, el *pretor fiscalis* que además de regir los bienes del imperio tenían facultad para confiscar el patrimonio de los condenados, teniendo competencia para la persecución criminal en nombre del Imperio Romano.

c) En el período cristiano, el número de *pretores* sigue aumentando con la figura del *pretor triumphalis* y el *pretor constantinianus*. En esta época se nombran por el Senado y las jurisdicciones se reparten entre ellos y todos debían dar juegos públicos lo que conllevaba una gran carga, cuyos gastos variaban según las preturas lo que llevó a su paulatina desaparición.

- Los *cónsules* que eran magistrados mayores cuya autoridad sustituyó a los reyes al inaugurarse en Roma la República. Eran dos magistrados cuyo cargo duraba un año, se denominaron primero *praetores*, luego *judices* y más tarde *cónsules*. Tenían funciones religiosas, reducida a presidir sacrificios, militares, siendo Jefes del Ejército, presidían los comicios y el Senado, disponían del Tesoro Público, les correspondía la administración de justicia sin poder delegarla, en los asuntos civiles, y de los criminales, sólo los que versaban sobre delito militar (Las otras estaban encomendadas a los *cuestores*, cuya función hemos descrito antes).

De estas magistraturas la mayoría de los autores considera que sólo cinco pueden valorarse como antecedentes del Ministerio Fiscal, los *censores*, vigilantes generales de la moralidad romana; los *defensores civitatis*, creados para denunciar al emperador las conductas de los funcionarios; los *irenarcas*, oficiales de policía; el *pretor* que presidía las *quaestiones perpetuas* y el *pretor fiscalis* cuyas funciones ya hemos descrito.

4. 4 Edad Media.

Continuando con el recorrido histórico sobre le Ministerio Público encontramos que en las Partidas (Partida 4, til. 18, ley 12) el Fiscal o Procurador Fiscal es denominado *patronus fisci*, y se le describe como “Hombre que es puesto para razonar y defender en juicio todas las cosas y los derechos que pertenecen a la cámara del rey”.

Los juristas españoles suelen vincular a los Fiscales del Ministerio Público con figuras burocráticas, tales como:

- Los *sayones*, oficiales visigóticos, simples subalternos de la administración de justicia que en oportunidades actúan como agentes ejecutivos a las órdenes del rey, del gobernador de un distrito, de los jueces, de los señores en sus señoríos y de los municipios.

- El *adelantado mayor de la corte*, encargado de la defensa en juicio de determinadas personas consideradas socialmente desvalidas.

Las funciones del Ministerio Fiscal se acrecentaron durante la Edad Media y la Edad Moderna de modo que quedaba encargado de la defensa, incluso por vía judicial, de los negocios, intereses y rentas de la Corona.

4.5.- De la Edad Media a la configuración y denominación actual.

Podríamos afirmar que, en términos generales, la función de velar por la paz y los intereses de la comunidad ha correspondido al monarca a través de sus jueces y agentes; pero, en determinados supuestos específicamente relacionados con los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública o del monarca, también se han atribuido competencias específicas a peculiar institución que nos ocupa, al Fiscal.

La reforma borbónica refuerza la importancia de los Fiscales como instrumentos de su política. Durante la primera mitad del siglo XVIII los Fiscales actuaban fundamentalmente como promotores de la justicia según la tradición romano-renacentista y todavía en la década siguiente los vemos centrados en las llamadas “causas Fiscales”, pero es a partir de 1740 cuando son los Fiscales los más directos y eficaces representantes de los intereses del Rey en las Audiencias defendiendo no sólo materias militares o patrimoniales sino también de orden jurisdiccional.

En definitiva, los Fiscales eran ya algo más que promotores de justicia, interviniendo en asuntos de gobierno. Durante esta época el instituto del Fiscal alcanza, sin duda, su plenitud como figura mixta, que compatibilizaba sus funciones en el ámbito de la administración de justicia y sus muy relevantes funciones políticas.

Durante el siglo XIX, en nuestro ordenamiento, no encontramos referencias constitucionales al Ministerio Fiscal, salvo las alusiones que contiene el artículo 105 del Estatuto de Bayona respecto del Procurador General o Fiscal del Consejo Real. Tendremos que esperar a la aprobación de la Constitución republicana de 1931 en el siglo XX para volver a encontrar una mención constitucional de esta institución. El artículo 104 de la Constitución de 1931 establecía que “El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia”; igualmente fue mencionado en la Ley Orgánica del Estado de 1967 (art. 35). A lo largo del siglo XX y antes de la aprobación de la Constitución española de 1978, el Ministerio Fiscal recibió todavía diversas regulaciones. La primera a través del Real Decreto de 21 de junio de 1926, y la última el Decreto 437/1969, que aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, que aún sigue vigente, para terminar con la aprobación del Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981 en desarrollo del art. 124 CE de 1.978.

5. PROCESO PENAL EN ROMA.-

Para una aproximación al derecho penal romano, podemos distinguir las siguientes etapas: arcaica, Monarquía, República e Imperio.

5.1 Época arcaica.

En época arcaica, en los albores de la ciudad de Roma (mediados del s. VIII a.C.), el castigo ante la comisión de un acto ilícito que causaba un daño a alguien se solía dejar en manos del propio ofendido o de su familiares o bien quedaba reservada a la potestad sancionatoria, prácticamente de vida o muerte, del respectivo jefe de familia (*paterfamilias*) o del clan gentilicio de que se trate, o incluso se dejaba a las relaciones de amistad y buena vecindad entre las diversas *gentes* (clanes familiares) de tal manera que el autor del ilícito era entregado *-noxae deditio-* a la *gens* del ofendido para someterse allí a la venganza del clan ultrajado.

1.1 Monarquía.

El hecho criminal aparece como infracción a la *pax deorum*, es decir, a la relación existente entre la comunidad y los Dioses. Es al Rey, como guardián natural de esa paz, al que le corresponde imponer las penas, que tiene un marcado carácter religioso. El Rey es el sumo sacerdote y el jefe político.

Testimonio de esta expiación sacral, la podemos encontrar en las primeras *leges regiae*, que recogen en algunos casos los antiguos *mores gentilicios*, pero en la mayoría de los supuestos la antigua persecución familiar, venganza, queda desplazada a la persecución pública fundada en el concepto de expiación religiosa.

Dentro de los crímenes tipificados en esta época se pueden distinguir los que afectan a la vida religiosa o a relaciones fundamentales en la vida familiar o gentilicia los cuales fueron sancionados hasta entonces en el seno de las respectivas familias o clanes gentilicios.

Se pueden clasificar:

a) Las infracciones menos importantes, *scelus expiabile*, sólo conllevaban que el agresor debía realizar un *piaculum* u ofrenda expiatoria a los dioses como sucede, consistente en el sacrificio de

un animal o la entrega de una entidad patrimonial para el culto de la divinidad ofendida. Ejemplos de estas infracciones son:

- Una norma atribuida a *Rómulo* que establecía *que el marido que sin una justa causa repudiase a su mujer* debía entregar a la diosa *Ceres* la mitad de su fortuna mientras que la otra mitad debía entregarla a la mujer injustamente repudiada.
- Cuando *el padre que repudiaba a su hijo alegando que padece alguna deformidad* cuando realmente no se hiciese constar dicha posible deformidad ante cinco de los vecinos más próximos, entonces el padre debía entregar la mitad de su patrimonio a los dioses.

b) Las infracciones graves, *sacer, scelus inexpiabile*, no admiten expiación y el transgresor responde con su persona y bienes, imponiéndole dos tipos de pena sacral, *suplicium*: la *consecratio capitiiis y bonorum*, consistente en el abandono del culpable y de cuanto le pertenece al dios ultrajado y la *reo necari*, consistente en su ejecución directa como sacrificio expiatorio. El culpable quedaba privado de toda protección jurídica y podía, llegado el caso, ser muerto o lesionado impunemente por cualquier miembro de la comunidad, lo cual se expresaba con la fórmula "*sacer esto*". Ejemplos: La violación de la fidelidad mutua entre el patrono y cliente y el hijo que atentase contra su padre o la nuera contra su suegro.

c) Los crímenes de mayor gravedad eran castigados con la pura ejecución ritual y sacral del culpable ante la comunidad en tanto que suponían una reacción de la colectividad frente a un grave atentado contra la *pax deorum* y contra ella misma. De esta manera tenemos los siguientes crímenes castigados con la imposición de la pena capital:

- Crimen de *perduellio* que consistía en la realización de un acto que implique una traición al *Populus* (Estado) romano; el castigo ante dicho crimen era terrible y consistía en la pena capital ejecutada colgando al condenado desde un árbol estéril y luego sometiéndolo a flagelación hasta la muerte. En la represión de este crimen intervenía un tribunal extraordinario de ciudadanos romanos denominado *duumviri*

perduellionis que debía determinar la efectiva culpabilidad del imputado. Ante dicho tribunal, si el acusado contestaba el litigio y negaba las acusaciones formuladas contra él podía tener lugar una especie de lucha ritual, o prueba ante los dioses, y si sucumbía el acusado en dicho ritual los *duumviri* procedían a la ordenar la ejecución del culpable. Incluso podían proceder a la inmediata ejecución del sorprendido *in fraganti* cometiendo el crimen.

- El crimen relativo al robo nocturno de mieses en cuyo caso las XII Tablas, imponían al culpable el castigo de ser colgado de un árbol y ser muerto posteriormente como consagrado a la diosa *Ceres*, se trataba tanto de una lesión de un interés económico como de un ultraje a una divinidad porque las mieses se sustrajeron sin que el culpable hiciese la correspondiente ofrenda ritual de las primicias y sin pronunciar las fórmulas prescritas.

- El crimen de *parricidium* que consiste en el homicidio voluntario de un hombre libre: la comunidad se ve privada con ello de uno de sus ciudadanos y la gravedad del hecho en sí exige de una purificación de la sangre derramada a los ojos de los dioses. Se atribuye al rey *Numa* las siguientes normas: “*si qui hominem liberum dolo sciens morti duit paricidas esto*”; esto es, si alguien da muerte dolosamente a un hombre libre “sea parricida”. Y la que se refería al homicidio involuntario o culposo: “*si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occise agnatis eius in contione offeret arietem*”: esto es, si alguien hubiese matado a un hombre por causa de una imprudencia debe hacer una entrega ritual de un carnero a los parientes agnados en presencia del pueblo con la finalidad sacral de purificar la sangre derramada. En caso de homicidio del *paterfamilias* - parricidio entendido en su sentido actual- se aplicaba la denominada *poena cullei* por la que se ejecutaba al culpable con la máxima crueldad posible introduciéndolo en un saco junto con diversos animales vivos y arrojando dicho saco cerrado al río Tíber.

Con tal regulación del *parricidium* ya empiezan a vislumbrarse en el derecho penal romano *dos principios jurídicos*:

- *El de personalidad de las penas*. Estamos ante una norma expiatoria pero que también presenta la finalidad de encauzar la venganza privada de los familiares del muerto porque dicha venganza ritual se circunscribe al autor del ilícito dejando libres a sus parientes.

- *El de culpabilidad y proporcionalidad de la sanción*. Se distingue entre el homicidio doloso y el causado imprudentemente que sólo da lugar a la ofrenda ritual de un carnero sin perjuicio de la compensación económica que se le exija al autor del mismo en favor de los parientes del fallecido.

Para el ejercicio de estas funciones el Rey se auxiliaba de los *quaestores parricidi*, que tenían como función comprobar si el homicidio se produjo dolosamente o no y vigilar la venganza del pueblo y los *duumviri perduellionis*, una especie de tribunal extraordinario al que se confiaba la función de declarar la responsabilidad y proceder a la inmediata ejecución del reo de *perduellio* sorprendido *in fraganti*.

La intervención del pueblo en esta época en los procesos penales es casi inexistente. Cicerón y Livio, remontan el derecho de un ciudadano condenado a la pena capital a invocar el juicio de la asamblea popular, *provocatio ad populum*, pero esta institución es característica de la siguiente etapa, la República.^v

5.3 República.

En esta época las funciones religiosas y político militares, antes unidas en la persona del Rey, se separan. Las religiosas pasan al *Rex Sacrorum*, y más tarde al jefe elegido de los pontífices, *pontifex maximus*.

En el campo del Derecho penal el poder de represión del rey auxiliado por magistrados especiales como son los *quaestores parricidii* y los *duumviri perduellionis* se ve asumido ahora por los

magistrados dotados de poder de imperio, esto es, de mando militar general.

Dichos magistrados, serán *los cónsules, los pretores y el dictador* (cuando lo había) aparte de los *tribunos de la plebe* por sí o en “procesos revolucionarios” ante los *concilia plebis*. En todo caso cabe destacar la superación de la concepción sacral del Derecho Penal Público romano propia de la época arcaica conforme a la cual la pena iba dirigida en primer lugar a la expiación de la culpa para restaurar con la sangre del culpable la *pax deorum*; así, con la República el Derecho Penal Público asume progresivamente una función dirigida tanto al castigo del culpable como a la salvaguarda del orden público dejando de lado, con el paso del tiempo, consideraciones de tipo religioso.

Estas funciones político-militares se encomiendan a un magistrado supremo de la República con amplio poder de *coercitio*, manifestación de su *imperium*.

5.3.1 Las XII Tablas.

En esta época se produce la primera codificación del derecho penal con las *XII Tablas* (451 a 450 a. C.), fue elaborada por una comisión de magistrados (*decemviri legibus scribundis*), por esos se le denomina también *legislación decemviral*, siendo definitivamente aprobadas por el pueblo reunido en asamblea. La legislación recogió normas consuetudinarias y *leges regiae* como parte de la tradición jurídica y de las convicciones del pueblo romano pero también se promulgaron normas que obedecieron a un espíritu de innovación por parte de los decemviro.

Las XII Tablas suponen un tránsito progresivo de una época anterior dominada por la venganza privada si bien limitada por el principio de proporcionalidad de la pena determinado por la ley del Talión y por la composición voluntaria entre víctima y ofensor hacia un sistema de composición legal o ya de imposición de penas pecuniarias fijadas por ley.

En el campo penal (Tablas VIII y IX) queda perfilada la distinción referida anteriormente entre un Derecho Penal Público relativo a crímenes graves perseguibles de oficio dentro de una jurisdicción criminal y, por otro lado, un Derecho Penal Privado materializado a través del proceso judicial privado y relativo a delitos menos graves entre particulares.

Los delitos contemplados en la legislación decemviral son los siguientes:

5.3.2 Crímenes de Derecho Penal Público.

Procedentes de las *leges regiae*: el de *perduellio* y el de *parricidium*, manteniendo la distinción entre homicidio doloso y el homicidio culposo, la *proditio* o traición militar por connivencia con el enemigo y el fraude cometido por el patrono contra su cliente.

Nuevas figuras delictivas son: *la prevaricación de un juez* de lo civil (eran ciudadanos elegidos para el proceso de común acuerdo por las partes) que dicta a sabiendas una sentencia injusta favoreciendo dolosamente a una de las partes) que se castigaba con la pena de muerte; *el falso testimonio* castigado también con la pena de muerte siendo arrojado el culpable al vacío desde la llamada roca Tarpeya en el monte capitolino de Roma; *la denegación de prestar testimonio en juicio* que daba lugar a la pérdida de la capacidad para dar testimonio en el futuro y de solicitar que un tercero pueda prestar testimonio en su favor; *la consagración dolosa de una cosa litigiosa para perjudicar a la otra parte litigante* que se sancionaba con la pena pecuniaria del doble del valor de dicha cosa; *el incendio doloso de la vivienda* de alguien es castigado con la pena de muerte en la hoguera; *el llevar dolosamente el ganado a pastar a terreno ajeno o sacar furtivamente las mieses de dicho campo* y, por último, se contemplan *crímenes relativos a hechizos y encantamientos de "magia negra" como los encaminados a maldecir las mieses del vecino o a atraerlas con tales malas artes al fundo propio* que probablemente se castigaba con la pena de muerte, o las *fórmulas mágicas recitadas para causar la muerte o perjuicios graves en otras personas*.

5.3.3 Crímenes de Derecho Penal Privado.

-La *iniuria* que en dicha legislación comprendía solo lesiones corporales -más tarde, a mediados de la República, el derecho pretorio extiende el contenido de la *iniuria* a las ofensas morales- que podían ser de tres tipos: *membrum ruptum*, es decir, la ruptura o lesión muy grave de algún órgano de la víctima en cuyo caso se prescribía la ley del Talión, si bien, las XII Tablas procuraban favorecer un arreglo pacífico mediante una composición voluntaria entre el ofensor y la víctima. El segundo tipo de *iniuria* es el *os fractum*, esto es, la fractura de hueso imponiéndose en tal caso ya una pena pecuniaria fija que era de 300 ases si el lesionado es un hombre libre y de 150 si era un esclavo. Por último en las lesiones físicas más leves se imponía la pena de 25 ases.

- El *furtum* o delito de hurto para el cual distingue la ley diversos supuestos: si es hurto no flagrante (*furtum nec manifestum*) impone una pena pecuniaria del duplo del valor de lo hurtado; hurto manifiesto (*furtum manifestum*) cuando el ladrón es descubierto *in fraganti*, en cuyo caso la legislación decemviral distinguía según que el ladrón fuese sorprendido de noche (*fur nocturnus*) o de día pero se defendiera con armas (*fur diurnus qui telo se defendit*) ya que en ambos casos la víctima podía dar muerte al culpable si bien para ello debía antes haber pedido el auxilio de sus vecinos (*endoploratio*) para que quedasen enterados como testigos de las circunstancias del hecho. Si no habían concurrido nocturnidad o defensa armada, la víctima debía llevar al ladrón ante el magistrado que decretaba su entrega (*addictio*) al que sufrió el hurto mientras que si fuese esclavo se imponía la flagelación y posterior arrojamiento del mismo por la roca Tarpeya. Más tarde, el derecho pretorio sustituyó tales penas crueles derivadas del *furtum manifestum* por la pena patrimonial del cuádruplo del valor de la casa hurtada. Otro supuesto era aquél en el que la cosa robada era encontrada ante testigos en casa del ladrón (*furtum conceptum*); ahora bien, si la cosa se encontraba después de verificada una antigua ceremonia mágico-religiosa que se denominaba *quaestio lance et licio*, el hurto se asimilaba al *furtum manifestum*; si no había tenido lugar tal ceremonia establecía la pena del triple del valor de la cosa. La misma pena se imponía contra el posible ladrón si la cosa se encontraba en manos de un tercero que actuó de buena fe (*furtum oblatum*).

- Sin duda, en conexión o *asimilación al furtum*, la propia ley condenaba al depositario infiel que no devuelva dolosamente la cosa recibida a la pena del doble del valor de la misma, al cuádruple para los que presten por encima del

interés legal (*fenus unciarium*) y al tutor por las sustracciones realizadas en el patrimonio del pupilo.

- Los delitos de daños de bienes de terceros que más tarde en el siglo III a.C. serían básicamente englobados por la *lex Aquilia de damno* dentro del concepto del delito de “daño injustamente causado” (*damnum iniuria datum*) como son la tala de árboles en una finca ajena que se castigaba con una multa de 25 ases por árbol, la introducción abusiva, pero no clandestina ni de noche, en cuyo caso constituía el crimen antes visto, de ganado para pastar y los daños causados por cuadrúpedos domésticos sin culpa de su dueño.

5.3.4 Provocatio ad populum.

Para limitar el poder, ilimitado de la *coercitio*, es decir de represión penal y de orden público de los magistrados romanos *cum imperium* y de los tribunos de la plebe, se estableció como garantía, subordinar la imposición de las penas más graves, ante todo la muerte, al juicio del pueblo reunido en asamblea. Este es el origen de la *provocatio ad populum*, pilar fundamental, junto a los *tribunii plebis*, de la constitución republicana, en virtud del cual, el ciudadano perseguido en vía coercitiva por el magistrado con *imperium* podía evitar la muerte y la flagelación, que de ordinario precedía a la pena capital, solicitando un proceso ante los *comitia*.

El reconocimiento definitivo a tal institución los historiadores lo ubican en la *Lex Valeria*, 300 a.C.

En la lucha entre patricios y plebeyos, para garantizar que éstos últimos siempre pudieran acceder a este proceso ante los comicios, puesto que cuando los solicitaban los patricios, el magistrado siempre accedía a la *provocatio*, acudían al *auxilium tribunii plebis*.

En conclusión: como remedio al ejercicio arbitrario de la potestad punitiva de los magistrados, quedaba el recurso al pueblo.^{vi}

En cuanto a su naturaleza jurídica y efectos de la *provocatio ad populum*, si bien algunos autores como TEODORO MOMMSEN^{vii} opinan que es una auténtica apelación y el juicio popular como un juicio de segunda instancia, otros opinan que se trata de un acto de oposición a la *coercitio* del magistrado acompañado de una petición

de juicio ante los comicios, proceso de primera y única instancia.^{viii} ; KUNKEL señalan que la *provocatio ad populum* debe ubicarse en un ámbito político como un derecho conquistado por la mayoría plebeya frente a la represión ejercida por los magistrados patricios por delitos de tipo político atribuidos a ciudadanos plebeyos^{ix}.

El magistrado republicano no tiene la facultad de juzgar, sino la de proceder coactivamente sin juicio contra quien contravenía sus órdenes o impedía el ejercicio de sus funciones.

Pero, en cualquier caso se puede admitir que la *provocatio ad populum* requiere de una condena previa de un magistrado y nace como un llamamiento, una apelación a la asamblea del pueblo romano que, debía reunirse bajo la forma de los comicios centuriados (*maximum comitatum*) al menos cuando se tratase de la imposición de una pena capital.

Estos procesos populares se celebraban ante los *comitia curiata*, o asambleas en las que la población patricia se agrupaba en curias,^x reservándose la celebración ante los *comitia centuriata*, división del pueblo en 193 centurias en las que su pertenencia se determinaba por su capacidad económica,^{xi} para las penas capitales y los *comitia tributa*, o asambleas por tribus, para las penas menos graves.^{xii}

El único supuesto excluido de la participación de los *comitia* eran los casos de *perduellio* flagrante. El cónsul nombraba, caso por caso, a los *duumviri perdellionis*, dos comisarios especiales con la función de declarar la responsabilidad del reo y ejecutarlo, sin juicio, inmediatamente.

5.3.5 El procedimiento de iudicium populi.

El magistrado que había realizado la correspondiente investigación y condena publicaba un edicto en el que se hacía constar el nombre del acusado, el crimen que se le imputa y el día y hora de reunión de la Asamblea.

El *iudicium populi* o procedimiento comicial tenía lugar a lo largo de dos fases:

- La primera era la *anquisitio* que tenía un carácter claramente inquisitivo desarrollándose a través de tres sesiones que debían tener al menos un día de separación entre ellas y en las que el magistrado exponía la condena, el acusado podía defenderse por medio de abogados, y podían presentarse testigos tanto de la acusación como de la defensa.
- La segunda comenzaba al final de la tercera reunión, si el pueblo ratificaba una vez más la condena, el magistrado convocaba de nuevo al pueblo para que votase definitivamente si condena a muerte al imputado o si, por el contrario, vota la absolución del acusado, y esto último aún cuando constase objetivamente su culpabilidad, lo que equivalía a un derecho de amnistía, siendo dicha decisión inapelable, si bien, en todo caso, el magistrado podía proponer -como normalmente sucedía- al condenado la sustitución de la pena de muerte por la de exilio de Roma lo que llevaba consigo la declaración de *interdictio aquae et igni* (prohibición de proporcionarle agua y fuego) con pérdida de la ciudadanía romana, confiscación de sus bienes y prohibición de regresar al territorio romano que, no olvidemos, a mediados de la República comprendía todavía solo parte de la península italiana.
- Solo el pueblo romano podía condenar a muerte.

No obstante, con el paso del tiempo el procedimiento comicial entrará en crisis tanto por los problemas técnicos derivados de la necesidad de reunir a una masa cada vez más amplia de ciudadanos romanos diseminados por territorios cada vez más extensos como, sobre todo, por la crisis política y social de finales del República que dio lugar a verdaderas guerras civiles y en cuyo marco el procedimiento comicial se devaluó y se vino a convertir en una realidad de la que ciertamente nunca estuvo del todo exento: la de convertirse en un instrumento político utilizado por demagogos de uno u otro signo con independencia de las funciones primarias de

castigo y orden público que han de estar presentes -aunque no exclusivamente- en todo sistema penal. De ahí que desde el siglo II a.C. el Senado interviniese cada vez más en la represión de crímenes de especial gravedad o de trascendencia política o el mismo Senado (dominado políticamente por los conservadores) propiciase la creación de tribunales extraordinarios integrados por magistrados (cónsules, pretores) y senadores como ocurrió con los tribunales senatorio consulares -así sucedió, por ejemplo, respecto de la represión penal de los Bacanales en el 186 a.C.- o que por ley o plebiscito se creasen tribunales (*quaestiones*) extraordinarios para conocer de un determinado crimen y que, en definitiva, se hiciese necesario el establecimiento de un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal que se implanta en el último siglo de una República romana ya agónica

Los *iudicia populi*, que conllevaba un procedimiento farragoso e incompleto para la represión de los delitos, dan paso a la constitución de tribunales de justicia, en un principio caso por caso y en una fase posterior de manera permanente, *quaestiones perpetuae*, constituidos por ley y presididos por un magistrado. Su finalidad inicial fue la de limitar el proceso ante los comicios, para en un momento posterior absorber tales procesos y convertirse finalmente en el órgano ordinario de enjuiciamiento criminal en la última época de la República y principios del Imperio.

5.3.6 *Quaestiones perpetuae*.

Su origen hay que buscarlo en las *quaestiones repetundarum*, es decir, las apropiaciones ilícitas y extorsiones realizadas por los magistrados romanos en perjuicio de los pueblos aliados o sometidos a Roma.^{xiii}

Las *quaestiones repetundarum*, sirvió de modelo a otros tribunales colegiados, que fueron creados posteriormente para la represión de otros crímenes, tanto políticos como comunes y su consolidación y generalización fue obra de Sila, quien, dentro de su programa de restauración oligárquica, promovió una serie de disposiciones orientadas a la reconquista del monopolio de los tribunales y a su

potenciación de carácter permanente, en detrimento de las asambleas populares.

El nuevo sistema de las *quaestiones perpetuae* o tribunales - *quaestio*, de investigar, inquirir- permanentes se trata de tribunales presididos por magistrados o ex magistrados e integrados por un colegio de jueces elegidos de listas formadas por miembros de la clase senatorial (aristocracia romana) o, en su caso, del orden ecuestre (ciudadanos que sin llegar a pertenecer al orden senatorial poseían unos méritos y un patrimonio que los hacían merecederos de pertenecer a esta clase privilegiada). Cada uno de estos tribunales fue creado por una ley aprobada al efecto en los comicios para conocer de modo permanente de un crimen diferente estableciéndose también en cada una de las leyes de creación de la respectiva *quaestio* su composición y funcionamiento como -lo que es más importante desde el punto de vista de las garantías de los ciudadanos- las penas que podían imponerse por cada uno de estos tribunales en caso de que tuviese lugar una sentencia condenatoria.

A continuación nos referimos a las diversas *quaestiones perpetuae* que se fueron creando y que quedan articuladas según la definitiva sistematización dada por la *lex Iulia iudiciorum publicorum* de Augusto -paralela a la *lex Iulia iudiciorum privatorum* -, aprobada en el 17 a.C. así, aparte de lo dicho respecto de las *quaestiones repetundarum*, para el *crimen repetundarum* tenemos los siguientes *crimina publica* tipificados expresamente por ley:

- *Crimen homicidii*: homicidio o asesinato a un hombre libre y que comprendía el homicidio doloso, la tenencia de armas para matar o robar, el incendio doloso, la fabricación suministro o venta de sustancias venenosas, y el homicidio doloso a los parientes más próximos.

- *Crimen ambitus*: se refiere a las presiones ilícitas y aún a la compra de votos realizadas en el seno de las votaciones en las asambleas populares cuando desempeñaban la función de comicios electorales.

- *Crimen maiestatis*: consistía en el abuso de los poderes que constitucionalmente tenían asignados cada magistrado y, por tanto, en la violación por su parte de la *maiestas populi romani*.

- *Crimen peculatus*: que consistía en la apropiación indebida de dinero o bienes públicos o de los templos (*pecunia sacra, religiosa o publica*) por parte de los magistrados o funcionarios encargados de su administración. También se comprendía las alteraciones de moneda de curso legal.

- *Crimen vis*: distingue entre *vis publica* y *vis privata*. La primera comprendía actos dirigidos a impedir o dificultar el libre desenvolvimiento de órganos públicos como es el Senado o las Asambleas Populares, así como el asesinato o lesiones físicas contra los ciudadanos que hubiesen hecho uso de la *provocatio ad populum*, o la imposición arbitraria de tributos, etc. Por otro lado, la *vis privata* se refiere sobre todo a la acción violenta de bandas armadas que atacaban a ciudadanos para intimidarlos fundamentalmente por motivos políticos o de lucha social y se comprendían supuestos concretos como ocupación de inmuebles a mano armada, rapiña con ocasión de calamidades públicas, sometimiento a tortura a esclavos ajenos, etc...

- *Crimen falsi*. El falso testimonio cometido por alguien en el curso de un proceso o en negocios.

- *Crimen calumniae*: se refiere a la acusación falsa contra alguien realizada ante una *quaestio* declarando que el denunciado ha cometido un crimen.

- *Crimen plagii*: Consiste en el secuestro y retención ilícita de un hombre libre ciudadano romano o peregrino y su sometimiento de hecho a esclavitud así como también el secuestro del esclavo de otro. Dicho crimen sería tipificado por una *lex Fabia de plagiariis* de fecha incierta (209 o 183 a.C., o, según *Mommsen*, de principios del I a.C.) y se imponía al efecto la pena de una multa de 50.000 sestercios en favor del *Populus Romanus*.

- *Crimen iniuriis*: supuestos graves de lesiones físicas realizadas a un hombre libre (*iniuria atrox*) tales como flagelaciones (*verberatio*), o palizas (*verberatio*) así como también la violación de domicilio. Por tanto, en materia de lesiones físicas y morales existirá la doble vía procesal de acudir o bien al proceso privado por el *delictum* de *iniuria* que da lugar a una pena pecuniaria estimada por el juez

según criterios de justicia y equidad y que tiene una naturaleza más indemnizatoria que propiamente penal, y por otro lado, la vía criminal a través de la *quaestio* correspondiente en cuyo caso la pena sería la de una multa de naturaleza genuinamente penal.

- *Crimen adulterii*: que se castigaba la unión sexual tanto con mujer casada (adulterio en sentido estricto) como con mujer no casada de condición honesta (*stuprum*) como también el hecho de favorecer la explotación lucrativa de tales actividades (*lenocinium*).

- *Crimen annonae*: para reprimir el acaparamiento y especulación llevada a cabo con el propósito de incrementar artificialmente el precio del grano de trigo.

En los últimos años de la República funcionaban en Roma nueve tribunales permanentes, de los que cinco se encargaban de juzgar delitos políticos (*maiestas*, *repetundae*, *ambitus*, *peculatus*, *vis*) y cuatro de delitos comunes (homicidio, parricidio, falsedad, injurias graves).

5.3.7 El proceso en las *quaestiones perpetuae*.

Este proceso tenía naturaleza acusatoria y era promovido por cualquier ciudadano privado como representante del interés público (quasimagistrado), siendo la función del magistrado el reconocimiento de la legitimación para acusar que solicitaba el demandante (*postulatio*) y si se cumplen los requisitos exigidos por la ley tiene lugar la presentación formal de la acusación (*nominis delatio*) y la aceptación de la misma por parte del magistrado (*nominis receptio*). El debate se divide en dos fases (*actio prima et secunda*) con un día entre una y otra. Este tiene lugar con las *orationes* del acusador y del acusado (o de sus patronos) y el examen de los testimonios a favor y en contra. Concluido el debate el tribunal (constituido por ciudadanos privados) dicta sentencia en la que se limita a establecer la culpabilidad o inocencia del acusado sobre el hecho criminal. El magistrado no tiene derecho a voto, recoge las decisiones de los jueces y declara el resultado final. La pena viene determinada por la ley constitutiva de la *quaestio* y no

puede ser modificada por los jueces en función de la gravedad del delito.

Contra dicha sentencia no cabía apelación a una instancia superior en cuanto se consideraba que había emanado de un jurado de ciudadanos representantes del pueblo romano.

Por último, podía suceder que después del procedimiento principal tuviese lugar un procedimiento accesorio para fijar la cuantía de una posible indemnización a cargo del condenado (*litis aestimatio*).

El ejercicio doloso de la acusación infundada es considerado delito y es llamado ante la misma *quaestio* competente para el delito sobre el que versó la acusación formulada.

Las *quaestiones perpetuae* tenían su ámbito de aplicación sólo para los ciudadanos romanos y en la ciudad de Roma, en un radio de mil pasos. En las provincias, los procesos son juzgados por un gobernador asistido de un consejo, *consilium*, de ciudadanos romanos residentes, elegidos libremente y según su rango y posición social, convirtiéndose más tarde este órgano meramente consultivo en un colegio de jueces investido de la capacidad de decidir sobre la culpabilidad e inocencia del imputado de modo análogo a las *quaestiones*. Pero la adopción de este procedimiento es voluntaria para el gobernador, no una condición para la validez del juicio. El gobernador es libre de convocar al tribunal y, al menos en los delitos políticos, ejercitaba personalmente la represión, de modo similar al magistrado la *coercitio*, salvo para los ciudadanos romanos que debían ser enjuiciados por la *quaestio* competente en Roma.

El sistema de las *quaestiones perpetuae* encontró sistematización definitiva y orgánica (regulando la capacidad para juzgar, las dispensas del oficio de juez, el número de patronos intervinientes, las limitaciones del derecho de acusación, personas obligadas a prestar testimonio, etc.) en la *lex Julia iudicorum publicorum*, casi al mismo tiempo que la *lex Julia iudicorum privatorum*, que reordenó el proceso privado, en época de Augusto sobre el año 17 a.C.

El procedimiento de las *quaestiones* coexistió dentro de la propia ciudad de Roma con el poder de *coercitio* o represión penal de diversos magistrados ejercido muchas veces discrecionalmente

respecto de personas de humilde condición, y, por otro lado, coexistió muy pronto con la aparición de jurisdicciones especiales de magistrados o funcionarios imperiales nombrados “*ad hoc*” por los emperadores lo que dará lugar a la articulación de la denominada *cognitio extra ordinem*.

5.4 Imperio.

Si bien a lo largo del principio de este período se incrementa el número de hechos criminales perseguibles a través de las *quaestiones*, concurren con la aparición de un nuevo procedimiento más acorde con el orden político de esta época. Las causas de el progresivo cambio de un procedimiento a otro se aprecian:

- La función de juzgar estaba atribuida a ciudadanos privados y siendo la lista tan amplia no existía posibilidad alguna de interferencia por el poder central.

- Desde el punto de vista técnico tenían innumerables objeciones; cada *quaestio* estaba prevista para un delito concreto, por lo que no se podía ampliar su conocimiento a otros delitos, el concurso de otras personas, ni existía posibilidad de graduar las penas.

- Por otro lado este procedimiento sólo estaba previsto para ciudadanos romanos y en Roma.

- El inicio de la acusación se encomendaba a un particular, no existía persecución de oficio ni obligatoriedad en la acusación.

Esto dio lugar a la aparición de un nuevo procedimiento, en el que el poder imperial asume una función decisiva en la esfera de la represión. En este nuevo procedimiento desaparece la participación de los jurados y cualquier asunto penal es de la competencia el emperador y un delegado suyo asume las funciones de instruir y dictar sentencia.

Tal procedimiento se designa como *cognitio extra ordinem*, por que se desarrolla al margen del sistema procesal y criminal del *ordo iudicorum*.

5.4.1 Cognitione extra ordinem.

Este procedimiento *extra ordinem*, comienza a perfilarse con la creación por Augusto de dos nuevos tribunales, uno constituido por el emperador y su *consilium* y otro por el senado bajo la presidencia de los cónsules.

En este nuevo procedimiento el emperador tiene el absoluto poder de la jurisdicción, puede avocar, es decir, reclamar el conocimiento de cualquier hecho delictivo, incluso el incluido en una *quaestio* concreta, sustrayendo el conocimiento de este hecho al juez ordinario, tiene el poder de conocer en apelación todas las sentencias pronunciadas tanto dentro como fuera de Italia por magistrados y funcionarios subordinados a él (*appellatio ad Caesarem*) y ejerce su poder de jurisdicción delegando de modo general y permanente a funcionarios suyos (en Roma e Italia los cuatro *praefecti: urbi, praetorio, annonae* y *vigilium*, y para las provincias, los *legati augusti* y los *procuratores*) y también especiales (*judices dati*) para el caso concreto de que se trate.

Correspondía a los *praefecti urbi* el conocimiento de todo crimen cometido en Roma y en un radio de 100 millas de la ciudad con lo que pasaron a suplantar a las *quaestiones perpetuae*.

Los *praefecti praetorio* tenían la misma jurisdicción en el resto de Italia y además, a partir del siglo III d.C., funcionaron como órganos de apelación por delegación del emperador frente a las sentencias dictadas en provincias por los gobernadores provinciales u otros tribunales penales.

Los *praefecti annonae* tienen jurisdicción respecto de los acaparadores o especuladores de trigo.

Los *praefecti vigilium* la tienen en materia de incendios dolosos y otros delitos graves de especial trascendencia para el orden público.

Con la delegación de la competencia de la jurisdicción a los gobernadores de las provincias, a los que también se les otorgó competencias en cuanto a la pena capital, el *ius gladii*, desapareció para los ciudadanos romanos la garantía de la *provocatio ad populum*.

Por último, y frente al procedimiento ordinario de las *quaestiones perpetuae*, los príncipes también otorgaron al Senado durante los siglos I al III d.C. una jurisdicción extraordinaria para conocer de determinados crímenes de singular trascendencia pública como son el *crimen maiestatis* y el *crime nrepetundarum* aunque en rigor dicho órgano político podía conocer de todos los crímenes y en especial “*ratione personae*” de los cometidos por senadores y miembros en general del orden senatorial.

5.4.2 El procedimiento judicial en la *Cognitio extra ordinem*.

El procedimiento *extra ordinem*, que terminó con la desaparición del principio republicano del proceso promovible por el *quibus de populo*, tenía las siguientes características:

- Tenía un marcado carácter inquisitorio. El proceso se promovía de oficio y no era necesario una acusación formal. Los denunciadores, *delatores*, eran simples informadores, no acusadores. Sólo en los antiguos crímenes recogidos en las *leges iudicorum publicorum*, estaba prevista la acusación pública.

- Se limita la facultad de acusar a quien tenga un interés personal en el castigo del culpable, estableciendo determinadas ventajas procesales para el perjudicado y su familia y extendiendo tal posibilidad a otras personas antes excluidas, mujeres, niños.

- Se dificulta el ejercicio de la acusación pública, ampliando los términos del delito de calumnia, persiguiendo el posible acuerdo entre acusador y acusado, legitimando su ejercicio con carácter exclusivo a determinadas personas, excluyendo a otras en virtud de sus relaciones personales entre acusador y acusado.

- Se establecen casos de acusación obligatoria.

- Se establece un procedimiento general que se organiza en su vía penal, *criminaliter agere*, paralelo a la vía civil, *civiliter agere*, conforme a la división del Imperio en provincias regidas por gobernadores provinciales que se agrupan en diócesis gobernadas por vicarios, y éstas a su vez en prefecturas al mando de prefectos. Los gobernadores serán los jueces ordinarios de la primera instancia si bien no podían imponer pena de muerte ni confiscar todo el

patrimonio del reo sin consentimiento del emperador. Contra la sentencia del gobernador cabía recurso de apelación al vicario o al prefecto.

- En cuanto al procedimiento judicial en sí éste tiene lugar, como ya se vió, de oficio aunque medie una delación o acusación particular y se desarrolla todo él ante el magistrado con arreglo al principio inquisitivo. Se pierde publicidad y el proceso tenía lugar en gran medida en los *secretaria*, es decir, despachos de los magistrados.

5.4.3 Nuevas Penas.

A diferencia del proceso de las *quaestiones*, en las que la pena era fija, en este nuevo procedimiento se reconoce al juzgador una amplia discrecionalidad para determinar la pena, según las circunstancias objetivas del delito y subjetivas del autor.

Las penas fijadas en el *ordo iudicorum*, se ven sustituidas por otras de mayor gravedad, reapareciendo la pena de muerte para los ciudadanos romanos, que casi desapareció en la República sustituida por la del exilio, *aqua et igni interdictio*. Ejemplos de estas penas son: dentro de la aplicación de la pena de muerte cabían ahora diferentes tipos de ejecución que eran entendidas como modalidades de penas distintas aplicables según las circunstancias del caso: la crucifixión (*damnatio in crucem*), la decapitación, la exposición a las bestias (*damnatio ad bestias*), la hoguera (*vivi crematio*) impuestas sobre todo a personas “*humiliores*”.

Otras penas implicaban la reducción a la esclavitud con pérdida consiguiente de la ciudadanía romana como la condena a trabajos forzados en minas (*damnatio in metallum*), la prestación forzosa de servicios en la explotación de minas (*in opus metalli*), la ejecución de trabajos accesorios o menos duros en las minas (*in ministerium metallicorum*), o la ejecución forzosa de obras públicas (*damnatio in opus publicum*). También la condena a luchar como gladiadores (*damnatio in ludum gladiatorum*) o contra las fieras en el circo (*damnatio in ludum venatorium*).

Una pena más propia de los ciudadanos "*honestiores*" era la *deportatio* o deportación perpetua a una isla o a un oasis del desierto con la consiguiente confiscación de todo el patrimonio y pérdida de la ciudadanía romana, y la *relegatio*, parecida a la anterior pero normalmente temporal y que no conllevaba ni la confiscación de los bienes ni la pérdida de la ciudadanía romana.

También existían penas corporales como el apaleamiento y la flagelación y, por otro lado, la pena de la confiscación total o parcial de los bienes (*ademptio bonorum*) que normalmente acompaña a las penas graves así como, por último, la imposición de multas. En cambio la pena de cárcel tenía solo un carácter provisional o preventivo en tanto se condenase o se ejecutase al reo.

Por otra parte, el hecho de que el proceso se encomendase a un magistrado conocedor del Derecho que presidía toda la causa correspondiéndole también dictar sentencia permitió que se ampliasen en gran medida tanto las penas aplicables para los diferentes crímenes y, sobre todo, que se arbitrara en las constituciones imperiales un sistema penal que atribuía al juez-magistrado público una gran discrecionalidad en la determinación de la pena aplicable al caso concreto en función de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, pero también, en función del status social del acusado ya que si pertenecía a las clases sociales acomodadas (*honestiores*) se le solía imponer por el mismo delito una pena inferior que si pertenecía a las clases inferiores (*humiliores*) y, por su puesto, si era esclavo, lo que nos está poniendo de manifiesto una verdadera decadencia del espíritu jurídico romano que va en paralelo con la consolidación del absolutismo imperial desde la gran crisis política y social del siglo III d.C..

No obstante, la discrecionalidad de los jueces-magistrados no puede entenderse como pura arbitrariedad sino que se daba dentro de los límites -muy amplios- marcados por las propias constituciones imperiales.

La indulgencia (*gratia*) para con el condenado quedaba reservada al emperador.

La prisión no es una pena, sino una medida preventiva destinada a custodiar al acusado.

5.4.4 Nuevos delitos.

Determinados crímenes evolucionan y lo que antes era un ataque al estado romano ahora se ven como un ataque al emperador.

Dentro de los crímenes ya contemplados en las *quaestiones* se añaden nuevos delitos de persecución pública:

Dentro del *crimen maiestatis* se incluyen supuestos como la ofensa a la estatua del emperador, el uso de prácticas mágicas para conocer el futuro, o el negarse a rendir culto al espíritu del emperador.

Se amplía el ámbito del *crimen repetundarum* para comprender los abusos cometidos por cualquier magistrado o funcionario y se tipifica específicamente el *crimen concussionis* como desarrollo del anterior que sanciona al magistrado o funcionario que extorsiona a un ciudadano exigiéndole una suma de dinero para, a cambio, realizar o no una determinada actividad administrativa a la que está por lo demás obligado.

El *crimen repetundarum* pasa a ser perseguido por una doble vía penal y civil ya que mientras que la antigua pena de multa por el doble de la cantidad extorsionada cede paso a penas de carácter aflictivo más graves como la *deportatio*, al mismo tiempo, se arbitra dentro de la vía civil un proceso dirigido a la restitución de lo indebidamente obtenido.

En el crimen de homicidio se incluye ahora también la muerte intencionada de un esclavo, la exposición a terceros o el homicidio de los recién nacidos por su padre alegando la imposibilidad de mantenerlos, el homicidio preterintencional, el culposo, la circuncisión a no pertenecientes a la religión judía, el proporcionar a alguien sustancias afrodisíacas que luego resultan letales, o sustancias abortivas, o la corrupción al juez de lo criminal para que dicte una sentencia de muerte.

Respecto del *crimen ambitus*, una vez perdida la significación que tuvo originariamente dicho crimen, se incluye ahora el soborno para la obtención de un cargo en la administración o la corrupción por una de las partes de un juez de lo criminal.

También se amplían los supuestos del *crimen falsi* a la redacción de documentos falsos y a su uso, a la simulación de parto, a la asunción de un nombre falso, a la divulgación por el depositario de documentos del depositante.

En el caso del *crimen vis* se incluyen dentro de la *vis privata* el uso de la fuerza para obligar al deudor a cumplir una obligación y el supuesto de apoderamiento de bienes del deudor.

En el campo del delito de injurias los casos más graves (*iniuria atrox*) que ya fueron incluidos dentro de las *quaestiones perpetuae* son ahora objeto también de penas corporales como la flagelación, *deportatio*, *opus in metallum* o, incluso, la muerte.

Se añaden nuevos delitos:

- El *stellionatus*, de contornos imprecisos, que engloba supuestos de dolo castigables por la vía criminal como el dar en prenda una cosa de otro, o el hipotecar por segunda vez una casa ya hipotecada sin avisar de esta circunstancia al segundo acreedor hipotecario, o el sustituir fraudulentamente la mercancía vendida.
- Favorecer a bandidos o la corrupción de menores que, concretamente, se castigaba con la *damnatio in metallum*, la *relegatio in insulam* o el exilio.
- El *crimen expilatae hereditatis* que permite el castigo público *extra ordinem* por la apropiación de bienes pertenecientes a una herencia yacente o respecto de la que el heredero que la ha aceptado no ha tomado todavía posesión de los bienes de la misma.

Delitos, que antes eran competencia de la acción penal privada, pasan ahora a ser figuras de represión pública, entre ellos, dentro del delito del *furtum*, los ladrones de ganado (*abigei*, *abactores*), a

los ladrones que operan en los baños públicos (*fures balneari*), a los carteristas (*sacculari*), a los ladrones que se introducen en las casas (*derectarii*); a los ladrones que rompen las cerraduras (*effractores*), a los encubridores (*receptatores*), a los saqueadores (*expilatores*) y a los ladrones nocturnos (*fures nocturni*). Por otro lado, respecto del delito de *iniuria* se castigan especialmente la difusión de libelos difamatorios, el ultraje al pudor de una mujer de vida honesta o al de jóvenes, o la injuria a magistrados o senadores.^{xiv}

6. TRÁNSITO DEL PRINCIPIO ACUSATORIO AL INQUISITIVO EN EL PROCESO PENAL ROMANO.-

6.1 Época arcaica y durante la Monarquía.- Cabe apreciar:

- Distinción entre el derecho penal público del privado; el primero estaba reservado al pater familias en razón al amplio concepto de patria potestad y el segundo al cognitio que se hacía ante un magistrado con un trámite previo ante él.
- La sentencia podía ser objeto de apelación ante los comicios centuriados.
- En el derecho penal público, el juez actuaba de oficio y con amplios poderes, representando a la comunidad sin que estuviera reglamentado el procedimiento.
- La acción penal corresponde al perjudicado. No existe acusación pública, ni tampoco continuación de oficio del proceso.

6.2 República.- Podemos señalar:

- El juicio era presidido por un pretor (magistratura investida de imperium), de la ciudad o peregrino.
- Intervénían en el plenario un jurado presidido por un magistrado.
- El procedimiento era acusatorio.
- Las partes podían defenderse solas o por medio de advocatus.
- El jurado votaba absolviendo, condenando o en blanco.
- El magistrado, que podía discrepar del veredicto y no dictar sentencia conforme al mismo, imponía la pena definida para cada delito y procedimiento (quaestion) , la cual no podía ser moderada.

- Aparecen las primeras garantías para el acusado como las de ser oído, la contradicción en el plenario, la oralidad del mismo, la publicidad y la posibilidad de ser defendido por terceras personas.

- Las sentencias eran orales.

- El ejercicio de la acción penal además de al perjudicado corresponde a cualquier ciudadano romano, considerándola como un honor; asume una posición de quasimagistrado, en defensa de los intereses de la República, lo que demuestra la concepción y asunción de responsabilidad de los ciudadanos romanos en el cumplimiento del derecho.

6.3 Imperio.-Presenta las siguientes características:

- El procedimiento pasa a ser inquisitivo y secreto.
- Se podía aplicar el tormento al acusado.
- Los poderes del juez eran cada vez mayores e invadieron los del acusador privado y aún de los testigos.
- La facultad de cualquier ciudadano romano de ejercitar la acción penal en defensa del derecho se elimina restringiéndose a los perjudicados por el delito.
- El magistrado, investiga, instruye, aunque utiliza a sus auxiliares para tal función, y juzga.
- El magistrado puede moderar la pena.
- El ejercicio de la acción penal, es una muestra más del poder del *princeps*.

7. CONCLUSIÓN.-

En el derecho penal romano podría afirmarse que, en cada una de las épocas, existen diversas instituciones con funciones similares al Ministerio Fiscal actual en relación al ejercicio de la acción penal, pero con diferencias claras en cuanto a su articulación y ejercicio, observándose que los períodos de mayor garantía del principio acusatorio coinciden con los de etapas de política más democrática y participativa en la administración de justicia –la república-, constatándose, por contra, la presencia del principio inquisitivo en

las de preponderancia del poder político sobre y distanciado de la ciudadanía. Y así:

1-Época de la monarquía.- Los *quaestores parricidi* y los *duumviri perduellionis* Para el castigo del *parricidium* y el *perduellio* el Rey se auxiliaba de los *quaestores parricidi*, que tenían como función comprobar si el homicidio se produjo o no dolosamente y vigilar la venganza del pueblo y los *duumviri perduellionis*, una especie de tribunal extraordinario al que se confiaba la función de declarar la responsabilidad y proceder a la inmediata ejecución del reo de *perduellio* sorprendido *in fraganti*.

2- Etapa republicana.- El sistema de las *quaestiones perpetuae* o tribunales *-quaestio*, de investigar, inquirir- permanentes presenta características que nos aproximan un tanto hacia la aplicación de los principios de legalidad y de seguridad jurídica que debe presidir todo Derecho Penal moderno. Cada una de las leyes de creación de la respectiva *quaestio* establecía su composición y funcionamiento y -lo que es más importante desde el punto de vista de las garantías de los ciudadanos- las penas que podían imponerse por cada uno de estos tribunales en caso de que tuviese lugar una sentencia condenatoria.

Se mantiene la separación entre delitos público y privados.

Este proceso presenta naturaleza acusatoria y podía ser promovido por cualquier ciudadano privado como representante del interés público (quasimagistrado).

No había acusación de oficio ni ninguna magistratura encargada de la investigación y persecución de los delitos públicos.

3- Imperio.- En su período final, los *questores*, *curiosi*, *estacionari* o los *irenarcas* tenían la misión de perseguir los hechos punibles, recogiendo las pruebas y practicando diligencias, y que tenían en el Prefecto del Pretorio a su superior jerárquico el cual poseía la facultad de administrar justicia, figura que algunos autores han afirmado como precedentes del instituto del fiscal, que pueden ser considerados auxiliares del magistrado (*prefecto*), encargado de administrar justicia, que asume las funciones de investigación, instrucción (preparar el juicio oral recogiendo los elementos probatorios y determinado el culpable) y juzgar, funciones propias del principio inquisitivo.

Hemos pretendido constatar los atisbos y vestigios del Ministerio Fiscal, institución del derecho moderno, en el derecho penal romano, analizado para ello:

- El procedimiento de la *coercitio* del magistrado, procedimiento, que se podría calificar de administrativo, dentro de las competencias de seguridad y policía del Estado.
- La *provocatio ad populum*, en la que el magistrado que ha dictado sentencia somete su decisión al tribunal de los ciudadanos, *comitia*, figura que difiere notablemente de la actuación del Ministerio Fiscal, se podría considerar tal actuación del magistrado como un abogado del estado que defiende la imposición de una sanción, en el régimen administrativo actual, ante un órgano judicial de carácter revisor, en el derecho romano de constitución popular y en el derecho administrativo actual de constitución técnica, pero sin llegar a ser tal *provocatio ad populum* un auténtico juicio, sino como afirma Mommsen, una apelación de lo decidido por el magistrado, en este proceso el principio inspirador, sobre todo en lo que se podría llamar la instrucción efectuado por el magistrado, es el inquisitivo.
- Las *quaestiones perpetuae*, en las que asume la función de acusar un ciudadano, limitándose el magistrado, un juez entre las partes, asistido de un tribunal de jueces que ha resuelto sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, a imponer, en su caso, la pena que cada ley que instituye la *quaestio* prevé, esta fase es la auténtica consagración del principio acusatorio puro.
- Y, finalmente, el procedimiento de *cognitio extraordinem*, en el que el poder del *princeps* es absoluto, se administra justicia en su nombre y a través de sus delegados, *prefectos*, que utilizan auxiliares, *cuestores*, *irenarcas*, *curiosi*; proceso en el que el magistrado es instructor y parte, con clara manifestación del principio inquisitivo.

El *princeps* asume la responsabilidad del mantenimiento de la paz, la seguridad pública, y encomienda, no a particulares, como en la república, el ejercicio de la acción penal, sino que tal función es asumida por el estado como una facultad de castigar,

ius puniendi, a través de los magistrados, acumulando ambas funciones acusar y juzgar.

La aportación más destacada durante la república fue la introducción de un proceso de participación popular, *iudicium populi*, administrándose justicia por un tribunal de jurado presidido por un magistrado, institución que consideramos el origen de nuestro actual tribunal de jurado puro, además de constituir la consagración del principio acusatorio.

Sólo cuando el *princeps*, en la época del imperio, estima insuficiente para el mantenimiento de la seguridad encomendar el ejercicio de la acusación a los ciudadanos romanos que la entendían como un honor, y asume como responsabilidad propia del estado no sólo juzgar, sino administrar justicia en la que se comprende juzgar las controversias entre particulares y también la defensa de la seguridad castigando los delitos, es cuando surgen instituciones depositarias del *ius puniendi* y el único rasgo común con el Ministerio Fiscal actual, es el ejercicio de la acusación, que en esta época, se residenciaba además en el mismo magistrado que juzgaba.

La configuración actual en la C.E. de 1978 del Ministerio Fiscal, es mucho más amplia y compleja que el ejercicio de la acusación ante los tribunales, configurándose como una institución dentro del Poder Judicial, integrada con autonomía funcional y orgánica, dotada de su propio estatuto, cuya función encomendada constitucionalmente – art. 124 C.E.- bajo los principios de unidad de actuación y dependencia orgánica, es *promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*.

Al juez, por el contrario, la C.E. le encomienda –art. 117- la administración de la justicia emanada del Pueblo, ejerciendo con exclusividad la potestad jurisdiccional, que se concreta en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero con sometimiento únicamente al imperio de la ley, y con sacrosanta independencia en el ejercicio de esa defensa y garantía de cualquier derecho.

Este es el marco competencial -diseñado constitucionalmente- correspondiente al fiscal y al juez: acusar y juzgar, diferenciándose con total nitidez cada función.

Si bien es cierto que las recientes reformas procesales penales progresivamente han otorgado amplias, nuevas y mayores facultades y poderes al fiscal en la instrucción, no lo es menos que, en el fondo, han mantenido y respetado esa diferenciación competencial constitucional; pues el juez, aun en sede de fase procesal de instrucción, conserva la dirección y potestad de decisión sobre la misma.

La importancia de la instrucción es tal –su fin es el descubrimiento y presentación de hechos, autoría y su grado de participación y responsabilidad- que de ella se concluye la prosecución del proceso pasando a la fase intermedia y aperturando la de juicio oral; y, además y sobre todo, decide en el fondo esos hechos, la autoría y la responsabilidad que se presentan a juicio por la parte acusadora, con lo que no cabe duda de que también en la fase instructora se esta juzgando y ejecutando lo juzgado, competencia y función constitucionalmente encomendada al juez.

No cabe duda de que, además de en el plenario ex art. 741 L.E.Crim, también en la fase instructora se ejerce la función jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado prevista en el art. 117.3 C.E., y ello junto a una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales de las partes, pues:

- Cuando el instructor dicta un auto de prisión está decretando (“podrá decretar la prisión...”, art. 502 L.E.Crim.), juzgando y ejecutando lo juzgado, y, además restringiendo un derecho fundamental, cual es la libertad del art. 17 C.E..
- Del mismo modo, cuando dicta un auto admitiendo o inadmitiendo una diligencia solicitada por las partes en base a la facultad del art. 311 L.E.Crim., está juzgando, emite un juicio de valor motivado sobre la admisión o no del medio probatorio instructor instado, y ejecuta lo acordado, tanto practicándolo como por la denegación; y en este caso está encauzando el ejercicio de un derecho fundamental o restringiéndolo cuando no suspendiendo su ejercicio; en concreto el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa del art. 24.2 C.E.
- Al dicta un auto del procesamiento, mediante el art. 384 L.E.Crim., de rango procedimental, está contrarestando y enervando siquiera indiciariamente, el derecho fundamental, de rango constitucional, a la

- presunción de inocencia del art. 24.2 C.E., y con efectos graves sobre otros derechos fundamentales en las piezas de situación y responsabilidad.
- Al concluir la instrucción mediante el auto de conclusión de sumario del art. 622 L.E.Crim, esta juzgado que ya se la practicado toda la investigación que él juzgada necesaria para el cumplimiento del art. 299 L.E.Crim., dando paso, sin perjuicio del trámite del art. 630 L.E.Crim., a la fase intermedia.

En definitiva, el juez instructor juzga hacia dónde, cómo y hasta cuándo se dirige la instrucción, canalizando y delimitando el objeto de la misma; e incidiendo y restringiendo constantemente sobre los derechos fundamentales, juzga qué material -"lo que no está en los autos no está en el mundo"- será sobre el que se delimite la cognitio mediante las calificaciones provisionales.

Como conclusión sobre la importancia de su labor, cabe apreciar que en el fondo es el juez instructor quien determina el objeto y material que va a acceder al plenario, sin perjuicio de la sacrosanta atención del art. 741 L.E.Crim.

Gráficamente: el ojo del instructor determina la mirada del decisor.

Dotar al fiscal de las más amplias facultades en la instrucción en orden a la investigación es potenciar su marco constitucional, pero otorgarle en detrimento del juez facultades y potestades de resolución –a salvo de la constitucional de acusar-, de juzgar y ejecutar lo juzgado en la instrucción penal, que también ha de observar el art. 24 CE, conlleva un grave riesgo de desplazamiento del sistema acusatorio –diseñado por la CE- al inquisitivo, así como una confusión de las funciones investigadoras del acusador (al denunciante en definitiva compete presentar las pruebas de su denuncia) con las instructoras del juez, las cuales, como todas las del mismo, son funciones jurisdiccionales en defensa de los derechos fundamentales, principalmente la tutela judicial efectiva y restantes del art. 24 CE., como precepto garantista de todos los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera, capítulo segundo del título I de la constitución, que nunca por muy usado será abusado.

Considerando que el antes expuesto marco constitucional delimitador del contenido competencial del fiscal y del juez constituye el límite de toda reforma de la LECrim., estimamos que debe evitarse toda asunción de potestades instructoras, hoy residenciadas en la judicatura, en favor del Ministerio Fiscal.

Lo anterior no obsta para encomendar al Ministerio Fiscal la exclusividad y plenitud de medios y facultades investigadoras –labor esencialmente de policía, de descubrimiento del delito y sus responsables con acopio probatorio-, que se diferencia claramente de la función instructora constitutiva del sumario –art. 299 LECrim.-, donde ese carácter de garante de los derechos que define al juez hace que la dirección y decisión en la misma deba residir exclusivamente en éste.

Así se garantizará plenamente el principio acusatorio y la igualdad de las partes ante el juez, desterrando todo temor a la necesidad de impetrar tan alta defensa como al presentar este trabajo designamos.

ⁱ Vid. FUENTESECA, PABLO: “*Lecciones de Historia del Derecho Romano*”. Ed. UAM, Madrid, 1978, pág. 1.

ⁱⁱ Noble milanés (1738-1794) impulsor del iluminismo ilustrado y la escuela clásica italiana que publica en Milán en 1764 la primera edición de “*Dei delitti e delle pene*”, si bien resulta más ordenada la segunda edición de 1765 traducida al francés por ANDRÉ MORELLET

ⁱⁱⁱ Delimitado doctrinalmente por BECCARÍA, se reconoce por primera vez en 1776 en las constituciones de los estados de Virginia y Maryland, siendo asumido por la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; y en la actualidad tiene pleno reconocimiento internacional en el art. 7 I 1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas de 4 de noviembre de 1950, art. 11. II de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, art. 15.I del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, así como en el actual Proyecto de Constitución para Europa, cuyo art. II-109 establece el principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas; y que en la C.E. tiene su plasmación en el art. 25.1. Es de destacar el proyecto de Espacio Judicial Europeo, que con el título de CORPUS JURIS que asienta el derecho penal sustantivo de la Unión Europea sobre el principio de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad de las penas.

^{iv} Vid FUENTESECA, PABLO: “*Lecciones de...*” op. cit. pág.41 y ss.

^v Cfr. SANTALUCIA, Bernardo, *Derecho penal romano*, Traducción de Javier Paricio, Madrid 1.990, pp. 27 a 48

^{vi} Cfr. SANTALUCIA, Bernardo, *Derecho penal ... op. cit.*, pp. 41 y ss.

^{vii} Cfr. MOMMSEN, Theodor, *El derecho penal romano*, Traducción Pedro Dorado, Navarra 1999, p. 173.

^{viii} Cfr. SANTALUCIA, Bernardo, *Derecho penal ..., op. cit.* p. 44 Ve la condena del magistrado como un acto administrativo de manifestación de su poder de **coercitio** y que, por tanto, se sitúa más en el ámbito del mantenimiento del orden público que en la esfera jurisdiccional, ante lo cual, se plantea que quien de verdad juzgaría en única instancia y, en su caso, condenaría al imputado de un crimen determinado sería el pueblo romano.

^{ix} KUNKEL, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, Editorial Ariel, Barcelona .

^x DAZA, Jesús, *Iniciación histórica al derecho romano*, Madrid 1.990, p. 110

^{xi} DAZA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho ..., op. cit.* pp. 110 y 111

^{xii} DAZA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho ...*, *op. cit.* p. 112

^{xiii} SANTALUCIA, Bernardo, *Derecho penal ...*, *op. cit.* p. 78

^{xiv} *Cfr.* SANTALUCIA, Bernardo, *Derecho penal ...*, *op. cit.* pp. 99 a 123