

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 6 ~ AÑO 2008

Separata



MINISTERIO FISCAL: DIACRONÍA DE UNA VINCULACIÓN POLÍTICA

JESÚS PÓRFILO TRILLO NAVARRO



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

© Jesús Pórfilo Trillo Navarro

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

Saberes, vol. 6, 2008

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.

MINISTERIO FISCAL: DIACRONÍA DE UNA VINCULACIÓN POLÍTICA

JESÚS PÓRFILO TRILLO NAVARRO

ÍNDICE

I- PLANTEAMIENTO

II- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

- 1- PLANTEAMIENTO
- 2- DENOMINACIÓN
 - 2.1- Etimología
 - 2.2- Denominaciones del Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado
 - 2.3- España
- 3- ANTECEDENTES REMOTOS DEL MINISTERIO FISCAL
 - 3.1- Egipto
 - 3.2- Grecia
 - 4- Roma.
 - 4.1- Época Arcaica
 - 4.2- Monarquía
 - 4.3- República
 - 4.3.1- Las XII Tablas. *Lex Duodecim Tabularum*
 - 4.3.1.1- Influjos griegos
 - 4.3.1.2- Contenido jurídico fundamental
 - 4.3.2- *Provocatio ad populum*
 - 4.3.3- El procedimiento de *iudicium populi*
 - 4.3.4- *Quaestiones perpetuae*
 - 4.3.5- El procedimiento de las *quaestiones perpetuae*
 - 4.4- Imperio
 - 4.4.1- *Cognitio extra ordinem*
 - 4.4.2- Procedimiento judicial de la *cognitio extra ordinem*
 - 4.4.3- Nuevas penas
 - 4.4.4- Nuevos delitos
 - 4.5- Evolución del principio acusatorio al principio inquisitivo en el proceso penal Romano
 - 4.5.1- Época arcaica y la Monarquía

4.5.2- República

4.5.3- Imperio

4.6- Conclusión

5- ANTECEDENTES DEL MINISTERIO FISCAL EN LA EDAD MEDIA

6- EDAD MEDIA AL SIGLO XIX.

6.1- Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835

6.2- La Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870

7- EL MINISTERIO FISCAL EN EL S. XX

7.1- Dictadura de Primo de Rivera. EOMF, RD de 21 de junio de 1926

7.2- Segunda República. Artículo 104 de la Constitución de 1931

7.3- Régimen Franquista

7.3.1- Artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado de 1967

7.3.2- Reglamento Orgánico del MF aprobado por RD 437/1969

8- CONCLUSIONES DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA

BIBLIOGRAFÍA

I

PLANTEAMIENTO

Un objetivo y sosegado estudio diacrónico del *Ministerio Fiscal* mostrará el carácter proteico de la institución, que hoy se erige, sin duda alguna, en indispensable y consustancial a la recta administración de la Justicia, en el entendimiento de coadyuvar con el Poder Judicial, en el que con autonomía se integra funcionalmente, al otorgamiento de la debida tutela judicial efectiva tanto a las partes activas como pasivas del proceso penal –autor y responsables civiles e incluso partícipes lucrativos del mismo, ofendidos y perjudicados por el delito–, sin perjuicio de su presencia en los restantes órdenes jurisdiccionales, ordinarios, constitucional y militar, en defensa y tutela de los derechos fundamentales, en todos ellos con excelsa brillantez y guiada en su actuación por los principios indelebles del Estado Social y Democrático de Derecho de legalidad e imparcialidad.

El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de remotos antecedentes, se halla presente en la Administración de Justicia desde la Edad Media, si bien bajo diferentes denominaciones tales como *Procurador* o *Promotor Fiscal*, siendo el competente, entre otras funciones, para la defensa del patrimonio del Rey, el mantenimiento de la legalidad en los territorios conquistados con la unificación nacional y el ejercicio de la acción y acusación penal.

En relación a los poderes del Estado, tanto con arreglo al modelo napoleónico seguido en España como por su configuración legal contemporánea, cabe estimar que el Ministerio Fiscal históricamente se vincula al Poder Ejecutivo. Frente a esta ligazón, en ocasiones estricta subordinación, cabe apreciar una línea de progresiva desligadura, tanto en el orden interno como en el Derecho Comparado, al igual que en los Tribunales internacionales y las más recientes propuestas de regulación del Fiscal en el espacio judicial europeo.

El constitucionalismo español, considerándolo iniciado en Cádiz con desprecio constitucionalista del napoleónico Estatuto de Bayona, se encuentra ayuno de todo pronunciamiento sobre el Ministerio Fiscal. Ni en la extensa y detallada Constitución gaditana de 19 de marzo 1812 –384 artículos– ni en el Estatuto Real de 8 de junio de 1837, como tampoco en la paccionada, manuscrita y monoparráfica Constitución de 1845, se incluye pronunciamiento alguno sobre el Ministerio Fiscal, orfandad que se aprecia igualmente en la republicana –*La Gloriosa*– de 1869 y la restauradora de 1876.

El primer intento de superar la dependencia del Ministerio Fiscal lo constituyó el artículo 104 de la breve Constitución de 1931, que fortaleciendo esa separación del Ejecutivo afirma en orden a sus funciones que “...*velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social*”, al tiempo que en su relación con los poderes del Estado proclama que “...*constituirá un solo Cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia*”.

La previsión constitucional republicana no alcanzó desarrollo legislativo, siguiendo el Ministerio Fiscal regulado por su Estatuto primorriverista de 1926, el que establecía la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo a través de la Cartera de Justicia, pudiendo el Poder Ejecutivo impartirle órdenes directas, lo que refuerza el principio de dependencia jerárquica, a la vez que se mantiene la movilidad de los miembros del Ministerio Fiscal y la posibilidad de ser sustituidos; línea que siguió el Reglamento de 1969, vigente en aquellos preceptos no contradictorios con el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981.

La Carta Magna de 1978, romperá constitucionalmente esa subordinación del Ministerio Fiscal al Ejecutivo, ubicando su regulación en el Título VI –“*Del Poder Judicial*”– y estableciendo como único vínculo del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Rey a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial –artículo 124.4–, manteniéndose en su proclamación constitucional como principios de organización la unidad y dependencia jerárquica, si bien debiendo sujetarse en su actuación a los de legalidad e imparcialidad.

El EOMF de 1981 irá aún más lejos, afirmando que el Ministerio Fiscal *se integra con autonomía funcional en el Poder Judicial* –artículo 2–, así como que por el principio de imparcialidad actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados –artículo 7–, sin que el Gobierno pueda dirigirle órdenes, sino interesar su actuación para promover ante los Tribunales las acciones pertinentes en defensa del interés público –artículo 9.

En consecuencia, dos son las cuestiones a las que se pretenderá dar respuesta como objetivo del presente estudio; a saber, de una parte y desde una visión práctica, la delimitación y determinación del modelo constitucional de Ministerio Fiscal instaurado por la Constitución de 1978 –el Fiscal del Estado Social y Democrático de Derecho– y, de otra, aportar algunas reflexiones e ideas en orden a la discusión doctrino-legal de *lege ferenda*, e indudable actualidad, sobre si el Ministerio Fiscal, tal y como se configura en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra en condiciones de asumir la *instrucción penal* y, en caso afirmativo, qué reformas se presentarían como imprescindibles; discusión que se incardina en el debate relativo a la necesaria, ineludible y urgente reforma del proceso penal por la que clama la sociedad, el foro y la propia Doctrina científica. El abordaje de estas dos cuestiones se ha de realizar de modo conjunto dada su interdependencia.

Si el modelo de Ministerio Fiscal diseñado por el constituyente de 1978 presenta a su disección corte judicialista, integrado con autonomía funcional dentro del Poder Judicial, será necesario profundizar tanto en su desarrollo legislativo como reglamentario y relaciones con el Poder Ejecutivo, no sólo en cuanto al nombramiento del Fiscal General del Estado y altos cargos de la Carrera Fiscal, sino también respecto del Ministerio de Justicia, para obtener esa independencia y autonomía que de la institución Fiscal proclama la CE, de modo que, lograda esa verdadera independencia estructural, funcional y sustancial ninguna objeción cabría oponer a la asunción de la instrucción en el proceso penal por el Fiscal. Por el contrario, si la regulación del Ministerio Fiscal, frente a la *voluntas legislatoris* del constituyente plasmada en el artículo 124 CE, persiste en el vigente modelo gubernamentalista y vinculado al Ejecutivo, precisamente por esa falta de

imparcialidad y autonomía, sí cabrían serios reparos y objeciones de orden constitucional e iusfundamentalista a dicha asunción competencial en el proceso penal.

Ambas cuestiones son de la máxima actualidad e importancia. Ya el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001 fijaba en su punto 17 diversos objetivos, de entre los que cabe destacar la promulgación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que: a) aborde la agilización de los diversos y dispersos procedimientos, de cuya ejecución son ejemplos la Ley 38/2002 y la LO 8/2002, de enjuiciamiento urgente de determinados delitos y de juicio inmediato de faltas; y b) resuelva el debate sobre adscripción de la investigación previa al proceso penal de los procedimientos al Fiscal o al Juez.

El modelo constitucional del Ministerio Fiscal y la en debate asunción de la instrucción penal por la institución se realizará es objeto de extenso tratamiento en el libro de próxima divulgación *El Fiscal en el nuevo proceso penal: la necesaria semejanza europeísta*¹, complemento del cual será la siguiente exposición centrada en los aportes que el análisis histórico nos brinda en aras a una mejor comprensión de la verdadera piedra angular de la reforma el proceso penal; a saber: la absoluta independencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Político, como independencia horizontal, y la del miembro de la institución que conoce de un asunto concreto o independencia vertical.

Su contenido extractado cabe especificarlo del modo siguiente:

En la evolución del Ministerio Fiscal, desde el Estatuto de 1926 al de 1981 y sus reformas por las leyes 14/2003 y 24/2007, se puede apreciar un profundo cambio en su modelo institucional, constatándose un intento paulatino de desprendimiento de su configuración inicial, dependiente del Poder Ejecutivo, hacia una asimilación al Poder Judicial y una autonomía en el desempeño de sus funciones.

El Legislador le atribuye continuamente nuevas competencias y funciones, lo que dota a la institución de una fisonomía y contenido objetivo en expansión, confiándole la función última de defensor de la legalidad y de los intereses de los menores, incapaces y ausentes, así como especializando la institución en la lucha contra las nuevas y globalizadas formas de criminalidad, pero sin que correlativamente tales nuevas funciones vayan acompañadas del incremento necesario de medios personales y materiales, pudiendo llegar a dar la impresión de que la preocupación en estos frentes es más formal que real.

¹ Ed. Comares.

Por otro lado, tampoco han evolucionado correlativamente ni la asunción de funciones ni la estructura orgánica del Ministerio Fiscal, como tampoco su distribución territorial, siendo calificable de anacronismo derivado del Estatuto de 1926 que de la plantilla orgánica se diga que estará constituida en cada Fiscalía por el Fiscal Jefe, un Teniente Fiscal y los Fiscales que determine la plantilla, dependiendo la distribución de los distintos puestos de trabajo, únicamente oída la Junta de Fiscalía respectiva, del Fiscal Jefe. Por lo tanto, el Ministerio Fiscal ha evolucionado en cuanto a su configuración constitucional, pero sigue anclado en el pasado, tanto en su estructura como en su distribución territorial y forma de trabajo. La reforma operada por la Ley 24/2007 de su estatuto orgánico incidirá en estas cuestiones.

Con tal estado de la cuestión difícilmente es sostenible la posibilidad de encomendar a esta institución, con efectivas garantías de imparcialidad y eficacia, la instrucción penal.

En cuanto a los antecedentes históricos y configuración actual, se tratará el origen remoto de la institución desde su incipiente presencia en Egipto, Grecia y Roma, con fuerte impronta ya en la Edad Media, hasta los Ss. XIX y XX.

En la obra citada como apuntes históricos introductorias se abordan los antecedentes próximos del Ministerio Fiscal, analizando el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1935, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1926 durante la dictadura de Primo de Rivera, la promulgación independentista recogida en la Constitución de 1931 a su artículo 104, en el régimen franquista con el Reglamento del Ministerio Fiscal de 1969, aún en vigor en lo no expresamente derogado por el EOMF de 1981 y, finalmente, su configuración actual en la Constitución de 1978 y el Estatuto Orgánico de 1981, con referencia a la reforma del mismo operada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

En esta evolución se observa la apuntada desvinculación progresiva del Ejecutivo y una aproximación no sólo en cuanto al sistema de acceso, derechos y deberes a la Carrera Judicial, sino también en cuanto a sus funciones y forma de ejercicio. El propio EOMF en su artículo 2 lo integra con autonomía funcional dentro del Poder Judicial.

Evolución que, empero, se ha visto en ocasiones truncada por reformas legislativas, como operada por la Ley 14/2003 –no enmendada por la Ley 24/2007–, la que al aumentar notablemente el número de puestos de trabajo

que se deben cubrir por nombramiento discrecional y limitar las facultades de investigación del Fiscal, propicia que la política entre dentro de la actuación del Fiscal sin ningún contrapeso por parte de los órganos que cabe considerar de más democráticos de la institución, las Juntas de Fiscales y el Consejo Fiscal.

En definitiva, en el debate en el que nos sumergimos con el presente análisis histórico no se trata simplemente de quién debe instruir, el Fiscal o el Juez, sino de que quien instruya sea lo suficiente y verdaderamente independiente, aunque respaldado por esa seguridad jurídica en la instrucción respecto a distribución de asuntos y criterios de actuación, para evitar la tentación de su instrumentalización en la lucha política; *tan sólo una Fiscalía configurada como verdadero e independiente Poder Fiscal, similar al Judicial, podría asegurar en una hipotética asunción de la instrucción penal el derecho a un juicio justo con todas las garantías que otorga la Judicatura a las partes activas y pasivas del proceso penal –artículo 24 CE.*

II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1- PLANTEAMIENTO.

El Ministerio Público, denominación generalizada en gran parte de Europa, surge como instrumento para la persecución del delito ante los Tribunales, en calidad de agente del interés social e investido del carácter de autoridad, de ahí que se le denomine *representante social*. La lesión al contrato social y el quebrantamiento de la norma por el delito llevan a que se instituya el Ministerio Público, conquista del Derecho moderno, pues al asumir el Estado la acción penal se institucionalizan y estatuyen los órganos públicos investidos de potestad para ejercerla.

Objeto de severas críticas y encontradas opiniones, el Ministerio Público se instauró en los Pueblos civilizados, considerándose una Magistratura independiente. Su misión implícita es velar por el estricto cumplimiento de la Ley, depositaria de los más sagrados valores, bienes e intereses de la sociedad y garantía de una convivencia ordenada.

En una etapa anterior, el Estado optó por delegar en el Juez la labor persecutoria del delito, concentrando las funciones de acusar y juzgar en un sólo órgano, lo que generó un proceso inquisitorio, hoy prácticamente postergado. *Quien tenga por acusador al Juez, tenga a Dios por Abogado*². El principio acusatorio, que lo ha desplazado, conlleva necesariamente un órgano público encargado de la acusación ante el poder jurisdiccional.

Si a los Tribunales corresponde la reparación del Derecho infringido, juzgando en virtud de las alegaciones de las partes, cuando el derecho quebrantado afecta a toda la sociedad su defensa no puede quedar a la iniciativa exclusiva de un particular, como ocurría en el Derecho Romano originariamente, donde se creía, como apunta IHERING³, que para

² Vid. TRILLO NAVARRO, J. P.: “El Fiscal: acusar o instruir en la CE”. *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. ISSN 1695–6311, nº 3. Universidad Alfonso X El Sabio. Villanueva de la Cañada (Madrid), 2005.

³ Vid. IHERING, R. V.: “La lucha por el Derecho”, conferencia pronunciada en la Universidad de Viena en 1872 (Trad. LÓPEZ, CH. y CORTÉS, O.).

preservar la Ley bastaba la acción particular de la víctima; genio jurídico Romano conforme al cual, en la época de la República, ningún ciudadano dejaría de denunciar y perseguir al criminal, etapa en la que, firmemente implantado un embrionario principio acusatorio, era precisa la existencia de una figura que represente este interés de la sociedad en el restablecimiento de la norma vulnerada por el delito. El ciudadano no acude a los Tribunales sólo a la satisfacción de *su derecho*, sino a la reparación *del Derecho*, soporte de la sociedad.

Es un hecho indiscutido que el Ministerio Público responde actualmente a un imperativo social. Su funcionamiento como organismo especializado en la aplicación e interpretación de la Ley resulta imprescindible para la buena administración de la Justicia. A su importancia natural se suman las exigencias de la equidad y la más elemental conveniencia; esto es, la separación radical de las atribuciones del solicitante, por un lado, y las de quien debe resolver la procedencia de dicha solicitud sancionando al infractor de la norma, por otro, de quien acusa y de quien falla; así se interdicta la parcialidad en el ejercicio de la jurisdicción. Las funciones actuales de esta institución son esenciales para la vida de la sociedad, toda vez que comprende la dirección y defensa de los intereses de los derechos individuales de la víctima, de las personas desprotegidas o sin capacidad de obrar y de la propia sociedad.

Realizaremos un breve recorrido histórico de la institución del Ministerio Fiscal a los fines de justificar y comprender los motivos y logros de esta evolución, hasta llegar a su configuración actual como verdadera *Magistratura postulante* en el designio que le prevé y asigna la Constitución de 1978.

La conclusión inicial que cabe extraer del análisis metodológico histórico es la utilización de la Fiscalía instrumentalizada y mediatizada para y por el poder del Emperador y el Rey, como instrumento de la defensa de sus intereses ante los Tribunales y del mantenimiento del orden y seguridad pública. Tras la Revolución Francesa, y ya consagrada la división de poderes, se configurará como institución dependiente del Ejecutivo y actuante ante los Tribunales, presentando distintas formas de relación con el Poder Político, generalmente como órgano de representación y de comunicación del Gobierno, para terminar situándose el Ministerio Fiscal cada vez más cercano al Poder Judicial, asumiendo funciones no sólo de ejercicio de la acción penal, sino también en defensa de la legalidad y del interés público y social, a cuya satisfacción tiende.

En España esta evolución, que tiene su inicio en la Constitución de 1931 y se consagra definitivamente en la de 1978 a su artículo 124, no presenta uniformidad en su regulación, siendo de apreciar que en las reformas

operadas por las leyes 14/2003 y 24/2007 en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal al aumentar número de nombramientos y ceses discrecionales, limitar el mandato de la figura del Fiscal Jefe y no reglar las causas de cese, así como manteniendo las limitaciones de las diligencias de investigación penal, se retoma la tendencia anterior de intento de control por el Ejecutivo de tan imprescindible institución en el logro de un juicio justo con todas las garantías tanto para las partes activas como pasivas del proceso penal.

2- DENOMINACIÓN.

2.1- Etimología.

Al Ministerio Público se le ha relacionado con la función económica de recaudación de los impuestos y tributos para el Erario o Tesoro Público, desprendiéndose así la denominación de *fiscal*, proveniente del latín *fiscus*, cesto o canastilla receptiva de los tributos, función que le correspondía a los procuradores *caesares* o *advocati fisci*. Las penas y condenas pecuniarias se portaban en estas cestas al Erario, de donde dio en llamarse *fisco* a todo lo que venía y se traía a él. Es, por tanto, Roma la ubicación originaria del término *fiscal*, cuando creado el Tesoro Público los Emperadores nombraron funcionarios para apremiar el pago de los tributos que debían ingresar al *Fisco*, y a estos funcionarios que representaban en los Tribunales al *fisco* se les denominó *fiscales*. Su origen, pues, se debe a la función encomendada a los mismos de defensa del patrimonio del Monarca Romano, el Cesar y el Emperador.

Etimológicamente se considera que el término *fiscal* como proveniente del latino *fiscales*. Para la RALE, como adjetivo, denota aquello “...*perteneciente al Fisco o al oficio del Fiscal*” y como sustantivo se define como “*ministro encargado de promover los intereses del Fisco, el que representa y ejerce el Ministerio Público en los Tribunales*”; concretamente, el diccionario RALE 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 e Italia Ministerio Público, en España Ministerio Fiscal– deriva viene del latín *ministerium*, servicio o función, y *publicus*, del Pueblo, del Estado.

Frente a la opinión doctrinal que considera inexacto el término *público*, ya que ejercen un ministerio público todos los que desempeñan un servicio público y, por ello, todos los funcionarios del Estado, incluyendo también a los Jueces y Magistrados, hay que afirmar que el Ministerio Público

representa a la sociedad y a la Ley, por lo que es claro su desempeño de una misión pública por excelencia.

2.2- Denominaciones del Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado.

En todos los países, si bien con distintas denominaciones, atribuciones, posición institucional y diversos sistemas judiciales, encontramos una institución que surge cuando la persecución del delito deja de ser una atribución exclusiva de los particulares perjudicados, vinculada a la venganza como acción privada, y es asumida por el Estado, estimándose que el interés en el castigo del culpable ya no sólo afecta a la víctima sino también a toda la sociedad, en cuanto quiebra por el delito de uno de sus valores fundamentales, la seguridad y la libertad, en definitiva, la desatención y quebrantamiento de la norma jurídica.

Además del ejercicio de la acción penal, función principal y de mayor importancia que asume el Ministerio Fiscal, en los distintos ordenamientos jurídicos se le han conferido paulatinamente funciones en *defensa de la legalidad*, intereses de colectivos desprotegidos, intereses difusos y hasta de asesoramiento, llegando a ser tal el cúmulo de funciones y atribuciones del Ministerio Fiscal, que de ella se ha llegado a afirmar que es una institución *necesaria, imprescindible, natural y trascendente*, que asume funciones como *guardián de la ley, protector del Derecho y defensor de la Justicia*. La presencia del Ministerio Fiscal es un imperativo jurídico insoslayable en todo ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal está presente en todos los países, si bien con denominaciones específicas⁴; así, en Iberoamérica se conoce como *Ministerio Público*, en los países anglosajones, *Public Prosecution Service*, en Estados Unidos *Attorney General*, en Canadá *Solliciteur Général*, *Parquet* en Francia, denominación coloquial del Ministerio Público francés porque originalmente y hasta el S. XIX los miembros del Ministerio Público se situaban durante las vistas en el *parquet*, frente a los Jueces sentados en Estrados; en Inglaterra *Crown Prosecution Service*, en la Federación Rusa *Prosecutor's Office*, en Vietnam *Supreme People's* y en España la más usual denominación es la de *Ministerio Fiscal* o, simplemente, *Fiscal*.

2.3- España.

La denominación *Ministerio Fiscal* no refleja con exactitud ni sus funciones ni su naturaleza. Hasta mediados del S. XIX, en esta institución se residenciaban una dualidad de funciones y de dependencias. Dependiente

⁴ Vid. PACHECO GARVE, L.: "El Fiscal en el Derecho Comparado". *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2001, Madrid, 2001, pág. 133.

del Ministerio de Hacienda y, más concretamente, de la Dirección General de lo Contencioso, en cuanto a su función en materia fiscal propiamente dicha, y del Ministerio de Gracia y Justicia en lo relacionado con el ejercicio de la acción penal pública.

Al crearse el Cuerpo de Abogados del Estado en 1881 –RD de 10 de marzo– se les encomienda a éstos la representación y defensa de la Administración del Estado. Este deslinde de competencias produce una tímida tendencia normativa encaminada a sustituir la tradicional denominación de Ministerio Fiscal por la de *Ministerio Público*, tratando de adaptar esta terminología, a imitación de los ordenamientos francés e italiano, a la intrínseca realidad funcional de la institución. Así se da en algunos artículos del Código Civil –vr. gr. 788 y 993.

En la redacción del Preámbulo del Estatuto Orgánico de 1926, siendo Ministro de Gracia y Justicia Galo Ponte, a la sazón Fiscal Jefe del Tribunal Supremo, se suscitaba la duda de si la aparición del Estatuto Orgánico de la carrera fuera una ocasión propicia para abandonar la denominación del Ministerio Fiscal, sustituyéndola por la de Ministerio Público. Finalmente se estimó que tan arraigada está la tradición del nombre en el Pueblo español que convenía conservarlo, dado que se trata de una institución popular, evitando otros que, aunque más técnicos, podrían ser considerados como traducción de instituciones extranjeras. Éste es el criterio que también siguió el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981⁵.

3- ANTECEDENTES REMOTOS DEL MINISTERIO FISCAL.

3.1- Egipto.

Los primeros antecedentes de la institución los encontramos en la civilización egipcia, concretamente en al figura del *magiai* o Procurador del Rey, agentes públicos con atribuciones de represión penal, con libertad para castigar rebeldes, reprimir mendaces 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 considerados *ojos y lengua* del Rey, del Faraón.

3.2- Grecia.

⁵ Vid. intervención realizada por BOLEA FORADA en el Senado, Comisión de Justicia e Interior, en relación con el Proyecto de Ley por el que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Boletín Oficial de las Cortes, Diario de sesiones del Senado, celebrada el 26 de noviembre de 1981.

Del S. VIII a. C. está documentada 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 de consuno leyes y administraban justicia. Eran los encargados de denunciar los delitos ante la Asamblea del Pueblo, designaban a su vez a un representante de la sociedad que llevaría la acusación ante el Tribunal de los *Eliastas* –precedente remoto de los Tribunales de Jurado del que Roma tomó ilustración en la creación de su *Tribunal del Jurado presidido por un Magistrado*⁶ – o al de los *Ephetas*. En la época griega el proceso era esencialmente acusatorio, oral y público, teniendo como característica destacable la participación directa de los ciudadanos en la administración de la justicia penal. Esa participación ciudadana se ejercía por un tercero imparcial, despojado de los sentimientos de venganza propios de la víctima. Es en esa institución, *aerópago*, donde se puede atisbar el germen del Ministerio Fiscal, donde acusaba de oficio y presentaba las pruebas ante el Tribunal del Pueblo.

A finales del S. 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 de la Ciudad-Estado, se encontraba 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 acontecía con los *tribunos de la plebe* en Roma, tenían que haber sido adoptadas por unanimidad.

4- Roma.

Nadie duda de la importancia que ha supuesto el Derecho Romano para la configuración de gran parte de las instituciones y figuras jurídicas actuales, existiendo numerosos y detallados estudios en el ámbito del derecho sustantivo y procesal civil, donde más influjo ejerció, si bien no siendo menos numerosos sus aportes en el Derecho sustantivo y procesal penal⁷, como acertadamente mantenía el jurista y premio Nóbel de Literatura en 1912 THEODOR MOMMSEM⁸.

⁶ Vid. TRILLO NAVARRO, J. P.: *El Jurado: historia y reforma*. Tesis Doctoral. Universidad Alfonso X El Sabio, registro 002/2007. Madrid, 2007, págs. 67 a 133.

⁷ Ibidem., págs. 47 a 133.

⁸ Vid. MOMMSEM, T.: *Derecho Penal Romano (Römisches Strafrecht)*. 1ª ed. Leipzig, 1889). Reimpresión trad. de DORADO. Temis. Santa Fé de Bogotá, 1995, págs. 36 a 45; 88 a 94 y 129 a 150.

Si bien es difícil encontrar en las diversas instituciones Romanas una figura similar al actual Ministerio Fiscal, un análisis del proceso penal en Roma arrojará significativos resultados.

El vasto período histórico de Roma, mil doscientos veintinueve años, sin inclusión de la etapa de Bizancio, se inicia según la leyenda el 21 de abril del 753 a. C., cuando Rómulo, primer Rey de Roma durante 33 años, funda la ciudad sobre la colina del Palatino, donde como augurio favorable divisó seis buitres, uniendo perimetralmente las siete colinas Romanas con un arado tirado por bueyes; mata a su hermano Remo por penetrar en el recinto y lo sepulta en el monte Aventino, elegido por Remo para fundar la ciudad. Concluye en el año 476 de nuestra era, en el que los bárbaros toman la ciudad.

La generalidad de la doctrina Romanista⁹ propone distinguir las siguientes etapas históricas en Roma y su Derecho:

1- Arcaica.- Desde 753 a. C. hasta el 377 a. C., con la promulgación de las leyes *Licinia-Sextiae*. Abarca la fase monárquica y una parte de la republicana, extendiéndose hasta la época de las XII Tablas.

En esta fase, el Derecho Privado queda relegado a los particulares, limitando el Estado sus funciones a las de orden interno, castigo de delitos contra la comunidad y actividades militares; estado de cosas que se mantiene hasta las XII Tablas, momento a partir del cual se fijan por escrito normas jurídicas para la vida de la *civitas* y punto de partida del posterior derecho privado, constituyendo una plasmación de las normas consuetudinarias y un primer punto de encuentro entre patricios y plebeyos, cuyas luchas durante los Ss. V y IV a. C. culminan con las citadas leyes *Licinia-Sextiae*, destacando la Magistratura del *Praetor Urbanus*, Magistratura patricia con competencia jurisdiccional.

2- Preclásica o Republicana.- Comprende desde el 367 al 27 a. C. en que se concede a Augusto un haz de poderes extraordinarios, lo que es considerado como el tránsito de la República al Principado. Es la época gloriosa y más brillante de Roma, *urbe* que geopolíticamente domina toda la península Itálica y el Mediterráneo, el *urbi*.

Jurídicamente surge con las XII Tablas, y de ahí el Derecho adquiere un gran desarrollo, comenzando la estructuración de los conceptos básicos del Derecho Privado, formándose el núcleo del Derecho Romano y las nociones

⁹ Cfr. FUENTESECA, P.: *Lecciones de historia del Derecho Romano*. Universidad Autónoma de Madrid, 1978, pág. 8.

fundamentales del mismo –*actio, obligatio, hereditas, legatum, dominium*, etc.

3- Clásica.- Desde el 27 a. C. al 284 d. C., año en que accede al trono Diocleciano instaurando una Monarquía autoritaria, conocida como el *Dominado*. Será la época de esplendor del Derecho Romano, alcanzando el Derecho la categoría de Ciencia y estructurándose como tal.

Con Augusto finaliza la República y comienza el Principado, caracterizado por una concentración progresiva de poderes en el *Princeps*, que llega incluso al enjuiciamiento de controversias privadas, lo que propicia la aparición del un nuevo tipo de proceso conocido como la *Cognitio Extra Ordinem* –conocimiento fuera del orden– en el que un Magistrado delegado del Emperador decidía de propio imperio el envío o no de las partes para ante un Juez. Aparecen como nueva fuente del derecho las *Constitutiones Principium*.

4- Postclásica.- Abarca del 284 al 476, fecha en que Roma cae en poder de los bárbaros. Históricamente corresponde al Bajo Imperio, donde el absolutismo imperial concentra el poder legislativo en manos del Emperador.

En esta época el Derecho pierde calidad pues se configura estatalmente, diluyéndose y burocratizándose las escuelas de juristas, cuyos miembros pasaron a ser funcionarios al servicio de los Emperadores y sus obras recopilaciones y resúmenes de las de los anteriores, apareciendo la necesidad de la codificación tanto de las *leges Principium –Constitutiones Principium, Gregorianum, Hermogenianum y Teodorianum–*, como de los *Luras* –escritos de los juristas clásicos.

5- Bizantina.- También llamada *Justiniana* o *Compiladora*, abarca desde el año 476 al 565 de nuestra era, año en que muere Justiniano, Emperador de Bizancio; quien guiado por la restauración de la grandeza de Roma, elabora la más importante compilación jurídica de la Historia, cuya confección transcurrió desde el año 529 al 534: el *Corpus Iuris Civilis*, vigente y aplicado en Alemania hasta 1900, fecha de publicación del BGB.

Para una concreta aproximación especialmente en relación al Derecho Penal romano cabe dividirlo en las siguientes etapas: 1) Época arcaica; 2) Monarquía; 3) República; y 4) Imperio.

4.1- 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 tercero quedaba en manos del propio ofendido o de su familiares y reservada a la potestad sancionadora, sin exclusión de la muerte, al respectivo jefe de familia – *paterfamilias*– o del clan gentilicio, e incluso se dejaba a las relaciones de amistad y buena vecindad entre las diversas *gens* –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 privada del clan ultrajado.

4.2- Monarquía.

En esta época el hecho criminal se presenta como infracción a la *pax deorum*, a la relación existente entre la comunidad y los Dioses. Es al Rey, como guardián natural de esa paz, a quien corresponde imponer las penas, las que presentan un marcado carácter religioso. El Rey es el Sumo Sacerdote y el Jefe Político.

Testimonios de esta expiación sacra se puede encontrar en las primeras *leges regiae*, las que recogen en algunos supuestos los antiguos *mores gentilicios*; pero en la mayoría de los supuestos la antigua persecución familiar –venganza privada– queda desplazada por 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, pudiéndose clasificar del modo siguiente:

1- Las infracciones menos importantes, *scelus expiabile*, sólo conllevaban que el agresor debía realizar un *piaculum* u ofrenda expiatoria a los dioses, consistente en el sacrificio de un animal o la entrega de una cantidad patrimonial para el culto de la divinidad ofendida. Ejemplos de estas infracciones son: a) La *Lex Romula*, atribuida a *Rómulo*, 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; y b) El padre que repudiaba a su hijo alegando padecer alguna deformidad, si no se acreditase ésta ante cinco de los vecinos más próximos, el padre debía entregar la mitad de su patrimonio a los dioses.

2- Las infracciones graves, *sacer, scelus inexpiabile*, no admiten expiación y el trasgresor responde con su persona y bienes, imponiéndole dos tipos de pena sacra *suplicium*: la *consecratio capitiis* y *bonorum*, consistente en el abandono del culpable y cuanto le pertenece al dios ultrajado; y la *reo necari*, 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 *daxcenis*. Ejemplo de acciones que las merecen son: a) La violación de la fidelidad mutua entre el patrono y cliente; y b) El atentado del hijo contra la vida su padre o la nuera contra su suegro.

3- Los crímenes de mayor gravedad eran castigados con la ejecución ritual y sacra del culpable ante la comunidad, en tanto suponía la pena 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:

a) Crimen de *perduellio* que consistía en la realización de un acto que implique una traición al *Populus* –Estado romano; el castigo ante dicho crimen consistía en la pena capital ejecutada colgando al condenado desde un árbol estéril y sometiéndolo a flagelación hasta darle muerte. En la represión de este crimen intervenía un Tribunal extraordinario de ciudadanos romanos denominado *duumviri perduellionis*, el que debía proclamar la efectiva culpabilidad del reo. 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 ordenar la ejecución del culpable. Incluso podían proceder a la inmediata ejecución del sorprendido *in fraganti* delito.

b) El crimen de robo nocturno de mies, ante el que las XII Tablas impondrán al culpable el castigo a ser colgado de un árbol y ser muerto posteriormente como consagración a la diosa *Ceres*, considerándose el crimen tanto lesión de un interés económico como ultraje a una divinidad, dado que las mieses se sustrajeron sin que el culpable hiciese la correspondiente ofrenda ritual de las primicias y sin pronunciar las fórmulas prescritas.

c) El crimen de *parricidium*, homicidio voluntario de un hombre libre, por el que la comunidad se ve privada de uno de sus ciudadanos, lo que unido a la gravedad del hecho en sí exige una purificación de la sangre derramada a los ojos de los dioses. Se atribuye al Rey Numa Clisio Nok la norma sobre el homicidio doloso y culposo: a) *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit parricida est*, quien da muerte dolosamente a un hombre libre sea *parricida*; y b) *si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occise agnatis eius in contione offeret arietem*, 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 sacra de purificar la sangre derramada. En caso de homicidio del *paterfamilias* se imponía 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 arrojándolo al Tíber.

Con tal regulación del *parricidium* se vislumbran en el Derecho Penal romano dos principios jurídicos: a) *Personalidad de las penas*.- Estamos ante una norma expiatoria que al mismo tiempo presenta la finalidad de encauzar la venganza privada de los familiares de la víctima, dado que dicha venganza ritual se circunscribe al autor del ilícito dejando libres a sus parientes; y b) *Culpabilidad y proporcionalidad de la pena*.- Se distingue entre homicidio doloso y causado imprudentemente, el que sólo da lugar a la ofrenda ritual de un carnero, sin perjuicio de la compensación económica que se le exija al reo en favor de los parientes del fallecido perjudicados.

Es de destacar que para el ejercicio de estas funciones, el Rey se auxiliaba de los *quaestores parricidi*, los que, vigilando la venganza del Pueblo, tenían como función comprobar si el homicidio se cometió dolosa o culposamente; y los *duumviri perduellionis*, especie de Tribunal extraordinario al que se encomendaba 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 Tito Livio hacen referencia al 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 República¹⁰.

4.3- República.

Las funciones religiosas y político-militares, antes aunadas en el Rey, se separan transfiriéndose las religiosas 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*, será asumido por los Magistrados investidos de *imperium*, definible como el poder de mando absoluto civil y militar propio de los Magistrados Mayores, y que en relación a las funciones judiciales se concreta en las siguientes potestades: a) *Coercitio*, o facultad de aplicar medidas coercitivas y sanciones directas sobre la persona y patrimonio de los ciudadanos; y b) *Jurisdictio*, entendida como intervención del Magistrado en los litigios entre particulares.

¹⁰ Cfr. SANTALUCÍA, B.: *Derecho Penal Romano*. (Trad. PARICIO, J.). AE. Madrid, 1990, págs. 27 a 48.

Dichos Magistrados serán *los Cónsules, Pretores y el Dictador*, en los períodos en los que se nombraba, no siendo Magistratura permanente, aparte de los *Tribunos de la Plebe* ordinarios o en procesos revolucionarios ante los *concilia plebis*. En todo caso, cabe destacar la superación de la concepción sacra 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 ladeando progresivamente consideraciones jurídicas de orden religioso.

4.3.1- Las XII Tablas –*Lex Duodecim Tabularum*.

Hacia el 451-450 a. C., con vigencia formal milenaria hasta su derogación por Justiniano, se redacta la *Ley de las Doce Tablas*, materialmente sobre doce planchas de bronce, que consideradas fundamento del todo el Derecho Romano, gozaron de gran prestigio en Roma, hasta el punto de que los ciudadanos las recitaban de memoria y se aprendían en las escuelas, como nos dice Cicerón “*ut carmen neccesarium*”; dando de la amplitud de su regulación cuenta el historiador Tito Livio: “*fons ovnis publici privatique iuris*” –Liv. 3, 34, 6.

4.3.1.1- Influjo griego.

Para FUENTESECA¹¹ la influencia griega en las *Doce Tablas* es admitida por la tradición latina al narrar que como consecuencia de las luchas entre patricios y plebeyos, a propuesta de los *Tribunos de la Plebe* aceptada por los patricios, fue creada una comisión legislativa de diez miembros –*decemviri legibus scribundis*–, todos patricios, con el encargo de redactar leyes útiles para ambas clases sociales y tendentes a asegurar la igualdad y la libertad, librándose a tal fin una embajada con destino Atenas para conocer las leyes dictadas por Solón para ésta y otras ciudades-estado griegas.

Según Tito Livio el colegio de los *decemviri*, presidido por Apio Claudio, sustituyó provisionalmente a todas las Magistraturas, actuando como único poder de gobierno, y durante un año –las Magistraturas romanas constituían nombramientos electos por un año– el 451 a. C., administraron justicia y elaboraron diez tablas legislativas que fueron aprobadas por los *comitia centuriata*.

Se eligió una segunda comisión para concluir la tarea legislativa, ya con participación de comisionados plebeyos y también bajo la presidencia de

¹¹ Cfr. FUENTESECA, P.: *Lecciones de...*, op. cit. pag. 41.

Apio Claudio, comisión decenviral que gobernó tiránicamente y pretendió ocupar el poder más allá del año para el que había sido designada, por lo que una revolución en la ciudad de Roma restableció el orden y se eligieron dos Cónsules que publicaron las leyes *decemvirales*, ya en número de doce, comprendidas las dos de la última comisión, las *tabulae iniquiae*.

Aunque sea discutible la tradición de la embajada a la ciudad de Atenas y a otras ciudades de la Magna Grecia para conocer las leyes de Solón –es negada la versión de Tito Livio por el historiador y crítico literario griego Dionisio De Halicarnaso, quien vivió en Roma bajo el reinado de Augusto, y cuyo fallecimiento se sitúa en torno al año 7 a. C.– es indudable que el influjo griego está detrás de las Doce Tablas, apreciándose en su estilo y significación claras influencias griegas, principalmente su escueto y lapidario estilo y, sobre todo, su idea de la igualdad jurídica, elementos que manifiestan esa concepción griega del Estado y del Derecho.

Las *Doce Tablas* supusieron para los plebeyos, frente a los patricios, una mayor certeza del Derecho, con normas escritas comunes para ambas clases sociales, generándose una mayor seguridad jurídica, lo que permite intuir la presencia embrionaria del principio de legalidad sancionadora en materia penal.

La noción de un orden jurídico presidido por la idea de la *Lex*, y la igualdad ante la misma, es el gran influjo griego que inspira las Doce Tablas, y que Cicerón veía plasmado en la norma –de leg. 19,44– *Privilegia ne Inroganto*, que prohibía la existencia y validez de toda norma referida a una persona singular, tanto en su favor como en su contra, lo que conllevó: a) la consagración de la igualdad de *status* social de todos los ciudadanos de la *civitas*; y b) el carácter general de la ley, interdictándose tanto la *lex specialis* en pro como en contra de cualquier ciudadano, fuese patricio o plebeyo.

4.3.1.2- Contenido jurídico fundamental.

Abstracción hecha del *Código de Hamurabi*, entregado según la tradición por el Dios del Sol Samasch al Rey Hammurabi de Babilonia –1790-1750 a. C.–, verdadera primera recopilación jurídica unitaria con 282 leyes del orden civil, penal y procesal de la historia de la humanidad–, y del griego *Código de Gortina*, las *Doce Tablas* constituyen la primera recopilación completa y sistemática del Derecho Romano, con un amplio contenido que se puede esquematizar resumidamente como sigue.

Las tablas I a III contemplan normas procesales, referentes al procedimiento primitivo de autodefensa privada, regulando la *actio* o defensa de los

derechos particulares mediante un acto procesal; si bien paulatinamente, como se ha expuesto *supra*, se fue desplazando hacia un proceso público y de impulso estatal. Se regula con detalle la llamada a juicio o *in ius vocatio*, la aprehensión por treinta días del deudor confeso, la concurrencia concursal de acreedores respecto al mismo deudor, junto a otras figuras del orden civil y procesal civil.

Las tablas VIII y IX son las referentes a los delitos y el procedimiento criminal, recogiendo como penas la multa, que se entregaba por el reo a la víctima directamente, y la *Ley del Talión* para delitos contra la vida e integridad de las personas. Se tipificaban únicamente delitos dolosos. Destaca la prolija regulación el homicidio, las lesiones y el *furtum*, como tipificación de todo apoderamiento, hurto en sentido estricto y el actual robo. Llama la atención la tipificación y punición de los delitos de magia o encantamiento, que llegaban a castigarse con la pena capital, como del delito de *malum carmen incantare*, integrado por la causación de perjuicios, incluso la muerte, por medio de invocaciones mágicas.

Cabe resaltar la presencia de normas procedimentales consistentes tanto en actuaciones privadas, pero incardinadas en el proceso, como actos de investigación tales como la figura del *furtum ire quaerere*, o registro por la víctima de la casa donde sospecha se hallan los objetos y beneficios del *furtum*, vestida la víctima con el *licium* y portando un plato o *lanx*.

No obstante, en general, de las normas relativas a los delitos no se deduce una intervención vindicativa del Estado romano en materia penal, pues pese a la regulación de delitos y penas quedaba un importante margen a la venganza penal privada, ya que la ejecución de la sanción pendía de la iniciativa del perjudicado, salvo en los delitos de alta traición y homicidio por la presencia, desde antiguo, de los *quaestores parricidii*.

Las XII Tablas suponen el 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 resarcimiento legal y de imposición de penas pecuniarias fijadas por ley.

En el orden penal –Tablas VIII y IX– queda perfilada la distinción 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 decenviral son los siguientes:

1- Crímenes de Derecho Penal Público.- Procedentes de las *leges regiae*, destacan el *perduellio* y el *parricidium*, manteniendo la distinción entre homicidio doloso y culposo; igualmente la *prodigio*, o traición militar por connivencia con el enemigo, y el fraude cometido por el patrono contra su cliente. Nuevas figuras delictivas son:

a) *la prevaricación de un Juez* de lo civil –ciudadanos elegidos para el proceso de común acuerdo por las partes que dicta a sabiendas una sentencia injusta favoreciendo dolosamente a una de éstas–, castigado con pena de muerte;

b) *el falso testimonio*, castigado también con la pena capital, siendo arrojado el culpable al vacío desde la llamada Roca Tarpelia en el Monte Capitolino de Roma;

c) *la denegación de prestar testimonio en juicio*, que daba lugar a la pérdida de la capacidad para testificar en el futuro y solicitar que un tercero pueda prestar testimonio en su favor;

d) *la consagración dolosa de una cosa litigiosa para perjudicar a la otra parte litigante*, sancionada con la pena pecuniaria del doble del valor de dicha cosa;

e) *el incendio doloso de la vivienda ajena* es castigado con la pena de muerte en la hoguera;

f) *llevar dolosamente el ganado a pastar a terreno ajeno o sacar furtivamente las mieses de dicho campo* y, por último,

g) *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*.

2- Crímenes de Derecho Penal Privado.- Cabe señalar:

a) La *iniuria*, que en dicha legislación comprendía sólo lesiones corporales –más tarde, a mediados de la República, el derecho Pretorio extiende el contenido de la *iniuria* a las ofensas morales– y que presenta tres tipos: *membrum ruptum*, 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 una pena pecuniaria fija 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 multa de 25 ases.

b) 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 decenviral 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 concurre la nocturnidad o defensa armada, la víctima debía llevar al ladrón ante el Magistrado, quien decretaba su entrega *–addictio–* al que sufrió el hurto, mientras que si era esclavo se imponía la flagelación y posterior arrojamiento del mismo desde la Roca Tarpelia. Más tarde, el Derecho Pretorio sustituyó tales penas crueles, derivadas del *furtum manifestum*, por la pena patrimonial del cuádruplo del valor de la cosa hurtada. Otro supuesto previsto se da cuando 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*, y 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*.

c) 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 cuádruplo para los que presten por encima del interés legal *–fenus unciarium–* y al tutor por las sustracciones realizadas en el patrimonio del pupilo.

d) Los delitos de daños en bienes de terceros –que más tarde en el S. 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 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, de ganado para pastar y los daños causados por cuadrúpedos domésticos sin culpa de su dueño.

4.3.2- *Provocatio ad populum*.

Puede definirse como la institución de Derecho Público romano consistente en el *derecho que tenían los ciudadanos de apelar al Pueblo reunido en comicios contra las sentencias de los Magistrados que considerasen abusivas, injustas o contrarias al Derecho de Roma, especialmente las que imponían una pena capital*. En definitiva, recurrir al Pueblo contra su *coercitio*, pasando a ser la Asamblea Popular el auténtico órgano que juzgaba. La *provocatio* no era aplicable a las sentencias del Dictador ni a las de los Magistrados que actuaban en campañas bélicas fuera de la ciudad de Roma. Se encuentran antecedentes ya en la primera época de Roma, pues Horacio, condenado a muerte por los *Duunviri Perduellionis*, apeló al Pueblo, logrando la conmutación de la pena capital.

Así mismo, se mantiene que la *provocatio* se daba incluso contra resoluciones injustas del Rey; postura que se apoya en un texto de Cicerón, *De Republica II: "Provocationem autem etiam a regibus fuiste declarant pontificii libri"*, aserción que Séneca reproduce íntegra en su Epístola 108; sin perjuicio del argumento histórico de que el poder que sustituyó al de los Reyes no fue el del Dictador, no sometido a la *provocatio*, sino el de los Cónsules, contra cuyas decisiones sí cabía la *provocatio ad populum*.

La *Lex Valeria*, de frecuente contravención, hubo de ser promulgada tres veces, hasta que en el 357 a. C. por la *Lex Duilia Menenia de Uniciario Fenore* se establece la pena de muerte para sus infractores. La importancia de la *Lex Valeria* es tal que Tito Livio llegó a considerarla como fundamento de la libertad popular¹², determinando la atribución al Pueblo de competencias jurisdiccionales en un doble sentido; a saber: garantía de que el derecho, las normas singulares en que consisten las sentencias, serían creadas por el Pueblo y, así mismo, evitar que Magistrados libres de control pudieran convertirse en soberanos de hecho.

Tanto el Tribunal del Jurado como la *provocatio ad populum* han de ser puestas en conexión con los *Comitia Centuriata*. El ejército centuriado, en cuanto organización fiscal y militar, se erige en la principal asamblea política romana, los *comitia centuriata*, los cuales a partir de la *Lex Valeria de Provocatione* quedan investidos de competencias tanto electorales como legislativas y judiciales, destacando su competencia exclusiva y excluyente en los procesos capitales.

En cuanto a la naturaleza jurídica y función jurisdiccional de los *comitia centuriata* se polarizan dos posiciones:

1- Clásica, defendida por MOMMSEM, para quien todos los procesos comiciales son siempre *provocatio* y, consecuentemente, toda sentencia dictada por un Magistrado dotado de *imperium* dentro de la *urbs* conducía ante el ejercicio por el condenado de su derecho a la *provocatio ad populum* a un juicio por Jurado, generándose dos instancias: una primera en la que el Magistrado formula y efectúa una *quaestio*, averiguación y comprobación del delito, y una segunda instancia, potestativa para el reo, de apelación ante el Jurado.

2- Teoría de KUNDEL, para quien la *provocatio* no representó la impugnación de una sentencia magistral sino un límite al ejercicio de la *coercitio* con la finalidad de impedir que el Magistrado pudiera condenar a

¹² Vid. RUÍZ MIGUEL, C.: "Jurado y Estado Social y Democrático de Derecho". Comunicación presentada al Congreso Internacional de Derecho Constitucional celebrado en Alicante del 3 al 5 de mayo de 1995.

muerte a un ciudadano sin haber tenido un proceso regular. Cabe estimar su base en el hecho de que en un principio la *provocatio ad populum* tan solo se aplicaba a los delitos capitales.

Los *comitia centuriata* nacen en la época de transición de la Monarquía a la República, también con funciones judiciales los *comitia curiata*, compuesto según Mommsen únicamente por las estirpes gentilicias anteriores a los *centuriata*.

Los *Comitia Tributa*, encargados de la elección de los Magistrados menores, son posteriores a la *Lex Hortensia* del 286, que equiparaba plebiscitos y leyes, convirtiéndose en los redactores de la mayor parte de las leyes de fines de la República. Su aparición y auge vino precedido y favorecido por la reforma que en el sistema de tribus introdujo el Censor Apio Claudio en el 312 a. C. y que determinó la facultad a cada ciudadano para inscribirse en la tribu que libremente eligiese. Tenían otorgadas competencias judiciales en materia de multas aplicadas por un Magistrado patricio, competencia que pasaba a los *concilia plebis*, cuando la multa era impuesta por un Magistrado de la plebe.

Con la finalidad de limitar el poder, ilimitado de la *coercitio*, es decir de represión penal y de orden público de los Magistrados romanos investidos de *imperium* y de los Tribunos de la Plebe, se estableció la *provocatio ad populum* como garantía para subordinar la imposición de las penas más graves, originariamente la pena capital, al juicio del Pueblo reunido en asamblea. Este es el origen de la *provocatio ad populum*, pilar fundamental, junto a los *tribunus plebis*, del proceso penal republicano, 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*.

Para SANTALUCÍA¹³ 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 tribunus plebis*. En conclusión como remedio frente al ejercicio arbitrario de la potestad punitiva de los Magistrados, quedaba el recurso al Pueblo. 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 comitiatum*– al menos cuando se tratase de la imposición de una pena capital.

¹³ Cfr. SANTALUCÍA, B.: *Derecho penal...*, op. cit, pag. 41.

Estos procesos populares se celebraban ante los *comitia curiata*, o asambleas en las que la población patricia se agrupaba en curias,¹⁴ reservándose la celebración ante los *comitia centuriata*, división del Pueblo en 193 centurias en las que su pertenencia se determinaba por su capacidad económica,¹⁵ para las penas capitales y los *comitia tributa*, o asambleas por tribus, para las penas menos graves.¹⁶

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.

4.3.3- El procedimiento *Iudicium Populi*.

El Magistrado que realiza la correspondiente investigación, juzga y condena, publicaba un edicto en el que se hacía constar el nombre del acusado y crimen imputado, con señalamiento de día y hora de reunión de la Asamblea.

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

1- La primera o *anquisitio*, que tenía un carácter claramente inquisitivo, desarrollándose a través de tres sesiones con 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 –*advocatus*–, pudiendo presentarse testigos tanto por la acusación como por la defensa.

2- La segunda comenzaba al final de la tercera reunión, si el Pueblo ratificaba una vez más la condena, el Magistrado lo convocaba de nuevo para que votase definitivamente si condena a muerte al imputado o si, por el contrario, vota su absolución, y esto último aún cuando constase objetivamente su culpabilidad, lo que equivalía de *facto* a un indulto, siendo dicha decisión inapelable, si bien, en todo caso, el Magistrado podía proponer –práctica habitual– 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 a territorio romano, ceñido a la sazón en la época a tan solo parte de la península itálica.

Sólo el Pueblo romano podía condenar a muerte. No obstante, el procedimiento comicial entrará en crisis, tanto por los problemas técnicos

¹⁴ Vid. DAZA, J.: *Iniciación histórica al Derecho Romano*. Madrid, 1990, pág. 110.

¹⁵ *Ibidem.*, págs. 110 y 111.

¹⁶ *Ibidem.*, pág. 112.

derivados de la necesidad de reunir a una masa cada vez más amplia de ciudadanos romanos diseminados por territorios progresivamente más extensos como, sobre todo, por la crisis política y social de finales del República, crisis que dio lugar a guerras civiles y en cuyo marco el procedimiento comicial se devaluó y 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 originales de castigo y orden público que han de estar presentes –aunque no exclusivamente– en todo sistema penal.

De ahí que desde el S. II a.C. el Senado interviniese progresivamente en la represión de crímenes de especial gravedad o de trascendencia política, llegándose a que el mismo Senado propiciase la creación de Tribunales extraordinarios integrados por Senadores y Magistrados –Cónsules y Pretores–, cual aconteció con los Tribunales Senado-Consulares, vr. gr., respecto de la represión penal de las Bacanales en el 186 a.C.; igualmente se dio el hecho de 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, el que se implantará en el último siglo de una República romana ya agónica.

Los *iudicia populi*, sumidos en un procedimiento farragoso, incompleto e ineficaz para la represión de los delitos, dan paso a la constitución de Tribunales de Justicia, en un principio para cada caso concreto y en una fase posterior instituidos de modo permanente: las *quaestiones perpetuae*, Tribunales creados 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 los albores del Imperio.

4.3.4- *Quaestiones Perpetuae*.

Se ha discutido la existencia de un verdadero Derecho Penal durante la primera época de la República, duda motivada por el amplio arbitrio del Magistrado tanto para la calificación de los hechos como para la individualización de la pena.

MOMMSEM¹⁷, estima que el fundamento del Derecho Penal de la República residía en la *coercitio*, cuyo empleo legítimo "*no era mas que el procedimiento contra la insubordinación y la desobediencia*", y que es defendible como la potestad conferida al Magistrado de sancionar en la *urb*, los actos ilícitos mediante un sistema de medios aflictivos corporales y

¹⁷ Ibidem., pag. 26.

patrimoniales, principalmente la multa como pena, con la admisión de la *provocatio ad populum* como apelación ante el Tribunal del Jurado popular contra la condena impuesta por el Magistrado.

Señala el citado tratadista¹⁸: "*así como el procedimiento penal era la realización de las leyes morales del Estado, la coerción era la realización del poder supremo discrecional de este último, el imperium, sin el cual no hay obediencia posible de los ciudadanos, y por consecuencia, no es posible que exista la comunidad*".

En Roma, concretamente en la primera etapa republicana, se aprecia una limitación del principio de legalidad tanto en cuanto a tipicidad como a punibilidad se refiere, lo que viene propiciado por las escasez de de tipificación de delitos y sus penas, así como por la amplitud de facultades del Magistrado para su determinación, salvo en los supuestos de penas gravísimas como la muerte o multa máxima, que se sometían al régimen de la *provocatio*.

El principio de legalidad sancionadora *Nullun crimen et nulla pena sine previa lege* no se asentará hasta más tarde –formalmente por la obra del ilustrado Beccaría–, cuando superándose la primitiva función vengativa de la pena, que anclaba al Derecho Penal en la potestad privada de la víctima, se introduzcan a mediados del S. II a. C. las *Quaestionis Perpetuae*, por las que confiriendo a la pena, además de la venganza privada, una función preventiva e intimidatoria va a llegarse a la concreción de las penas a los hechos delictivos, con una clara asunción por el Estado del *ius puniendi*, tanto legislativo, como judicial y ejecutivo.

Las *Quaestionis Perpetuae* se relacionan históricamente con el *crimen repetendarum*. La *quaestio de repetundis* sancionó por primera vez, en torno al 171 a. C., los abusos de poder cometidos por los Magistrados en las provincias de *Hispania*, y motivó que el Senado, oyendo las quejas por el expolio causado por varios Magistrados y con la finalidad de su recuperación, nombrara para el enjuiciamiento y castigo de los hechos un colegio de cinco *recuperatores* elegidos entre los propios Senadores, facultándose a los denunciantes para nombrar de entre los Senadores a los *patroni* a los efectos de su representación y asistencia en el juicio.

A partir de la *cuaestio repetendarum* se fueron creando otros órganos de investigación y acusación, denominados por tal motivo *quaestiones*, las cuales representan para MOMMSEM¹⁹ el tránsito del proceso penal privado comicial al proceso penal público ante el Tribunal Popular del Jurado

¹⁸ Ibidem., pag 35.

¹⁹ Ibidem., pág. 45.

presidido por un Magistrado: "*La transformación del antiguo procedimiento penal de los comicios con el Magistrado en el posterior procedimiento por quaestiones no consistió, sustancialmente, en otra cosa que sustanciar los delitos públicos en la misma forma en que se hacía uso del procedimiento privado, pues, por una parte se concibió el juicio como una controversia jurídica entre la comunidad y el inculpado, y por otra, una vez que fue regulada la representación de la comunidad, el procedimiento por jurados se aproximó mucho al que usaban los Comicios, ya que el jurado único o el pequeño Tribunal de los recuperadores fue reemplazado por grandes colegios de jurados, y la presidencia de estos grandes colegios le fue encomendada a un Magistrado*".

De singular influencia en éste proceso son también las siguientes leyes:

1- *Lex Comelia de Maiestate* del 81 a. C., cuya *quaestio* tipifica penalmente cualquier ofensa grave contra la dignidad del Estado.

2- *Lex Comelia de Sicarios et Veneficis* sobre bandas armadas o sobre sicarios y envenenadores, *quaestio* que conoce de cualquier atentado contra la vida incluso el parricidio y el asesinato.

3- *Lex Licinia de Sodaliciis* represora del crimen de las denominadas *societates secretas* y de sus ilícitas actividades de fraude electoral.

DAZA²⁰ mantiene, igualmente, que los Tribunales extraordinarios o *quaestiones extraordinariae* surgen para la represión del crimen de *repentundae*; esto es, los abusos, apropiaciones indebidas y malversaciones de los Magistrados, principalmente en las provincias, estimando que la primera ley que estableció éste procedimiento de forma regular fue la *Lex Calpurnia repetundarum* –149 a. C– seguida de la *Lex Afilia* –123 a.C.

La permanencia de estos Tribunales a partir de la época de los hermanos *Graco* –Cayo Sempronio y Tiberio– hace que reciban el nombre de *quaestiones perpetuae*, ampliando progresivamente su competencia material a otros *crimina*.

Ante los *quaestiones perpetuae* cualquier ciudadano podía presentar una *acusatio*, iniciándose el proceso con la *postulatio* o petición al Magistrado del comienzo de la actuación, procediéndose seguidamente a la *nominis delatio*, o acusación formal, que aceptada por el Magistrado abría la segunda fase del procedimiento, la composición del Jurado, que validamente constituido abría el debate bajo la presidencia del Pretor, quien por último

²⁰ Ibidem., pág. 250.

daba a conocer el resultado de las votaciones secretas de los miembros del Jurado.

Concluye DAZA, significando que las sentencias del Tribunal del Jurado no estaban sujetas a revisión, hasta que avanzada la época imperial se introdujo la *appellatio* o recurso al Emperador para ciertos delitos y penas graves.

En otro orden de cosas, las *Cognitio Extra Ordinen*, en la última fase del proceso romano y desde el comienzo del Imperio, van a tipificar, sancionar y establecer la competencia para su enjuiciamiento de nuevos delitos graves, alterando el funcionamiento tradicional del Jurado al regular nuevos procedimientos fuera del *ordo iudiciorum*, con gran impronta en el orden jurisdiccional penal²¹, donde gradualmente atrae los delitos competencia de los *questiones perpetuae*.

En la *cognitio extra ordinen*, a diferencia de las *questiones perpetuae*, el Magistrado disponía de un mayor margen de actuación y libertad para la apreciación de los hechos y sus circunstancias, lo que en el campo penal permitió la elaboración de conceptos de la hoy conocida como parte general que sirvieron "para fijar las líneas directrices del órgano juzgador, tales como los de preterintencionalidad, causalidad, provocación, premeditación, complicidad, delito intentado, frustración, etc".

A principios del S. III de nuestra era desaparece la competencia de las *questiones perpetuae* y el proceso en éstas regulado, quedando el régimen de la represión criminal unificado en el sistema de la *cognitio*, acentuándose la tendencia a que se aplique un único sistema procesal tanto a los asuntos civiles como penales.

El origen de las *questiones perpetuae* es buscado mayoritariamente en las *questiones repetundarum*, apropiaciones ilícitas y extorsiones cometidas por los Magistrados romanos en perjuicio de los pueblos aliados o sometidos a Roma.²²

Las *questiones repetundarum* para la represión del *crimen de repetundi*, sirvieron de modelo a otros Tribunales colegiados, creados posteriormente para la represión de crímenes, tanto políticos como comunes, atribuyéndose su consolidación y generalización a 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 la potenciación de su carácter permanente, en detrimento de las asambleas populares.

²¹ Cfr. BURDESE: *Manual de Derecho Público Romano*. Barcelona, 1972, pág. 135.

²² Vid. SANTALUCÍA, B.: *Derecho penal...*, op. cit. pag. 78.

El nuevo sistema de las *quaestiones perpetuae* o *Tribunales-quaestio*²³, de investigar e inquirir permanentes, 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 merecedores de pertenecer a esta clase privilegiada–. Cada uno de estos Tribunales –en número de siete en la organización de Sila– 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 dictado de sentencia condenatoria.

Seguidamente se reseñan las diversas *quaestiones perpetuae* de sucesiva creación, articuladas según la definitiva sistematización dada por la *lex Iulia iudiciorum publicorum* de Augusto –paralela a la *lex Iulia iudiciorum privatorum*– aprobada en el año 17 a.C.; así, sin perjuicio de las *quaestiones repetundarum*, para el *crimen repetundarum*, merecen destacarse los siguientes *crimina publica* tipificados expresamente por ley:

- 1- *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.
- 2- *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.
- 3- *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*.
- 4- *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.
- 5- *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

²³ Vid. TRILLO NAVARRO, J. P.: *El Jurado: historia y...*, op. cit., págs. 83 a 86.

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.

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

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

8- *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 la *lex Fabia de plagiariis* de fecha incierta –209 o 183 a.C., o, según MOMMSEN, de principios del S. I a.C.– y se imponía al efecto la pena de una multa de 50.000 sesteracios en favor del *Populus Romanus*.

9- *Crimen iniuriis*: supuestos graves de lesiones físicas realizadas a un hombre libre –*iniuria atrox*– tales como flagelaciones –*verberatio*– o golpes, así como también el allanamiento de morada o 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 un 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.

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

11- *Crimen annonae*: para reprimir el acaparamiento y especulación llevada a cabo con el propósito de incrementar artificialmente el precio del trigo, así como la usura.

En los últimos años de la República ejercían jurisdicción en Roma nueve Tribunales permanentes, de los que cinco conocían del enjuiciamiento de

delitos políticos –*maiestas, repetundae, ambitus, peculatus, vis*– y cuatro de delitos comunes, homicidio, parricidio, falsedad e injurias graves.

4.3.5- El procedimiento en las *Quaestiones Perpetuae*.

Presenta naturaleza jurídica acusatoria y podía ser instado por cualquier ciudadano privado como representante del interés público –quasi Magistrado–, 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. Tiene lugar con las *orationes* del acusador y del acusado –o de sus patronos– y el examen de los testimonios de cargo y descargo. 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 imputado. 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 cabe 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 la competencia para conocer del mismo es atribuida a la misma *quaestio* competente para el delito sobre el que versó la acusación formulada.

Las *quaestiones perpetuae* tenían su ámbito de aplicación –subjeto y territorial– 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*, compuesto por 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 perpetua* 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– con la *lex Julia iudicorum publicorum*, coetáneamente a la *lex Julia iudicorum privatorum*, que reordenó el proceso privado, en época de Augusto sobre el 17 a.C.

El procedimiento de las *quaestiones* coexistió dentro de la propia ciudad de Roma con el poder de la *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*.

4.4- 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 del progresivo cambio de un procedimiento a otro se aprecian en las siguientes características de las *quaestiones*:

1- 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.

2- 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, ni al concurso de otras personas, no existiendo la posibilidad de graduar las penas.

3- Éste procedimiento sólo estaba previsto para ciudadanos romanos y en Roma.

4- 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 el que desaparece la participación de los jurados y cualquier asunto penal es de la competencia el Emperador y un delegado que asume las funciones de instruir y dictar sentencia. Tal procedimiento se designará *cognitio extra ordinem*, dado que se desarrolla al margen del sistema procesal y criminal del *ordo iudicorum*.

4.4.1- *Cognitio Extra Ordinem.*

El procedimiento *extra ordinem* comienza a perfilarse con la creación por Augusto de dos nuevos Tribunales –que se suman a los siete instituidos por Sila–, 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 más absoluto jurisdiccional; tiene potestad de avocar, reclamando el conocimiento de cualquier hecho delictivo, incluso el asumido por una *quaestio* concreta, sustrayendo el conocimiento de este hecho al Juez ordinario; su jurisdicción incluye la competencia para conocer en apelación de todas las sentencias pronunciadas tanto dentro como fuera de la península itálica por Magistrados y funcionarios subordinados a él –*appellatio ad Caesarem*– y ejerce su poder de jurisdicción delegando de modo general y permanente en ciertos funcionarios propios: en Roma y toda Italia los cuatro *praefect - urbi, praetorio, annonae y vigilium*–, y para las provincias los *legati augusti* y los *procuradores* y también especiales –Jueces *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 desplazar a las *quaestiones perpetuae*.

Los *praefecti praetorio* tenían la misma jurisdicción en el resto de la península itálica y, además, a partir del S. 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* ostentan jurisdicción respecto de los acaparadores o especuladores de trigo y usureros. 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 a la jurisdicción de los gobernadores de las provincias, a los que también se les otorgó competencia 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 Ss. 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 repetundarum*, 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.

4.4.2- Procedimiento judicial de la *Cognitio Extra Ordinem*.

El procedimiento *extra ordinem*, que terminó con la desaparición del principio republicano de inicio del proceso *ex quibus de populo*, presentaba las siguientes características:

1- Inquisitorio.- El proceso se promovía de oficio y no precisa una acusación formal; los denunciantes –*delatores*– eran simples informadores, no acusadores. Sólo en los antiguos crímenes recogidos en las *leges iudicorum publicorum*, estaba prevista la acusación pública.

2- Legitimación.- 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, ampliando tal posibilidad a otras personas antes excluidas, como mujeres y niños.

3- 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 y excluyendo a otras en virtud de sus relaciones personales entre acusador y acusado.

4- Se establecen casos de acusación obligatoria.

5- Se regula un procedimiento general que se organiza en su vía penal –*criminaliter agere*– en paralelo a la civil –*civiliter agere*–, con arreglo 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 los 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.

6- El procedimiento judicial en sí tiene lugar de oficio, aunque medie una delación o acusación particular, y se desarrolla íntegramente ante el Magistrado con arreglo al principio inquisitivo, perdiéndose la publicidad y el proceso tenía lugar en gran medida exclusivamente ante el Magistrado.

4.4.3- Nuevas penas.

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

Las penas fijadas en el *ordo iudicorum* son sustituidas por otras de mayor gravedad, reapareciendo la pena de muerte para los ciudadanos romanos, que casi desapareció sustituida por la del exilio *-aqua et igni interdictio-* en la República.

Como ejemplo de esta evolución punitiva se destaca la pena de muerte. En la ejecución de la pena de muerte cabrán diferentes tipos de ejecución, las 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-* todas ellas aplicadas sobre todo a personas *humiliores*. Otras penas implicaban la reducción a la esclavitud del reo, con la consiguiente pérdida de la ciudadanía romana; en este sentido, 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-*. Significativa era la condena a luchar como gladiador *-damnatio in ludum gladiatorum-* o contra las fieras en el circo *-damnatio in ludum venatorium*.

Otra pena más propia de los ciudadanos *honestiores* era la *deportatio*, o deportación perpetua a una isla u oasis del desierto, con la consiguiente confiscación de todo el patrimonio y pérdida de la ciudadanía romana, y la *relegatio*, similar 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-*, normalmente accesoria de las penas graves; dándose, por último, la pena de multa. La reducción a prisión tenía carácter provisional o preventivo en tanto se condenase o ejecutase al reo.

Por otra parte, el hecho de que el proceso se encomendase a un Magistrado conecedor del Derecho que dirigía toda la causa en su fase de instrucción, competente igualmente para el enjuiciamiento y fallo, posibilitó 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 individualización 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 *honestiores* se le solía imponer por el mismo delito una pena inferior que si pertenecía a las clases inferiores o *humiliores* o si era esclavo, todo lo cual evidencia una decadencia del

espíritu jurídico romano paralela a la consolidación del absolutismo imperial desde la gran crisis política y social del S. III d. C.

No obstante, la discrecionalidad de los Magistrados juristas no puede entenderse como pura arbitrariedad, sino que se desplazaba dentro de los límites, muy amplios, marcados por las propias constituciones imperiales; pero sin llegar a la indulgencia –*gratia*– para con el condenado, reservada al Emperador.

4.4.4- Nuevos delitos.

La definición típica de determinados crímenes evoluciona y la acción antes reprochada jurídicamente como ataque al Estado romano pasa a ser valorada como ataque al Emperador; y así, el catálogo de crímenes contemplados en las *quaestiones* se amplía a ciertos delitos de persecución pública, tales como:

1- 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.

2- Se amplía el ámbito del *crimen repetundarum* hasta comprender los abusos cometidos por cualquier Magistrado o funcionario, tipificándose específicamente el *crimen concussionis*, desarrollo del anterior, que sanciona al Magistrado o funcionario que extorsiona a un ciudadano exigiéndole una suma de dinero para, a cambio, ejecutar u omitir una determinada actividad administrativa o jurisdiccional propia de su cargo, tipo semejante al cohecho impropio de los artículos 425 y 426CP de 1995.

3- El *crimen repetundarum* pasa a ser perseguido por una doble vía, penal y civil, ya que mientras la antigua pena de multa por el duplo 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.

4- En el crimen de homicidio se incluye la muerte dolosa 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, sustancias abortivas o la corrupción al Juez de lo criminal para que dicte una sentencia de muerte.

5- Respecto del *crimen ambitus*, una vez perdida la significación que tuvo originariamente, 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.

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

7- En el *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, supuesto de hecho similar a la realización arbitraria del propio derecho del artículo 455 CP de 1995.

8- En el delito de injurias los casos más graves *-iniuria atrox-*, que ya fueron incluidos dentro de las *quaestiones perpetuae*, son objeto también de penas corporales como la flagelación, deportación, trabajo en las minas *-deportatio, opus in metallum-* o incluso la muerte.

Del mismo modo, se procede a tipificar nuevos delitos, tales como:

1- El *stellionatus*, de contornos imprecisos y que engloba supuestos de dolo sancionables por 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.

2- Favorecer a bandidos o la corrupción de menores, delitos que se castigan con la pena de *damnatio in metallum*, la *relegatio in insulam* o el exilio.

3- 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, figura típica que protege la posesión civilísima del artículo 440 del Código Civil vigente.

De otra parte, delitos que con anterioridad eran competencia de la acción penal privada, pasan ahora a ser figuras de represión pública, entre ellos y dentro del delito de *furtum*, los ladrones de ganado *-abigei, abactores-*, ladrones que operan en los baños públicos *-fures balneari-*, carteristas *-sacculari-*, los que se introducen en las casas *-derectarii-*, quebrantadores de cerraduras *-effractores-*, encubridores con lucro *-receptatores-*, saqueadores *-expilatores-* y ladrones nocturnos *-fures nocturni-*.

Finalmente, 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 Senadores²⁴.

El breve recorrido típico reseñado pone de manifiesto el influjo que el Derecho Penal romano ha ejercido en nuestro ordenamiento, en el que no únicamente se reciben influencias clásicas en el orden sustantivo civil, sino también, y sorprendentemente significativas, en el área del Derecho Penal sustantivo y tanto respecto a tipificación como a las penas aplicables.

4.5- Evolución del principio acusatorio al inquisitivo en el proceso penal romano.

El tránsito de un proceso penal regido por el principio acusatorio hacia una regulación presidida por el principio inquisitorial cabe esquematizarlo, en relación a las distintas épocas en las que ha dividido el estudio de la regulación procesal penal romana, con el desarrollo siguiente.

4.5.1- Época Arcaica y la Monarquía.

Se dan las siguientes características:

1- Distinción entre Derecho Penal Público y Privado. El primero queda reservado al *pater familias* en razón al amplio concepto de patria potestad, y el segundo a la *cognitio* que se formulaba y tramitaba ante un Magistrado investido de *imperium*, con un trámite previo de denuncia y acusación ante él.

2- La sentencia podía ser objeto de impugnación en apelación para ante los *comitia centuriata*.

3- En el Derecho Penal Público, el Magistrado actuaba de oficio y con amplios poderes, representando a la comunidad, y sin reglamentación del procedimiento.

4- La acción penal corresponde al perjudicado, no dándose la acusación pública, ni el impulso de oficio del proceso.

4.5.2- República.

En la República se aprecian las siguientes singularidades:

1- El juicio era presidido por un *Pretor*, Magistratura investida de *imperium* y *jurisditio*.

²⁴ Cfr. SANTALUCÍA, B.: *Derecho penal...*, op. cit. págs. 99 a 123.

- 2- El proceso se desarrolla ante un Tribunal de Jurado presidido por un Magistrado.
- 3- El procedimiento se regía por el principio acusatorio.
- 4- Las partes podían defenderse solas en ejercicio de autodefensa o por medio de *advocatus*.
- 5- El Jurado votaba en *consilium* su veredicto, absolviendo, condenando o en blanco.
- 6- El Magistrado dictaba sentencia e imponía la pena predefinida para cada delito y procedimiento –*quaestio*–, con limitaciones en su individualización en razón a las circunstancias del hecho y las subjetivas del reo.
- 7- Aparecen las primeras garantías para el acusado, como la de ser oído, la publicidad y la posibilidad de ser defendido por terceras personas, incluso pronunciar la última palabra desde que en la Roma clásica tras el juicio por el asesinato de Clodio por el Pretor de la ciudad se asentase la práctica forense de que el acusado también en las causas no capitales –únicas en las que era preceptiva su indagatoria– pudiera en forma de autodefensa asentir o negar cuanto le pareciera oportuno durante el curso del juicio aún sin que el Magistrado –Pretor, Cónsul o Magistrado-presidente del Jurado en los Comicios– le interrogase²⁵.
- 8- Las sentencias se dictaban oralmente y su motivación queda al arbitrio del Magistrado-Presidente.
- 9- El ejercicio de la acción penal, además de al perjudicado, correspondía a cualquier ciudadano romano, considerándose su ejercicio un honor; delator que asume una posición de quasi Magistrado en defensa de los intereses de la República, lo que muestra la concepción y asunción de responsabilidad de los ciudadanos romanos en el cumplimiento y salvaguarda del Derecho.

4.5.3- Imperio.

Son caracteres de este período los siguientes:

- 1- El procedimiento pasa a ser inquisitivo y secreto.
- 2- Se admitía aplicar tormento y apremios al acusado.
- 3- Los poderes del Magistrado se amplían e invaden los del acusador privado y aún a los correspondientes a los testigos.

²⁵ Cfr. MOMMSEN, T.: *Derecho Penal...*, op. cit. pag. 275.

4- La facultad de cualquier ciudadano romano de ejercitar la acción penal en defensa del Derecho termina por desaparecer, quedando dicha legitimación *ad procesum* restringida a la víctima y perjudicados por el delito.

5- El ejercicio de la acción penal es una manifestación del poder del *Princeps*.

6- El Magistrado investiga e instruye, si bien utiliza a sus auxiliares para tal función, asumiendo igualmente la competencia para el enjuiciamiento y fallo.

7- El Magistrado dispone de potestad para moderar la pena.

8- La sentencia pasa a ser documentada y leída íntegra en público²⁶

4.6- Conclusión.

En el Derecho Penal romano podría afirmarse que en cada una de las épocas en las que su proceso penal admite división existen diversas instituciones con funciones que revisten cierta semejanza, *severa distantia*, con el Ministerio Fiscal actual, en cuanto al ejercicio de la acción penal, pero con diferencias claras en orden a su articulación y ejercicio. Así:

1- Época de la Monarquía.- Cabe destacar 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; mientras que a los *duumviri perduellionis*, especie de Tribunal extraordinario, se le confiaba la función de declarar la responsabilidad criminal y proceder a la inmediata ejecución del reo de *perduellio* sorprendido *in fraganti*.

2- Época republicana.- El sistema de las *quaestiones perpetuae* o Tribunales permanentes –*quaestio*, de investigar e inquirir– presenta características que los aproximan a la aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica que presidirá el 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 postulantes o sometidos al proceso– las penas que podían imponerse por cada uno de estos Tribunales se hallaban previamente señaladas para cada delito. Se mantiene la separación entre delitos públicos y privados.

Este proceso presenta naturaleza jurídica acusatoria y era promovido por cualquier ciudadano privado, considerado como representante del interés público –quasi Magistrado. Ni se daba la acusación de oficio, ni ninguna

²⁶ Vid. TRILLO NAVARRO, J. P.: *El Jurado. Historia y...*, op. cit, págs. 128 a 131.

Magistratura era competente para la investigación y persecución de los delitos públicos.

Lo anterior lleva a afirmar que el sistema de las *quaestiones* implantado por sucesivas leyes, de finales de la República y comienzos del Principado, que tipifican crímenes y establecen las penas respectivas no supuso una asunción implícita por el Derecho Penal romano del principio de legalidad *nullum crimen sine lege*, si bien podría estimarse como su antecedente remoto, a lo que no empece que en el *iudicium populi* republicano el Pueblo tuviese la última palabra respecto a la absolución o condena del imputado y la pena aplicable, como tampoco lo señalado respecto a la vigencia limitada en el ámbito territorial y personal del procedimiento y la existencia de jurisdicciones especiales, ni el que las leyes fijaban en abstracto un supuesto delictivo quedando al margen de toda definición las circunstancias atenuantes o agravantes subjetivas y objetivas, la tentativa en la comisión de un delito o la aplicación concreta de las diversas penas, ni el hecho de que tampoco existía un sistema penal orgánico y sistemático articulado al modo de un Código Penal, sino que la legislación penal romana se forma diacrónicamente mediante sucesivas leyes y *quaestio*, excepción hecha de la *Lex Duodecim Tabularum*.

3- Imperio.- Al final del período imperial los *cuestores*, *curiosi*, *estacionari* o los *irenarcas* tenían la misión de perseguir los hechos punibles, recogiendo las pruebas y practicando diligencias, teniendo en el Prefecto del Pretor a su superior jerárquico, el cual gozaba de la facultad de administrar justicia, figura que admite su consideración de *antecedente remoto del Ministerio Fiscal*; si bien pueden ser considerados auxiliares del Magistrado encargado de administrar Justicia, que asume las funciones de investigación, instrucción –preparar el juicio oral recogiendo los elementos probatorios e identificando al responsable– y enjuiciamiento, funciones que aunadas en la misma Magistratura presentan los caracteres propios del sistema procesal penal inquisitivo.

Finalmente, y a modo de conclusión, se atisba la presencia, ciertamente incipiente y embrionaria, del Ministerio Fiscal –institución claramente estructurada en el Derecho Moderno– en el Derecho Penal romano conforme al siguiente resultado:

1- El procedimiento de *coercitio* del Magistrado, calificable de administrativo o policial, dentro de las competencias de seguridad y Policía del Estado.

2- La *provocatio ad populum*, en la que el Magistrado que ha dictado sentencia somete su decisión, a instancias del reo, al Tribunal de los ciudadanos, *comitia*, figura que si bien difiere notablemente de la actuación del Ministerio Fiscal, se podría considerar –*severa distantia*– tal actuación del Magistrado como la propia de 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 MOMMSEN²⁷, una apelación a los *comitia* de lo fallado por el Magistrado. En este proceso el principio inspirador, sobre todo en lo que se podría llamar la instrucción efectuada por el Magistrado, es el inquisitivo.

3- Las *quaestiones perpetuae*, en las que asume la función de acusar un ciudadano, limitándose el Magistrado-Presidente –Juez *tertium inter partes*–, de un Tribunal de Jurado –claramente de corte y signo puro de veredicto no vinculante, que ha resuelto sobre la culpabilidad o inocencia del acusado–, a imponer, en su caso, la pena que cada *lex* que instituye la *quaestio* prevé. Esta fase admite estimarse como la auténtica consagración del principio acusatorio puro en el Derecho Penal romano.

4- 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 Juez sentenciador, clara manifestación del principio inquisitivo.

5- El *Princeps* asume la responsabilidad del mantenimiento de la paz y de la seguridad pública, encomendando el ejercicio de la acción penal, no a particulares como en la República, sino que tal función es asumida por el Estado como manifestación de su potestad de castigar –*ius puniendi*– a través de los Magistrados, acumulando ambas funciones de acusar y juzgar.

La aportación más destacada durante la República fue la introducción de un proceso de participación popular, *iudicium populi*, institución que es claramente acreedora de ser considerada como el origen del Tribunal de Jurado²⁸ continental y concretamente el establecido en España en los Ss. XIX y XX, así como la consagración del principio acusatorio, su origen remoto, en el proceso penal.

Sólo cuando el *Princeps*, en la época del Imperio, estima insuficiente para el mantenimiento de la seguridad el encomendar el ejercicio de la acusación a los ciudadanos romanos, 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 que se cometan, es cuando surgen instituciones depositarias del *ius puniendi*; y el único rasgo común con el Ministerio Fiscal actual es el ejercicio de la acusación, el que, en esta época, se residenciaba principalmente en el mismo Magistrado que juzgaba.

²⁷ Ibidem., págs. 300 a 302.

²⁸ Ibidem., págs. 47 a 133.

5. ANTECEDENTES DEL MINISTERIO FISCAL EN LA EDAD MEDIA.

Durante la Alta Edad Media predominó un sistema de *justicia privada*, conforme al cual los propios particulares velaban por el mantenimiento del orden jurídico y, en caso de ser quebrantado, procedían a su reparación, ejerciendo el ofendido la *venganza de la sangre*.

A partir del S. XI la administración de la Justicia aparece como tarea principal del Monarca, que debe mantener el orden del reino, desarrollándose una jurisdicción ordinaria y varias especiales, siendo el Rey, asistido de un Consejo –*curia*– el supremo órgano jurisdiccional de apelación.

Al final de la etapa altomedieval se institucionaliza la Administración de Justicia, con nombramiento de Jueces de carácter estable y profesional. Junto a los Jueces populares surgen los Jueces técnicos, concedores del Derecho de los fueros y del más complejo mundo jurídico que la *Recepción del Ius Comune* trae consigo. La Administración de Justicia deja de depender de la instancia de los particulares, apareciendo un procedimiento *de oficio*, en virtud del cual los delitos son perseguidos con independencia del requerimiento o impetración de la parte ofendida²⁹.

Se suele vincular a los Fiscales del Ministerio Público con figuras burocráticas históricas, tales como:

1- Los *sayones*, oficiales visigóticos, simples subalternos de la Administración de Justicia que 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.

2- El *Adelantado Mayor de la Corte*, encargado de la defensa en juicio de determinadas personas consideradas socialmente desvalidas.

El *Fuero Juzgo* contiene diversas disposiciones relativas, de una parte, a la creación de los *personeros del Rey*, reconociendo no sólo a los Reyes sino también a los obispos y a los nobles el derecho a nombrar personas que les representen en los asuntos judiciales –Ley 1ª, Tit. III, Libro II– y, de otra, a la existencia de una Magistratura encargada de la defensa de los bienes de la

²⁹ Vid. ESCUDERO, J. A.: *Curso de Historia del Derecho*. Alambra. Madrid, 1986, págs. 596 y 597.

Corona –Ley 2ª, Tit. I, Libro XII– *Comitem patrimonii aut actoris fisci nostri*”, defensor de nuestro patrimonio o de nuestras cosas.³⁰

En *Las Partidas* –Partida 4, Tit. 18, Ley 12– el Fiscal o Procurador Fiscal es denominado *patronus fisci*, y se le define como el “*hombre que es puesto para razonar y defender en juicio todas las cosas y los derechos que pertenecen a la cámara del Rey*”.

CONDE-PUMPIDO³¹ cita como origen más inmediato del Fiscal las *Cortes de Briviesca* –1387–, en las que el Rey trastámara Juan I proclamó: “*A los que nos pedisteis, por merced, que pusiera un buen hombre e Letrado e de buena fama por nuestro procurador fiscal a esto vos respondemos que nos place y nos lo entendemos poner tal cual cumple a nuestro servicio*”. Es el primer texto en el que aparece expresado el nombre, e incluso el concepto, de la entonces novedosa institución Fiscal.; procuradores fiscales a los que en esas mismas Cortes y en aras al seguimiento del gasto del dinero concedido al Rey, le es conferida la misión siguiente: “*...nos pidites por merced que vos mandasemos mostrar en que se dispendio aquello con que nos servieron estos mnusretros rengos en anno*”³².

El desarrollo de la misma coincide con la creación de las *corporaciones judiciales*. En las *Cortes de Toro* de 1371 al tiempo de crearse la primera Audiencia se estableció en ella un Procurador Fiscal. En las *Cortes de Madrid* de 1433 se habla del *promotor fiscal* como perseguidor de los *maleficios*, disponiendo el Rey al contestar la petición de las Cortes “*...que los facedores perpetradores de lo susodicho, sean acusados e denunciados por el promotor fiscal ante los mis alcaldes...*”.

En Castilla, los fueros municipales habían autorizado a los pueblos para nombrar funcionarios que inspeccionaran la Administración de Justicia ayudando a la averiguación de los delitos graves.

La Justicia penal en primera instancia era impartida por los corregidores, Juez único de su distrito tanto en lo civil como en lo penal³³, y los alcaldes mayores. Existían dos tipos de corregidores, los Letrados –juristas– y los de capa y espada, legos que eran auxiliados por el Alcalde Mayor; además, ejercían funciones los corregidores de territorio de realengo, nombrados por

³⁰ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *El Ministerio Fiscal*. Aranzadi. Elcano, 1999, pág. 29.

³¹ *Ibidem.*, pág. 30.

³² Vid. VALDEÓN BARUQUE, J.: “Los primeros trastámaras”. www.artehistoria.jvyl.es, 14 de agosto de 2007.

³³ Vid. ESCUDERO, J. A.: *Curso de Historia...*, op. cit. pág. 789.

el Rey, y los de territorio de señorío, éstos nombrados por el Señor en cada Partido Judicial.

El procedimiento era de corte inquisitivo, el mismo Corregidor investigaba y dictaba sentencia, breve y sin motivación, auxiliándose de los escribanos para toma de declaraciones de testigos, siendo preceptiva la declaración de al menos dos y la confesión, principales medios de prueba; auxiliándose de los alguaciles para el mantenimiento del orden.

Como órganos de apelación asumen competencias las Audiencias, y respecto de las resoluciones dictadas por éstas las Chancillerías y, como órgano supremo, el Consejo de Castilla en la Corona de Castilla y el Consejo de Aragón en la de Aragón. En esta época no existía división de poderes y el Consejo Real asumía funciones, tanto legislativas como ejecutivas y de Administración de Justicia, bajo la dependencia directa del Rey.

Existía un Fiscal en el Consejo de Castilla con funciones de protección del patrimonio real, constituyéndose más tarde diversos Fiscales en las Audiencias y Chancillerías, órganos jurisdiccionales de apelación.

En cuanto a su nombramiento, eran propuestos por las Cámaras –órganos de composición reducida, tres o cuatro camaristas o consejeros, con las únicas funciones de propuestas para nombramientos de los oficios públicos– y nombrados por el Rey. En la época de los *validos* –iniciada con Felipe III– eran éstos los que elevaban las propuestas de nombramiento.

Ejercían funciones jurisdiccionales dos Chancillerías –Valladolid y Granada³⁴–, teniendo como línea divisoria el Tajo, y funcionaban como órgano de apelación en salas de lo civil, lo criminal y de hijosdalgos, denominándose sus componentes como *oidores*, *alcaldes del crimen* y *alcaldes de hijosdalgos*.

Las Audiencias Provinciales funcionaban como salas de lo civil y de lo criminal, radicadas en el S. XV en Sevilla, Canarias y Galicia, aumentando en el XVIII Asturias y Extremadura, en la Corona de Castilla, además de Mallorca y Valencia en la Corona de Aragón.

En este período el Gobierno de la Monarquía correspondía al Rey, asistido de varios *Consejos*; a saber: Consejo Real; Consejo de Estado con funciones de relaciones exteriores; Consejo de Hacienda; Consejo de Ordenes Militares; Consejo de Indias; Consejo de Guerra; Consejo de Italia; Consejo

³⁴ Ibidem., pág. 599.

de Aragón y Consejo de Portugal. Actuaban tanto en el ámbito político como legislativo y judicial³⁵. No existía la división de poderes propia del sistema posterior. Esta forma de gobierno, previa a la división de poderes, se ha dado en denominar *sinodal*. Estos Consejos se reunían en Pleno, en Salas y, para tratar asuntos concretos, esporádicamente en Juntas.

El cargo de oficial público, entre ellos el Corregidor, estaba sometido a inspección durante el ejercicio del cargo mediante el sistema de visitas, una vez cesado el cargo por el juicio de residencia³⁶ y en una fase posterior con arreglo al sistema de pesquisa.

En 1783, se puede afirmar, se funcionariza la *Carrera Judicial*, estableciéndose tres categorías en la Judicatura, de *ingreso, ascenso y término*, debiendo permanecer en cada una de ellas un periodo mínimo de seis años. Más tarde se podía ascender a Canciller y Consejero, siendo el cargo vitalicio.

En esta época se contabilizan entre Corregidores, Alcaldes Mayores, Chancilleres y Consejeros un número aproximado de oficiales públicos –así se denominaban todos los cargos– de 1.000, los que actuaban en 420 partidos judiciales en los que estaba dividida España³⁷.

Juan II mandó crear un Fiscal y los Reyes Católicos lo establecieron en cada una de las Chancillerías. Un Tribunal de Justicia conocido con el nombre de Real Audiencia, presidido por el Rey, fue establecido en la Corte con carácter itinerante conforme a los desplazamientos del Monarca, proviniendo su denominación del hecho de que sus acuerdos o providencias iban autenticados con las armas y sellos del Rey puestos por el Chanciller.

Estos monarcas establecieron dos *procuradores fiscales* –promotores– a los fines de que tuvieran el cuidado de denunciar y acusar los *maleficios*, desempeñando su cometido únicamente en la Corte. Este se puede considerarse como el origen de la acción pública en España, según puede leerse en la Novísima Recopilación: “*porque los delitos no queden ni finquen sin pena ni castigo por defecto de acusador: y porque el oficio de nuestro procurador fiscal es de gran confianza y cuando bien se exercita se siguen de él grandes provechos, así en la ejecución de nuestra Justicia como en pro de la nuestra Hacienda...*”.

³⁵ Ibidem., pág. 759.

³⁶ Ibidem., pág. 757.

³⁷ Vid. GÓMEZ RIVERO, R.: “La Administración de Justicia en los siglos XVI a XIX”. Lección magistral impartida en el curso de doctorado, Facultad de Derecho, Universidad Miguel Hernández. Elche, 16 de marzo de 2005.

La figura fue implantada más tarde en las Chancillerías de Valladolid, Ciudad Real trasladada a Granada, Galicia, Sevilla y Canarias, adquiriendo desde ésta época el carácter y las condiciones de una institución benéfica y protectora. Más tarde se extendió a las Audiencias, disponiendo Felipe II que hubiera en cada una dos Fiscales, uno que asistiera a las causas civiles y otro a las criminales, sistema que imperó hasta el S. XIX.

En Valencia y Navarra existían los *patronos del fisco*, ejerciéndose el patronato del Estado por dos funcionarios: el *Abogado fiscal* o *fiscal*, encargado de la acusación de los delitos, y el *Abogado patrimonial*, a quien le correspondía el ejercicio de las acciones del Real Patrimonio y del Erario, la defensa de los derechos de los Reyes en procesos civiles y el cuidado de que se realizasen los impuestos. En Navarra existía también un funcionario encargado de la defensa de la jurisdicción real en las contiendas entre ésta y la eclesiástica, funcionario al que se denominaba *Procurador Real*.

En Aragón, Jaime II creó la figura de un *Procurador General del Rey*, cuyas facultades no se extendían más que a defender o sostener las causas o pleitos que éste promoviera o se promoviesen contra él.

Felipe V, siguiendo el sistema francés de los *intendentes* –agentes regios directamente dependientes del Monarca y sin propiedad sobre el cargo– procuró organizar el Ministerio Público, la Fiscalía del Consejo de Castilla, con el fin de ejercer un control más riguroso sobre dicho organismo, pieza clave en la organización del reino³⁸. Creó una jefatura de la que dependieran todos los Abogados fiscales que fueran necesarios para el despacho de los negocios; el cargo de Procurador Fiscal lo desempeñaba cualquiera de los procuradores auxiliado por un Letrado. En la primera instancia ejercitaban la acción pública todos los que tenían la aptitud legal necesaria para presentarse en el foro.

En la *Novísima Recopilación* se hace referencia a la creación de los “*Procuradores Fiscales de la Corte*” –Ley I, Tit. XVI, del libro IV que trata de la real jurisdicción ordinaria– y los define como “*promotores para acusar y denunciar los maleficios,...*, según antiguamente fue por los Reyes de nuestros progenitores”, prohibiéndoseles su sustitución por otro *promotor*. Su creación, con carácter permanente e institución fija en primera instancia –Ley VI, Tit. XXXIII, del libro XII que trata de los delitos y sus penas, y de los juicios criminales– se regula disponiendo lo siguiente: “*luego que el Juez pesquisador estimaba concluso el sumario, se hacía saber la causa al ofendido por si se mostraba acusador y cuando no lo hacía el Juez nombraba promotor fiscal, para formalizar acusación o pedir*

³⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO MARÍN, L. M.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Ariel, Barcelona, 2000, pág. 142.

lo que conviniera a su derecho, a un Abogado que había de aceptar el cargo”.

En general, en el Antiguo Régimen la institución del *Fiscal*, con las distintas denominaciones vistas, defendía los intereses de la Corona ante los Tribunales; y en el ámbito penal, regido por el principio inquisitivo, no es necesaria la presencia de un acusador distinto del Juez –Alcalde, Corregidor–, interviniendo el Fiscal sólo como acusador cuando el Rey tuviera un interés en la causa³⁹.

Este sistema imperó hasta el S. XIX sin ninguna alteración ni reforma, hasta que el Decreto de la *Unificación de Fueros* de 1841 igualó la Administración de Justicia en todas las provincias de España.

6- EDAD MEDIA AL S. XIX.

Las funciones del Ministerio Fiscal acrecen durante la Edad Media y la Modernidad, quedando encargado de la defensa, incluso por vía judicial, de los negocios, intereses y rentas de la Corona. Cabe 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 una peculiar y pujante institución: *el Fiscal*.

La reforma borbónica refuerza la importancia de los Fiscales como instrumentos de su política. Durante la primera mitad del S. XVIII los Fiscales actuaban fundamentalmente como promotores de la Justicia según la tradición Romano-renacentista, y todavía en la década siguiente se centran 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 se presentan en este momento histórico como algo más que meros promotores de Justicia, interviniendo en asuntos de gobierno. Durante esta época el instituto del Fiscal alcanza su plenitud como figura mixta, compatibilizando sus competencias en el ámbito de la Administración de Justicia con sus muy relevantes funciones políticas.

Dos rasgos principales caracterizan la Administración de Justicia en el S. XIX:

³⁹ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El derecho penal de la Monarquía absoluta*. Madrid, 1969, pág. 153.

1- *Deslinde de la función judicial respecto de la legislativa y ejecutiva.* La Constitución de Cádiz estableció que las causas civiles y criminales correspondiesen exclusivamente a los Tribunales, prohibiendo al Rey y a las Cortes cualquier intromisión en lo judicial –artículos 242 y 243.

2- *Reducción de las jurisdicciones especiales.* Desaparecida la Inquisición en 1834, le siguen los Juzgados Especiales y el de Hacienda con el Decreto de Unificación de Fueros, quedando sólo la jurisdicción eclesiástica y la de Guerra y Marina⁴⁰.

El primer atisbo de la creación y regulación de un moderno Ministerio Público es de apreciar en algunas de las disposiciones de las Cortes de Cádiz, como el Proyecto de Reglamento para las Causas Civiles y Criminales de 1811 y el Reglamento de Audiencias y Juzgados de 9 de octubre de 1812, estableciendo que el Fiscal debía ser siempre oído en los juicios penales, aunque hubiera parte acusadora, así como en los juicios civiles cuando afectara a la causa pública⁴¹. Se estableció un funcionario del Ministerio Público en cada Tribunal, dependiendo todos ellos de un superior común.

En este período se pueden señalar diversas etapas en la evolución de la institución, correspondiendo a cada una de ellas su regulación propia, de seguido análisis.

6.1- Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835.

Las reformas de 1834 y 1835 –principalmente el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835– implantan Juzgados de Partido con una nueva división judicial, reformas que aportan una trascendental innovación a la institución Fiscal, creando en estos Juzgados de Partido la figura del *Promotor Fiscal*, con atribución de funciones muy próximas a las correspondientes a su configuración actual al recoger que será siempre parte el Promotor Fiscal en las causas por delito público, aunque concurra acusador particular; pasando sus funciones a centrarse sobre:

- 1- Acusación pública en todos los delitos perseguibles de oficio.
- 2- Defensa de los intereses del Fisco.
- 3- Defensa de los negocios pertenecientes a la causa pública.

⁴⁰ Vid. ESCUDERO, J. A.: *Curso de Historia...*, op. cit., pág. 957.

⁴¹ Vid. DÍEZ-PICAZO MARÍN, L. M.: *El poder de acusar...*, op. cit., pág. 143.

4- Defensa de la Real Jurisdicción Ordinaria.

5- Supervisión del correcto funcionamiento de los Tribunales, debiendo poner en conocimiento del Gobierno, abusos e irregularidades observados en la Administración de Justicia –artículos 89 y 103.

El artículo 51, regla 15 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 establecía: *“En toda causa criminal sobre delito que por pertenecer a la clase de público puede perseguirse de oficio, será parte el promotor fiscal del juzgado, aunque haya acusador o querellante particular. En las que versen sobre delito privado no se le oirá sino cuando de algún modo interesen a la causa pública o a la defensa de la real jurisdicción ordinaria”*.

El artículo 101 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 definía al Fiscal y Promotor Fiscal como *“defensores de la causa pública y de la real jurisdicción ordinaria y encargados de promover la persecución y el castigo de los delitos que perjudiquen a la sociedad”*.

La organización interna de la Fiscalía presenta carácter jerárquico y sometimiento pleno a la legalidad. El artículo 105 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 a tal efecto prescribía: *“Los promotores fiscales estarán bajo las órdenes y dirección de los fiscales de la respectiva Audiencia,..., y no pedir ni proponer sino lo que ellos mismos conceptúen conforme a las leyes”*.

Dependía la Fiscalía directamente del Gobierno, al que correspondía el nombramiento y cese de todos los Fiscales. Tal regulación es reflejo del Ministerio Público francés –*modelo napoleónico*–, como institución unitaria y jerarquizada dependiente del Poder Ejecutivo y portavoz del mismo ante los Tribunales, configurándose como institución encargada de ejercer como acusador técnico en un proceso penal de tipo y espíritu acusatorio formal⁴².

Sin embargo, en nuestro Derecho Penal, la trascendencia de tales reformas se limitó a atenuar el principio inquisitivo mediante la celebración de un juicio plenario⁴³.

Se consagró la sumisión del Fiscal a los principios de legalidad e imparcialidad y su carácter independiente y de Magistratura paralela a los

⁴² Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El derecho penal de la Monarquía...*, op. cit., págs. 558 y 559.

⁴³ Vid. Díez-Picazo Marín, L. M.: *El poder de acusar...*, op. cit., pág. 144.

Jueces, claro antecedente de la regulación actual del artículo 124 de la Constitución de 1978⁴⁴.

El RD de 26 de abril de 1844 introduce los principios orgánicos de unidad y dependencia funcional. A su vez, el RD de 9 de abril de 1858 aprueba el primer Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal, regulación que no altera las funciones recogidas en la legislación anterior, acentúa la jerarquía organizativa, vuelve a contemplar el principio de unidad de actuación al establecer que los Tenientes y Abogados Fiscales actúan por delegación de su respectivo superior y, en consecuencia, resultan intercambiables, recogándose así mismo la movilidad de todos los miembros del Ministerio Fiscal.

6.2- La Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870.

Esta ley, que con ligeras modificaciones permaneció en vigor hasta la aprobación de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, supone el inicio de la andadura de la *Carrera Fiscal independiente de la Judicial*, estableciendo un auténtico estatuto orgánico en el Tit. XX, “*Del Ministerio Fiscal*” –artículos 763 a 854–, regulando la planta, dotación nombramiento, honores, separación y suspensión, responsabilidad, atribuciones, principios de unidad y dependencia, recusación y correcciones disciplinarias, remitiéndose en lo no previsto expresamente en estos artículos a lo dispuesto para Jueces y Magistrados. Se establece el sistema de acceso mediante oposición, favoreciendo la estabilidad y profesionalidad –artículos 769 y 770.

Se mantienen las funciones que tenía encomendadas en la legislación anterior, la principal velar por la *observancia de esta Ley y las demás que se refieren a la organización de los Juzgados y Tribunales*, estimando CONDE-PUMPIDO⁴⁵ que la defensa de la legalidad encomendada por esta Ley al Ministerio Fiscal se limita a la legalidad de la organización y funcionamiento de los Tribunales.

Sus relaciones con el Gobierno siguen el modelo de Ministerio Público napoleónico, prolongación del Ejecutivo en sede jurisdiccional que se concreta –artículo 763– al establecer que ostentará la “...*representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial*”.

En su relación con el Ejecutivo se refuerza el principio de dependencia del Gobierno, estableciendo el artículo 841 lo siguiente que “*el Fiscal del*

⁴⁴ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 32

⁴⁵ *Ibidem.*, pág. 33.

Tribunal Supremo será el jefe del Ministerio Fiscal de toda la Monarquía bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia”.

Vuelve a afirmarse el principio de *unidad y dependencia jerárquica* –artículos 842 y 843– al prescribir que “...cada Fiscal se arreglará a las instrucciones que sus superiores jerárquicos le comuniquen...”, pudiendo nombrar el superior jerárquico a otro de sus subordinados para que sustituya al Fiscal que haya efectuado objeciones de legalidad sobre la orden recibida.

Otra de las características distintivas es la *movilidad*, justificada arguyendo que los deberes del cargo exigen tal condición y que la circunstancia de ser representante del poder público conlleva la posibilidad de ser cesado o trasladado cuando haya cambio de Gobierno o los criterios del Fiscal sean distintos. Así lo recoge el artículo 820, que establece: “*El Fiscal del Tribunal Supremo y los Fiscales de las Audiencias podrán ser separados libremente por el Gobierno...*”; por su parte, el artículo 829 refuerza su dependencia del Ejecutivo al disponer que “...*podrán los funcionarios del Ministerio Fiscal ser trasladados libremente por el Gobierno...*”.

De otro lado, la Ley Adicional a la Orgánica de 14 de octubre de 1882, introduce las siguientes novedades:

1- Deja sin efecto la separación que preveía la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial entre la Carrera Judicial y Fiscal, estableciendo una Carrera única de Jueces y fiscales –Tit. II, “*De las condiciones para ingresar y ascender en la Judicatura, Magistratura y Ministerio Fiscal*”, artículo 35.

2- Completa la organización del Ministerio Fiscal –artículo 13– asignando un Fiscal en el Tribunal Supremo y otro en cada Audiencia, en ambos casos con un Teniente Fiscal y el número de Abogados Fiscales que se determinen, así como un Fiscal municipal en cada Juzgado Municipal.

3- Suprime los *Promotores Fiscales* –artículo 56– que antes intervenían en los Juzgados de Primera Instancia, siendo necesario el nombramiento de Fiscales municipales Letrados.

Por RD de 16 de marzo de 1886 se atribuye al Cuerpo de Abogados del Estado, creado por RD de 10 de marzo de 1881, la representación y defensa de la Hacienda y del Estado, antes asumida por el Ministerio Fiscal –artículo 838 de La Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial–, centrándose su actuación en la representación de la sociedad y en el ejercicio de la acción pública.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en cuanto a la actuación del Ministerio Fiscal, en el artículo 105 recoge el principio de *legalidad* y *obligatoriedad del ejercicio de la acción penal*, siempre que existan indicios racionales de la comisión de un hecho que presente los caracteres de delito.

Es la época de la caída del absolutismo y el establecimiento de la división de poderes. El Ejecutivo no se resigna a carecer de una institución para poder intervenir en los Tribunales, y esta institución fue el Ministerio Fiscal, que con distintos regímenes de relación con el Ejecutivo, tales como órgano de representación o de comunicación, con nombramiento de todos los miembros del Ministerio Fiscal o sólo los más altos cargos de la carrera, con posibilidad de su cese y traslado, sujetos por el principio de jerarquía, no sólo ejerce el *ius puniendi* del Estado, sino que puede dar instrucciones para acusar o no e incluso inspeccionar los Tribunales.

7- EL MINISTERIO FISCAL EN EL S. XX.

7.1- Dictadura de Primo de Rivera. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por RD de 21 de junio de 1926.

El EOMF, aprobado por RD de 21 de junio de 1926 y desarrollado por el Reglamento Orgánico de 28 de febrero de 1927, se limita a recopilar y sistematizar la regulación anterior sin alterar la estructura y funciones del MF, presentado los siguientes caracteres:

- 1- Separación de las Carreras Judicial y Fiscal.
- 2- Consagración definitiva del principio de legalidad en la actuación del MF, al establecer en el artículo 1 que el MF tiene por misión esencial velar por la “...*observancia de las leyes...*”.
- 3- Representa al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial.
- 4- Establece el funcionamiento de las Juntas de Fiscalía –artículo 44.
- 5- Se mantiene la movilidad de los miembros del MF –artículo 30.
- 6- Regula el principio de unidad y dependencia jerárquica –artículo 42–. El Fiscal del Tribunal Supremo es el Jefe del MF bajo la inmediata dependencia del Ministro de Justicia, pudiendo impartir las órdenes que estime oportunas ya sea de *motu proprio* como a petición del Ministro de Justicia, designar a cualquiera de los Fiscales para un asunto concreto y dictar las circulares e instrucciones pertinentes para garantizar la unidad de actuación.

7- En sus actuaciones, los miembros del MF deben atenerse a las instrucciones recibidas, sin que en ningún caso puedan dar a entender, ni aun veladamente, si obran por iniciativa y convencimiento personal o por órdenes superiores, esté o no conforme con éstas -artículo 80 del Reglamento.

8- El Fiscal del Tribunal Supremo es nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Justicia.

9- Regula el funcionamiento de la Fiscalía como oficina, con el personal auxiliar y subalterno necesario para su funcionamiento.

10- Reglamenta la Inspección Fiscal.

11- Crea el Consejo Fiscal, como órgano de informe de ascensos, correcciones disciplinarias, evacuación de Consultas del Gobierno, Ministro de Justicia, Fiscal Jefe del Tribunal Supremo y propuestas que estime sobre funcionamiento de la Administración de Justicia, teniendo sus acuerdos carácter de informe y resolviendo el Presidente –el Fiscal del Tribunal Supremo–, pero en caso de discrepancia con la mayoría su decisión sólo es ejecutoria una vez confirmada por el Ministro de Gracia y Justicia.

7.2- II República. Artículo 104 de la Constitución de 1931.

El constituyente de 1931 pretendió dotar de independencia al MF y terminar con las ingerencias gubernamentales históricas en la Administración de Justicia⁴⁶; estableciendo a tal efecto la Constitución de 1931 en su artículo 104 lo siguiente: “*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*”. A su vez, el artículo 97 recoge el nombramiento del Fiscal General de la República como representante y superior jerárquico del MF, propuesto por el Presidente del Tribunal Supremo al Ministro de Justicia de acuerdo con la Sala de Gobierno y asesores jurídicos que la ley determine, al tiempo que establece un estatuto único para ascensos y traslados de Jueces, Magistrados y funcionarios Fiscales. La responsabilidad criminal del Presidente del Tribunal Supremo, de sus Magistrados y del Fiscal de la República se exigiría ante el Tribunal de Garantías Constitucionales –artículos 99 y 121.

Ninguna de estas previsiones constitucionales alcanzó desarrollo legislativo posterior, siguiendo vigente el Estatuto Orgánico de 1926.

⁴⁶ Vid. DÍEZ-PICAZO MARÍN, L. M.: *El poder de acusar...*, op. cit. pág. 150.

7.3- Régimen Franquista.

Cabe resaltar las siguientes regulaciones referidas al MF: artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 y Reglamento Orgánico del MF aprobado por Decreto 437/1969.

7.3.1- Artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado de 1967.

Durante este periodo siguió rigiéndose la actuación del MF por su Estatuto Orgánico de 1926, mereciendo ser destacadas las siguientes normativas:

1- Ley de 23 de diciembre de 1948, estableciendo que la oposición de ingreso para la Carrera Fiscal y Judicial fuese común.

2- Artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, dentro del Título V “*Justicia*”, recoge la tradición de la regulación del MF y su naturaleza de *órgano de comunicación del Ejecutivo* al establecer: “*El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social. Las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se ejercerán por medio de sus órganos, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica*”.

3- Reglamento del EOMF aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero, que configura al MF como *órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia*, teniendo como funciones el mismo elenco señalado por el artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado de 1967.

El término *órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia* resultó muy criticado, entre otros por PRIETO CASTRO⁴⁷, al no expresar la finalidad y objeto de esa comunicación, así como por SERRA DOMÍNGUEZ⁴⁸ y FAIRÉN GUILLÉN⁴⁹, quienes concluyen que esta concepción del MF fue la que permitió que en el Reglamento de 1969 se expresara claramente la subordinación del MF al Ejecutivo.

⁴⁷ Vid. PRIETO CASTRO: “El Ministerio Fiscal en Europa”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 1197, pág. 12.

⁴⁸ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ: “El Ministerio Fiscal”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº III-IV, 1979, págs. 623 a 625.

⁴⁹ Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V.: “El papel del Ministerio Fiscal en el proceso civil”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1974 nº VI pág. 658.

7.3.2- Reglamento Orgánico del MF aprobado por Decreto 437/1969.

Su vigencia deviene de la disposición final segunda del EOMF aprobado por la Ley 50/1981, que deroga el Estatuto Orgánico de 1926, si bien hasta el dictado de un nuevo Reglamento prevé será de aplicación el de 1969 en lo que no se oponga a la propia Ley 50/1981, previsión no derogada ni modificada por la Ley 24/2007.

Define al MF como *órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia*, presentándolo como institución dependiente del Gobierno y estructurada internamente conforme al principio de dependencia jerárquica, mientras que el EOMF de 1981 para referirse a los miembros del MF únicamente emplea el término *funcionario* en tres ocasiones –artículo 20, posibilidad de destacar temporalmente..., artículo 26, facultades de los Fiscales Jefes respecto de los funcionarios que le estuvieran subordinados y en el artículo 36.1 al tratar del sistema de provisión de puestos de trabajo, concurso entre funcionarios...– en el Reglamento es la terminología habitual para referirse a los miembros que integran el MF, clara intención de acentuar su carácter gubernamental.

Ejemplos de esa dependencia del Gobierno se encuentran en las siguientes regulaciones:

- 1- El ascenso a Fiscal General –equivalente en el EOMF a Fiscal de Sala– se efectuará eligiendo libremente por el Gobierno de entre los que reúnan las condiciones previstas en el artículo 24.
- 2- El Ministro de Justicia podrá dirigir al Fiscal del Tribunal Supremo orden escrita o verbal y éste cumplirá dichas órdenes, ejercitando las acciones pertinentes –artículo 86.2.
- 3- La destitución de los funcionarios de la Carrera Fiscal se acordará por Decreto a propuesta del Ministro de Justicia, previo expediente que instruirá el Consejo Fiscal –artículo 51.
- 4- Los funcionarios fiscales serán trasladados conforme a las conveniencias del servicio –artículo 56.

Por otro lado, el Reglamento regula aspectos importantes de funcionamiento y organización que son de aplicación actual en el funcionamiento del MF, tales como los siguientes:

- 1- Para garantizar el principio de unidad de actuación, y teniendo en cuenta que habrá varios Fiscales que intervengan en un mismo procedimiento, las

peticiones hechas, u opiniones formuladas oficialmente, obligan a seguir el mismo criterio al funcionario que actúe posteriormente, criterio que sólo previa Consulta con el Fiscal Jefe puede alterarse –artículo 94.2.

2- Se encomienda al FGE y a los Fiscales Jefes la resolución de las Consultas que les eleve cualquiera de sus subordinados sobre asuntos concretos, planteando la cuestión dudosa y exponiendo razonadamente y a su juicio el modo legal de resolverla –artículo 92–, pudiendo formularse por escrito u oralmente y debiendo dejar constancia en la carpetilla del procedimiento correspondiente –artículo 115.

3- Los Fiscales Jefes organizarán los servicios y serán responsables de la distribución del trabajo procurando que ésta sea equitativa, pudiendo encomendar al Fiscal que consideren conveniente el despacho de un asunto, aunque no le correspondiera –artículo 108.

4- Los Fiscales Jefes deberán despachar las causas y asistir a los juicios de mayor importancia, atendida la gravedad de la pena asignada, la alarma social, el riesgo para el orden público y la condición de los intervinientes –artículo 109.

5- Los Secretarios de las Fiscalías –artículo 112–, útil y ausente figura en la organización actual.

6- Ordena los libros registro de necesaria llevanza en cada Fiscalía –artículos 113 y 114.

7- Detalla el rellenado de carpetillas, en extracto, tanto para asuntos civiles como penales –artículo 118–, con un resumen de las declaraciones de imputados, testigos y peritos, extracto lo suficientemente expresivo como para que el Fiscal asistente a juicio tenga suficiente conocimiento de su contenido –artículo 116.

8- Regula una técnica fundamental para mantener la unidad de criterio, el *visado*, supervisión y corrección, por el Fiscal Jefe, en su caso, de los proyectos de escrito de acusación –artículo 116.

En resumen y con DÍEZ-PICAZO⁵⁰, el MF hasta la Constitución de 1978 presenta las siguientes características:

1- Su misión primordial era el ejercicio de la acusación pública en un proceso penal de corte acusatorio meramente formal y con un acentuado protagonismo del Juez de Instrucción en la fase sumarial.

⁵⁰ Vid. DÍEZ-PICAZO MARÍN, L. M.: *El poder de acusar...*, op. cit., pág. 150.

- 2- Su organización interna responde a los principios de jerarquía y unidad.
- 3- Dependencia del Gobierno a través del Ministerio de Justicia.
- 4- Institución servida por funcionarios de carrera estrechamente vinculados –mismo proceso de acceso– a la Judicatura.
- 5- Su definición y estructuración como órgano de comunicación entre el Gobierno y el Poder Judicial dejaba vía libre a todo tipo de intromisiones del Ejecutivo, de ordinario justificadas en un supuesto interés social o por el mantenimiento del orden público⁵¹.

8- CONCLUSIONES DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

El hito que en la historia de España constituye la aprobación de la Constitución de 1978, la instauración del Estado Social y Democrático de Derecho que diseña y el cambio integral del ordenamiento jurídico que ha supuesto, marcan la línea divisoria que cabe apreciar en la evolución del modelo de MF en España, permitiendo distinguir las fases pre y postconstitucional, esta última analizada *in extenso* en la obra de próxima difusión antes citada, pudiéndose señalar con anterioridad a 1978 se pueden señalar como características del MF las siguientes:

- 1- Absoluta dependencia del Ejecutivo, siendo concebido como órgano de comunicación y relación del mismo con los Tribunales, con posibilidad de instrumentalización política directa derivada de esa definición y naturaleza jurídica dada al MF.
- 2- El papel asignado en el proceso penal en la fase de instrucción es reactivo, de control del sumario –“...los Jueces de Instrucción formarán los sumarios por delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente” prescribe el artículo 306 LECR–, en el que se limita a instar diligencias no practicadas por el Juez Instructor, formular recursos y pedir la conclusión del sumario, asumiendo el papel preponderante en esa fase inicial de instrucción el Juez Instructor auxiliado por la Policía judicial.
- 3- Aunque es en la fase intermedia y en el juicio oral donde desarrolla toda su potencialidad el MF –interesa la apertura del juicio oral, formula la acusación, tiene una intervención activa en el debate plenario contradictorio y público–, es lo cierto que debido al gran peso que tiene para el resultado

⁵¹ Vid. MIRANDA ESTAMPRÉS, M. y GUASCH FERNÁNDEZ, S.: “El Ministerio Fiscal: Consideraciones en torno a un modelo constitucional”. *Revista del Poder Judicial*, nº 54, segundo trimestre de 1999. CGPJ. Madrid, 1999.

final la instrucción, ésta ha engullido en gran parte el juicio oral, por lo que su papel se limita generalmente a reproducir lo instruido, si bien con garantías de contradicción tampoco ajenas a la instrucción, sin que los intentos de potenciar el juicio oral –Ley del Jurado, juicios rápidos– enerven esta afirmación respecto de los procedimientos Ordinario y Abreviado.

4- Sus funciones son más formales que prácticas, sin dirigir el procedimiento ni impulsar formas de acortamiento de sus plazos, no intenta conformidades antes del juicio oral, sin mantener contacto habitual y fluido con la Policía Judicial para encomendarle nuevas actuaciones preprocesales o complementar otras investigaciones.

5- Su estructura y plantilla presentan debilidad y raquitismo. En 1926 la plantilla del MF era de 199 fiscales⁵² y 234 en 1966⁵³. La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1980 al establecer una *ratio* de plantilla del MF fijó un módulo de 3.000 asuntos por Fiscal y año.

6- Esa falta de medios personales provoca desconocimiento de la situación real, el Fiscal no se desplaza al lugar de los hechos –levantamiento de cadáver, escasez de reconstrucciones, con excepcional presencia en declaraciones judiciales, etc.–, no tiene contacto con las personas cuyo derecho protege y los informes se realizan sobre la verdad formal que se deduce del papel.

7- Algunas de las funciones asumidas carecen de relevancia, se limitan a realizar informes al órgano judicial y respecto a menores o incapaces, implantándose la expresión *fiscal de mesa camilla* para evidenciar su actitud pasiva en el proceso penal.

8- No se da un sistema estadístico fiable para conocer el trabajo real del Fiscal.

9- Se limita a instar la aplicación de la ley, sin que asuma, ni individualmente ni como institución, responsabilidad en la política criminal global.

10- En algunos casos incluso se llegó a utilizar como instrumento del poder político para defender ante los Tribunales las directrices y los intereses del modelo político de Estado, siendo claro ejemplo el Tribunal para la Represión de la Masonería y el Comunismo o su sucesor el Tribunal de Orden Público.

⁵² Vid. Gaceta de Madrid de 23 de junio de 1026.

⁵³ Plantilla aprobada por Decreto 1.657/1966, de 30 de junio.

BIBLIOGRAFÍA

TRATADOS Y MONOGRAFÍAS

- AA.VV. (Coord. ALZAGA VILLAMIL, O.): *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*. Madrid, 1987.
- AA.VV. (ANDRÉS IBÁÑEZ, P., CONDE-PUMPIDO, C, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PÉREZ MARIÑO, V. y VARELA CASTRO, L.): *La reforma del Proceso Penal*. Tecnos. Madrid, 1990.
- AA.VV. (Dir. COBO DEL ROSAL, M. y coord. BAJO FERNÁNDEZ. M.): *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo I. EDERSA. Madrid, 1.982.
- AA.VV. (Dir. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.): *Las Reformas procesales. Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 2005. AA.VV. (GÓMEZ COLOMER, J. L. y otros): *Problemas del juicio oral con Jurado. Manuales de formación continuada*. CGPJ. Madrid, 2000.
- AA.VV. (Dir. GÓMEZ BERMÚDEZ, S. F. J.): *La últimas reformas penales. II. Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Madrid, 2006.
- AA.VV. (Cord. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. y LÓPEZ LÓPEZ, E.): *Derechos procesales fundamentales*. Manuales de Formación continuada. CGPJ. Madrid, 2005.
- *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*". *Revista del Poder Judicial*, número especial. CGPJ, Madrid, 2006.
- AA.VV. (Dir. MENÉNDEZ DE LUARCA): *Constitución y garantías penales. Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Madrid, 2003.
- AA.VV., *El libro blanco del Ministerio Fiscal*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid 1996.
- ALAMILLO CANILLAS, F.: *El Ministerio Fiscal Español (su organización y funcionamiento)*. Colex, Madrid 1990.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLÓN, N.: *Ensayos de derecho Procesal*. Buenos Aires, 1944.
- ALEXY, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de estudios Políticos y Constitucionales. 3ª reimposición. Madrid, 2002.
- ARMENTA DEU, T.: *Principio acusatorio y Derecho Penal*. Bosch e Instituto de Criminología. Barcelona, 1994

- ASENCIO MELLADO, J. M.: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Trivium. Madrid, 1991.
- BURDESE: *Manual de Derecho Público Romano*. Universidad Autónoma. Barcelona, 1972.
- CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- CARNELUTTI, F.: *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. PPU. Barcelona, 1961.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *El Ministerio Fiscal*. Aranzadi. Pamplona, 1999.
- AA.VV. (Dir. MENÉNDEZ DE LUARCA): *Constitución y garantías penales. Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Madrid, 2004.
- CORTES GENERALES: *Constituciones españolas*. Madrid, 2002.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Jueces imparciales, Fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal*. PPU. Barcelona, 1988.
- DÍEZ-PICAZO MARÍN, L. M.: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Ariel. Barcelona, 2000.
- *La criminalidad de los gobernantes*. Biblioteca de bolsillo. Barcelona, 2000.
- ESCUADERO, J. A.: *Curso de Historia del Derecho*. Alambra. Madrid, 1986.
- FUENTESECA, P.: *Lecciones de historia del Derecho Romano*. Universidad Autónoma de Madrid, 1978.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: *Curso de Historia de la Instituciones Españolas*. 5ª ed. Revista de occidente. Madrid, 1973.
- GIMENO SENDRA, J. V.: “La Acción Popular, el Jurado y los Tribunales de Escabinos”, en AA.VV. (Dir. COBO DEL ROSAL, M. y coordinación: BAJO FERNÁNDEZ, M.): *Comentarios a la Legislación Penal*, T. I. EDESA. Madrid, 1.982.
- *Constitución y Proceso*. Edersa. Madrid, 1988.
- GRANADOS PÉREZ, C.: *El Ministerio Fiscal y sus relaciones con los demás poderes del Estado*. Junta General del Principado de Asturias, Aula Parlamentaria. Oviedo, 2000.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F.: *La reforma del Ministerio Fiscal*. Colex. Madrid, 2003.
- KUNKEL, W.: *Historia del derecho romano*. Ariel. Barcelona, 1973.
- MARCHENA GÓMEZ, M.: *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*. Marcial Pons. Madrid, 1992.
- MARTÍN MARTÍN, J. A.: *La instrucción penal*. Marcial Pons. Madrid, 2004.
- MARTÍN PASTOR, J.: *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*. Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia. Zaragoza, 2005.

- MARTÍNEZ ARRIETA, A.: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*. Comares. Granada, 1994.
- MOMMSEM, T.: *Derecho Penal Romano (Römisches Strafrecht)*. 1ª ed. Leipzig, 1889). Reimpresión de la traducción de DORADO. Temis. Santa Fé de Bogotá, 1995
- *El derecho penal romano*. (Trad. Pedro Dorado). Anacleto. Navarra, 1999.
- MORENO CATENA, V.: *La defensa en el proceso penal*. Cuadernos. Civitas. Madrid, 1.981.
- MÜLLER, F.: *Juristische Methodik*. 2ª ed. Berlín, 1976.
- PASTOR LÓPEZ, M.: *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*. Universidad de Valencia, 1979.
- PÉREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, J. M.: *Curso de Historia del Derecho Español*. 8ª ed. Darro. Madrid, 1976.
- PULIDO QUECEDO, M.: *Constitución Española*. 4ª ed. Thonson-Aranzadi. Navarra, 2005.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: *Ley de Enjuiciamiento criminal*. Comares. Granada, 1997.
- ROXÍN, C.: *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*. DZR, 1985.
- *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 3ª reimpresión de 2006, de la segunda edición alemana de 1994, Munich, traducida por LUZÓN PEÑA, D. M.; DIAZ y GARCÍA CONELLO, M. y DE VICENTE ROMESAL, J. Cívitas. Madrid, 2006.
- SANTALUCIA, B.: *Derecho penal romano*, Traducción de Javier Paricio. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1990.
- SOLÉ TURÁ y AJA: *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1836)*. Siglo XXI. Madrid, 1985.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El derecho penal de la Monarquía absoluta*. Tecnos. Madrid, 1969.
- TRILLO NAVARRO, J. P.: *El Jurado: historia y reforma*. Tesis Doctoral. Universidad Alfonso X El Sabio, registro 002/2007. Madrid, 2007.

ESTUDIOS Y ARTÍCULOS

- ALBA NOVILLO, C.: “Iniciación de las diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal. Diligencias de Investigación y Policía Judicial. Diligencias Preprocesales de naturaleza informativa”. Ponencia presentada en el curso *La investigación preliminar por el Ministerio Fiscal*, 13 a 14 marzo de 2006. Centro de Estudios Judiciales.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: “El fiscal insoportable”. *El país*, 30 de octubre de 2003.

- ARMENTA DEU, T.: “El Fiscal instructor ¿Es necesario?”. *Cuadernos de Derecho Público*, nº. 16, 2002.
- BACARESE, A.: “El papel del *Crown Prosecution Service* (Servicio de enjuiciamiento de la Corona Británica) y su relación con la Policía”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2001,
- “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”. *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, Ministerio de Justicia. Madrid, 2001.
- CARNELLUTTI, F.: “Poner en su puesto al Ministerio Público”. *Cuestiones sobre el proceso penal*, (Trad. SENTÍS MELENDO). Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961.
- DELGADO MARTÍN, J.: “El estatuto de la víctima en el proceso penal español”, en AA.VV. (Dir. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.): *Las Reformas procesales. Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 2005.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: “El proceso penal: función específica, principios y especiales características”. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1993.
- DE URBANO CASTRILLO, E.: “Las nuevas exigencias de los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad”, en AA.VV. (Dir. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F.): *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Revista del Poder Judicial*, número especial, CGPJ, Madrid, 2006.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: “El papel del Ministerio Fiscal en el proceso civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº VI, 1974.
- “El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988”. *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*. T. III *La reforma procesal penal*. Edersa, Madrid, 1992,
- FELTES: “Polizei-Staatsanwaltschaft-Gericht” en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. Berlín-Leipzig, 1974.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, M.: “El Fiscal en el Procedimiento Abreviado de la LO 7/1988”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº IX. CGPJ. Madrid, 1992.
- FEDERICO, G.: “La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: Análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada”. *Revista del Poder Judicial*, nº 48, Cuarto trimestre 1997. CGPJ. Madrid, 1997.
- FUENTES SORIANO, O.: “El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma”, *Fundación Alternativas*. Madrid, 2003.
- GIMBERNAT, E.: “Contra el fiscal instructor”. *El Mundo*, 7 de junio de 2004.
- GIMENO SENDRA, V.: “La reforma de la Lecrim. y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, AA.VV. (Dir. GUTIÉRREZ-ALBIZ CONRADI, F.): *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento*

Criminal". *Revista del Poder Judicial*, número especial. CGPJ, Madrid, 2006.

GÓMEZ COLOMER J. L.: "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado". *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, septiembre 1997.

GÓMEZ DE LIAÑO, J.: "Buscando el fiscal perfecto", *El mundo*, 30 de junio de 2004.

GÓMEZ RIVERO, R.: "La Administración de Justicia en los siglos XVI a XIX". Lección magistral impartida en el curso de doctorado, Facultad de Derecho, Universidad Miguel Hernández. Elche, 16 de marzo de 2005.

HERNÁNDO SANTIAGO, F. J.: "Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho". Discurso pronunciado el 13 de septiembre de 2005 en el solemne acto inaugural del año judicial 2005-2006.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F.: "La investigación del Fiscal desde el punto de vista de las garantías constitucionales y derechos fundamentales". Ponencia presentada en el curso *La investigación preliminar por el Ministerio Fiscal*, 13 a 14 marzo de 2006 Centro de Estudios Judiciales.

IHERING, R.: "La lucha por el Derecho" (Trad, LÓPEZ, CH Y CORTÉS, O.), conferencia pronunciada en la Universidad de Viena, 1872.

JIMÉNEZ VILLAREJO, C.: "La memoria desmemoriada (del Fiscal General del Estado)". *El país*, 8 de diciembre de 2003.

LANZAROTE MARTÍNEZ, P. A.: "Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal y el proceso penal". *Revista de Derecho Procesal*. Madrid, 1994.

MARCHENA GÓMEZ, MANUEL: "El Fiscal y la Ley del Jurado", en AA.VV (Coord. MARTÍN ESPINO, JOSÉ DOMINGO): "*El Tribunal del Jurado. Estudio sobre la LO 5/1995*". Universidad Alfonso X El Sabio y Dirección General de Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, 1996.

MARTÍN PALLÍN, J. A.: "El acusador inquisidor", *El país*, 20 de junio de 2004.

- "¿Debe sustituir el fiscal al Juez de Instrucción?", *El País*, 23 de julio de 2005.

- "El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales", *Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso. Vol. II. Madrid, 2000.

MARTÍN PASTOR, J.: "Constitución y dirección de la investigación oficial en el Proceso Penal por un Juez o por un Fiscal". *Revista General de Derecho Procesal*, nº 7, julio 2005.

MIRANDA ESTAMPRES, M. y GUASCH FERNÁNDEZ, S.: "El Ministerio Fiscal: Consideraciones en torno a un modelo constitucional". *Revista del Poder Judicial*, nº 54, segundo trimestre de 1999. CGPJ. Madrid, 1999.

- ORTELLS RAMOS, M.: “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica”. *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2. Madrid, 1990.
- PACHECO GARVE, L.: “El Fiscal en el Derecho Comparado”, *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, VI-2001. Madrid, 2001.
- PAREJO ALONSO, L.: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 3. Madrid, 1981.
- POLO RODRÍGUEZ, J. J.: “Los límites conceptuales y procesales en la investigación del Fiscal”. Ponencia presentada en el curso *La investigación preliminar por el Ministerio Fiscal*, 13 a 14 marzo de 2006. Centro de Estudios Judiciales.
- PRIETO CASTRO, L.: “El Ministerio Fiscal en Europa”. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 1197.
- RIEGEL: “Neue aspekte des polizeilichen Befugnisrecht u.s.w”. NJW, Berlín, 1981.
- RITER, A.: “El Ministerio Fiscal alemán: naturaleza, funciones y sus relaciones con los demás poderes del Estado”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado*, VI/2001. Madrid, 2001.
- RIOS PINTADO, J. F.: “La investigación del Fiscal en el ámbito de los Tribunales superiores de Justicia”. Ponencia presentada en el curso *La investigación preliminar por el Ministerio Fiscal*, 13 a 14 marzo de 2006. Centro de Estudios Judiciales.
- RUIZ VADILLO, E.: “El principio acusatorio”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 1. Madrid, 1995.
- AA.VV.: Segundo Informe Comparativo Seguimiento de los procesos de Reforma Judicial en América Latina. *Revista Sistemas Judiciales* nº 5. Buenos Aires, 2003.
- SERRA DOMÍNGUEZ: “El Ministerio Fiscal”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº III-IV, 1979.
- “La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario”, *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel. Barcelona, 1969.
- TRILLO NAVARRO, J. P.: “El Fiscal: acusar o instruir en la CE”. *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. ISSN 1695-6311, nº. 3. Universidad Alfonso X El Sabio. Villanueva de la Cañada (Madrid), 2005.
- “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4 g) LOPJ”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Vol. 5/2005. Madrid, 2005, refª. D-258.
- “El derecho a la última palabra: prueba material”. *Diario La Ley*. Nº 6693. Madrid, 2007.

VIVES ANTÓN, T. S.: “La reforma del proceso penal”, *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes y de Reforma Procesal*, Vol. II. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

YÁÑEZ-BARBUENO, J.: “De Roma a la Haya pasando por Nueva York”. *El País Digital*, 17 de julio de 1999, nº. 1170.

WEBS SITES

MARTÍN PASTOR, J.: “Constitución y dirección de la investigación oficial en el Proceso Penal por un Juez o por un Fiscal”. *Revista General de Derecho Procesal*, nº 7, julio 2005. www.iustel.com, 23.6.2007.