

3. PROCEDIMIENTO PENAL

QUAESTIONES PERPETUAE. **UN PASO HACIA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

AMPARO NÚÑEZ MARTÍ
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

El principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* consistente en la sumisión del sistema penal a la ley, de modo que nadie pueda ser castigado sino por hechos definidos como delito o falta en una ley anterior a su perpetración ni imponérsele penas distintas de las contenidas en la ley, es un principio básico y esencial en todo sistema penal moderno.

Centrándonos en el principio de legalidad, en el Derecho Penal Romano primitivo falta este principio o también desde otro punto de vista falta certeza a la materia criminal en los primeros tiempos del ordenamiento jurídico romano ¹, y falta por el escaso número de delitos contemplados con unas figuras muy amplias donde caben numerosos hechos penales, pero sobre todo lo que quita solidez al Derecho Penal es la amplitud de la discrecionalidad magistratual limitada con posterioridad con la *provocatio ad populum* ².

Es importante, hacer referencia a los principios del Derecho Penal Romano, incidiendo primero en el Derecho Penal moderno, donde rige el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, representando la más firme defensa del principio de legalidad en materia penal como suprema garantía para la ciudadanía frente al poder represivo del Estado.

La penalística moderna trata de ver la confirmación más antigua de este principio a nivel europeo en la *Magna Charta* inglesa de 1215; y a nivel español en algunos textos políticos aragoneses; más cerca a nosotros parece haber sido Feuerbach, a comienzos del s. XIX, a quien debe atribuirse la formulación del principio en terminología latina acuñando los conceptos «*Nulla poena sine lege*», «*Nulla poena sine crimen*» y «*Nullum crimen sine poena legali*», que en su laconismo podrían haber sido recogidos por los juristas de finales de la República, y que sin embargo no se encuentran nunca en los textos jurídicos romanos.

¹ GIOFFREDI, *I Principi del diritto penale romano*, Torino (1970), p. 14 ss.

² TORRENT, *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, Zaragoza (1988), p. 274 ss.

Amparo Núñez Martí

Desde un punto de vista institucional el principio de legalidad en materia penal ya había sido reconocido a finales del s. XVIII, en primer lugar en la Constitución de Estados Unidos de 1774, y poco después en la Declaración de Derechos del Hombre de Francia de 1789, resultado de la nueva realidad jurídica garantista que trajo la Revolución Francesa. Su última formulación generalista es del año 1948, recogida en la Declaración de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1948³.

Por lo que se refiere al caso español, el reformismo ilustrado de directa influencia francesa hizo que este principio fuera recogido en la Constitución de Cádiz de 1812, y posteriormente en las Constituciones de 1837, 1869 y 1921; recogiénolo también el Fuero de los Españoles y finalmente en la vigente Constitución Española de 1978.

Por lo que respecta a los sucesivos Códigos penales españoles aquel principio que proclamó solemnemente la Constitución de Cádiz, fue asumida a nivel codificado desde nuestro primer Código Penal de 1822 hasta el actual del año 1995.

La Constitución Española de 1978 le dedicó dos artículos: el artículo 9 párrafo 3.º que dice que la Constitución lo garantiza y el artículo 25 párrafo 1.º que establece:

«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 1981 (18 de Mayo; Ponente, Sr. Latorre) recuerda, también lo consagran los pactos internacionales, que, por haber sido ratificados por España, sirven de medio de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas proclamadas por la Constitución Española, según el artículo 10 párrafo 2.º de la misma, concretamente está recogido en el Pacto de Nueva York de 1966 y el Convenio de Roma de 1950.

Finalmente el Código Penal anterior lo reconocía en el artículo 1 y también en el artículo 23 del mismo cuerpo legal:

«Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley».

«No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por Ley anterior a su perpetración».

Y finalmente la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, que sanciona el vigente Código Penal, lo recoge también expresamente en los artículos 1 párrafo 1.º y en el 2 párrafo 1.º:

«No será castigada ninguna acción ni omisión que no este prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración».

³ LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal*, Madrid (1986) p. 39 ss.

«No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán igualmente de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad».

Volviendo al Derecho Penal romano en sus orígenes, señalar que no se puede hablar de principio de legalidad, por una parte no existe una regulación clara de las distintas figuras delictivas (regulándose tipos penales excesivamente amplios), por otra el amplio poder represivo del magistrado *coercitio*, provocan el que muchos autores manifiesten con carácter general la falta de certeza y seguridad jurídica que tiene el Derecho penal primitivo. Muy pronto la *coercitio* del magistrado se limita por la introducción de la *provocatio*, constituyendo una limitación importante de las facultades penales magistratuales cuando sobre todo se impone por el magistrado condena grave (pena de muerte o pena pecuniaria grave), manteniéndose en las penas menores la discrecionalidad magistratal⁴.

La limitación de la legislación penalística y la excesiva discrecionalidad magistratal hace que Carlo Gioffredi⁵ manifieste, «que el Derecho Penal Romano no llega a tener verdadera autonomía sobre todo frente al Derecho Privado, que si era un conjunto de principios, institutos y hechos en los que se funden los aspectos sociales e individuales de la experiencia jurídica (obligatoriedad, utilidad etc.) y por ello se conocen términos «*ius Quiritium, Flavianum, Civile*», pero durante mucho tiempo no se habla de un «*ius poenale o ius criminale*». Pero esta tesis no justifica su afirmación⁶, de que falta en su totalidad un sistema criminal independiente del Derecho Privado.

Siguiendo a A. Torrent, la afirmación de Gioffredi de que en materia penal solo existe un conjunto de actos represivos que no son objeto de elaboración doctrinal, no parece suficientemente fundada, ya que si bien es cierto en la época arcaica, puesto que el *ius poenale* empezó más tarde que el *ius civile*, con posterioridad se dió ya una *interpretatio prudentiam*.

El desarrollo del Derecho Penal no se detuvo en la *lex*, así Brasiello⁷ manifiesta que una vez instituido un *crimen* para las hipótesis que en aquel momento parecieran dignas de especial represión, se debió ver pronto la insuficiencia y la no perfecta correspondencia de la ley a todas las hipótesis merecedoras de consideración penal.

En relación a este tema, A. Torrent comentando el *Senadoconsulto Messaliano* y el *crimen falsi* manifiesta que, para colmar estas lagunas no era válido el *ius honorarium*, que se desenvolvía en un cauce eminentemente procesalista, ni tampoco podía adaptarse

⁴ CIC. de leg. 3, 3, 6: «*Magistratus nec oboedientem et noxium civem multa vinculis verberibusve coerceto*». Igualmente es enormemente discrecional la facultad represora magistratal en materia de multas menores, prisión o azotes, aunque en el año 197 a. C. una *Lex Porcia* prohibió la pena de flagelación para un ciudadano romano.

⁵ GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino (1970), p14 ss.

⁶ GIOFFREDI, *Principi* 26.

⁷ BRASIELLO, *Lin* 205

Amparo Núñez Martí

una *interpretatio* más afín al Derecho Privado que al público. Sobre todo en la etapa clásica vemos que en materia criminal, debido a la intervención autoritaria del Estado (leyes republicanas, constituciones imperiales), la actividad jurisprudencial es menor en Derecho Penal que en Derecho Privado, pero no puede olvidarse la labor jurisprudencial en querer sistematizar la materia penal⁸.

Concretamente a finales de la República, no se puede acudir a la tarea innovadora de la *iurisdictio* pretoria, es el Senado a través de *Senatusconsulta* el que se encarga de aplicar penas previstas para un determinado delito, por ejemplo la *Lex Cornelia de Falsis*; a otros tipos penales, aunque como vió Lauria⁹, las nuevas figuras del Derecho Penal público introducidas después de las *Leges Iuliae* no encontraron protección por medio de las *quaestiones* sino a través de la *cognitio extra ordinem*.

Así, el principio de legalidad en Roma se consolida de forma notable con las leyes introductorias de las *quaestiones* (tribunales permanentes) para juzgar determinados delitos. Junto a ellos destacar los senadoconsultos, y después las constituciones imperiales, contribuyéndose con ello al desarrollo del Derecho Penal romano.

Por tanto, partiendo de una época arcaica en la que la *coercitio* del magistrado y las pocas normas penales atentan claramente contra el principio de legalidad, a finales de la República la introducción de las *quaestiones*, los senadoconsultos, constituciones imperiales, y en menor medida la *interpretatio prudentiam*, darán mayor seguridad y certeza al Derecho Penal.

El establecimiento de los tribunales de justicia extraordinarios fue el medio a través del cual se fue cambiando, a lo largo del s. II a. C., el inadecuado procedimiento de los *iudicia populi*. Durante todo este siglo y en virtud de una serie de leyes específicas se instauraron los llamados *iudicia publica*, en los que previendo una ley puesta por el *populus* un crimen determinado, prevé también un determinado procedimiento para su persecución y sanción, procesos que fueron llamados *quaestiones*, y que significaron un paso fundamental en el desarrollo del Derecho y del proceso penal romano, donde además la acusación puede ser intentada por cualquier ciudadano, que actúa como representante del interés público de la comunidad¹⁰, de donde el término *iudicia publica* en contraposición a los procesos privados del *ius civile*, término que en última instancia viene a tomar el significado de acción popular.

Sólo mediante el establecimiento de los tribunales de justicia permanentes a los que se les encomendara institucionalmente el conocimiento de categorías completas de crímenes que correspondían a la competencia judicial de las asambleas, podría lograrse la eliminación completa de la función juzgadora popular.

⁸ TORRENT, *El Senadoconsulto Messaliano y el crimen falsi*. AHDE 50 (1980) p.111 y ss.

⁹ LAURIA, *Accusatio-Inquisitio* AAN 56 (1934) 5.

¹⁰ GROSSO, *Lez.* 308.

Quaestiones Perpetuae. Un paso hacia el principio de legalidad

Las represiones de carácter extraordinario, fueron así cediendo el puesto progresivamente a tribunales estables *quaestiones perpetuae*; instituidos por ley y presididos por un magistrado o por un exmagistrado, que debían en un primer momento limitar, luego absorber al antiguo proceso ante los comicios, para convertirse finalmente en el órgano de represión criminal de la última época republicana y los primeros tiempos del Principado ¹¹.

Así, el sistema penal romano más antiguo del cual tenemos noticia, fue ampliado en el último siglo de la República y en los comienzos del Principado, como consecuencia del abandono que sufrió el procedimiento ante los Comicios, y la introducción para los asuntos penales del tribunal de jurado bajo la presidencia de un magistrado.

Se incluyeron en la categoría de delitos algunos actos que con anterioridad se consideraban de carácter patrimonial, y no incluidos en la esfera del derecho y de los cuales no conocían los tribunales. Por ejemplo, la concusión, la obtención indebida de cargos públicos, que hasta ahora quedaban fuera de la esfera del derecho penal, pasaron a ocupar un lugar preferente en el mismo, por exigirlo así las nuevas relaciones políticas creadas; la coacción y la falsificación conservaron el puesto que con anterioridad habían adquirido.

Desde finales de la República comenzó el Estado a cuidarse de la moralidad pública y de las buenas costumbres, aunque sólo en sus manifestaciones exteriores, pero con gran trascendencia, lo que llevo a incluir dentro del grupo de delitos ordinarios los atentados contra el pudor y el adulterio. A partir de las *quaestiones*, el círculo de hechos delictivos, siguió invariable en su conjunto.

El movimiento de reforma que debía conducir a la instauración del nuevo sistema de las *quaestiones perpetuae* parte de la represión del *crimen de repetundis*, es decir, de las apropiaciones ilícitas y extorsiones realizadas por magistrados romanos en perjuicio de pueblos aliados o sometidos al dominio de Roma ¹².

Era característica de la función pública romana, que nadie recibiera recompensa alguna por cumplir las altas obligaciones en favor del Estado romano. Concretamente los miembros del Consejo de la comunidad y los funcionarios de ésta, prestaban sus servicios de forma gratuita.

No obstante, esta característica fue decayendo hasta quedar abolida, y las leyes romanas tuvieron que empezar a regular y tratar de impedir que nadie se enriqueciera injustamente con la abogacía y la magistratura. Las regulaciones a las que fueron sometidos los honorarios de los abogados no tenían importancia desde el punto de vista político, y no fueron sometidos a una persecución penal propiamente dicha, en cambio las medidas represivas que en los dos últimos siglos de la República se dictaron contra las ga-

¹¹ LAURIA, *Accusatio-Inquisitio*, «AAN» 60 (1934) 5.

¹² BUCKLAND, *Civil Proceedings against ex Magistrates in the Republic*, JRS, 27, (1937) p. 37 y ss.

Amparo Núñez Martí

nancias que los funcionarios públicos obtenían, no solo tuvieron una significación política intensa, sino que también influyeron en la transformación del Derecho penal en general.

En el año 204 a. C., a propuesta del tribuno del pueblo M. Cincio se otorgó una ley por la que se privaba de validez jurídica a la promesa de donar hecha entre personas que no fueran parientes, y que si por una parte consideraba válida en general la donación efectuada por causa onerosa, prohibía las que hubieran de hacerse a los procuradores o agentes y, concedía respecto a esta últimas, la facultad de pedir judicialmente la devolución de lo donado ¹³.

En la época del Imperio se precisó mejor esta última disposición: primeramente por Augusto en el año 17 a. C.; después en tiempo de Claudio en el año 49 d. C. y luego finalmente por Nerón en los años 54-58 d. C.

En tiempos posteriores siguió vigente este Derecho, solo que en ciertos momentos se llegó a reconocer a los abogados la facultad de percibir honorarios tasados por la ley así como la protección jurídica para poder cobrar.

En cuanto a los funcionarios públicos romanos, se establecían leyes penales que tipificaban y castigaban a los funcionarios que ilegalmente se apropiaban de bienes del Estado, o de los ciudadanos. Sin embargo, si dichos funcionarios aceptaban regalos, no faltaban al orden jurídico, y si realizaban extorsiones o cohechos mediante regalos su conducta no estaba contemplada en ninguna ley penal vigente.

El empleo de medidas excepcionales contra los abusos de poder no se hizo necesaria, hasta que, se agregaron a Roma y a la confederación de ciudades itálicas, los territorios peninsulares dependientes de ella, y se empezaron a notar los abusos que cometían los jefes de estos territorios o provincias.

Así, surge un movimiento de reforma que condujo a la aparición de un verdadero Derecho Penal Romano, con la delineación de tipos delictivos específicos con sus penas correspondientes perseguibles a través de tribunales específicos, *quaestiones perpetuae*, nace de la represión del *crimen repetundarum*, que originariamente sancionaba estas extorsiones y apropiaciones ilícitas en que incurrieron los magistrados romanos en daño de poblaciones aliadas o sometidas a Roma ¹⁴.

Para la persecución de tales abusos no existía una vía legal bien definida. Se sabe por Livio, que todavía en el año 171 a.C., habiéndose presentado ante el Senado una delegación enviada por las provincias de España para protestar por los expolios cometidos por los gobernadores provinciales en perjuicio de aquellas poblaciones, la asamblea «en-

¹³ BLUM, *L'origine des leges repetundarum*, en RGD, (1922), p. 122 ss; PONTENARY DE FONTETTE, *Leges repetundarum*, París (1954), p. 15 ss.

¹⁴ SHERWIN-WHITE, *The Date of the Lex Repetundarum and its consequences*, «JRS» 62 (1972) p. 83 ss.

cargó al pretor L. Canuleyo, al que había correspondido en suerte España, que asignase como jueces, para cada uno de aquellos a los que los españoles exigían la restitución de las sumas indebidamente extorsionadas, cinco *recuperatores* provenientes del orden senatorial, y que permitiera que los dañados escogiesen los patronos que quisieran»¹⁵.

El Senado, bajo la presidencia del pretor peregrino, nombró para juzgar los hechos un colegio de cinco *recuperatores* elegidos de entre los senadores, con un procedimiento en gran medida análogo al del proceso privado. Los acusadores deberían ser asistidos por *patroni* romanos, nombrando aquellos a los *patroni* también de entre los senadores, y entre éstos a M. Porcio Catón.

Más que una *quaestio* propiamente dicha, el Senado dio vida así a un procedimiento organizado según formas que imitan el modelo del proceso privado, análogas en muchos aspectos a las vigentes en los juicios entre romanos y *peregrini*, remitidos a colegios de *recuperatores*¹⁶.

El objeto del juicio no era la represión de un crimen, sino la mera restitución de un impuesto exigido indebidamente, de ahí la denominación de *pecuniae repetundae*, dada al ilícito: ello revela la preocupación de la oligarquía senatorial por circunscribir la responsabilidad de los magistrados al campo patrimonial, evitando que pudieran sufrir, por la culpa cometida, consecuencias de carácter penal.

A la misma exigencia respondía también el nombramiento de jurados de rango senatorial y la asistencia obligatoria de un patrono romano, elegido de entre los senadores, cuya función era principalmente la de situar a los súbditos provinciales bajo la influencia directa de la clase gobernante. Se trató, en otros términos, de una decisión política orientada a tutelar el prestigio de la aristocracia dominante más que a la salvaguarda de las poblaciones sometidas.

No siempre se acudía a este sistema. Excepcionalmente cuando las violaciones eran tan graves, que suscitaban resonancia en la opinión pública, se hacía inevitable un proceso penal promovido por los tribunos de la plebe ante la asamblea por tribus¹⁷. Otras veces la represión se ejercitaba mediante el nombramiento, por iniciativa popular, de un tribunal especial que juzgaba *extra ordinem*¹⁸.

A partir de la *quaestio repetundarum* se fueron creando otros órganos de investigación y acusación, llamados por ello *quaestiones*. La creación de estos jurados afirma la idea de finales de la República de que no siempre debía ser convocado todo el *populus*. Contribuyendo con ello a despojar a la materia penal de todo factor político y, en definitiva dotarle de tecnicismo y autonomía, tanto más cuanto ahora se trata de tribunales per-

¹⁵ LIV. 43, 2, 3.

¹⁶ GIOFFREDI, *Principi*, 17.

¹⁷ LIV. 29, 22, 7.

¹⁸ LIV. 42, 21-22.

Amparo Núñez Martí

manentes¹⁹. Sucesivamente van surgiendo otras *quaestiones*: entre otras mencionar la *quaestio de maiestate*, regulada por una *lex Cornelia de maiestate* del año 81 a. C. que sustituye al antiguo *crimen de perduellio*²⁰; en el año 78-63 a. C. la *lex Cornelia de vi*, reprimió los actos de violencia contra el Senado y los magistrados²¹, creándose la correspondiente *quaestio de vi*; otra *lex Cornelia de iniuriis* con su correspondiente *quaestio* separó de la hipótesis de *iniuria* que daba lugar a un proceso privado, otros casos de particular gravedad: heridas, garrotazos, violación del domicilio, que se convirtieron en delitos públicos²²; y la falsificación de monedas y testamentos con su *quaestio* correspondiente fue penada por la *lex Cornelia de falsis*, que a través de una serie de senadoconsultos posteriores y debido a la autoridad imperial y labor jurisprudencial llegó a tipificarse como *falsum* una serie de situaciones (soborno de testigos, suposición de parto, usurpación de nombre y funciones) diversas de las primitivas contempladas en la *lex Cornelia*²³.

Por tanto, pensamos que, a partir de este momento se puede hablar de principio de legalidad, principio fundamental en cualquier sistema democrático de Derecho, así en virtud de una serie de leyes específicas se instauraron los *iudicia publica*, en los que mediante una ley puesta por el *populus*, por primera vez se fija un crimen determinado, y se prevé definitivamente un determinado procedimiento para su persecución y sanción.

¹⁹ GIOFFREDI, *Principi* 18.

²⁰ CRIFO, *Ricerche sull' exilium nel periodo repubblicano*, Milano (1961).

²¹ COROI, *La violence en droit criminel romain*, Paris (1915) 53 ss.

²² LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, Oxford (1968) p. 125 ss.

²³ TORRENT, *El Senadoconsulto Messaliano y el crimen falsi*, «AHDE» 50 (1980) p. 111 ss.