



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Chile

Adinolfi, Giulio

Extremismos en tema de "accusatio" e "inquisitio" en el proceso penal romano

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXXI, 2009, pp. 37-60

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173813332001>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

I  
ESTUDIOS



## 1. DERECHO ROMANO



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos  
[Sección Derecho Romano]  
XXXI (Valparaíso, Chile, 2009)  
[pp. 37 - 60]

EXTREMISMOS EN TEMA DE “ACCUSATIO” E “INQUISITIO”  
EN EL PROCESO PENAL ROMANO

[“Excesses Regarding “Accusatio” and “Inquisitio” in the Roman Criminal Proceedings”]

GIULIO ADINOLFI\*

RESUMEN

El proceso penal romano ha oscilado entre tendencias al sistema acusatorio y al inquisitorio. Tradicionalmente se ha considerado a las *quaestiones perpetuae* como manifestación de un sistema acusatorio; y de uno inquisitorio a la *cognitio extraordinem*. Esta visión ha sido revisada moderadamente, y se sostiene que en la *cognitio* hubo continuidad del método acusatorio precedente. Pero varios y numerosos son los puntos controvertidos y sin definitiva solución. En este trabajo se sostiene la teoría ecléctica, que, por lo demás, es la admitida en el proceso penal moderno.

PALABRAS CLAVE: *Accusatio – Inquisitio* – Proceso penal romano – *Quaestiones perpetuae* – *Cognitio extraordinem*.

ABSTRACT

The Roman criminal procedure has ranged between tendencies to the accusatory system as well as to the inquisitorial system. Traditionally the *quaestiones perpetuae* has been considered as a manifestation of an accusatory system and *cognitio extraordinem* as a manifestation of an inquisitorial system. This view has been currently reviewed and it is stated that in *cognitio* there was continuity in the previous accusatory method. However, there are several and different points which are argued and without a definite solution. This work asserts the eclectic theory, which is, in fact, admitted by the modern criminal proceedings.

KEYWORDS: *Accusatio – Inquisitio* – Roman Criminal Procedure – *Quaestiones perpetuae* – *Cognitio extraordinem*.

---

\* Investigador del Transnational Justice Center. Domicilio postal: Alfonso XII, 63, 2º, 1, 28938 Mostoles, Madrid, España. Correo electrónico: giulioadinolfi@hotmail.com

I. “ACCUSATIO” E “INQUISITIO”  
EN LAS DIFERENTES ÉPOCAS DEL PROCESO CRIMINAL ROMANO

En el proceso penal romano, una temática particularmente problemática afecta al punto de su naturaleza acusatoria o inquisitoria. El problema actualmente no tiene una segura solución. Una correcta exposición de las tesis controvertidas y de las fuentes que se analizarán podrá ayudarnos a entender argumentos que hoy están de extrema actualidad en el proceso, sea como principios y perspectiva funcional, sea como elaboración estructural<sup>1</sup>. Además, la colocación histórica explica una contribución indefectible a la natural presencia del método acusatorio (o más bien acusatorio mixto) en el que estamos viviendo.

La *accusatio* tiene un complejo centro de liderazgo con las diferentes concepciones del Estado, con la administración de la justicia y las limitaciones a la iniciativa individual, temas que modifican los conceptos doctrinales y que pueden crear fáciles confusiones.

El problema que aquí se quiere exponer es sintetizable en varias preguntas: ¿Cuándo ha nacido el procedimiento inquisitorio? ¿Cuáles han sido las causas que han determinado la crisis del método de la *accusatio*? ¿Qué papel han desarrollado las situaciones procesales de la *cognitio extraordinem* en el tardío Imperio? ¿Qué importancia pueden tener conceptos de Derecho sustanciales como *crimen publici iudicii* en el Principado y *crimen publicum* en el Dominado? Y ¿qué parte ha desarrollado la compleja disciplina normativa acerca del delator?

Para explicar este concepto histórico de la *accusatio*, que con razón ha sido definido como el más complejo y central del Derecho procesal penal moderno, íntimamente ligado a la actual teoría garantista<sup>2</sup>, y también tema de debate actual en el seno de la historia criminal romana<sup>3</sup>, necesitamos plantear en forma sumaria los elementos salientes del Derecho penal romano para ver si es posible admitir condiciones ancestrales para un justo proceso como hoy es entendido en el Derecho moderno.

*1. Elementos procesales en la época monárquica.*

En la época monárquica, algunas figuras presentan una típica estructura de relación entre religión y Derecho. La intervención estatal está determinada, no tanto por la punición de un crimen, cuanto por la purificación de la ciudad, debido a una contaminación que podría actuar como centro de atracción de un cólera divino<sup>4</sup>. La principal pena presente en las primeras leyes regias es la *consecratio* del culpable al dios ultrajado.

<sup>1</sup>Cfr. ASENCIO MELLADO, José Marfa, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal* (Madrid, Trivium, 1991).

<sup>2</sup>Véase: FERRAIJOLI, Luigi, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale* (Roma - Bari, Laterza, 1990), p. 23 [hay traducción española, como *Derecho y razón* (Madrid, Editorial Trotta, 1998)].

<sup>3</sup>Véase: BAUMAN, Richard, *Crimen and Punishment in Ancient Rome* (London - New York, Routledge, 1996), pp. 32 ss.

<sup>4</sup>Véase: SANTALUCIA, Bernardo, *Proceso penal (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffre, 1987), XXXVI, parágrafo I.

Solo a lo largo del recorrido histórico encontramos crímenes que son sancionados, por ser lesivos a la religión o a la *societas civium*, como, por ejemplo, el *peduellum*<sup>5</sup>. El ilícito no es, como antes, un pecado sino también una ofensa a la colectividad.

De aquí ya se puede afirmar que los momentos procesales se empiezan a realizar cuando nace un Derecho penal autónomo del Derecho sacro.

Los elementos defensivos e inquisitivos se materializan únicamente en el primer caso; mientras que en el segundo la realización del *crimen*<sup>6</sup> es averiguado *in re ipsa* por el rey<sup>7</sup> (que tiene también una función teológica).

Interesante es el momento de participación popular en el ejercicio de la jurisdicción penal<sup>8</sup>. Según una noticia expresada por Cicerón, el ciudadano, ya en la época monárquica, hubiera podido *provocare ad populum*<sup>9</sup>; o sea, remitir el caso a una valoración de un grupo elegido entre el pueblo. Sin embargo, ya sea la tradición como la mayoría de los autores modernos ven en la *provocatio* una de las bases características de la época republicana<sup>10</sup>.

Una forma de *provocatio* empezó a nacer en los delitos comunes dejados a la venganza gentilicia. La costumbre dejó de considerar estos delitos de tutela privada y creó una tutela estatal, o sea, propiamente criminal. Esos delitos ya no eran de mínima relevancia, sino graves para el orden social y generadores de una crisis en la colectividad; por consiguiente, las puniciones necesitaban la presencia del *populus*<sup>11</sup>.

## 2. La participación popular y la “accusatio” en la época republicana.

La distinción entre iniciación del procedimiento y método de actuar en el proceso se hace más patente en la época republicana<sup>12</sup>. El tránsito entre monarquía y república implicó la distinción entre funciones religiosas y funciones militares,

<sup>5</sup> Véase: SANTALUCIA, Bernardo, *Derecho penal romano* (traducción de Javier Paricio y Carmen Velasco. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991), pp. 23-24.

<sup>6</sup> Véase: BRASIELLO, Ugo, *Delitto (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffre, 1964), XII, p. 3 del extracto.

<sup>7</sup> SANTALUCIA, B., *Proceso penale*, cit. (n. 4).

<sup>8</sup> Cfr. LUZZATTO, Riccardo, *Giurisdizione (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffre, 1970), XIX, p. 6 del extracto.

<sup>9</sup> Cfr., en esta dirección, CIC., *de rep.* 2, 31, 54: “*provocationem autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales*”.

<sup>10</sup> La *provocatio* es el derecho del ciudadano para hacer convocar a la asamblea popular a fin de ser juzgado por ella, y procede aplicarlo contra el ejercicio de la acción penal del rey. Según algunos autores, sin embargo, no se tiene que excluir la posibilidad de que en esta época existiera una participación de la comunidad, que no se manifiesta en un voto sino en una prestación de testimonio. Véase: SANTALUCIA, Bernardo, *Diritto e processo penale nell'Antichità Romana* (Milano, Giuffrè, 1989), p. 56. El derecho de juzgar pertenecía siempre al rey y la asamblea asistía al juicio y a la *consecratio* del reo.

<sup>11</sup> Los delitos menos graves, como el robo y las lesiones personales, siguieron siendo perseguidos sin participación popular y dando lugar a la general sanción pecuniaria privada. Véase: SANTALUCIA, B., *Proceso penale*, cit. (n. 4), nota 28.

<sup>12</sup> TORRENT, Armando, *Derecho público romano y sistemas de fuentes* (Zaragoza, Edisofer, 1995), pp. 265 ss.

distribuidas entre el *rex sacrorum* (antes y *pontifex maximus* después), y el magistrado de la república<sup>13</sup>.

Durante este último período, en el año de la fundación de la república (509 a. C.), el cónsul P. Valerio propuso una ley que aseguraba a todos los ciudadanos la posibilidad de *provocare ad populum*. El fin de esta figura fue limitar la función coercitiva del magistrado<sup>14</sup>. En el año 450 a.C., con la Ley de las XII Tablas se determinó que la asamblea de las centurias fuera la única que tuviera competencia para pronunciar la muerte de un ciudadano (Tab. IX, 1, 2: “*de capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunto*”).

El deber de instruir (*inquisitio*) probablemente era competencia de los *quaestores parricidi*, que ya tenían al asesinato y a los delitos capitales dentro de su competencia, excepto si éstos eran flagrantes, pues, en este último caso tenían *cognitio* los *duumviri perduellionis*.

Sin embargo, a lo largo del tiempo surgieron algunos problemas en la *cognitio* popular; por ejemplo, la excesiva duración de los procesos; además, los problemas complejos no encontraban óptimas soluciones, y sustancialmente, en particular, el desafío de la clase de poder por el *iudicium populi* fácilmente dominable por tensiones demagógicas. El *iudicium populi* cayó en desuso en el siglo II a. C., y el Senado empezó a delegar las cuestiones criminales en tribunales especiales (*quaestiones extraordinariae*), compuestas por cónsules y uno o más pretores con el apoyo de un colegio de jurados. El problema de atribuir la competencia en delitos capitales a estos tribunales especiales terminó con la *lex Sempronia de capite civis*, propuesta por Graco, en el 123 a. C., que declaró la ilegitimidad de las *quaestiones capitales* sin el voto popular. En esta fecha los tribunales especiales desaparecieron a favor de tribunales fijos (*quaestiones perpetuae*), instituidos por ley y administrados por un magistrado. Las *quaestiones perpetuae* llegaron a ser el instrumento de represión criminal de la última fase de la edad republicana y en los primeros tiempos de la imperial.

### 3. Las “*quaestiones perpetuae*”.

En las *quaestiones perpetuae* encontramos los momentos de máxima extensión del diafragma acusatorio<sup>15</sup>.

El sistema de las *quaestiones perpetuae* recibió su sistematización en la *lex Iulia*

<sup>13</sup> SANTALUCIA, B., *Proceso penal*, cit. (n. 4), p. 43; cfr. GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto romano* (Napoli, Jovene, 1998), p. 34.

<sup>14</sup> Digno de atención en este tema es el debate sobre la naturaleza de la *provocatio*. Mommsen la consideró como un juicio de segunda instancia. Kunkel la definió como institución política creada como consecuencia de las luchas entre patricios y plebeyos y como sustancialmente idéntica respecto al *auxilium tribunicio*. En realidad, como afirma SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale*, cit. (n. 10), p. 56; y también SCAPINI, Nevio, *Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana* (Parma, Casanova, 1992), pp. 22 ss., en el juicio penal, el magistrado no tenía la posibilidad de juzgar sino de proceder, y contra el ejercicio abusivo de este *imperium* es que se podía recurrir a la *provocatio*. Éste es un acto de administración, no de jurisdicción. El carácter acusatorio se manifiesta en el sistema de nombramiento de los jueces.

<sup>15</sup> TORRENT, Armando, *Derecho público romano y sistema de fuentes* (Zaragoza, Edisofer, 1995), pp. 281 ss.

*iudiciorum publicorum*, promulgada en el año 17 a. C. La iniciativa de la represión era de competencia del ciudadano privado, cual representante del interés público (de aquí la calificación de *iudicium publicum*).

Antes de la *accusatio* estaba la *postulatio*, con la cual el denunciante pedía al magistrado, presidente de la *quaestio*, el reconocimiento de la legitimación para acusar. El magistrado averiguaba las eventuales situaciones de incompatibilidad y la existencia de los requisitos necesarios como la honorabilidad. Después tenía lugar la presentación de la acusación (*nominis delatio*) y la aceptación por parte del magistrado (*nominis receptio*), que inscribía el nombre del acusado en el registro de los juzgables (*inscriptio inter reos*). Constituido el colegio a través de *editio* o *sortitio* de jueces necesarios (generalmente entre treinta y setenta y cinco), empeataba el enjuiciamiento con las *orationes* del acusador y del acusado y del examen de los testigos. La condena, no constituyendo manifestación de *imperium*, no era susceptible de *provocatio ad populum*. El pretor peregrino debía formar una lista de cuatrocientos cincuenta posibles jueces elegidos por el orden ecuestre. De entre ellos, el acusador escogía cien nombres y los comunicaba al acusado, quien, a su vez, de entre ellos optaba por cincuenta personas que irían a ser los jueces en este particular proceso.

Como se evidencia, este procedimiento, aunque no siendo un proceso comicial, tenía muchas características similares.

En las provincias romanas, la persecución criminal era realizada por los gobernadores respaldados por los respectivos poderes de *coercitio* y con la posibilidad de *provocatio ad populum* reconocida por *lex Porciae* a todos los ciudadanos romanos.

El procedimiento de las *quaestiones perpetuae* está caracterizado fundamentalmente para ser concretización de un *iudicium publicum*, o sea, la manifestación de la posibilidad de acceso a *quavis ex populo*<sup>16</sup>.

En estos juicios se origina la verdadera *accusatio* popular o procedimiento inicialmente acusatorio. De aquí también la similitud entre *iudicia publica* e *iudicia privata* que serían diferenciados únicamente por los elementos intrínsecos del correspondiente procedimiento<sup>17</sup>.

Como se sabe, las *quaestiones perpetuae* encuentran su máximo desarrollo en la época del principado<sup>18</sup> en la cual la *publica accusatio* era elemento característico de los “*iudicia que ex legibus iudiciorum publicorum veniunt*”. Macro nos proporciona una resumida lista de estos *crimenes*: “*Non omnia iudicia, in quibus crimen veritur, et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt et Iulia maiestatis, Iulia adulterii, Iulia peculatus, Cornelia de sicariis et beneficis,*

<sup>16</sup> Cfr. Inst. 4, 18, 1: “*Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque detur*”. Véase: PUGLIESE, Giovanni, *Proceso privato e processo pubblico nel sistema delle “leges Iuliae”*, en *Rivista di Diritto Processuale* 8 (1948), pp. 65 ss., quien cita el texto de las *Institutiones* de Justiniano antes transscrito.

<sup>17</sup> Cfr. SANTALUCIA, B., *Diritto e proceso penale*, cit. (n. 10), p. 76.

<sup>18</sup> Ibíd., pp. 95-96. Las normas originarias que instituían las *quaestiones* fueron ampliadas por algunos senadoconsultos que aplicaron las disposiciones procesales a nuevos crímenes.

*Pompeia parricidi, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica; Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annonā*<sup>19</sup>.

Pero en la misma época del principado, pero especialmente desde las provincias, empieza a destacar otra forma de proceso penal: el de la *cognitio extraordinem*.

#### 4. La “cognitio extraordinem”

La nueva organización del imperio no aceptaba de buen grado el sistema de nombramiento de los jueces. Los príncipes necesitaban más control en el poder de represión penal y de esta manera se fue creando un nuevo procedimiento en el cual no participaban jurados y toda la cuestión era de competencia del emperador o un delegado suyo: éste tenía el poder de introducirla.

Tal procedimiento fue definido con el nombre de *cognitio extraordinem*, porque surgió fuera del procedimiento criminal ordinario (*ordo iudiciorum*); y entonces sin vínculos formales de jurisdicción. Éste creó un sistema criminal extraordinario que tenía que suplantar al viejo régimen sustancial de delitos y penas. El príncipe, en este nuevo sistema, tenía el poder de avocar, conocer en apelación y delegar la competencia.

El príncipe podía avocar por su propia voluntad o a instancia de los interesados, no solamente la *cognitio*, en hipótesis de delitos no previstos por leyes, sino además de crímenes por los cuales había sido preordenada la *quaestio* que de tal manera fue sustraída a los jueces ordinarios<sup>20</sup>.

El príncipe tenía, además, el poder de conocer en la apelación contra las decisiones falladas, ya sea en Italia o en las provincias, por magistrados o funcionarios dependientes de él, contra las cuales habían sido propuesta *appelatio ad Caesarem*. El fundamento de este poder, según un conocido estudioso<sup>21</sup>, se debe a que la *cognitio* se inserta en el marco de la *auctoritas* imperial. Otros estudiosos<sup>22</sup> lo consideran una derivación directa de la *provocatio ad populum*, la cual se había tornado en escasamente usada<sup>23</sup>.

El príncipe delegaba su jurisdicción para la *cognitio* en los diferentes *praefecti*:

<sup>19</sup> Macro en D. 48, 1, 1, también citado por LAURIA, Mario, “Accusatio” - “inquisitio”, “ordo” - “cognitio extraordinem” - “cognitio”: rapporti e influenze reciproche, en *Atti dell’Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli* 56 (1934), p. 311. A esta lista, Justiniano añade la *lex Fabia de plagiariis* y la *lex Iulia de adulteris coercendis*. Cfr. PIETRINI, Stefania, *Sull’iniziativa del processo criminale romano: 4.-5 secolo* (Milano, Giuffre, 1996), p. 21.

<sup>20</sup> Bajo el emperador Claudio, este fenómeno se generalizó tanto que el tribunal del príncipe fue considerado como tribunal del Imperio. Los crímenes que avocaba el emperador eran varios, como la acusación por el *crimen maiestatis*, los delitos cometidos por funcionarios de la administración pública, los procesos contra magos y adivinos, etc.

<sup>21</sup> Cfr. SANTALUCIA, B., *Proceso penale*, cit. (n. 4), parágrafo II.

<sup>22</sup> PUGLIESE, Giovanni, *Diritto criminale romano* (Roma, 1980), pp. 310 ss.

<sup>23</sup> La función comicial, ya con las *quaestiones pertepuae*, no encontraba aplicación concreta; entonces la función del tribunal imperial o del Senado tenía la sustancia y el poder de sustraer el juicio al *liber animadversio* del magistrado. Ya sea PIETRINI, S., *Sull’iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 28, como también SANTALUCIA, B., *Proceso penale*, cit. (n. 4), parágrafo II, no desconocen que el nuevo instituto va a sustituir en concreto en recurso a la asamblea popular.

urbis, *praetorii*, *annonae* *vigilium* y, en las provincias, en los *legati Augustii* y los procuradores o, en casos singulares, en comisarios especiales (*iudices dati*)<sup>24</sup>.

Con la *cognitio*, tanto los jueces como el procedimiento de legitimación para acusar es limitado únicamente a la persona ofendida por el delito; además, se observa la introducción de la acusación obligatoria del tutor en el interés del pupilo o del heredero en venganza o en memoria del *de cuius*.

El ejercicio de la acusación es notablemente restringido y se declara punible el abandono sin justificaciones de la *accusatio* una vez empezada<sup>25</sup>.

## II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Terminada esta aproximación a la materia, se puede pasar a estudiar los temas aún hoy calurosamente discutidos que afectan a la temática entre *accusatio* e *inquisitio* en el proceso romano; y el examen de las fuentes entre las diferentes doctrinas.

El análisis dialéctico implica un natural traspaso de perspectivas, porque no siempre las objeciones a una elaboración han sido dirigidas hacia los elementos estructurales de la elaboración misma. Muchos autores presentan diferentes construcciones conceptuales y diferentes críticas a las tesis que se quieren desmontar. Afortunadamente la reconstrucción del Derecho romano no vierte únicamente sobre palabras y teorías actuales, sino sobre fuentes. La validez de una teoría se presenta real cuando sea capaz de representar lo mejor posible aquello descrito por la fuente.

### 1. El significado de “iudicia publica” entre “quaestiones” y “cognitio”.

Algunos autores<sup>26</sup> afirman que los *iudicia publica* estaban en vigencia también en la represión *extraordinem* porque el *ordo iudiciorum* no fue abrogado, sino desplazado dentro de la *cognitio*. La afirmación resulta bien entendida cuando se matiza que la expresión *iudicium publicum* no indica un procedimiento criminal

<sup>24</sup> La competencia del *praefectus urbi*, originariamente limitada a asuntos ligados con la actividad de policía, entre el siglo II y el III se extendió a cualquier delito cometido en Roma y en cien millas desde Roma, suplantando, así, a la justicia ordinaria de las *quaestiones*. El *praefectus pretorii* tenía la competencia en el territorio de la península; y, en la época de los Severos, obtuvo, además, la posibilidad de juzgar en el grado de apelación en lugar del emperador (*vice sacra*) en las cuestiones criminales que llegaban desde todo el imperio. El *praefectus annonae* y el *vigilium* tenían el poder de proceder judicialmente contra los responsables de los delitos que cabían en su competencia administrativa. Pablo, en D. 1, 5, 3, 1 (*lib. sing. de off. praef.*): “*Cognoscit praefectus vigilum de incendiariis effractoribus furibus raptoribus receptatoribus, nisi si qua tam atrox tamque famosa persona sit, ut praefecto urbi remittatur*”. Véase: SANTALUCIA *Proceso penal*, cit. (n. 4), nota 199.

<sup>25</sup> Expresa esta tendencia el edicto de *accusationibus*, dado por Constantino entre 313 y 323. Véase: PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 29,

<sup>26</sup> Cfr. BRASIELLO, U., *Delitto (Diritto romano)*, cit. (n. 6), parágrafo II; cfr. PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 43; en contra SANTALUCIA, B., “*Accusatio*” e “*inquisitio*” nel processo penale romano di età imperiale, en *Rivista di Diritto Romano* 1 (2001): *Atti del Convegno di Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico* [en [Http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html](http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html)].

conducido delante de la *quaestio pertepua*, sino que identifica un procedimiento de cognición que apoya su base en el *corpus delicti* en sentido amplio, el cual antes era juzgado por un colegio permanente, instituido por *lex publica* o por intervención de algún *senatus consultus*. Los delitos de competencia o absorbidos por la *cognitio* se siguieron llamando *iudicia publica* “porque el proceso empezaba necesariamente sobre la acusación de una persona cualquiera del pueblo”<sup>27</sup>. Como ejemplo de este resultado tenemos el principio por el que quien no estaba legitimado para la *accusatio* en las *iudicia publica* (mujeres, militares, etc.) podían derogar tal impedimento cuando hubieran sido personas ofendidas<sup>28</sup>. Esto significa, por el contrario, que aquellos *qui accusare possunt* no tienen que someterse a las *iudicia publica* con la limitación de perseguir una propia ofensa, sino acusar como *unus de populo*<sup>29</sup>.

Numerosas fuentes nos informan que diversas hipótesis criminales, expuestas en diferentes *leges iudiciorum publicorum*, fueron ampliadas tanto en la praxis como a través de disposiciones imperiales, hasta configurar tipos penales enteramente nuevos que fueron castigados por primera vez en un procedimiento de *cognitio*<sup>30</sup>.

La multiplicación durante el principado de nuevas hipótesis criminales que se insertaron en el sistema de los viejos *crimina* previstos por las antiguas leyes republicanas, hizo que la *cognitio*, que había llegado a ser la única forma de proceso penal, asumiera las mayores características del procedimiento de las *quaestiones* para la represión de un gran número de delitos: el proceso empezaba con la acusación de un ciudadano particular; la necesidad del acto del magistrado o del funcionario imperial que comprobaba la validez formal del acusación; la inserción del acusado en la lista; la publicidad de la acusación por efecto del reconocimiento de la *cognitio* como *iudicia publica*.

Esta tesis moderna que empieza a ser valorada y aceptada no cuenta, sin embargo, con la aprobación de todos los autores.

Algunos<sup>31</sup> no están de acuerdo en asignar al período de la *cognitio* el favor del procedimiento acusatorio, sino, al contrario, siguen afirmando la naturaleza típicamente inquisitoria de la *cognitio*.

Según Santalucía, ya desde los primeros siglos del imperio la *inquisitio* se

<sup>27</sup> Cfr. PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 26; SCAPINI, N., *Diritto e procedura penale* cit. p. 147.

<sup>28</sup> PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), nota 38, p. 27, cita numerosa bibliografía latina sobre éste: Cl. 9, 1, 4, del 222 (“Imperator Alexander A. Dionysio”), que dice: “*Uxor tua, si consovrii sui necem vindicandam existimat, adeat praesidem provinciae*”; Cl. 9,1,8, del 238 (“Imperator Gordianus A. Gaio militi”), que dice: “*Non prohibentur milites actiones quae iudicii publici instar abtineantintendere, si suas suorumque iniurias exequatur. Ideoque concebrini tui necem defendere tibi permettimus*”.

<sup>29</sup> Véase: PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 28.

<sup>30</sup> Cfr. PUGLIESE, G., *Diritto criminale*, cit. (n. 22), pp. 310 ss.; SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale*, cit. (n. 10), pp. 117 ss., para encontrar referencia acerca del fenómeno de ampliación que los *crimina iudiciorum publicorum* encontraron por efecto de la represión *extraordinem*, y en particular por los *crimenes falsi, repetundarum y de maiestate*.

<sup>31</sup> Cfr. SANTALUCIA, B., “*Accusatio*” e “*inquisitio*”, cit. (n. 26).

había abundantemente extendido hasta atropellar al viejo principio de la *accusatio* pública.

El “punctum pruriens” es la última fase del imperio, en la que surge el procedimiento de la *inquisitio* en el típico tejido de la *cognitio*. De esta manera, algunos autores<sup>32</sup> sostienen que nunca hubo interrupciones en la aplicación de la *inquisitio*, mientras otros<sup>33</sup> sostienen que la *inquisitio* empezó a ser abandonada a favor de la *accusatio*.

## 2. La privatización de la acusación.

Otro tema discutido es la suposición de la completa privatización de la acusación en la última fase del imperio.

Según una parte de la doctrina, el procedimiento acusatorio comenzó a evolucionar a través del abandono de la acusación abierta a cada *civis* y adquiriendo una necesaria acción por parte del ofendido. De este aspecto se encuentra apoyo en la *lex Iulia* que dispuso que el *accusator* podía como mucho presentar dos *libelli inscriptionis* en el mismo momento<sup>34</sup>. Sin embargo, buena parte de los estudios actuales no aceptan esta disminución. En los últimos años del siglo III, cuando se hablaba de *accusatio*, se mentaba únicamente una *accusatio* pública y abierta a todos los *cives*. Además, la *lex Iulia* previó otra posibilidad para el acusador: “una tercera acusación si la ofensa afectaba a derechos personales del acusador”<sup>35</sup>. De esta manera se supone que el acusador hubiera podido presentar inscripciones contra delitos que no habían presentado ofensa ni a él mismo ni a sus familiares. Entonces no se puede sino afirmar que la acusación es pública y abierta a todos los *cives*<sup>36</sup>.

Siempre en contra de esta afirmación, se repite que, en realidad, la voluntad del ordenamiento jurídico, en orden a limitar la acusación de los que persiguieran “*suis suorumque iniurias*”, podría resultar de la circunstancia de que el ofendido y sus familiares estuvieran exonerados del delito de calumnia.

Contra esta objeción se afirma, sin embargo, que, por ejemplo, el hecho de que la madre o el padre acusaran al asesino del hijo<sup>37</sup> y no cayeran en el *periculum calumniae*, encuentra justificación, no en la intención de limitar la acusación, sino

<sup>32</sup> Ibíd.

<sup>33</sup> Cfr. PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 45; ZANON, Giorgia, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato* (Padova, Cedam, 1998), p. 12; y buena parte de la romanística moderna.

<sup>34</sup> Cfr. SANTALUCIA, B., “*Accusatio*” e “*inquisitio*”, cit. (n. 26); El MISMO, *Diritto e processo penale*, cit. p. 45; LAURIA, M., “*Accusatio*” - “*inquisitio*”, cit. (n. 19), p. 324.

<sup>35</sup> Significativa es una precedente disposición del emperador Gordiano, en CI. 9, 1, 10 (a. 239): “*Si crimen ad tua, tourumque iniuriam pertinens exsequeris, solemnibus te inscriptionibus adstringe, ut praesidem provinciae habere iudicem possis*”.

<sup>36</sup> Cfr. PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 56; en contra SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale*, cit. (n. 14), p. 98; y también SCAPINI, N., *Diritto e procedura penale*, cit. p. 147.

<sup>37</sup> CI. 9, 46, 2 pr., del año 224 (“*Imp. Alexander A. Apolloniae*”): “*Mater inter eas personas est, quae sine calumniae timore necem filii sui vindicare possunt: idque beneficium senatus consulti et in aliis publicis iudiciis servatum est*”.

en la consideración que la razón de la tutela de un interés personal en la punición del reo que animaba a estos sujetos, ya garantizaba por sí misma (*in re ipsa*) la poca idoneidad de manifestar acusaciones calumniosas<sup>38</sup> respecto a los que lo hacían por la aspiración al premio.

### III. ALGUNAS TENDENCIAS ACUSATORIAS EN LA “COGNITIO”

#### 1. Líneas generales.

En los delitos de *stellionato* y de *expilata hereditate*, la *accusatio* era la regla general, como demuestra D. 47, 11, 3 (Ulp., 3 *adult.*): “*stellionatus vel expilatae hereditatis iudicia accusationem quidem habent, sed non sunt publica*”<sup>39</sup>.

Pero había otros delitos que parecen adoptar el sistema inquisitorio, como en los casos de competencias de los gobernadores provinciales en la actividad de pública policía, en el deber de mantener *pacata atque quieta* la provincia; además, en estos casos el gobernador podía instaurar el juicio y llevar el procedimiento hasta la condena definitiva (bajo forma de *cognitio praesidis*)<sup>40</sup>.

Algunos autores afirman que estas son pruebas definitivas de que el procedimiento inquisitorio habría sido la regla, mientras que el acusatorio, la excepción.

La romanística moderna, sin embargo, no apoya esta tesis y admite justo lo contrario, es decir, que el procedimiento acusatorio sería la regla y que sólo en algunas aplicaciones se podría manifestar una derogación. Este problema no se presenta adecuadamente solucionado; pero ciertas fuentes demuestran que la primera tesis sería posible<sup>41</sup>.

Otros autores critican que estos fueran verdaderos juicios siendo más bien, en cambio, únicamente una actividad de represión inmediata y a tutela de la sociedad, casi una tutela más administrativa que judicial<sup>42</sup>. Además, si fuera este un procedimiento de *officio*, no necesariamente tendría que negar el cumplimiento de *solemnia accusationis*. La norma imperial no supone la aplicación del procedimiento de oficio a todos los delitos: ésta sería una derogación del principio acusatorio y

<sup>38</sup> Véase: PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 49; ZANON, G., *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, cit. (n. 33), p. 56.

<sup>39</sup> Cfr. PUGLIESE, Giovanni, *Linee generali dell'evoluzione del Diritto penale pubblico durante il principato* (1982), después en *Scritti giuridici scelti* (Napoli, Jovene, 1985), II p. 782. Éste habla de una necesidad de acusación en estos delitos.

<sup>40</sup> Por ejemplo en la *coercitio*, en la *animadversio*, y en la *executio extraordinaria*.

<sup>41</sup> Especialmente las funciones de *officio* del *praefectus vigilum* y del *praefectus urbi*. Por ejemplo, según una referencia del jurista Paulo en D. 1, 15, 3, 1: “*Cognoscit praefectus vigilum de incendiariis effractoribus furibus raptoribus receptatoribus, nisi si qua tam atrox tamque famosa persona sit, ut praefecto urbi remittatur. Et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium, aut fusibus castigat eos qui negligentium ignem haberunt, aut severa interlocutione comminatus fustium catigationem remittit*”. Para más datos: PUGLIESE, *Linee generali*, cit. (n. 39), pp. 771 ss.

<sup>42</sup> PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 67.

así serían respetadas todas las fuentes que consideran el procedimiento de *iudicia publica* la regla<sup>43</sup>.

En contra de esta tesis se opone un conocido autor<sup>44</sup> mediante un texto del *de officio proconsulis* de Ulpiano, en el cual el jurista describe cuáles son los deberes fundamentales de un buen gobernador provincial: D. 1, 18, 13 pr. (Ulp., 7 de off. proc.): “*Congruit bono et gravi praesidi curare, ut pacata atque quieta provincia sit quam regit. Quod non difficile obtinebit, si sollicite agat, ut malis hominibus provincia careat eosque conquerirat: nam et sacrilegos latrones plagiarios fures conquerere debet et prout quisque deliquerit in eum animadvertere, receptatoresque eorum coercere, sine quibus latro diutius latere non potest*”:

El gobernador tendría, entonces, que desarrollar una doble actividad: administrativa y jurisdiccional.

La primera consistiría buscar y perseguir a los ladrones (*conquirere*); la segunda, en someter a estos *mali homines* a proceso y aplicarles una sanción proporcionada a la gravedad del delito cometido (“*prout quisque delinquerit in eum animadvertere*”). Además, según este texto, el gobernador estaba autorizado a proceder dado que su función era la de custodiar la disciplina pública en la provincia.

La doctrina moderna interpreta el texto de forma diferente: el gobernador, en las funciones administrativas, tenía que actuar en materia de prevención y de seguridad; pero en la función jurisdiccional tenía que respetar las reglas procesales, entre las cuales se encontraba la necesidad de subordinar su intervención a una *solemnis accusatio*<sup>45</sup>.

Según la doctrina tradicional el gobernador procedía *de officio* sobre la base de una simple *notitia criminis*. Las funciones de señalización de los delitos eran competencia de los oficiales que estaban bajo el mando del gobernador.

Los emperadores habían, a través de *mandata* y de *rescripta*, determinado reglas puntuales<sup>46</sup>: los oficiales tenían que interrogar y después escribir el *elogium* mediante una relación detallada de los hechos; llevaban al acusado delante del gobernador; este último, si quería empezar el procedimiento de oficio contra el culpable, debía examinar *ex novo* los hechos.

Es importante D. 48, 3, 6 (Marciano, 2 de iud. publ.): “*Divus Hadrianus Iulio Secundo ita rescripsit et alias rescriptum est non esse utique epistulis eorum credendum, qui quasi damnatos ad praesidem remiserint. Idem de irenarchis praeceptum est, quia non omnes ex fide bona elogia scribere compertum est. 1 Sed et caput mandatorum exstat, quod divus Pius, cum provinciae Asiae praeerat, sub edicto proposuit, ut irenarchae, cum adprehenderint latrones, interrogent eos de sociis et receptatoribus et interrogationes litteris inclusas atque obsignatas ad cognitionem magistratus mittant.*

<sup>43</sup> Para más explicaciones y referencias: BISCARDI, Arnaldo, “Inquisitio” ed “accusatio” nel processo criminale “extraordinem”, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* (Madrid, 1990), I, p. 235 ss.

<sup>44</sup> Véase: LAURIA, M., “Accusatio” - “inquisitio”, cit. (n. 19), p. 328.

<sup>45</sup> Cfr. BISCARDI, A., “Inquisitio” ed “accusatio” nel processo criminale “extraordinem”, cit. (n. 43), p. 243.

<sup>46</sup> Cfr. BIANCHINI, Mariagrazia, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano* (Milano, Giuffre, 1964), pp. 36 ss.

*Igitur qui cum elogio mittuntur, ex integro audiendi sunt, etsi per litteras missi fuerint vel etiam per irenarchas perducti. Sic et divus Pius et alii principes rescripserunt, ut etiam de his, qui requirendi adnotati sunt, non quasi pro damnatis, sed quasi re integra quaeratur, si quis erit qui eum arguat. Et ideo cum quis ḡnēkrisin faceret, iuberi oportet venire irenarchen et quod scripserit, exsequi: et si diligenter ac fideliter hoc fecerit, conlaudandum eum: si parum prudenter non exquisitis argumentis, simpliciter denotare irenarchen minus rettulisse: sed si quid maligne interrogasse aut non dicta rettulisse pro dictis eum compererit, ut vindicet in exemplum, ne quid et aliud postea tale facere moliatur”.*

Marciano explica mejor que Ulpiano las funciones de conquirere y animadvertere.

Este texto no hace referencia alguna a la *accusatio* ni al *libellus inscriptionis*. Por lo tanto, la doctrina moderna entiende el *elogium* como una variante de la *accusatio* desde una perspectiva funcional: el agente de policía entra a actuar en la relación procesal y tiene que probar lo que ha escrito en el elogio<sup>47</sup>.

La doctrina tradicional no aprueba esta perspectiva: i) porque el *elogium* posee un carácter meramente informativo; ii) porque el *elogium*, si no fuera así, se supondría que el oficial participaría en el contradictorio y así no es como demuestran muchas fuentes<sup>48</sup>; y iii) además la frase “*iuberi oportet venire irenarchen et quod scripserit exsequi*” significa que el gobernador puede llamar a participar al oficial para que proporcione más información sobre la relación.

## 2. La época del dominado.

En la época del Dominado, la distinción entre *crimina iudiciorum publicorum* y *crimina extraordinaria* perdió completamente su importancia<sup>49</sup>.

Según algunos autores, esto era una demostración concreta de la aplicación determinante de la *cognitio*<sup>50</sup>. Además, la expresión *crimen publica* llegó a ser empleada como sinónimo de *accusatio publica*, porque desde Constantino la categoría de los *crimina publica* abarcó ya sea a los juicios con acusación popular, como los *crimina iudiciorum publicorum*<sup>51</sup>.

Numerosas citas hacen referencia a esta afirmación.

Desde luego CTh. 9, 1, 3 (“Imperator Constantinus A. ad agricolanum”): “*Cum ius evidens adque manifestum sit, ut intendendi criminis pubblici facultatem*

<sup>47</sup> MAROTTA, Valerio, “*Mandata principum*” (Torino, Giappichelli, 1991), p. 176, cit. por PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 46; ZANON, G., *Le strutture accusatorie della “cognitio extra ordinem” nel principato* cit. (n. 33), p. 115.

<sup>48</sup> SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale*, cit. (n. 14), p. 77.

<sup>49</sup> Significativa es que en la composición del Código Teodosiano que ninguna referencia atañe la distinción entre diferentes *crimina*.

<sup>50</sup> Como demuestra la aplicación al Código Teodosiano y el Código Justiniano de la epígrafe de *accusationibus et inscriptionibus* en el parágrafo que afecta los diferentes *crimina* véase: PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 59; LAURIA “*Accusatio*” - “*inquisitio*”, cit. (n. 19), p. 375; cfr. BISCARDI, A., “*Inquisitio*” ed “*accusatio*”, cit. (n. 43), p. 310.

<sup>51</sup> Otras referencias en: PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), pp. 60- 61.

*non nisi ex certis causis mulieres habeant, hoc est, si suam suorumque iniuriam persequantur, observari antiquitus statua oportet; neque enim fas est, ut passim mulieribus accusandi permitta facultas sit*”. Este texto evidencia, “a contrario”, que en línea general, excepto a las mujeres, el derecho de promover la acusación era otorgado a todos.

Más completo es CTh. 9, 7, 2: (“Imperator Constantinus A. Ad Evagrium”) *Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibuscne aliqua legis interpretatione conceditur, tamen ne volentibus temere licetat foedare conubia, proximi necessariisque personis solummodo placet deferri copiam accusandi, hoc est patrueli consobrino et consanguineo maxime fratri, quos verus dolor ad accusationem impellit. Sed et his personis legem imponimus, ut crimen abolitione compescant. In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet, cui cuidem ex suspicione etiam ream coniugem facere nec intra certa tempora inscriptionis vinculo contineri veteres retro principes adnuerunt. Extraneos autem procul arceri ab hac accusatione censemus. Nam etsi omne genus accusationis necessitas inscriptionis adstringat, nonnulli tamen proterve id faciunt et falsis contumeliis matrimonia deformant*”.

La *delatio* está, pues, permitida a cada ciudadano<sup>52</sup>. Ello demuestra la vigencia de la *accusatio* pública.

### 3. La época de Constantino y Justiniano y el “edictum de accusationibus”.

El problema de las distinciones entre *inquisitio* y *accusatio* retorna en el Derecho procesal del emperador Constantino. La doctrina moderna<sup>53</sup> cita CTh. 9, 3, 1 (= CI. 9, 4, 1): Imperator Constantinus A., ad Florentium rationalem [a. 320]: “In quacumque reo exhibito, sive accusator exsistat sive eum publicae sollicitudinis cura perduxerit, statim debet quaestio fieri, ut noxiis punitatur, innocens absolvatur. Quodo si accesator aberit ad tempus aut sociorum praesentia necessaria videatur, id quidem debet quam celerrime procurari. Interea vero exhibiro non ferreas manicas et inharentes ossibus mitti oportet, sed prolixiores catenas, ut et cruciatio desit et permaneat fida custodia. Nec vero sedis intimae tenebras pati debebit inclusus, sed usuroata luce vegetari et ubi nox geminaverit custodia, vestibulis carcerum et salubris locis recipi ac revertente iterum die ad primum solis ortum illico ad publicum lumen educi, ne poenis carceri perimitur, quod innocentibus miserum noxiis non satis severum esse cognoscitur. Illud etiam observabitur, ut neque his qui stratorum funguntur officio neque ministris eorum liceat crudelitatem suam accusatoribus dendere et innocentes intra cercherum saepa letodare aut subtractos audiantiae longa tabe consumere. Non enim existimationis tantum, sed etiam periculi metus iudici imminebit, si aliquem ultra debitum tempus inedia aut quocumque modo aliquid stratorum exhauserit et non statim eum penes quem officium custodiae est adque eius ministros capitali poena subiecerit”.

Según esta referencia la *lex imperialis*, además de encomendar un pronto desarrollo del proceso, disciplinaba la custodia preventiva como función de pre-

<sup>52</sup> El término *delatio* es también empleado para significar *accusatio*. Véase, más arriba, I, 3. Cfr. *solemnia accusationis*, estudiado por BIANCHINI, M., *Le formalità constitutive*, cit. (n. 46), pp. 72 ss.

<sup>53</sup> PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 66.

vención especial y las modalidades de la misma con la prohibición de abusar de la posición de guardián.

Lo que más cuenta es la distinción entre procedimiento de officio (“*sive eum publicae sollicitudinis cura perduxerit*”) y procedimiento acusatorio (“*sive accusator exsistat*”), que son las dos posibles alternativas a la iniciación del procedimiento criminal (“*in quacumque causa*”).

Para la doctrina moderna, según la cita anterior, el procedimiento de officio no necesariamente es el único posible en cualquier delito<sup>54</sup>. Además éste hace expresa referencia al proceso acusatorio no solamente como iniciación sino como necesidad de un juicio rápido y tutela del potencial culpable.

Esta tesis encuentra otras posibilidades de soporte a través de una cita presente en CTh. 6,29,1 (a. 335) (cfr. Cl. 12,22,1.) “*Imp. Constantinus A. ad Lollianum p.p: Ii, quos curagendarios sive curiosos provincialium consuetudo appellat, proprio arbitrio quos esse reos putaverint, feralibus carcerum tenebris mancipare non dubitant. Memorati igitur curiosi et stationarii vel quicumque funguntur hoc munere crimina iudicibus nuntianda meminerint et sibi necessitatem probationis incumbere, non citra periculum sui, si insolentibus eos calumnias nexuisse constiterit. Cesset ergo prava consuetudo, per quam carcari aliquos inmittebant*”.

De esta forma lo curagendarios igualmente que lo stationarii tienen que presentar una exposición ante el juez competente de los crímenes cometidos y debiendo producir las pruebas de sus afirmaciones, con el riesgo de ser perseguidos por calumnia de inocentes.

La doctrina moderna entiende con estas dos referencias una prueba definitiva de que el carácter inquisitorio no es generalizado sino expresamente llamado en casos particulares, y teniendo la función de *curiosi* y de los *stationarii* el único fin de garantizar la seguridad del tráfico postal y garantizar la tranquilidad del territorio. Ellos actuaban como acusadores particulares. Concluyendo así con la preponderancia del principio inquisitorio sobre el acusatorio<sup>55</sup>.

Diferente es la toma de posición de la doctrina tradicional que analiza este *punctum dolens* afirmando que nada se modificó respecto a las funciones inquisitorias de todos los oficiales. La única consecuencia más que relevante fue que el principio inquisitorio va asumiendo más poder y ampliando su aplicación modificando también características interpretativas de derecho sustancial. Reflejan que la crisis que conllevó las quaestiones encontró un freno en la mitad del III siglo. Expresamente antes, un acusador que denunciaba conociendo la inocencia de un ciudadano en un delito que no era de competencia de las quaestiones, no era punible por calumnia porque su denuncia, en sentido técnico, era una señalización, una información, y no una *accusatio*<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Ibíd., p. 73; de acuerdo también LAURIA, M., “*Accusatio*” - “*inquisitio*”, cit. (n. 19), p. 340.

<sup>55</sup> Véase: PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 81.

<sup>56</sup> SANTALUCIA, B., “*Accusatio*” e “*inquisitio*”, cit. (n. 26); éste autor, en particular ejemplifica el robo (hurto) que hasta el tercer siglo no caía bajo la competencia de las *quaestiones*, incluso cuando se lo hubiera intentado con voluntad criminal. Diferente era la disciplina del

Con nuevas leyes se dispuso la necesidad de una subscriptio in crimen<sup>57</sup> del acusador que así era también responsable de su declaración. Pero no por eso el proceso pasa a ser necesariamente iudicium publicum sino, como específica Ulpiano, “quasi publicum sit iudicium”.

Todo esto se manifiesta desde el lado de la iniciación procesal. El juicio empieza siempre de officio sobre la noticia del particular: el particular así adquiere la responsabilidad de su declaración.

Entonces nos podemos preguntar que si esa era la situación del particular, ¿el funcionario tenía también él mismo que asumir con su declaración la responsabilidad de una posible calumnia?

Encontramos la respuesta en CI. 9,2,7 [a. 244]: “*Imp. Gordianus A. Proculo: Ea quidem, quae per officium praesidibus nuntiantur, et citra sollemnia accusatum posse perpendi incognitum non est. Verum falsis nec ne notoriis insimulatus sit, perpenso iudicio dispici debet*”.

Como se evidencia no era necesaria la formalidad de la acusación (“*et citra sollemnia accusationum*”). Entonces el elogium es algo completamente distinto de esta *subscriptio*, “de este paso el viejo *libellum* llegó a ser una pieza de un museo”<sup>58</sup>. La disposición del *libellum* pierde importancia y ya con el emperador Constantino no se encuentra ninguna huella en el Código Justiniano: se hablará de *inscriptio* y no de *libellus*<sup>59</sup>.

Esta forma de acusación es completamente diferente de la *accusatio* de la *lex Iulia iudiciorum publicorum*. “Es una *accusatio* que convertida en una sencilla notitia criminis abre las puertas al procedimiento inquisitorio”<sup>60</sup>.

Ese trabajo de exégesis es interpretado por la moderna doctrina en sentido totalmente opuesto. Como se ha señalado anteriormente, ya durante el principado necesitaban elementos defensivos contra los abusos de la *accusatio* publica<sup>61</sup>. Estos elementos encuentran una rápida ampliación al final del siglo III y a comienzos del siguiente. En estos años la necesidad de los emperadores es únicamente la de

asesinato, en el cual la falsa denuncia era punible como calumnia, porque su persecución era subordinada a la formal *accusatio* por *libellus*.

<sup>57</sup> A este efecto: SANTALUCIA, B., “Accusatio” e “inquisitio”, cit. (n. 26). Este autor cita dos textos de Ulpiano en D. 48, 2, 7 pr. (7 de off. proc.): “*Si cui crimen obiciatur, praecedere debet in crimen subscriptio. Quae res ad id inventa est, ne facile quis prosiliat ad accusationem, cum sciat inultam sibi accusationem non futuram*”. Este mismo jurista especificó, acerca del *crimen furti*, en D. 47, 2, 93 (92) (38 ed.): “*Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam*”.

<sup>58</sup> Véase: SANTALUCIA, B., “Accusatio” e “inquisitio”, cit. (n. 26), p. 9

<sup>59</sup> Según SANTALUCIA, B., ibíd., el ultimo fragmento sería este: CI. 9, 2, 8 [s.d.]: (“Exemplum sacrarum litterarum Diocletiani et Maximiani AA.”): “*Si quis se inturiam ab aliquo passum putaverit et querellam deferre voluerit, non ad stationarios decurrat, sed praesidalem adeat potestatem aut libellos offerens aut querellas suas apud acta deponens*”.

<sup>60</sup> SANTALUCIA, B., “Accusatio” e “inquisitio”, cit. (n. 26), p. 7

<sup>61</sup> En este aspecto, Pietrini ofrece numerosa bibliografía y muestra numerosas líneas políticas legislativas, pero que, según el autor se mueven únicamente hacia el fin específico de hacer efectivo el procedimiento acusatorio. véase: PIETRINI, S., *Sull’iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 81 ss.

evitar acusaciones anónimas y juicios inútiles. Y con esta finalidad se puede entender toda la disciplina de la acusación<sup>62</sup> que Constantino tiende a darle fuerza con el *edictum de accusationibus*. CTh. 9,5,1 y Cl. 9,8,3 (“Imp. Constantinus A. ad Maximum pu.” [a. 314], que mejor se nos conserva en forma epigráfica: “*Probatum est plurimos non solum fortunis accusationis nonnumquam eiusmodi causis tam eos qui accusantur quam qui ad testimonium vocantur gravissimis vexationibus advici. Unde consulentes securitati provinciarum nostrarum eiusmodi remedia prospexit, ut accusator quidem non omnimodo de iudicio repellatur, verum quicumque intentionibus suis probationes addere confidit, habeat adeundi iudicis liberam potestatem factorum competenter in eum qui convictum fuerit vindicetur. Quod si minime potuerit ea quae intentaverit conprobare, scire debet severiori sententiae subiugandum. Sane su quis alicui maiestatis crimen intenderit, cum eiusmodi obiectus minime quemquam privilegio dignitatis alicuius a strictiori inquisitione tueatur, sciat se quoque tormentis esse subdendum, si aliis manifestis indicis atque argumentis accusationem suam nin potuerit comprobare, cum in eo, qui huius esse temeritatis reprehendetur, illut quoque tormentis erui oporteat, cuius consilio atque instictu ad accusationem accessisse videatur, ut a omnibus tanti commissi conscientia possit reportari. Delatoribus autem quod adeundi quoque iudicis tam statuis parentum nostrorum quan etiam nostris sactionibus interclusa sit facultas, omnibus cognitum est, cum eiusmodi hominibus audientia non beat commodari, quando quidem eos pro tanti sceleris audacia peneae conveniat subiurgari*”<sup>63</sup>

Según la doctrina moderna, la función de este edicto fue establecer reglas para una correcta *accusatio* sin abusos. La calumnia ve ampliada su campo de aplicación hasta comprender la *accusatio* no probada, bastando objetivamente la absolución del imputado<sup>64</sup>. Esta doctrina concluye que la intención de Constantino fue privilegiar la *accusatio* contra la *inquisitio*<sup>65</sup>. La figura del *delator* es, en la época de Constantino, castigada exclusivamente por el mero hecho de la delación<sup>66</sup>.

En esta perspectiva el resultado de la doctrina tradicional es igual, pero cambia la finalidad. Aquí la forma de la *accusatio* es tutelada y aplastada a favor de la *inquisitio*<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Cfr. el *edictum de accusationibus*, en CTh. 9, 5, 1 y Cl. 9, 8, 3, que se nos conserva bajo forma epigráfica.

<sup>63</sup> FIRA, I, Nº 94, pp. 459-461.

<sup>64</sup> Como demostración de esta teoría, PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 90, sostiene que la *lex generalis* para que “*unique versum securitati innocuum consulatur*” es un claro ejemplo, y concluye con la prohibición de los *libelli* anónimos.

<sup>65</sup> Según MANFREDINI, *Osservazioni sulla compilazione teodosiana*, p. 415, notas 73 y 419, citado por PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 92, el edicto quiso restablecer en todas las provincias del imperio la *accusatio*; y es la señal de la degradación de la *inquisitio* a favor de la *accusatio*.

<sup>66</sup> El *delator* castigado por las normas que “*severiori sententiae subiugandum*” es el sujeto que se limita a una simple denuncia sin querer adquirir el rol de *accusator*. Por eso se entiende de cómo en numerosos textos se encuentra el término *delator* para significar una actividad criminal de espía.

<sup>67</sup> También MOMMSEN *Strafrecht*, pp. 346 ss., citado por PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 94, declara que el procedimiento acusatorio es preferido respecto a lo inquisitorio y, sin embargo, la función de la *accusatio* en la edad tarda

#### 4. Pruebas a favor de la “accusatio” y de la “inquisitio”.

La doctrina no examina generalmente los emperadores después de Constantino sobre esta crucial diferencia. Sin embargo, la doctrina moderna intenta, a través de recientes estudios, de confirmar la naturaleza de la cognitio, y de la accusatio como piedra angular casi en esta fórmula: si la accusatio era practicada también al final del imperio entonces, como esta forma se ha quedado hasta el fin, esta tenía que ser la forma principal de todo el procedimiento penal<sup>68</sup>.

Para corroborar esta fórmula, se detecta la tendencia de los emperadores a garantizar también la paridad de las partes en el juicio. La acusación se presenta como necesaria porque además tiene siempre que conllevar prueba a cargo del reo, pero intentando siempre de suponer la presunción de inocencia<sup>69</sup>.

Según Pietrini, la prueba que el procedimiento acusatorio está en una situación de privilegio respecto a la inquisitorio se revela por la situación general de la justicia y de la disfunción existente: los gobernadores provinciales, como jueces de primera instancia, estaban además comprometidos con deberes administrativos y en particular el cobro de los impuestos. Además un gobernador incapaz hubiera podido decidir cuestiones sencillas, especialmente civiles, pero no seguramente desarrollar cargas más complejas como procesar imputados que estaban con una medida coercitiva en la cárcel<sup>70</sup>.

Así las diferentes normas para evitar una accusatio anónima o falsa encuentran explicación en la lógica imperial para evitar procesos inútiles y cargos mayores para los funcionarios, como hubiera podido ser la inquisitio con el procedimiento de officio.

Además el procedimiento *de officio* se presenta peligroso por la misma estructura del imperio si los funcionarios y los jueces no se activan para promocionarlo.<sup>71</sup>

habría podido determinar la crisis de la jurisdicción penal, porque demasiadas *accusatio*, eventualmente con un camuflamiento de la intención verdadera del *accusator*, habrían podido conducir a la implosión del sistema penal.

<sup>68</sup> Cfr. BIANCHINI, M., “*Cognitiones*” e “*accusatio*”: per una rimeditazione del problema, en *Rivista di Diritto Romano* 1 (2001): Atti del Convegno. *Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico* [en <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html>].

<sup>69</sup> Recuerda Pietrini que acerca esta temática se presenta también un edicto *ad populum* del emperador Constancio, en CTh. 9, 34, 6: “*Nemo prorsus de famosis libellis, qui neque apud me neque in iudicis ullum obtinet locum, calumniam patiatur. Nam et innocens creditur, cui defuit accusator, cum non defuerit inimicus*”.

<sup>70</sup> Véase: PIETRINI, S., *Sull’iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 132, que además cita en apoyo el lúcido análisis de JONES, *Il tardo impero*, pp. 685, 713, 721. También Mommsen explica que el sistema acusatorio es el método más rápido y más sencillo y sin duda más cómodo por la burocracia estatal. Cfr. PIETRINI, S., ibíd., nota 191; Cfr. MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 351, cit. por Pietrini.

<sup>71</sup> Como evidencian Pietrini y Lauria. Sin embargo, mientras LAURIA, M., “*Accusatio*” - “*inquisitio*”, cit. (n. 19), p. 359, con esta frase contenida en la constitución del emperador Honorio: “*vicina peccato in iudice dissimulatio est, quem ignoratio commissi criminis non defendit*”, entiende demostrar cuán presente y más aplicado era el proceso inquisitorio; PIETRINI, S., *Sull’iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 135, explica que esta frase no puede ser entendida correctamente sin la consideración de todo el acontecimiento que la originó: el emperador Honorio lamentaba que numerosas personas que habían ofendido a los obispos,

Seguramente más problemas habrían causado la contemporánea vigencia de los dos procedimientos. Uno ligado a la obligación de la acusación motivada con amplias pruebas y la otra, una genérica obligación del funcionario y de los jueces de intervención<sup>72</sup>.

El examen de la doctrina tradicional y moderna versa sobre algunas leyes imperiales que justamente son interpretadas en sentido opuesto.

La primera es una epístola que se conserva en Cl. 12,53,2: "Imp. Honorius et Theodosius AA. Palladio pp. [a. 417]: *Quicumque inlustris urbanae sedis vel annonariae potestatis apparitor clandestina fraude pistorem concusserit, accusatus adque convictus perpetuis paneficii nexibus addicatur*". Según la doctrina moderna, esta epístola no revela que el procedimiento haya empezado de oficio sin un acusador particular. Para Lauria ésta demuestra que también el poder del funcionario es limitado y no puede ir contra leyes<sup>73</sup>.

El segundo texto es una parte de la Constitución de Teodosio I que aparece en CTh. 16,5,9,1: "*Ceterum quos encratitas prodigali appellatione cognominant, cum saccorum sive hydroparastatis refutatos iudicio, proditos criminis, vel in mediocri vestigio facinoris huius invento summo supplicio et in expaibili poena iubemus affligi, manente ea condicione de bonis, quam omni huic officinae imposuimus, a latae dudum legis exordio. Sublimitas itaque tua det inquisitores, aperiat forum, indices denuntiatoresque sine invidia delationis accipiat. Nemo praescritione communi exordium accusationis huius infringat. Nemo tales occultos ogat latentesque conventus: agris vetitum sit, prohibitum moenibus, sede publica privataque damnatum*". De este fragmento, con el cual se anima al praefectus a tener en consideración también las informaciones de los *delatores*, la doctrina moderna entiende que el *accusatio* se refiere propiamente a la acusación del particular y no al acto con el cual el magistrado empieza la *inquisitio*. De esta manera el *praefectus* tendrá que encargar investigar a sus agentes y podría, además, en el caso que se presente un *accusator* particular, evitar que la acción de éste sea desanimada por una *praescriptio communis*<sup>74</sup>. La doctrina tradicional entiende que el funcionario actúa como una *accusator* y con esto se logra explicar que en los siglos IV y V, se manifestó una significación diferente del término *accusatio*, que se convirtió en el momento inicial de la *inquisitio*<sup>75</sup>.

la religión y la quietud pública permanecieran en *impunitas* por una ficción de los jueces que afirmaron no haberse enterado. Y el procedimiento sin una formal *accusatio* no pudo empezar, además, porque era ilógico esperar la *accusatio* por lo obispos.

<sup>72</sup> LAURIA, M., "Accusatio" - "inquisitio", cit. (n. 19), p. 362, dice que los funcionarios eran responsables por la falta de represión de los delitos. Pero objeta M. Pietrini que la responsabilidad es genérica y no específica en el *inquirere*. No aparece, en efecto, ninguna sanción para los funcionarios que no cumplían su genérica función. A lo más se podría hablar de una responsabilidad administrativa.

<sup>73</sup> Efectivamente esta epístola no dice nada ni a favor ni contra; sin embargo, es continuamente citada para sostener las diferentes tesis. Cfr. PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 146; LAURIA, M., "Accusatio" - "inquisitio", cit. (n. 19), p. 363. Cfr. BRANCHINI, M., "Cognitiones" e "accusatio", cit. (n. 68), p. 4 del extracto.

<sup>74</sup> Véase: PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 147.

<sup>75</sup> En este caso Lauria habla de una diferente significación de la *accusatio*, que va a afectar

El tercer texto está en Cl. 1,7,4: “*Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Basso pp. [a. 426]: Apostatarum sacrilegum nomen singulorum vox continuae accusatio- nis incesset et nullis finita temporibus huiuscemodi criminis arceatur indago*”. En esta ley el emperador invita a los acusadores a perseguir *apostatarum sacrilegum nomen*. Según la doctrina moderna, esto no es un caso de total inquisición sino una extensión de la tutela del Estado. Además no se excluye que el acusador sea el particular, como supone la doctrina tradicional. Esta última entiende que el *accusator* en este caso no es el particular sino el oficial con la obligación de empezar la inquisición.<sup>76</sup>

No solamente la doctrina tradicional no logra afirmar sin duda que la *inquisitio* dominaba, sino que la doctrina moderna interpreta que estos afirman que la *inquisitio* no puede ser interpretada únicamente como procedimiento de oficio.

La tendencia de esta afirmación se puede encontrar en una Constitución de Constantino, conservada en CTh. 9,1,7: “*Ii quos custodia delatae criminacionis includit, intra unius mensis spatium audiantur inquisitione completa, ne si delati criminis causam segniss iudicantis lenitudo distulerit, reciprocos poenae sortiatur incursus*”. En este caso se puede observar cómo la referencia a la inquisitione completa pueda entenderse como una investigación desarrollada en el juicio, y no como un proceso de oficio.

De esta manera junto a la *inquisitio* completa hallamos una *strictior inquisitio*<sup>77</sup>.

La posibilidad de destacar la *strictior inquisitio* es la base para una verdadera concepción moderna sin ser partidario necesariamente del principio acusador o inquisidor en general. Principios que sin una aplicación concreta, dicen todo y nada. Pero este aspecto no es analizado ni por la doctrina moderna ni por la doctrina tradicional que están comprometidas en demostrar la validez absoluta de la tesis que patrocinan.

Así observamos que Lauria sostiene que, en la época de Constantino, la *accusatio* pública se va convirtiendo en una *accusatio* privada, porque los que actúan en el juicio son únicamente las personas ofendidas<sup>78</sup>. En contra, Pietrini y Zanon afirman que sí se podría admitir que mayormente actúan en juicio las personas

todo el desarrollo del proceso penal. En contra, Pietrini afirma que ocurrieron algunos casos en el que fue empleado el término *accusatio* con otra significación, pero no es esta la situación y, además, el término *accusatio* permaneció siempre ligado a su concepto originario, como en el caso en el que el término *accusatio* se refiere a la *querela inofficiosi testamenti*. Véase *actio civilis* en Cl. 3, 2, 28, 8 y Cl. 3, 28, 11; y en Cl. 7, 51, 6 y Cl. 12, 19, 14, en donde se emplea la expresión *in accusationem deducere*, que indica únicamente el acto de llamar en juicio sin diferenciación civil o penal. Cfr. PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit.(n. 19), pp. 145-146, nota 208.

<sup>76</sup> Cfr. PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p 148; LAURIA, M., “*accusatio*” - “*inquisitio*”, cit. (n. 19), p. 354 ; PUGLIESE, G., *Linee generali*, cit. (n. 39), pp. 766 ss.

<sup>77</sup> Véase el edicto *de accusationibus* en Cl. 9, 8, 3. Éste puede explicar cómo el procedimiento *de oficio* podría estar separado respecto al procedimiento que se desarrolla en el interior del juicio.

<sup>78</sup> Véase: LAURIA, M., “*Accusatio*” - “*inquisitio*”, cit. (n. 19), p. 364.

ofendidas por efecto de las limitaciones (entendidas como necesidad de presentar una correcta y verdadera *inscriptio*), y de los deberes (entendidos como necesidad de encontrar y traer a juicio los elementos de prueba), pero de esto no se puede inferir que la acusación pública estaba puesta en condición excepcional y la regla base y general era la acusación privada con necesaria tendencia acusatoria del proceso penal<sup>79</sup>.

Obsérvese, por ejemplo, esta frase de CTh. 9,24,3: “*sive propriae familiae dedecus eum moverit seu commune odio delictorum*”, en la cual se entiende la alternativa entre dos posibilidades de fundar el *acusatio*: el ofendido que actúa “*propriae familiae dedecus*”; el “*quibus de populo*” que actúa *commune “odio delictorum”*<sup>80</sup>

#### IV. ELEMENTOS PARA UNA CONCLUSIÓN: HACIA UNA TEORÍA POST-NEOCLÁSICA

Como conclusión de este análisis, se puede afirmar correctamente que la contraposición entre *accusatio-quaestiones* e *inquisitio-cognitiones* es superada por la existencia de la continuidad de un régimen acusatorio en los procedimientos de *cognitiones*<sup>81</sup>.

Lo que se ha intentado demostrar es la dificultad de averiguar el grado de la dimensión acusatoria: si ésta es una completa derivación de los *crimina publica*, o sea, ilícitos caracterizados por la naturaleza pública de la acusación, con la excepción de los *crimina extraordinaria*, o si el procedimiento acusatorio representa una excepción respecto al procedimiento inquisitorio como parecería entenderse analizando las funciones de los *praefecti*

Como se ha evidenciado, el ámbito de las *cognitiones* no está determinado nítidamente por la dificultad de establecer un confín entre actividad de policía y actividad judicial en las verdaderas funciones del *praefectus urbis*, del *praefectus praetori*, del *praefectus vigilium* y del *praefectus annonae*.<sup>82</sup>

La tentativa de probar la presencia del régimen acusatorio y de exaltar la funciones de los *irenarchae*, *stationarii*, *nuntiatores* para hacer de éstos “fiscales” *ante litteram* en compleja contradicción; pero merece consideración cuando sugiere volver a reflexionar sobre el problema identificando las peculiaridades del régimen acusatorio con las distinciones entre impulso al proceso y conducción del mismo hacia una sentencia.<sup>83</sup>

Esta tentativa se hace necesaria para una lógica actual. La distinción entre procedimiento y proceso remarca la distinción entre *inquisitio* completa y *strictior inquisitio*.

Ésta aparece como única solución para salir de esta crisis interpretativa.

<sup>79</sup> Véase: PIETRINI, S., *Sull'iniziativa del processo criminale romano*, cit. (n. 19), p. 151.

<sup>80</sup> Ibid., p. 158.

<sup>81</sup> Véase: BIANCHINI, M., “*Cognitiones*” e “*accusatio*”, cit. (n. 68), p. 5 del extracto. Cfr., más arriba, III, 3.

<sup>82</sup> Más arriba, nota 24.

<sup>83</sup> Cfr. el intento de ZANON, G., *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, cit. (n. 33), pp. 20 ss., 105 ss.

Necesitamos entender en perspectiva con los estudios actuales, que se puede diferenciar entre principio acusatorio e inquisitorio en la fase de iniciación y la de participación.

Según la iniciación, el procedimiento acusatorio no puede empezar si no hay una acusación por parte de un ciudadano y que el problema que éste sea un particular o que sean todos los ciudadanos o, según la perspectiva moderna de un sujeto que representa la sociedad (fiscal) no es importante para solucionar la cuestión. Lo importante es la presencia de un acusador: si no existe el acusador para el magistrado no existirá la posibilidad para llevar a juicio al imputado. La acusación llega a ser el elemento necesario para la constitución de la relación procesal.

En el procedimiento inquisitorio, el órgano con capacidad para acusar es el magistrado o, mejor dicho, el juez mismo, quien tendrá que comenzar el juicio sobre la base de una *notitia criminis* sin ninguna formalidad en las asunciones eventuales de denuncias por parte del ciudadano privado, que tienen solo valor como fuente de información. El proceso, pues, empieza únicamente si el magistrado decide instaurar el juicio, y la denuncia del particular no determina el comienzo del mecanismo procesal.

De aquí ya se puede ver que tenemos dos sujetos: el primero es el ciudadano (el cual puede ser sustituido por el fiscal); el segundo es el juez, que empieza y termina el juicio con una declaración propia según su voluntad.

Siempre ligada a la iniciación se encuentra la posibilidad para el ciudadano, de que, una vez empezado el juicio, renuncie a su acusación y que entonces concluya el procedimiento<sup>84</sup>.

Diferente es el caso del juez en el proceso inquisitorio, que, independientemente, no puede renunciar a la acusación. Ésta continuará, hasta averiguar la responsabilidad del imputado o bien su inocencia<sup>85</sup>.

A este carácter de iniciación se adjunta el carácter de participación.

En el procedimiento inquisitorio el juez es el encargado de conocer la verdad; por eso no es un espectador y árbitro y desarrolla un rol activo, caracterizado por el movimiento y la energía imperativa que imprime a sus acciones.

Mientras en el procedimiento acusatorio la relación jurídica es trilateral: dos sujetos, acusador e imputado (o mejor dicho, defensor) y un tercer sujeto, que decide entre partes, interviniendo en la descarga de las pruebas únicamente para

---

<sup>84</sup> Que exista la posibilidad por el fiscal de no abandonar la iniciación del proceso es una conquista moderna para evitar acuerdos ilícitos entre sujeto ofendido y sujeto activo del delito. Y este no es un carácter del proceso inquisitorio. En el proceso inquisitorio la eventual distinción entre fiscal y juez es meramente formal, ya que el juicio está ya decidido por el fiscal (si él es el *dominus* que tiene que encontrar elementos de pruebas que serán determinantes en el juicio) o por el juez (si él es el *dominus* que tiene la posibilidad de encontrar él mismo elementos de prueba o delegar esta función a otro sujeto) según quien detenga la titularidad de la acción penal. Cfr. CORDERO *Procedura penale* (Milano, Giuffre, 2003); y FERRAIJOLI, L., *Diritto e ragione*, cit. (n. 2), p. 356

<sup>85</sup> El juez también puede cambiar subjetivamente, por muerte, por ejemplo; sin embargo, las funciones no son del sujeto como en el caso del acusador particular, sino del órgano o de la función. Al juez sucederá otro juez que proseguirá sus funciones.

valorar la autenticidad y el correcto desarrollo del proceso. Como se observa, pues, esta diferencia de titularidad se manifiesta también en el tema de la prueba.

En el proceso inquisitorio el juez es acusador y puede asumir autónomamente la prueba, porque es órgano de represión criminal y posee plena libertad de *inquirere* (conocer) sin ninguna limitación, antes y durante el proceso; todo el material recogido sirve al juez para ponerlo en condiciones de decidir.

En el procedimiento acusatorio, las pruebas son compuestas mediante las actividades de las partes que las exponen ante un sujeto situado en una posición superior, al cual es demandada ejercer la facultad de decidir.

De esta manera podemos distinguir elementos que afectan a principios procesales (el comienzo del proceso que determina un cambio radical en la constitución de los órganos procesales, eventualmente el tercer sujeto del ministerio fiscal y el cambio de papel del juez), respecto a la que atañen las concretas modalidades procesales (participación, pruebas y poderes en el procedimiento)<sup>86</sup>.

Según Santalucía y la doctrina tradicional las *quaestiones* son un típico ejemplo de carácter acusatorio, porque empezaban con un acto formal de acusación; la autoridad pública necesitaba este acto y por eso, tal vez concedía *praemia*. Por el contrario, el acusador era responsable de su acto y si su afirmación era calumniosa, entonces cabía la posibilidad de ser juzgado él mismo en un procedimiento penal. En el juicio el juez era *super partes* y era responsabilidad del acusador exponer los argumentos de prueba contra el acusado. Justo al revés sería la *cognitio*, en la cual se observa una participación siempre mayor de los órganos estatales y de los gobernadores con la facultad de determinar por propia voluntad la definición del proceso.

Como hemos visto por las fuentes y por la crítica de la doctrina moderna las distinciones no están así tan segura y formalizada sino exactamente al contrario.

En resumen, podemos afirmar que todo el proceso romano está caracterizado por un liderazgo palpable del carácter acusatorio, ora como principio de impulso, ora como modalidad de participación<sup>87</sup>.

En la fase de la *cognitio* percibimos que se aplica el principio acusatorio, la necesaria participación del *accusator*, que, sin embargo, no es necesaria respecto a los casos de actividad de policía de los *praefecti*, que en realidad ejercen una verdadera actividad judicial: en estos casos el *accusator* sirve necesariamente para empezar el proceso; posteriormente el sistema sigue su dirección normativa.

Con estas conclusiones no es importante conocer si era mayor el carácter acusatorio o inquisitorio, porque han cambiado los parámetros. El sistema era mixto. Y así tendría que ser estudiado con respecto a las diferencias y no con

<sup>86</sup> Véase: FERRAIOLI, L., *Diritto e ragione*, cit. (n. 2), p. 667. Sobre la diferencia entre proceso acusatorio e inquisitorio, también sumariamente SANTALUCIA, B., “*Accusatio*” e “*Inquisitio*”, cit. (n. 26), pp. 2-3, que hace una buena exposición, pero sin profundizar concretamente estas grandes diferencias. Sin embargo ese autor tiene en cuenta únicamente una contraposición formal, que lo convence de la idea que en las *cognitiones* se encuentra un procedimiento inquisitorio y que éste domina buena parte del proceso penal romano.

<sup>87</sup> Cfr. ASENCIO MELLADO, J. M., *Principio acusatorio*, cit. (n. 1), p. 45.

exaltación de los elementos comunes que conllevan siempre una homogenización de las diferencias.

[Recibido el 22 de julio de 2008 y aprobado el 3 de marzo de 2009].

#### BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal* (Madrid, Trivium, 1991).
- BAUMAN, Richard, *Crimen and Punishment in Ancient Rome* (London - New York, Routledge, 1996).
- BIANCHINI, M., "Cognitiones" e "acusatio": per una rimeditazione del problema, en *Rivista di Diritto Romano* 1 (2001): *Atti del Convegno. Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico* [en <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html>].
- BIANCHINI, Mariagrazia, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano* (Milano, Giuffre, 1964).
- BISCARDI, Arnaldo, "Inquisitio" ed "acusatio" nel processo criminale "extraordinem", en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* (Madrid, 1990), I.
- BRASIELLO, Ugo, *Delitto (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffre, 1964), XII.
- FERRAIJOLI, Luigi, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale* (Roma - Bari, Laterza, 1990) [hay traducción española, como *Derecho y razón* (Madrid, Editorial Trotta, 1998)].
- GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto romano* (Napoli, Jovene, 1998).
- LAURIA, Mario, "Accusatio" - "inquisitio", "ordo" - "cognitio extraordinem" - "cognitio": *rapporti e influenze reciproche*, en *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli* 56 (1934).
- LUZZATTO, Riccardo, *Giurisdizione (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffre, 1970), XIX.
- MAROTTA, Valerio, "Mandata principum" (Torino, Giappichelli, 1991).
- PIETRINI, Stefania, *Sull'iniziativa del processo criminale romano: 4.-5 secolo* (Milano, Giuffre, 1996).
- PUGLIESE, Giovanni, *Linee generali dell'evoluzione del Diritto penale pubblico durante il principato* (1982), después en *Scritti giuridici scelti* (Napoli, Jovene, 1985), II.
- PUGLIESE, Giovanni, *Processo privato e processo pubblico nel sistema delle "leges Iuliae"*, en *Rivista di Diritto Processuale* 8 (1948).
- SANTALUCIA, Bernardo, "Accusatio" e "inquisitio" nel processo penale romano di età imperiale, en *Rivista di Diritto Romano* 1 (2001): *Atti del Convegno di Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico* [en [Http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html](http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html)].
- SANTALUCIA, Bernardo, *Derecho penal romano* (traducción de Javier Paricio y Carmen Velasco Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991).
- SANTALUCIA, Bernardo, *Diritto e processo penale nell'Antichità Roma* (Milano, Giuffrè, 1989).
- SANTALUCIA, Bernardo, *Processo penale (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffre, 1987), XXXVI.

- SCAPINI, Nevio, *Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana* (Parma, Casanova, 1992).
- TORRENT, Armando, *Derecho público romano y sistema de fuentes* (Zaragoza, Edisofer, 1995).
- ZANON, Giorgia, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato* (Padova, Cedam, 1998).