

# ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL ÁMBITO PENAL ROMANO

Adela López Pedreira  
*Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

**Resumen:** El objetivo de este trabajo es hacer unas reflexiones acerca de la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo* en los procesos penales romanos, centrándonos fundamentalmente en un texto de Ulpiano que contiene un rescripto de Trajano, D.48.19.5 pr., y en algunos textos postclásicos, que, desde el espíritu cristiano, afirman la inocencia del imputado cuando no pueda demostrarse de modo absoluto su culpabilidad.

**Palabras clave:** delitos, Derecho penal romano, proceso penal, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*.

**Abstract:** We do some reflections on the presumption of innocence and on the principle of *in dubio pro reo* in Roman criminal proceedings focusing on a rescript of Trajan and postclassical texts.

**Keywords:** crime, Roman criminal law, criminal proceeding, presumption of innocence, *in dubio pro reo*.

I. La presunción de inocencia viene hoy consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución española de 1978 dentro de la sección relativa a los derechos fundamentales y libertades públicas, y se considera uno de los pilares básicos tanto del Derecho penal como del proceso penal de las sociedades modernas que se han ido configurando a partir de las ideas ilustradas del siglo XVIII.

El contenido de este derecho es muy amplio<sup>1</sup>. Pues en un sentido penal o sustantivo opera como un criterio para la interpretación de las normas, que habrá de hacerse en el sentido más favorable, o bien como un límite para el legislador, de manera que serán nulos las normas o preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en presunciones de culpabilidad, como así ocurría con la hoy derogada Ley de Vagos y Maleantes de 1933, y la Ley de Peligrosidad Social de 1970. Pero este derecho tiene asimismo una especial dimensión procesal, en el sentido de que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario, es decir, mientras no haya contra ella una prueba de cargo, obtenida con todas las garantías legales, de la que pueda deducirse objetivamente su culpabilidad. De esta manera, incluso si hay pruebas, pero no puede deducirse de forma concluyente la culpabilidad del acusado por existir ciertas dudas razonables, habrá de declararse su inocencia en virtud del principio *in dubio pro reo*, en la duda a favor del reo.

En este trabajo vamos a hacer alguna reflexión acerca de estas ideas en el Derecho Romano, que encontramos tratadas en algunos textos jurídicos a partir de la época postclásica pues la protección del inocente encajaba con el espíritu cristiano que se fue difundiendo en la misma, pero también encontramos una referencia a la inocencia tratada como interés preferente en un texto de Ulpiano, D.48.19.5.pr., que contiene varios rescriptos del emperador Trajano, lo

---

<sup>1</sup> STC 31/1981; STC 64/1986; STC 82/ 1988. M. COBO DEL ROSAL, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 1999, p. 96; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 2010, p. 117; V. MORENO CATENA- V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Valencia 2005, p. 391.

que nos puede llevar a plantear algún precedente clásico de la misma, mientras que no encontramos referencias en las etapas anteriores<sup>2</sup>.

En la sociedad romana primitiva la consideración de la venganza como medio para satisfacer a la víctima o a su familia, o a la comunidad si alguien la hubiese puesto en peligro en virtud del delito de *perduellio*, y la necesidad de restaurar la *pax deorum*, serían unas ideas tan arraigadas que eliminarían cualquier medida de garantía hacia el condenado, aunque sí aparece documentada la existencia de unos *quaestores parricidii*<sup>3</sup> con ciertas facultades de investigación si bien sólo a efectos de determinar si correspondería ejercitar la sanción a la propia familia de la víctima, o debía hacerse en presencia del pueblo.

Tras la secularización del Derecho en la República, la potestad coercitiva fue atribuida a los cónsules dotados de *imperium*, que ante la escasez de normas reguladoras, *leges regiae*, *mores maiorum*, XII Tablas, gozaban de una gran discrecionalidad que se limitaría con los instrumentos de control de la propia *res publica*: la *intercessio* de otros magistrados, su responsabilidad política al cesar su año de mandato, y sobre todo la *provocatio ad populum*<sup>4</sup> o posibilidad de pedir la revisión de la condena a muerte ante las *comitia centuriata*, si bien sólo tendría lugar cuando el proceso se había realizado dentro de la ciudad<sup>5</sup>, y quedaban además excluidos los extranjeros, las mujeres, los esclavos, los condenados por *perduellio* flagrante.

Las asambleas populares intervendrían también en los llamados *iudicia populi*, que tendrían lugar en los delitos de especial relevancia política. En ellos la acusación era hecha por el magistrado, si bien la condena la fijaba el pueblo tras una votación que se convertirá en secreta sólo a partir del siglo II a.C., por lo que muchas veces se resolverán en virtud de presiones demagógicas, sin entrar en el fondo jurídico del asunto, que sería además incomprensible para la mayoría de los ciudadanos<sup>6</sup>. Tales inconvenientes motivarán que, en otras ocasiones, la justicia penal fuese atribuida al Senado mediante unos procedimientos y unas comisiones de investigación creados para cada caso concreto, *quaestiones extraordinariae*<sup>7</sup>, resolviéndose mediante un Senado Consulto<sup>8</sup> como el *de Bacchanalibus* del año 186 a.C., no apelable ante las asambleas, lo que motivó una reacción popular para excluir toda jurisdicción penal que conllevara una pena de muerte, que no hubiera sido instituida por una ley aprobada por el *populus*.

De esta forma, y siguiendo el modelo para la persecución del *crimen repetundarum* aprobado primero por la *Lex Calpurnia* del 149 a.C., y después por la *Lex semproniana* del 123 a.C., se inicia una nueva etapa en el proceso penal, la de las *quaestiones perpetuae*, que implica la fijación por ley de unos procedimientos permanentes para la persecución y sanción de determinados *crimina* en virtud de los supuestos de hecho específicamente prefijados en cada una

<sup>2</sup> Sobre Derecho Penal Romano, *vid.* entre otros, B. SANTALUCIA, *Derecho Penal Romano*, Madrid 1990, trad. del *Diritto e processo penale nell' antica Roma*, Torino 1989; A. TORRENT, "Derecho Penal Romano. I. Épocas monárquica y republicana", *El Derecho Penal. De Roma al Derecho actual*, Madrid, 2005, pp. 11 ss.; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell' esperienza romana*, Napoli 1998, pp. 24 ss.; C. GIOFREDDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970; TH. MOMMSEN, *El Derecho Penal Romano*, Trad. P. Dorado, ed. facsímil, Pamplona 1999.

<sup>3</sup> FEST. 247. L.

<sup>4</sup> Vid. *Lex Valeria* año 509 a.C., la *lex Valeria Horatia de provocatione* del año 449 a.C., y la *Lex Valeria* del año 300 a.C. que estableció la responsabilidad del magistrado que ejecutase una condena capital sin antes permitir al ciudadano pedir a la asamblea la revisión de la misma.

<sup>5</sup> Este aspecto se vería modificado por las *leges porciae de provocatione*, que entre otras cosas, ampliaron el ámbito y los supuestos de ejercicio del *ius provocationis*.

<sup>6</sup> B. SANTALUCIA, "Luces y sombras del proceso popular republicano", *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 20-21 (2007-2008); V. GIUFFRÈ, "Repressione criminale e garanzie del cittadino", en AA.VV., *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid 1996, pp. 39 ss.; G. PUGLIESE, "Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale romano", *Temi romana* 18 (1969) 605 ss. (= *Scritti giur. Scelti*, II, Camerino, 1985, pp. 605 ss.).

<sup>7</sup> LIV. 39,41,5-6; 40,37,4-7; 40,43,2-3.

<sup>8</sup> LIV. 39,14-19.

de ellas<sup>9</sup>, lo que va a representar el germen de uno de los principios básicos del Derecho penal actual como es el de legalidad, *nullum crime nulla poena sine previa lege*, aunque sólo tendría lugar respecto de aquellos procesos que se celebrasen dentro de la ciudad de Roma.

Estos procedimientos tienen lugar ante un magistrado, *praetor*, designado para ello y la decisión corresponde a un tribunal de jurados compuesto por senadores o miembros del *ordo equester*<sup>10</sup>, pero realmente quien lleva el peso del mismo es el acusador, que puede ser el propio particular que se considera afectado por el delito, o incluso cualquier otra persona, *quivis de populo*, alegando que se ha dañado un interés general, quien una vez aceptado por el magistrado presidente, *nominis receptio*, debe presentar las pruebas con las cuales formula la acusación contra el reo, iniciándose la *altercatio* o debate entre los representantes de una y otra parte para tratar de convencer a los jurados de que el delito ha tenido o no lugar, y en consecuencia si procede o no la condena<sup>11</sup>.

No obstante los *oratores* encargados de realizar las *orationes* de la acusación y de defensa, más que expertos en el conocimiento del ordenamiento jurídico, son realmente expertos en el uso de la palabra, con un gran poder de persuasión, y utilizarán unas argumentaciones más retóricas que jurídicas, especialmente cuando éstas no respondiesen a sus intereses. El defensor tratará de conmover al auditorio demostrando, no sólo que los hechos de que se acusa a su representado no han tenido lugar, o que no los ha cometido el acusado, sino que éste no tenía interés alguno en cometer el delito, o ensalzando las virtudes personales de su representado y criticando los vicios de su contrario, o de los testigos como medio para poner en duda su testimonio cuando no le es favorable<sup>12</sup>. La acusación por su parte, analizará si alguno de los acusados ha sido anteriormente condenado por otro crimen similar, o incluso si ha sido objeto de sospechas semejantes para desacreditar su personalidad disminuyendo así su posibilidad de defensa. Es decir, se pretende formar la opinión del tribunal utilizando elementos distintos de aquéllos propiamente técnicos y jurídicos<sup>13</sup>, lo que teniendo en cuenta la especial publicidad de estos procesos, los convertiría en un importante instrumento para la lucha política cuando las causas tenían un trasfondo de este tipo, *quaestio de repetundis, ambitu, maiestate, peculatu, vi*, pues con ellas no sólo se pretendía derrotar a un adversario en el proceso, sino también derrotar a un determinado grupo en su lucha por el poder. Por ello, no es de extrañar que resultasen muy frecuentes las acusaciones hechas con conocimiento de la inocencia del acusado, para sacar algún beneficio personal, económico, político..., o los intentos de corrupción de los testigos o de los jurados para obtener un resultado favorable, conductas a las que hubo que

<sup>9</sup> P. CERAMI, "La crisi della libera *res publica*", en AA.VV., *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid 1996, 11-21, considera que la introducción de este nuevo tipo de procedimiento fijado por una ley pudo venir motivado por la necesidad de dar estabilidad y certeza a los ciudadanos en una época tan convulsa como la del final de la República. También destacan la relevancia política de las *quaestiones perpetuae*: V. GIUFFRÈ, *La repressione*, cit, p. 88, y M. TALAMANCA, "Diritto e proceso nell' esperienza romana: uno sguardo al presente", *La prueba y medios de prueba. De Roma al Derecho moderno*, Madrid, 2000, p. 44. A. FERNANDEZ BARREIRO, "Democracia griega y república romana: la cultura jurídica como elemento diferenciador y su proyección en el Derecho europeo", *Anuario da Faculdade de Direito, Universidade da Coruña* 13 (2009) 165 ss., no descarta la influencia de aquellas tendencias seguidas por los juristas en Derecho privado. Vid también, C. VENTURINI, "Nota Introductoria: La jurisdicción criminal en Italia y en las provincias en el siglo I", AA.VV., *El proceso contra Jesús*, Madrid, 2002.

<sup>10</sup> Éste fue uno de los temas capitales de las distintas leyes reguladoras de las *quaestiones*, de hecho cada vez que los distintos grupos políticos llegaban al poder se preocupaban de establecer los criterios para la composición de los jurados que fuesen más favorables a sus propios intereses.

<sup>11</sup> Ésta viene fijada en la ley reguladora de cada *quaestio*, sin que quepa graduación de la misma, *damnatio est iudicium, poena legis*, CIC. *pro Sull.* 22.63, y sin posibilidad de *provocare ad populum*.

<sup>12</sup> CIC. *De orat.* II,11,35; *Ret ad herenium*, II,11; *De inv.*, II,9,29; 10,32.

<sup>13</sup> CIC. *De off.* II,14,51, *Judicis est semper in causis verum sequi, patroni non numquam veri simile, etiam si minus sit verum, defendere*.

poner freno con diversos medios como la creación hacia el año 91 a.C. de una *quaestio calumniae*<sup>14</sup> que sancionaba al acusador falso con la misma pena que correspondería al delito del que dolosamente ha acusado al inocente<sup>15</sup>.

Las ventajas e inconvenientes de la acusación popular ya fueron tratadas por Cicerón, *Pro Sext. Rosc.* 20.56, “*Accusatores multos esse in civitate utile est, ut metu contineatur audacia*”; es útil que haya bastantes acusadores en una ciudad para que el miedo ponga freno a la audacia, y añadía que se tolera fácilmente la gran abundancia de acusadores, porque si el inculpado es inocente, puede ser absuelto, pero el culpable, si no ha sido objeto de acusación, no puede ser condenado; y es preferible absolver a un inocente a que el culpable no se presente a defender su causa. Aunque él mismo añadía que esto sólo sería útil si no fuésemos burlados por tales acusadores, “*verum tamen hoc ita est utile, ut neplane inludamur ab accusatoribus*”. Y en el mismo sentido, en *De off.* 2.14.51 Cicerón señalaba un límite, aunque sólo moral, a los acusadores: no se debe exponer con un proceso a un inocente al peligro de perder la vida, ya que esto no puede hacerse en forma alguna sin cometer un crimen<sup>16</sup>. “*Atque etiam hoc praeceptum officii diligenter tenendum est, ne quem umquam innocentem iudicio capitis arcessas; id enim sine scelere fieri nullo pacto potest*”.

Aunque Cicerón destaca el especial papel de la defensa en estos procesos, *Maxime autem et gloria paritur et gratia defensionibus*<sup>17</sup>, y al defensor se le solía otorgar para su exposición un tiempo mayor que a los acusadores, lo cierto es que jurídicamente existiría un trato paritario entre ambas partes, debiendo lograr cada uno el pronunciamiento del tribunal acerca de la culpabilidad o la inocencia del acusado sin especial predisposición de los jurados para exigir mayores pruebas en favor de una u otra. Es decir, sería la habilidad de los oradores, y seguramente también otras consideraciones como la relevancia política o social de las personas implicadas, la que iría formando la convicción de los jueces en cada caso. Al respecto se manifiesta Giuffrè<sup>18</sup>, que considera la existencia de una práctica de hecho de exigir que la defensa refutase todas las acusaciones que se formulaban contra el acusado para evitar ser condenada, y que precisamente contra ello se manifestaría Cicerón en el *pro Cluentio*<sup>19</sup>, que exhortaba además a los jueces, si no quieren perder su autoridad, y su nombre de jueces, a no llevar para la causa unos hechos preconcebidos<sup>20</sup>. No obstante, dados los distintos supuestos de hecho que concurren en este proceso, una acusación de envenenamiento, y un clamor de corrupción respecto de otra causa anterior, no está muy claro que estas afirmaciones de Cicerón se refieran efectivamente a la verdadera causa que se estaba juzgando que era la *quaestio de veneficiis*<sup>21</sup>,

<sup>14</sup> J. CAMIÑAS, *Lex Remnia de Calumniatoribus*, Santiago de Compostela 1984.

<sup>15</sup> Existían asimismo otros senadoconsultos, *S.C. Messalianum*, año 20 d.C., *S.C. Geminianum* del año 29 d.C. y el *Senatusconsultum Turpillianum* del 61 d.C. que incluía también las acusaciones no dolosas pero temerarias.

<sup>16</sup> G. DI CHIARA, “*Ad faciendum fidem: i contributi narrativi nel processo penale tra ars rhetorica, esperienza forense ciceroniana e diritto probatorio vigente*”, *Iura* 48 (1997) 77 ss.; P. CERAMI, “*Honeste et libere defendere: i canoni della deontologia forense secondo Marco Tullio Cicerone*”, *Iura* 49 (1998) 1 ss..

<sup>17</sup> *De off.* II.14.51.

<sup>18</sup> V. GIUFFRÉ, “*Repressione criminale e garanzie del cittadino fra Repubblica e Principato*”, *Poder político y derecho*, cit., Madrid 1996, pp. 44 ss..

<sup>19</sup> CIC. *Pro cluentio* 1.3: *Sed in hac difficultate illa me res tamen, iudices, consolatur, quod vos de criminibus sic audire consuistis ut eorum omnium dissolutionem ab oratore quaeratis, ut non existimetis plus vos ad salutem reo largiri oportere quam quantum defensor purgandis criminibus consequi et dicendo probare potuerit: de invidia autem sic inter vos disceptare debetis ut non quid dicatur a nobis, sed quid oporteat dici consideretis.*

<sup>20</sup> CIC. *Pro cluentio* 1.6: *Quam ob rem a vobis, iudices, ante quam de ipsa causa dicere incipio, haec postulo: primum – id quod aequissimum est – ut ne quid huc praeiudicati adferatis (etenim non modo auctoritatem, sed etiam nomen iudicum amittemus, nisi hic ex ipsis causis iudicabimus ac si ad causas iudicia iam facta domo deferemus).*

<sup>21</sup> G. PUGLIESE, “*Le garanzie dell'imputato*”, cit., p. 628, y sobre todo “*Un nuovo esame della ciceroniana Pro cluentio*”, *Scritti Giuridici* (Napoli 2007), a cura di Letizia Vacca, pp. 827 ss., entiende que Cicerón está tratando de afrontar la acusación de *veneficiis* que recae sobre Cluentio convenciendo previamente a los jueces de su inocencia ante un

por lo que quizás no deba verse en estos textos de Cicerón un indicio en el sentido que señala este autor.

## II. ÉPOCA CLÁSICA. EXAMEN DE D.48.19.5 PR. Y LA JUSTIFICACIÓN *SATIUS ENIM ESSE IMPUNITUM RELINQUI FACINUS NOCENTIS QUAM INNOCENTEM DAMNARI*

Cuando Augusto llega al poder, si bien en principio mantuvo, e incluso sistematizó<sup>22</sup> y amplió mediante nuevas leyes y senadoconsultos los supuestos incluidos en las *quaestiones perpetuae*, poco a poco los fue sustituyendo por otro procedimiento que le resultaría más fácil de controlar, la *cognitio extra ordinem*<sup>23</sup>, pues en lugar de celebrarse ante un tribunal de jurados privados, se realizaría directamente ante el mismo emperador, ya en primera instancia o en apelación, o por delegación de éste ante los funcionarios<sup>24</sup> o gobernadores provinciales.

A diferencia del procedimiento acusatorio de las *quaestiones*, este nuevo procedimiento será inquisitorio por lo que la función de *inquirere* corresponderá al órgano juzgador, quien lleva el peso del mismo: en su inicio si estima fundada la denuncia<sup>25</sup>; en la práctica y apreciación de las pruebas que debe valorar según dictamen de su conciencia y con el maduro juicio que requiere cada caso<sup>26</sup>, y al dictar la sentencia<sup>27</sup> en la que si bien debe respetar las penas que para cada delito ha establecido el emperador, que son por lo general más duras que las establecidas en las *quaestiones*, puede graduarlas en función de distintos elementos como la condición social del reo, *honestiores*, *humiliores*, su intención al cometer el delito<sup>28</sup>, su comportamiento antes o después del mismo...

Precisamente para poner freno a este arbitrio judicial y quedar a salvo de posteriores apelaciones, los jueces iniciarán la práctica de consultarle al emperador las dudas que se les planteaban en la administración de justicia, consultas a las que responde a través de los funcionarios asignados a una secretaría especial, *ad libellis*, creada al efecto. Estas respuestas, *rescripta*, inicialmente sólo eran válidas para el caso particular que se le había planteado, pero tras las reformas de Adriano que les dota de una especial publicidad, alcanzarán un especial valor como fuente del derecho, siendo comentadas por los juristas, que extrapolándolas de los casos originales, irán abriendo un campo para el razonamiento jurídico penal, que continuarán después los juristas severianos<sup>29</sup>.

clamor (*invidia*) que le acusaba de haber corrompido a los jueces en otra *quaestio de veneficiis* anterior. De hecho, la mayor parte del discurso y el exordio se refieren a este rumor hostil, a esta causa de *invidia*, y es sólo en ésta en la que Cicerón propone a los jueces que no tengan una predisposición hacia la culpabilidad, sino que deban tener en cuenta, no lo que el defensor ha dicho, sino lo que habría podido decir, lo que argumenta este autor, que vendría motivado por el interés general de acallar esos rumores, y por tanto corresponde al jurado una mayor colaboración.

<sup>22</sup> *Lex Iulia iudiciorum publicorum* del año 17 a.C.

<sup>23</sup> Se utilizará tanto para los *crimina* extraordinaria, como para los *crimina* antes incluidos en las *quaestiones*, Suet., *Augusto*, 33,1,2; 51,1.2, no obstante no será éste el único procedimiento penal durante el Principado.

<sup>24</sup> *Praefectus urbi* para Roma, *praefectus praetorio* en Italia.

<sup>25</sup> B. SANTALUCIA, "Accusatio e inquisitio nel processo penale romano di età imperiale", *Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell' esperienza giuridica del mondo antico*, Collana della Rivista di Diritto Romano. <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano.attipontignano.html>; G. PUGLIESE, "Linee generali dell' evoluzione del diritto penale pubblico durante il Principato", *Scritti giuridici Scelti*, II, *cit.*, pp. 651.

<sup>26</sup> D. 22.5.3; D.48.19.11; D.48.18.1.11; 21; 22; 27.

<sup>27</sup> D.48.19.13; D.48.8.1.4; D.47.9.4.1, D.48.8.1.3; D.48.18.3.6; D.48.19.5.2: *Et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut iustam elicere debet aut temperamentum admittere.*

<sup>28</sup> D.48.19.11.2: *Aut proposito, aut impetu, aut casu.*

<sup>29</sup> Encontramos a partir de este momento entre los juristas clásicos una preocupación especial por esta materia criminal a la que le dedicarán libros específicos: el libro *de poenas* de Modestino, los *de iudiciis publicis* de Macer, de Marciano, de Venuleyo Saturnino, los libri *de cognitionibus* de Calistrato, los libri *de adulteriis* de Papiniano, Paulo e Ul-

El primer texto jurídico en que se hace una referencia expresa a la conveniencia de proclamar la inocencia del reo en la duda frente a la condena es un texto de Ulpiano que contiene dos rescriptos de Trajano<sup>30</sup>, D.48.19.5 pr.: libro *septimo de officio proconsulis*:

*“Absentem in criminibus damnari non debere divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari. Adversus contumaces vero, qui neque denuntiationibus neque edictis praesidium obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem privatorum iudiciorum. Potest quis defendere haec non esse contraria. Quid igitur est? Melius statuatur in absentes pecuniarias quidem poenas vel eas, quae existimationem contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse et usque ad relegationem procedi: verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metallum vel capitis poenam, non esse absentibus irrogandam”.*

Afirma el texto en un rescripto dirigido a Julio Frontón que tratándose de delitos no debía ser condenado un ausente. Más el divino Trajano respondió en otro rescripto a Adsidio Severo que tampoco debía ser condenado alguien por sospechas, porque es preferible que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente, *satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*. Y después el texto de Ulpiano, que según la palíngenesia de Lenel se encontraba bajo la rúbrica *de absentibus*, continúa con una distinción entre los ausentes y los contumaces que no hubieren obedecido ni a las denuncias ni a los Edictos de los presidentes, contra los que se debe fallar, según se acostumbra en los juicios privados, es decir, se pueden imponer penas ciertamente pecuniarias, o las que se refieren a la estimación, y se puede llegar hasta la *relegatio* si prevenidos muchas veces, dejaran de comparecer por contumacia; pero si se hubiere de imponer alguna pena más grave, como la condena a las minas, o la pena capital, no se ha de imponer a los ausentes.

Respecto al primer rescripto, tratándose de delitos no puede ser condenado un ausente<sup>31</sup>, en realidad exige una matización, pues si lo ponemos en relación con la parte final del texto de Ulpiano y con otros fragmentos, (D.48.17.5.2 Arr. Men.; D.48.16.4.5, Mod.; D.48.17.1 Marciano, y la Constitución de Gordiano, C.9.2.6), entendemos que un ausente puede ser condenado por delitos que impliquen penas económicas, pero no puede ser condenado por un crimen que implique pena capital u otra pena grave como la pena *ad metalla*. Que Trajano conocía además el procedimiento para los contumaces, que deben ser anotados para ser requeridos a comparecer en el plazo de un año, ocupándose sus bienes inmuebles y vendiendo incluso los muebles para que no sufran deterioros, se deduce de D.48.17.5.2 que contiene un rescripto que indicaba que, a esos efectos, los frutos tendrán la consideración de bienes muebles.

El segundo rescripto que recoge el texto de Ulpiano dirigido a Adsidio Severo afirma *Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari*. Puesto que no conocemos el texto original de Trajano, la cuestión que nos interesa tratar es si la afirmación *satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*, ya formaría parte de la respuesta original de Trajano, o si fue introducida por Ulpiano para justificarla.

piano, los libri *de off. Proconsulis* de Ulpiano. Aunque se ha destacado el menor valor técnico de estos libros en cuanto que en esta materia los juristas no tienen el respaldo de las opiniones de otros juristas anteriores como ocurría en derecho privado, lo cierto es que se van desarrollando principios del derecho criminal, dando lugar a un importante razonamiento jurídico en esta materia que antes no existía. Vid. V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, Trad. esp. Madrid 1980, p. 315 s.; C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., p. 53 ss..

<sup>30</sup> F. SAMPER, “Rescriptos preadrianeos”, *Estudios Jurídicos en Homenaje U. Alvarez Suárez* (Madrid 1978) 465 ss..

<sup>31</sup> Vid. L. FANIZZA, *L’ assenza dell’ accusato nei processi di età imperiale*, Roma 1992.

Nos puede ayudar a entender el pensamiento de Trajano, la correspondencia que mantuvo con Plinio el joven, nombrado gobernador de la Bitinia en el año 110, en la que éste le consultaba acerca de los distintos asuntos administrativos y judiciales que le planteaba del gobierno de esta provincia. Concretamente nos centramos en las cuestiones que éste le planteaba en la Epístola acerca del proceso penal que mantuvo contra los cristianos entre los años 110-112. Además de plantearle ciertas dudas por ser la primera vez que interviene en un proceso de ese tipo, como si debe castigar a todos por igual con independencia de sus diferentes edades, o si debe conceder el perdón a aquéllos que se arrepienten, o el valor de las denuncias anónimas, le expone la forma en que ha actuado llevando a la muerte a aquéllos que después de afirmar que son cristianos han persistido en su actitud en posteriores interrogatorios<sup>32</sup>. A lo que Trajano responde que su actitud ha sido correcta respecto de aquéllos que habían sido denunciados:

*Actum quem debuisti, mi Secunde, in excutiendis causis eorum, qui Christiani ad te delati fuerant, secutus es*<sup>33</sup>. Pero luego añade ...*Conquirendi non sunt*<sup>34</sup>; *si deferantur et arguantur, puniendi sunt, ita tamen ut, qui negaverit se Christianum esse idque re ipsa manifestum fecerit, id est supplicando dis nostris, quamvis suspectus in praeteritum*<sup>35</sup>, *veniam ex paenitentia impetret. Sine auctore vero propositi libelli <in> nullo crimine locum habere debent. nam et pessimi exempli nec nostri saeculi est*<sup>36</sup>.

Es decir, los cristianos no deben ser perseguidos; sólo si son denunciados y probada su culpabilidad, han de ser castigados, por lo que está admitiendo que no bastan las meras sospechas, y tampoco admite las denuncias anónimas *nam et pessimi exempli nec nostri saeculi est*.

Lo extraño de esta decisión obliga a ciertas cautelas, pues tras indicar que los cristianos no deben ser perseguidos, indica que si se prueba su culpa deben ser condenados, así como que se trata de un crimen que se extingue por el arrepentimiento. Puesto que no podemos afirmar obviamente que Trajano sea un defensor de los cristianos, su decisión tendría que obedecer a otras razones, quizás oponerse a las políticas más autoritarias de Domiciano quien sí admitía las denuncias anónimas.

La verdad es que esta clemencia de Trajano a la que él mismo hace referencia expresa en otras *epistolae*<sup>37</sup> y *rescripta*<sup>38</sup>, puede enlazar también con las tendencias humanistas<sup>39</sup> y más

<sup>32</sup> *Neque enim dubitabam, qualecumque esset quod faterentur, pertinaciam certe et inflexibilem obstinationem debere puniri. ep. 10.96.3.*

<sup>33</sup> *Ep.*, 10.97.1.

<sup>34</sup> R. TEJA "Conquirendi non sunt, Trajano, Plinio y los cristianos", *Trajano, emperador de Roma*, (a cura di J. González), Roma 2000, 481.

<sup>35</sup> TERT. *Apol.*, 2.7.

<sup>36</sup> *Ep.*, 10.97.2; *Ep.* 10.55; 10.82: *cum propositum meum optime nosses, non ex metu nec terrore hominum aut criminibus maiestatis reverentiam nomini meo acquiri.*

<sup>37</sup> *Ep.* 10.60, planteándole si debe condenar de nuevo a la pena *ad metalla* por *crimen falsi* al filósofo Flavio Arquipo, indultado por Domiciano, aunque no aporta el documento que acredita el indulto pero sí otras cartas acreditando su reputación y un Edicto de Nerva que confirma los favores de Domiciano, afirma Trajano que está más de acuerdo con su carácter no condenarle, *sed meae naturae accommodatius est...*, lo que no implica, afirma, que si se le atribuye algún nuevo delito no deba investigarse sobre ello. En la *Ep.* 10.66, responde que se considera partidario de la libertad de los que nacidos libres fueran abandonados, y luego recogidos y alimentados en esclavitud por sus dueños, y sin tener que pagar a éstos la manutención, contradiciendo el criterio que había mantenido Domiciano, "... *et ideo nec assertionem denegandam iis qui ex eius modi causa in libertatem vindicabuntur puto, neque ipsam libertatem redimendam pretio alimentorum*".

<sup>38</sup> D.48.22.1: *Sed aliud clementiae meae convenit, qui inter cetera, quibus innocentiam rationum mearum temporum, hoc quoque remisi exemplum.*

<sup>39</sup> A. PALMA, *Humanior interpretatio, Humanitas nell' interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992, pp. 2 ss.; J. GAUDEMET, "Des droits de l' homme, sont ils été reconnus dans l' empire romain?", *Labeo* 33 (1987) 1 ss..

liberales, que se observan entre las élites intelectuales del siglo II d.C. de las que los juristas y emperadores serán máximos representantes, que se manifestará en el ámbito público en unas formas de organización más moderadas, opuestas a la tiranía de gobiernos anteriores<sup>40</sup> y también se manifestaría en el ámbito penal y procesal pues encontramos algunas disposiciones imperiales que pretenden orientar la actividad de los jueces otorgando unas mayores garantías al reo: el propio Trajano además de la prohibición de condenar por sospechas, en otro rescripto indica la prohibición de hacer preguntas capciosas en los interrogatorios<sup>41</sup>; el emperador Adriano indica la conveniencia de valorar la eficacia probatoria del testimonio según la personalidad y la conducta moral del testigo<sup>42</sup>; Marco Aurelio y Lucio Vero declaran que la confesión de una persona no sea suficiente si no va confrontada con otras pruebas<sup>43</sup>; Antonino Pío establece la prohibición de dar tormento a los menores de 14 años salvo en los crímenes de lesa majestad<sup>44</sup>; o incluso respecto al tema de los contumaces, el divino Pío y otros emperadores establecieron mediante rescripto que aquellos anotados para ser requeridos, se inquieren, no como si fueran condenados, sino como si estuviera íntegro el negocio como se indica en D.48.3.6.1, Marciano, libro II *de iudiciis publicis*:

*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.* Y esta tendencia se observará en otros textos también de juristas severianos<sup>45</sup>.

Por ello creemos que la frase *satius esse...* del texto de Ulpiano D.48.19.5 encajaría en este pensamiento que se va fraguando desde la época de Trajano<sup>46</sup> y continuado después por otros emperadores, aunque seguramente habrá sido escrita por Ulpiano para unificar las dos reglas de procedimiento, pues de la misma manera que no se debe condenar a un ausente, *...neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur*<sup>47</sup>, tampoco se puede condenar a alguien por sospechas, es decir, sin que el juez tenga pruebas condenatorias. Por ello, en este texto con el que Ulpiano pretende orientar al procónsul en la administración de justicia, le estaría indicando que ante esa falta de garantías sería preferible dejar impune el delito que castigar a un inocente.

### III. LA INFLUENCIA CRISTIANA EN LA CONSIDERACIÓN DE LA INOCENCIA

Estas medidas introducidas por los juristas y emperadores paganos encontrarán una nueva dimensión desde la ética cristiana que reafirma como valores superiores la *clementia*, la *charitas*, la *pietas*, la *benignitas*, que van a coexistir no obstante, con el mayor autoritarismo propio de los gobiernos de esta época, e incluso con la dureza de la misma Iglesia cristiana para la represión de aquellos delitos que ponían en duda su autoridad o su propia moral<sup>48</sup>.

<sup>40</sup> En el ámbito jurídico privado se observa también en esta época una renovación de las instituciones jurídicas en la búsqueda de lo *bonum et aequum*, como define Celso el *ius*, D.1.1.1 pr., acomodándose a las exigencias ético-sociales y a los valores dominantes.

<sup>41</sup> D.48.18.1.21.

<sup>42</sup> D.22.5.3.2-4.

<sup>43</sup> D.48.18.1.27.

<sup>44</sup> D.48.18.10.5; D.48.18.15. 1.

<sup>45</sup> D.48.19.19, Ulp., libro VII *ad edictum*: *Si non defendantur servi a dominis, non utique statim ad supplicium deducuntur, sed permittetur eis defendi vel ab alio, et qui cognoscit, debet de innocentia eorum quaerere.*

<sup>46</sup> A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, p. 206, destaca la hostilidad de Aristón o Neracio, juristas de esta época, hacia Domiciano.

<sup>47</sup> Marciano D.48.17.1 pr.; C.9.2.6, del año 246, *Imperator Gordianus: Absentem capitali crimine accusari non posse, sed requirendum tantummodo adnotari solere, si desit, vetus ius est.*

<sup>48</sup> L. DE GIOVANNI, *Introduzione allo studio del diritto romano tardo antico*, Napoli 1999, pp. 138 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, *Diritto penale, Processo penale*, Milano 1954.

Por ello, en el procedimiento penal del Dominado, *cognitio extraordinem*, encontramos normas muy diversas: por una parte y desde la perspectiva de mantener el orden y la paz social se agravan las penas, que incluso afectan en algún supuesto a los descendientes del reo<sup>49</sup>; el proceso es claramente inquisitorio limitando aún más la defensa del acusado; se restringe el arbitrio judicial<sup>50</sup>... Pero por otra parte desde la promulgación del Edicto de Milán en tiempos de Constantino se predica también una idea de caridad y de indulgencia hacia el delincuente: se adoptan de nuevo medidas contra las acusaciones infundadas, C.Th.9.34.1; 2; 6; C.9.12.7, año 319; se protege la posición del inocente imponiendo la celeridad en los procedimientos, C.9.4.1, año 390; o en relación con la valoración de las pruebas en el proceso, señala Constantino, C.Th.9.40.1<sup>51</sup>, que el juez no puede emitir una sentencia de condena capital a no ser que esté basada en la confesión del culpable o en pruebas testimoniales suficientes, debiendo ser absueltos aquéllos cuya culpabilidad no pueda ser determinada de modo absoluto.

Esta misma idea la encontramos en Paul, *Sent.* 4.12.5:

*Communem servum unus ex sociis vinciendo futurae libertati non nocebit: inter pares enim sententia clementior severiori praefertur: et certe humanae rationis est favere miserioribus, prope et innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt.*

Puesto que este texto forma parte del libro *de manumissionibus* empieza afirmando que el que uno de los condóminos quiera mantener en situación de esclavitud al siervo común mientras que el otro quiera manumitirlo no perjudica a su libertad, lo que representa una modificación respecto al criterio clásico en el que un esclavo sólo podría ser liberado si mediaba el consentimiento de todos los condóminos<sup>52</sup>, de donde deducimos que este fragmento no recoge la opinión original de Paulo<sup>53</sup>. Y se justifica esta solución indicando *inter pares enim sententia clementior severiori praefertur*<sup>54</sup>, continuando con otra afirmación más general que realmente no tiene nada que ver con el inicio del texto: *et certe humanae rationis est favere miserioribus, prope et innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt*<sup>55</sup>. Es decir, por razones de humanidad y favor de misericordia, deben ser absueltos los imputados respecto de los cuales, el juez no haya conseguido la prueba absoluta de su culpabilidad, lo que parece la solución inspirada desde la ética cristiana al dilema de la culpabilidad o la inocencia cuando se presenten ciertas dudas razonables.

En el texto justiniano de Paulo, encontramos prácticamente la misma estructura de las *Sententiae* tratando el tema desde el *favor libertatis*, y ampliándolo al criterio *favor rei*: Digesto D.42.1.38 pr. (*ad edictum*, libro 17):

<sup>49</sup> C.9.8.5.1, año 397.

<sup>50</sup> C.9.12.8.1.

<sup>51</sup> *Qui sententiam laturus est, temperamentum hoc teneat, ut non prius capitalem in quempiam promat severamque sententiam, quam in adulterii vel homicidii vel maleficii crimine aut sua confessione aut certe omnium, qui tormentis vel interrogationibus fuerint dediti, in unum conspirantem concordantemque rei finem convictus sit et sic in obiecto flagitio deprehensus, ut vix etiam ipse ea, quae commiserit, negare sufficiat.*

<sup>52</sup> Ulp. 1.18; *Sent.* Paul 5.12.2.

<sup>53</sup> M.A. DE DOMINICIS, "Brev. Pauli Sententiarum IV,12,&5 e l' origine cristiana del principio *in dubiis pro reo*", *Archivio Penale* XIII, I (1962) pp. 411 ss..

<sup>54</sup> D.40.1.24.

<sup>55</sup> Es de notar que en la *intepretatio* de la *Lex Wisigothorum* año 506, no aparece esta última observación: *Si communem servum unus ex dominis in vincula redegerit, propter hoc libertati eius, si postea manumissus fuerit, non nocebit, quia in tali re indulgetioris domini sententia, qui nihil in eum fecit, melior iudicatur. Et ideo si ab utroque domino manumissus fuerit, civis Romanus effici potest.*

*Inter pares numero iudices si dissonae sententiae proferantur, in liberalibus quidem causis, secundum quod a divo Pio<sup>56</sup>, constitutum est, pro libertate statutum optinet, in aliis autem causis pro reo. Quod et in iudiciis publicis optinere oportet.*

Éste será el criterio que mantendrá Justiniano. Aunque no aparece en las *Novellae* ninguna referencia expresa a esta cuestión de la absolución del reo ante la falta de pruebas inculpatorias, los compiladores justinianos establecieron bajo la rúbrica *de diversis regulis iuris antiqui*, una de las máximas para la interpretación en materia penal: D.50.17.155.2, libro LXV de Paulo *ad edictum*<sup>57</sup>: “*In poenalibus causis benignius interpretandum est*”.

Precisamente su planteamiento en términos tan generales, *in poenalibus causis...*, nos indica que esta benignidad debe tenerse en cuenta tanto en el momento de la interpretación de las leyes penales<sup>58</sup>, en la atenuación de las penas<sup>59</sup>, en la apreciación de las pruebas que deberá ser en el sentido más favorable al reo, o incluso en el trato que debe darse a aquéllos que merecen ser condenados, computando para la condena el tiempo trascurrido en prisión preventiva, pues no han de ser castigados del mismo modo los que viven largo tiempo en la condición de reo, que aquéllos sobre los que pronto recae una sentencia<sup>60</sup>.

Por ello, aun al margen de dejar este tema para un análisis más detallado, creemos que se encuentran algunos indicios de la solución *in dubio pro reo* en los procesos penales de la época clásica, como así se deduce concretamente del texto de Ulpiano D.48.19.5 pr., aunque su formulación más clara tendrá lugar en la época postclásica, en la medida en que se va difundiendo el espíritu cristiano, y aunque no se dice expresamente, podría considerarse incluida en el texto justiniano, D.50.17.155.2, “*In poenalibus causis benignius interpretandum est*”<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> C.6.27.1.

<sup>57</sup> Este libro XVII *ad edictum* trataba del *interdicto uti possidetis*, lo que nos demuestra que extrapolándola del contexto en que se encontraba se le ha querido el carácter de principio general.

<sup>58</sup> D.48.19.32.

<sup>59</sup> D.48.19.42.

<sup>60</sup> D.48.19.25: *Modestino libro 12 pandectarum: pr. Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit: sic etiam constitutum est non eo modo puniendos eos, qui longo tempore in reatu agunt, quam eos qui in recenti sententiam excipiunt.*

<sup>61</sup> A diferencia de otros principios romanos que no sufrieron apenas modificaciones en las edades Media y Moderna y pasaron a las legislaciones actuales, el principio *in dubio pro reo*, sufriría un recorte total bajo la aplicación estricta de los Tribunales de la Inquisición convirtiéndose en un principio *in dubio pro fidei*. Vid. E. GACTO, “Aproximación al Derecho Penal de la Inquisición”, *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, coord. J.A. Escudero, 1986, pp. 175 ss.. La misma idea favorable a la presunción de culpabilidad se verá favorecida por el absolutismo de los reyes, bajo cuyo poder gozaron de una enorme libertad interpretativa los jueces y tribunales. Vid. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Madrid 1969. Sin embargo, las tendencias ilustradas que se van fraguando en el siglo XVIII, y que tendrán su influencia en el Derecho Penal a través de la obra del Marqués de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1764, ed. Facsimil, trad. de J.A. de las Casas, 133 destacan el valor de la presunción de inocencia como presupuesto necesario para la vida en libertad: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”. “No se debe atormentar a un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no están probados”. Tales principios, al coincidir con las ideas de la Revolución Francesa, alcanzarían un éxito inminente, plasmándose en las Declaraciones de Derechos Humanos y en los Códigos Penales, y en España, como un derecho fundamental de acuerdo con el art. 24.2 de la Constitución de 1978.