

Derecho Romano

Encontramos los primeros atisbos del principio de legalidad en el derecho romano

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU (*)

Sumario: I. ¿Cómo analizamos el principio de legalidad actual en el derecho romano? ¿Encontramos en Roma los primeros atisbos de este principio?- II. La redacción de la norma en materia de furtum.- III. La acción objetiva. IV. El aspecto subjetivo.- V. El concepto de cosa en el furtum: El concepto de cosa a los efectos del furtum.- VI. ¿Podían ser objeto de furtum las cosas sacrae, sanctae et religiosae?- VII. Responsabilidad “penal” por el furtum.- VIII. La autoría.- IX. El delito consumado y su tentativa.- X. ¿Cómo hubiese operado el desistimiento voluntario en Roma?- XI. ¿Quién se constituye como sujeto pasivo del furtum?- XII. Confluencias entre los interdictos recuperadae possessionis con el furtum.- XIII. El dolo en el derecho actual y el animus furandi romanus.- XIV. Elementos que integran el principio de legalidad en materia penal: El principio constitucional, paralelismos procesales. XV. La sentencia judicial.- XVI. El penado.- XVII. Conclusión.- XVII. Bibliografía

Resumen:

Desde la perspectiva actual del derecho público, en lo que se refiere a la persecución penal, se hará un análisis de cómo funcionaba en Roma desde la antigüedad; teniéndose en cuenta que había delitos públicos y delitos privados, éstos últimos son aquellos que regulaba el derecho privado tipificándolo y estableciendo la sanción que correspondía a cada especie, pero la persecución estatal era regulada por normas de derecho público. El presente trabajo consiste, por lo tanto en un análisis jurídico según las concepciones actuales adaptándolas a normativas antiquísimas como la ley de las XII Tablas hasta las compendiadas en el año 529 d.C. en el Corpus Iuris Civilis, con el único objetivo de determinar los primeros atisbos del Principio de Legalidad.

Palabrasclave: Legalidad- Derecho penal romano - Responsabilidad penal - Delitos Privados

Did we found the first signs of the legality principle in the roman law?

Abstract:

From the current perspective of public law in regard to the prosecution, will be an analysis of how it worked in Rome since antiquity, bearing in mind that there was public and private crimes offenses, the latter are those regulating the right defined and established a private penalty corresponding to each species, but the state prosecution was governed by public law. The present study is therefore in a legal analysis by adapting to current conceptions ancient regulations as the law of the Twelve Tables to the encapsulated in 529 AD in the Corpus Iuris Civilis, with the sole purpose of determining the first glimpses of the Principle of Legality.

Keywords: Legality -Roman criminal law- -Criminal liability- Private crime

I. ¿Cómo analizamos el principio de legalidad actual en el derecho romano? ¿Encontramos en Roma los primeros atisbos de este principio?

El principio de legalidad, se trata de una construcción jurídica muy posterior a los romanos, sin embargo existieron en Roma la redacción de normas jurídicas que contemplaban delitos públicos y privados.

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Romano, Cátedra III. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

Con respecto a los delitos privados, en las Institutas de Gaius aparece regulado en el libro IV, como fuente de las obligaciones, ellos eran el *furtum*, la rapina, el *damnum* y la iniuria.

Para comenzar el análisis tomaré la figura del *furtum*.

II. La redacción de la norma en materia de *furtum*

Para comenzar se tomará en general la figura del *furtum*, así la misma aparece regulada en la TABULA VIII, de la Lex de las XII Tablas, configurándose las distintas clases de *furtum* de la siguiente manera: SI NOX FURTUM FAXSIT, SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO (Justiniano, D.9,2,4,1; Ulp.,D.,48,8,9): *Si por la noche alguien comentó un hurto y se le mató, sea muerto conforme a derecho*; LUCI . . . SI SE TELO DEFENDIT, . . . ENDOQUE PLORATO (Justiniano, D., 47, 2, 55, 2 ; D., 50, 16, 23, 2 ; D., 9, 2, 4,), *Durante el día... si se defiende con armas,... pídase auxilio a gritos (y sea matado legítimamente)*. Ex ceteris - manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt (Xviri) ei, cui *furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent ; servos - verberibus affici et e saxo praecipitari ; sed pueros impuberes praetoris arbitrato verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri* (Gaius, 1967: 259). *Respecto a los demás ladrones flagrantes los decenviros establecieron que si eran libres se les azotase y entregase a quien hubiera sufrido del hurto; si fueran esclavos se le azotase y despeñase por la roca (Tarpeya); pero si fueran niños impúberes dispusieron que se les azotase, según el criterio del pretor, y que se reparase el daño causado*. Concepti et oblati (furti) poena ex lege XII tab. tripli est (Gaius, 1967: 258, 259, 356) (Justiniano D., 22, 5, 12) *La pena para el hurto descubierto y contra el que dio a otro el objeto robado es, según una ley de las XII Tablas, al triple*. LANCE ET LICIO (Gaius, 1967: 260); *con un plato y un lizo atado a la cintura...SI ADORAT FURTO, QUOD NEC MANIFESTUM ERIT - , [DUPLIONE DAMNUM DECIDITO]* (Justiniano, D., 4, 4, 9, 2; D., 2, 14, 7, 14) (Gaius, 1967: 259,299-300) *Si se reclama por un hurto que no fue flagrante - sanciónese el daño con el doble*.

Aquí, aparecen los elementos del tipo penal, la descripción de la conducta (prohibitiva), antijurídica, punible y culpable (en el sentido de la “culpabilidad” del que se desprenden el dolo y la culpa), siendo el *furtum* un delito doloso, se irán analizando éstos elementos en el desarrollo de la exposición.

III. La acción objetiva

El apoderamiento de una cosa ajena en contra de la voluntad de su dueño, comprendiendo a su vez la amotio (sustracción material) y la retentio invuito domino (retención de la cosa) de allí, se desprendería la ilicitud, o sea, el mandato de carácter prohibitivo que acarreará una sanción para quién decida transgredir la norma jurídica, ello en cuanto al aspecto objetivo.

En nuestro derecho argentino, el término “apoderamiento” es usado en algunos de los delitos contra la propiedad regulados en el Libro II, Título VI del Código Penal, así tenemos en la descripción del tipo:

“...el que se apoderare ilegítimamente de una cosa total o parcialmente ajena...” en los artículos 162 (Hurto) y 164 (robo) del Código Penal.

IV. El aspecto subjetivo

En lo que respecta al plano subjetivo, existe un animus, traducido en la intención o voluntad de transgredir la norma, cumpliendo con la descripción del tipo, por ello las fuentes refieren al animus furandi, (Justiniano, D. 41,3,37) que solo puede tener el ladrón. Alfredo Di Pietro nos señala que:

“...No hay delitos involuntarios, ya que en todos ellos debe haber una intención dolosa o al menos culposa (caso Lex Aquilia)...así el esclavo, el prodigus, la mujer, el impúber pubertati proximus son capaces de generar ésta clase de actio.”(Gaius, 1967: 256).

El hecho de cometer el *furtum* a sabiendas implica un “dolos malus”(Gaius, 1967: 262) , se señalan otras fuentes en las que se hace referencia al animus lucri faciendi (Gaius, 1967: 262) el apoderamiento le da un beneficio material al autor del *furtum*, que junto al adfectus furandi serian dos aspectos del

dolos malus, sin embargo el que comete apoderamiento por el solo hecho de hacer daño sin obtener una ventaja económica queda comprendido en las disposiciones de la Lex Aquilia.

El elemento que se trata, está contemplado de manera similar en el derecho penal argentino, no es posible establecer una sanción si el sujeto no tuvo la posibilidad de hacer o no hacer de acuerdo al mandato legal, en base al libre albedrío.

V. El concepto de cosa en el furtum: El concepto de cosa a los efectos del furtum

En el furtum el apoderamiento es de una cosa, para ello hay que distinguir:

1) En cuanto a las cosas muebles no hay lugar a dudas que están comprendidas en el furtum, ya que por su naturaleza, son fácilmente transportables, lo que facilita también su apoderamiento. En cuanto a la denominación moderna de semovientes, las características de éstos objetos hacen que se generen ciertas dificultades para que opere el apoderamiento, en el derecho penal actual operaría como una agravante el apoderamiento que se realiza venciendo obstáculos, lo que denota una mayor peligrosidad del agente que realiza la acción objetiva, así lo vemos en el art. 163 del Código Penal, en el hurto con escalamiento (inciso 4º), con rotura de cercos (inciso 1º), el uso de llave falsa o ganzúa (inciso 3º).

2) No estaría incluido por las cualidades esenciales de la cosa la cosa inmueble, la separación de una parte de ella para cometer el delito la transforma en cosa mueble que sí es pasible del furtum.

VI. ¿Podían ser objeto de furtum las cosas sacrae, sanctae et religiosae?

Si bien las cosas sagradas, santas y religiosas estaban fuera del commercium, no era impedimento para que fueran apropiadas en contra de la voluntad de su dueño. Pensemos en el siguiente ejemplo: una tumba: la protección especial de que gozaba encontraba su arraigo en la tradición romana y en las leyes, el dominium del mismo pertenecía a las sucesivas generaciones del difunto, si el suelo en el que se encontraba era vendido, no formaba parte de esa venta el sepulcro (Aramburu, 2010), se constituía una servidumbre perpetua a favor de los miembros de la familia del fallecido, de modo que quien violaba un sepulcro era declarado sacer (Aramburu, 2002: 131), por lo tanto no era obstáculo para que un furtador se apoderara ilegítimamente del mismo o de algún objeto allí dejado, aparece la discusión de que si se trata entonces de un furtum o la figura del sacer es de mayor gravedad y subsume a la primera. Otros sostendrían que habría que hacer un análisis particular de cada figura que comprende las variantes del furtum, ya que en el furtum nec manifestum, se autoriza entre las penalidades dar muerte al delincuente, de allí que llegado el caso, en la idiosincrasia romana ¿cuál sería más grave?

VII. Responsabilidad “penal” por el furtum

Nos dice Alfredo Di Pietro:

“La obligación delictual se extingue para los herederos del que ha cometido el delito...cuando se comete el delito por un alieni iuris se da la circunstancia de la responsabilidad de la persona a quién está sujeto y la posibilidad de la noxalidad. La poena si bien antiguamente tenía caracteres personales, consistió mas adelante en la datio de una suma de dinero.”(Gaius, 1967: 256-257). Nos tendríamos que preguntar cuáles eran los fines de la pena en Roma, ¿sólo el castigo del culpable? O sea, el castigo para quién cometía un delito, esperándose a su vez que no vuelva a delinquir, caso contrario deberá atenerse a las consecuencias; pero en realidad, cuando la penalidad consistía en darle muerte, allí desaparece en la concepción actual el fin preventivo y represivo de la pena ¿o los fines eran preventivos en relación al resto de los miembros de la sociedad? En el sentido de la prevención para que los individuos que no cometieron el delito no lo cometan nunca (Aramburu, 2009) (1), ya que saben qué sucederá en caso de quebrantar la norma jurídica.

Forma parte del análisis del principio de legalidad la aplicación de la pena pre- establecida para el delito, sin posibilidad de salir del margen fijado por la ley, caso contrario se incurriría en una grave

(1) Para ver con claridad cual era el fundamento en base a diversos análisis.

violación en la que el Estado ejercería un poder arbitrario en perjuicio de los particulares, los que estarían sometidos a la voluntad antojadiza de establecer penas, o peor aún de imponer sanciones penales en aquellas conductas que no son delictivas, en el derecho actual se constituiría como la violación del principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”.

VIII. La autoría

Sigue diciendo Alfredo Di Pietro:

“Es requisito siempre la exteriorización de la conducta del autor del *furtum*: por ello el que únicamente tiene ánimo de hurtar no sólo se transforma en ladrón, salvo el caso especial del tercero que aconseja...” (Justiniano, D. 47, 2,1,1). En las Institutas se dan ejemplo de aquellos que en determinadas acciones facilitan la acción del ladrón, sin embargo hay que determinar la intención que el sujeto contribuyente ha tenido, dado que no es lo mismo tener el *animus furandi*, que hacer una broma, trayendo como consecuencia un resultado *prima facie*, no previsto por el bromista: la posterior concreción del *furtum*, para ello “deberemos examinar si corresponde otorgar una *actio utilis*, ya que por la *Lex Aquilia* se ha penado el daño causado, aún por culpa leve” (Gaius, 1967: 264).

“Si alguien tiene el “ánimo” de hurtar, pero no alcanzó a robar nada pese a que trató de hacerlo, no se obliga por éste delito, si bien puede resultar responsable de la iniuria si es que ha actuado con violencia o también ser acusado de *directarius*” (Justiniano, D.47,11,7. D.47,18,1,2) , es el que se oculta en una casa para robar, de tal modo que se puede decir como regla genérica que la *actio furti* nace solo desde el momento que se produce la *contrectatio rei*. (Gaius, 1967: 263) (Justiniano, D. 47,2,21).

IX. El delito consumado y su tentativa

El derecho romano no distinguía jurídicamente entre el delito consumado y su tentativa, pero es evidente que, la figura castiga tanto uno como otro, por un lado, el que se apodera: el mismo comprende todo acto por el cual se saca de la esfera de poder de su legítimo titular, para introducirla a la esfera de poder del fur, ello implica que su titular no sepa donde está, a partir de allí el infractor puede ejercer actos posesorios pero no podrá alegar la buena fe ni sus consecuencias jurídicas.

En el *furtum manifestum* se admite la moderna figura de la tentativa, ya que la aprehensión del ladrón *in flagranti delicta* implica que éste aún no ha completado el desapoderamiento requerido para el delito consumado. De igual manera ocurriría con el que es sorprendido transportando las cosas robadas, se trata pues del comienzo de ejecución de los actos requeridos para la tentativa criminal, que ha quedado inconcluso por un factor externo que ha impedido su consumación, así se define: “la tentativa, constituye pues, la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir antes de que se haya completado la acción como típica” (Creus, 1988: 354). Pero desde el punto de vista subjetivo, como se dijo anteriormente el *animus* que se requiere es el propio del desapoderamiento para obtener un lucro o ventaja económica, dos aspectos incluidos en la *adfectus furandi*.

X. ¿Cómo hubiese operado el desistimiento voluntario en Roma?

Es un concepto moderno definido en el artículo 43 del Código Penal.

“El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”, si bien se trata de un elemento subjetivo trasciende del mundo de las ideas a la realidad por intermedio de la mencionada interrupción. Si pensamos en la situación en la que el fur ya había penetrado en la morada ajena y había preparado las cosas que iba a llevarse, pero decide retirarse y es sorprendido por el dueño de la casa el que decide acusarlo, hay que distinguir dos momentos:

- Si había salido de la casa, en ese caso más allá de la presencia de testigos que pudieran integrar un plexo probatorio de la acusación, la cuestión no queda comprendida en la figura básica del *furtum*

por la ausencia del elemento subjetivo, el animus o intención que ha faltado en el último tramo si fuera una tentativa, pero está ausente completamente cuando hay desistimiento.

- Cuando el fur se arrepiante pero no alcanzó a irse de la casa, el caso se complejiza, por tratarse de un elemento subjetivo que aún no trascendió en actos materiales, ni trascenderán tampoco, por la llegada del legítimo titular. No pudiendo demostrar la ausencia del animus requerido, el caso planteado queda comprendido en la figura.

XI. ¿Quién se constituye como sujeto pasivo del furtum?

Hay que diferenciar distintas situaciones. En principio, la víctima es el dominus de la cosa, si sabe donde se encuentra la misma podrá ejercer la reivindicatio con el fin de recuperarla, sin perjuicio de que prosperen las acciones emergentes del furtum.

Puede ocurrir que se constituya como sujeto pasivo el poseedor de la cosa, (es aquél que además de tener el corpus con respecto a la cosa tiene el animus de comportarse como dueño de la cosa) a lo que se debe sumar la buena fe, que lo habilita para que ejerza una posterior acción por furtum, se puede tratar de un locador, de un comodatario, etc. sin perjuicio de la reivindicatio a cargo del propietario de la cosa.

XII. Confluencias entre los interdictos recuperandae possessionis con el furtum

El interdicto unde vis prospera contra quién tiene en su poder la cosa de mala fe, por el ejercicio de la vis, la violencia en cualquiera de sus manifestaciones, con excepción de la vis armata que aquí no se está analizando aún, el apoderamiento que implica furtum, conlleva el ejercicio de la violencia no porque se desprenda taxativamente de la figura sino porque tácitamente surge de la misma naturaleza del furtum, como quién lo haría rompiendo una puerta, o de noche, o atacando físicamente al titular del dominium de la cosa objeto del furtum, en la perspectiva moderna del derecho penal, no está sujeto a interpretaciones en éste caso la presunción de violencia, se tiene que desprender expresamente de la figura, como ocurre en el caso de la rapina, por ende no hay en principio vinculaciones expresas entre el furtum y ésta clase de interdicto, salvo en quién sería titular de la acción. .

El derecho actual diferencia entre el apoderamiento de cosa ajena contemplado en la figura básica del hurto, y el apoderamiento ejercido contra una persona o una cosa (figura básica del robo contemplado en el artículo 164 del Código Penal). Independientemente del ejercicio de la violencia o no para lograr el desapoderamiento en el furtum, la violencia se traduce según la descripción de diversas formas que puede asumir el furtum.

Dicho de otra manera el ejercicio de la violencia habilita la interposición del interdicto recuperandae possessionis unde vis que a su vez no desplazaría a la figura del furtum con sus variantes, sin perjuicio del ejercicio de la reivindicatio para el titular del dominio.

XIII. El dolo en el derecho actual y el animus furandi romanus

El dolo como ya se dijo, es el elemento subjetivo integrante del furtum, traducido en el animus del fur, el sujeto quiere realizar la acción, llevar a cabo la conducta, también tiene conocimiento de que se trata de una conducta prohibida y acarrea una sanción para el que la infrinja, pero también tiene la voluntad de llevarla a cabo, haciendo uso del libre albedrío y sin la existencia de causas que hagan que actúe coaccionado.

Se parte de la base que, quién ejerce el apoderamiento ilegítimo tiene la voluntad de cumplir con el elemento subjetivo de la figura.

El furtum no admitía la forma culposa, el dolo se desprende de su esencia, incluso en el furtum impropio o furtum de cosa propia se sustenta en las descripciones anteriores porque el agente tuvo la intención de apoderarse de la cosa que era ajena o la propia pero que un tercero tenía por un título jurídico que lo avalaba, por ejemplo: el depositario.

XIV. Elementos que integran el principio de legalidad en materia penal. El principio constitucional, paralelismos procesales

Las penas emergen del principio de legalidad estudiado en derecho público, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional estableciendo que “Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”, de allí surge claramente que la pena es impuesta por una sentencia judicial firme, como el resultado de un proceso judicial, para llegar a ella, primero tiene que existir la imputación penal, por la cual un ciudadano debe tomar conocimiento que se ha iniciado un proceso en su contra, por la eventual comisión de un delito, ese conocimiento jurídico importará el comienzo del ejercicio del derecho de defensa en juicio en relación a la acusación incoada, se establecen sanciones procesales para quién de alguna manera viole el consagrado derecho constitucional, así en la declaración de imputado del Art. 308 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires deviene en nulo si el abogado defensor no fue notificado de la realización de éste acto procesal, como así la notificación de qué se lo acusa y las pruebas que obran en su contra (art. 309 CPPBA).

En Roma había magistrados como el Pretor, designado por el Estado, que tenía a su cargo el proceso civil, ante el cual se llevaban a cabo estas “imputaciones” por delitos privados a los que estuve haciendo referencia, para ello de acuerdo con las pautas establecidas por éste, según la época en la que nos encontremos y la evolución de los distintos sistemas procesales debía haber un actor y un demandado, a diferencia de nuestro proceso actual en el que hay un denunciante y una víctima o sujeto pasivo, ambos con plena legitimación para actuar en un proceso judicial penal, volviendo a Roma, cuando quedaba trabada la litis se abría la etapa in indicio y estaba la posibilidad de esgrimir diferentes medios de prueba. En tiempos del procedimiento formulario la etapa in iure o primer etapa quedaba cerrada cuando se trababa la litis contestatio, así se denominaba al decreto del magistrado en el que quedaba planteado el conflicto ya que el actor había manifestado sus pretensiones y el demandado se había opuesto a través de excepciones, se abría la etapa apud iudicem o in indicio, quedaba perfectamente establecido sobre qué debía expedirse el iudex en su sentencia.

La litis contestatio acarrea consecuencias para las partes: ambas quedaban obligadas a continuar el proceso hasta el final; la cosa litigiosa no podía ser objeto de acto jurídico alguno; cuando operaba la extinción de la acción de la misma manera que en el procedimiento de las legis actionis ya no se volvía sobre el asunto: es el precedente de nuestro principio constitucional ne bis in ídem.

El procedimiento en la etapa Apud Iudicem o in indicio tenía las siguientes características:

- Se realizaba ante el iudex o conjunto de iudex designados al efecto.
- El mismo debía prestar juramento de que iba a tener un desempeño objetivo en los asuntos que les encomendaban.
- Si no fuera así debían excusarse (Justiniano, D.50,5,13).
- A partir de que prestaban juramento se convertía en una carga pública y no podían negarse a expedirse en el asunto que se le confiaba salvo causa justificada.
- La audiencia debía realizarse desde la salida hasta la puesta del sol.
- Los aplazamientos no debían ser muy extensos, por lo tanto los actos debían estar caracterizados por la consecutividad.
- Se realizaba la coniectio causae de la misma manera que se hacía en el sistema de las legis actiones;
- La aparición de los oradores en el proceso obedece a que había que poner a alguien que defendiese el interés de las partes en un proceso contradictorio, éste si bien no era un instruido en derecho, su habilidad estaba en esgrimir argumentos basados en las pruebas, y tratar de convencer al iudex de que su cliente tenía la razón independientemente de que fuera verdad o no o que alegara. Cicerón fue

un gran maestro en el arte de la oratoria, y quién empezó su carrera política como un gran orador fue julio César en su juventud.

- Los medios de prueba que se podían invocar eran: los testigos, documentos (se diferenciaban entre instrumenta publica e instrumenta privada), la confesión: que era una declaración jurada del actor que se hacía bajo juramento.

- Luego de los alegatos se dictaba sentencia: En principio inapelable, luego se podía apelar ante la autoridad del emperador. La misma era confirmada, modificada o anulada;

- El condenado debía cumplirla en el plazo de treinta días (2). Caso contrario el vencido ejercerá en su contra la *actio iudicati* con el fin de que el condenado ejerza su derecho de defensa y pruebe que cumplió con la disposición judicial, si vuelve a perder será condenado por el doble, además su patrimonio será ejecutado (3).

En cuanto a la legitimación para actuar en el proceso, los legitimados eran:

- Legitimación Activa: El pater ya que era un *sui iuris*; El filius hasta el límite de su *peculio* si se trata del castrense; El filius podía ejercer la acción por injuria; La filia podía ejercer la *actio rei uxoriae*; con el fin de obtener la devolución de la dote.

- Legitimación Pasiva: El pater; Los *alieni iuris*, pero para la ejecución de la sentencia había que esperar a que sean *sui iuris* dado que no tenían patrimonio propio; la otra posibilidad era demandar al pater mientras el filius estuviera bajo su potestas; o en el caso de que se demande solo al filius éste respondía hasta donde el monto del *peculio* se lo permitiese.

Debemos recordar que los esclavos no eran en ningún caso demandables, al que se demandaba era a su pater o amo.

En cuanto a las formas de intervenir en el proceso las partes podían actuar personalmente o por medio de representantes, que sustituían a las partes en los efectos del juicio, así el deudor era demandado pero en la *condemnatio* se ponía a otra persona que era quién iba a soportar los efectos de lo que resolviera el iudex, se hacía a través de la *actio iudicati* (4).

Las partes podían ser sustituidas o representadas por el *cognitor* o por el procurador:

- El *Cognitor* en un representante que se nombra en presencia del contrario en el juicio; cuando representa al actor éste ya no puede incoar nuevamente la acción y lo que se resuelva en relación a la ejecución va a ser a su favor.

- El Procurador: En cambio a diferencia del anterior los efectos de la sustitución del actor no son los mismos: no extingue la acción y no fue nombrado en presencia del adversario cumpliendo las formalidades, el procurador garantiza que con su intervención el actor va a cumplir con lo dispuesto por la sentencia y que no va a pretender ejercerla nuevamente en el futuro, ello lo hace a través de la garantía llamada *cautio dominum rem ratam habiturum* (caución por la que el dueño ratificará el negocio).

Si el demandado es representado, por un *cognitor* o *procurator*, la acción queda extinguida, la consecuencia que acarrea es que no podrá ser intentada de nuevo por el actor, pero en lo que respecta a la acción ejecutiva se ejercerá en contra del demandado cuando es representado por *cognitor*, pero, se va a dirigir en contra el representante si éste es un *procurator*. De manera similar opera la *cautio iudicatum solvi* que se le otorga al demandado representado por un *cognitor*, pero si el representante es un *procurator*, éste la otorgará a éste.

(2) Dispuesto de ésta manera por la Ley de las XII Tablas.

(3) Debía seguirse el Procedimiento concursal de la Bonorum Venditio.

(4) Sin embargo el Pretor en la *condemnatio* siempre ponía al involucrado y no al sustituyente.

- El *Procurator Praesentis* es el que ha sido presentado por el interesado, en este caso también se consume la acción.

De ésta manera viendo la actuación dentro del proceso civil para el juzgamiento de los delitos privados en Roma, y volviendo al constitucionalismo moderno el Artículo 18 de Nuestra Constitución Nacional establece una restricción importante en lo que respecta al poder represivo y punitivo del Estado, en cuanto al derecho de castigar que tiene en relación a los particulares que cometen delitos, es imprescindible una normativa que impida el Estado a cometer abusos a través de los funcionarios públicos, que, por delegación del estado, pueden vulneran gravemente los derechos y garantías constitucionales, por ejemplo un allanamiento sin orden de juez competente en un caso que no de los de urgencia consagrados en el art. 222 y concordantes de Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires; la detención de una persona sin que se cumplan con los requisitos del art. 147 y concordantes de la mencionada norma legal.

El Estado a través del sistema de división de poderes, primero dicta la norma penal -Poder Legislativo- a través del Congreso de la Nación que, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 67 de la Constitución Nacional la atribución de dictar los códigos de fondo corresponde al Congreso de la Nación, reservándose a las provincias los dictados de los códigos de forma, como lo es el Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, dictada la normativa jurídico penal, será aplicada por funcionarios del Estado, que son los jueces los únicos autorizados a dictar sentencias, son los representantes del Estado a través del Poder Judicial.

El otro límite se encuentra en la tipicidad; el art. 18 de la Constitución Nacional fundamenta la existencia del tipo (5) característico del derecho penal y que no se encuentra en otras ramas del derecho (Creus, 1988: 110), por el la descripción de la conducta debe ajustarse a la que se imputa a una persona con exactitud, lo que significa que, producida una conducta no debe parecerse a la descripción del tipo, ni está sujeta a diversas interpretaciones, salvo que se pueda interpretar el alcance de ciertos términos pero no de la conducta imputativa, por ello no puede aplicarse el derecho penal por analogía, tampoco se aplica retroactivamente, salvo que, se trate de la ley penal mas benigna (art. 2 del Código Penal) en consonancia aparecen las normas procesales penales, se establece que no se puede interpretar restrictivamente la ley procesal cuando están en juego la libertad del imputado y otras limitaciones a sus derechos (art. 3º del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires); además la norma tiene que haber sido creada con anterioridad al delito que se investiga.

Otro de los límites son las penas, las mismas están preestablecidas por cada figura típica, para ello se fijan las escalas penales entre un máximo y un mínimo en proporción a la vulneración que se le provoque al bien jurídico protegido; para ello se tendrán en cuenta además otras cuestiones reguladas también por la ley como son la peligrosidad del delincuente, la reiteratividad delictiva, la calidad de primario en el delito, los medios y formas comisivos y omisivos (6), pero hemos visto lo que consagraba la Ley de las XII Tablas en la que la aplicación de las penas radica en el criterio discrecional del Pretor, en lo que respecta a los castigos corporales.

XV. La sentencia judicial

Nuestro sistema representativo republicano no admite otra forma posibilidad: solo los jueces, como integrantes del poder judicial, solo pueden dictar sentencias (Maier, 1999: 480), por ello la única sentencia admisible es la judicial, no existen sentencias de carácter administrativo, en virtud de la división de poderes.

Imputada una persona por la presunta comisión de un delito, sometida a partir de allí a proceso penal, con aplicación de las leyes penales y procesales penales, el punto culmine será la sentencia.

(5) Cuyos elementos son la descripción de la conducta prohibida, antijurídica punible y culpable ya explicados.

(6) Estos aspectos son tenidos en cuenta de acuerdo a lo establecido por el art. 41 y sus conc. del Código Penal para la graduación de la pena al momento de sentenciar.

La sentencia será la conclusión lógica a la que arriba el juez (Maier, 1999: 479), de modo que no se transforme en una decisión antojadiza, a través de ella esgrimirá una serie de argumentos de hecho y de derecho, por los cuales explicará porqué arriba a un resultado y no a otro. Por ellos las sentencias de estar motivadas (art. 106 Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires) las decisiones judiciales deben estar basadas en la norma que las respalda; así debe tratarse de un razonamiento lógico o sea en un conjunto de silogismos interrelacionados.

Ello debe ser necesariamente así porque, una vez que el imputado conozca las motivaciones y fundamentos de la sentencia, estará habilitado para interponer los recursos (7) pertinentes y manifestar sus pretensiones impugnativas ante el tribunal de alzada y pedir eventualmente la revisión.

XVI. El penado

El art. 18 de la Constitución Nacional hace referencia al “penado”, es el condenado por sentencia judicial que está firme y la misma ha pasado por autoridad de cosa juzgada, sin embargo el concepto es abarcativo al procesado, en el sentido de que aquél ha sido condenado por una sentencia dictada por un Tribunal Oral en lo Criminal o por un juez Correccional, que por encontrarse en la etapa recursiva no está firme, desde el punto de vista técnico reviste la calidad de procesado, a la espera de ver beneficiada su posición frente a la condena. No queda comprendido en éste aspecto el procesado durante la etapa de la investigación penal preparatoria, porque aún no está trabada la litis y por ende no existe aún el principio de contradicción ejercido fehacientemente salvo excepciones, como lo demuestra el caso “Benítez, Aníbal” fallado por la SCJN (Fallos, 329:5556) (8), por lo tanto, jurídicamente aún no están dadas las condiciones procesales para arribar a una sentencia, oportunidad que sí encontramos en lo dispuesto por el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, la Audiencia Preliminar, y en la del artículo 338 Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires: el inicio del debate oral, en el que se ejercerán los principios de inmediación, oralidad, publicidad, congruencia, etc. Cuya conclusión final será la sentencia.

La sentencia como acto procesal le pone fin al proceso penal, ya sea condenatoria o absolutoria, la misma se diferencia de otras resoluciones judiciales que resuelven otras cuestiones de menor cuantía, por ejemplo las que resuelven un incidente excarcelatorio (art. 169 y concordantes del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires-C. P. P), una libertad condicional (art. 13 del Código Penal, art. 311 del Código Procesal Penal), una salida transitoria (contemplados en las leyes 24.660 y 12.256).

Volviendo a la cuestión del “penado, es importante establecer las cuestiones abarcativas a los fines de evitar la violación del *non bis in idem*, no es admisible en nuestro estado de derecho que una persona sea más de una vez sometida a proceso penal por el mismo hecho histórico cuando tiene con anterioridad una sentencia firme que determina su culpabilidad o en el hecho que fue objeto de juzgamiento, de la misma manera rige la prohibición de vulnerar ésta garantía para quién ya fuera condenado en primera instancia (Maier, 1999: 595) (9), también se puede tratar de un penado que esté cumpliendo efectivamente la pena o no, por gozar de algún beneficio contemplado en las leyes de ejecución penal (10).

(7) Recursos de Casación, para impugnar las sentencias de los Tribunales Orales, y de Apelación en relación a los juicios correccionales (arts. 441 y conc. C.P.P.).

(8) En consonancia como ocurre con los antecios de prueba, regulados por el artículo 206 del Código Procesal Penal en relación a la incorporación por lectura en la audiencia del debate y la inviolabilidad de la defensa en juicio basada en el contralor de la prueba.

(9) Para poder ver allí los requisitos de ésta garantía.

(10) Porque en virtud del principio de oportunidad procesal hay otros institutos; como la suspensión del proceso a prueba, la pena menor de seis meses puede devenir en un arresto domiciliario, el juicio abreviado, el sobreseimiento, medios de los que dispone el fiscal, en las oportunidades previstas en los códigos de procedimientos.

No se puede dejar de lado el análisis que se realiza del art. 502 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires (Granillo Fernández, 2009) por el cual en

“...nuestra provincia los institutos previstos para los condenados pueden ser utilizados para los procesados, por estar así específicamente dispuesto en el título II, Régimen procesal, artículos 67 y concordantes...un procesado no puede sufrir más rigores que un condenado, los principios de inocencia, favor rei, proporcionalidad entre la medida y el objeto de la tutela así lo exigen (art. 1º y art. 146, inc.3º Código Procesal Penal); igualdad del trato en los beneficios otorgados por las leyes de ejecución”,

Forma parte del trato digno que debe recibir el ciudadano a proceso penal que fue condenado, consagrado en nuestras leyes y en los tratados internacionales incorporados en la Constitución Nacional en el año 1994.

XVII. Conclusión

En el presente trabajo se ha pretendido analizar como desde tiempos de los romanos se han establecido una vez más aspectos fundamentales de la regulación de los delitos y sus penas, basadas en lo que hoy conocemos como principio de legalidad en materia penal, si bien no se pretendió establecer paralelismos, éstos, a pesar de los siglos, han quedado evidenciados.

También se pudo señalar como crítica constructiva que las penas debieron ser más acorde a la mayor o menor gravedad del delito, así la muerte como sanción penal, se constituiría como un castigo a corto plazo, y no como compensación al daño causado, en forma de castigo propiamente dicho, hay que entender que la cuestión iba acorde a la mentalidad del romano, si en un momento dado estaba entre las potestades del pater el derecho de vida y muerte de los filii, piénsese con más razón darle muerte al autor del furtum bajo determinadas circunstancias.

A diferencia del derecho actual, en que la tipificación está regulada por el derecho público, los delitos en Roma comprendían los crimina privata, entre ellos el furtum, y los crimina publica, éstos últimos regulados para aquellos casos en que se perjudicaban los intereses del Estado, por ejemplo los delitos cometidos por funcionarios públicos (Aramburu, Romina, 2009) (11).

Pero por las elaboraciones realizadas se puede afirmar que desde hacía varios siglos antes de Cristo había una existencia de normas jurídicas penales que avizoraban lo que hoy conocemos como el principio de legalidad en materia penal.

XVII. Bibliografía

- ARGENTINA. Código penal. Buenos Aires. Zavalía, 2011.
- CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires. Astrea, 1988.
- GAIUS. Instituciones (comentado por Alfredo Di Pietro). La Plata. Librería Jurídica, 1967.
- JUSTINIANO. Digesto (tr. por A. D'Ors Pérez Peix). Pamplona. Aranzadi, 1969.
- MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Fundamentos. 2a. ed., Buenos Aires: Del Puerto, 1999.
- GRANILLO FERNANDEZ, Héctor y HERBEL, Gustavo. Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires: Comentado y anotado. Buenos Aires. La Ley, 2009.

Artículos y ponencias

ARAMBURU, Romina del Valle. “El homo sacer: La manifestación del elemento religioso en el derecho penal”, en: Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 2002 42 -63-, 131-134

ARAMBURU, Romina del Valle. “Algunas generalidades de los crimina y los judicia publica en ROMA”. Ponencia presentada en el Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano realizado

(11) Para ver figuras delictivas públicas.

en la Universidad Nacional de la Rioja, Facultad de Derecho, mayo 2009. Disponible en: http://www.edictum.com.ar/miweb4/xix_encuentro_nacional.htm (Consulta 13 de marzo de 2011).

ARAMBURU, Romina del Valle. "Concepciones sobre la inviolabilidad del domicilio y el allanamiento de morada en Roma y en nuestro Derecho penal actual". Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional, XV Congreso Iberoamericano y Encuentro Nacional Extraordinario de Profesores de Derecho Romano en homenaje al Bicentenario de la Revolución de Mayo, realizado en Buenos Aires, Universidad del Salvador, Facultad de Derecho, 26 a 29 de mayo de 2010.

Jurisprudencia

CSJN, 1-12- 2006. "Benítez, Aníbal Leonel s/ lesiones graves", en: Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 2006 329:5556. Disponible en:

http://www.defensapública.org.ar/jurisdiccional/jurisprudencia/CSJN/exceso_ritual/BENITEZ.doc ♦