

LA TENTATIVA DE HOMICIDIO EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. Consideración subjetivista del derecho penal romano a través de los textos clásicos.—III. La tentativa de homicidio en la doctrina romanística.—IV. La pretendida tentativa de homicidio, en los textos jurisprudenciales clásicos: *ambulatio cum telo* y *venenum emere*.—V. Conclusión.

I

La problemática que plantea la tentativa desde un plano general hace que, al igual que Santoro¹, nos planteemos *a priori* las siguientes cuestiones: ¿cómo distinguir el traspaso de la *nuda cogitatio* a la explicitación externa de la voluntad castigable como tentativa?, ¿cuándo puede decirse que el sujeto portador de una voluntad criminal ha comenzado a recorrer el *iter* que lo conducirá a la consumación del delito? y ¿cuándo individualizar los actos punibles como tentativa distinguiéndolos de los no punibles? Porque, aunque es sabido que la teorización de la tentativa, y especialmente de la tentativa de homicidio, sólo ocurrió a partir del desarrollo del derecho penal, sin embargo, son aquéllos, en efecto, problemas que han fatigado (y aún lo hacen hoy) las mentes de los legisladores y de los juristas. Planteado en estos términos, el problema nos conduce a tratar de encontrar un concepto de tentativa, con relación al *homicidium* en el Derecho Romano clásico, que nos indique una teorización del concepto que pueda ser puesta en línea con la actual teorización dogmática de éste.

Son, por otra parte, relativamente pocos los estudios realizados por los romanistas dirigidos al esclarecimiento de la problemática que plantea la tentativa en el Derecho Romano en cuanto grada-

1. SANTORO, s. v. *Tentativo*, en *Nov. Dig. Ital.*, XVIII, pp. 1133 ss.

ción del *iter* criminal ², y bastantes menos los que se ocupan de una manera específica de analizar la cuestión en la concreta parcela del delito de *homicidium* ³.

Como apuntaba Brasiello ⁴: «el concepto de tentativa es ya en abstracto muy arduo y difícil de determinarse incluso en derecho moderno». Por eso, sin entrar en las doctrinas que, sobre todo, en el siglo pasado, han trabajado la materia bajo varios puntos de vista, es de destacar que, con referencia a un delito, existe todo un *iter* que puede tener diversas gradaciones, por lo que es posible que podamos distinguir un primer momento de pura volición, donde la voluntad pueda ser todavía genérica como parece ser en el supuesto de *ambulare cum telo hominis occidendi gratia* ⁵, o en el momento de la preparación que se dará, por ejemplo, cuando los medios idóneos con los cuales puede ser perpetrado el delito están predispuestos, si bien aún no puede hablarse de inicio de ejecu-

2. Como trabajos sobre la tentativa, aparte las obras generales, pueden verse: LELIÈVRE, *De conatu delinquendi apud Hebraeos, Romanos, aliosque populos*, en *Ann. Acad. Lovaniensis* (1824-25), pars. I; NICCOLINI, *De la tentative*, en *Rev. Crit. de législation et de jurisprudence*, 19 (1861), 217-264; HUMBERT, *De la tentative en Droit Romain*, en *Rev. Acad. de Leg. de Toulouse*, 11 (1862), 407-431; SEEGER, *Zur Lehre von Versuch der Verbrechen im Römischen Recht* (Tübingen, 1879); BRUGI, *La teoria del conato e l'influsso dei Romanisti*, en *AG.*, 25 (1880), 439-456; CHAMPCOMMUNAL, *Etude critique de leg. comp. sur la tentative*, en *Rev. Crit. de leg.*, 24 (1895), 41 ss.; COSTA, *Il conato criminoso nel Diritto Romano*, en *BIDR.*, 31 (1921), 20-28; FERRINI, *Il tentativo nelle leggi e nella giurisprudenza romana*, en *Opere*, V (1930), pp. 41-72; *Ancora sul tentativo*, en *Opere*, V (1930), pp. 73-105; *Diritto Penale Romano* (Milano, 1899), reimpr. «L'Herma, Roma, 1976), BRASIELLO, s. v. *Tentativo*, en *Nov. Dig. Ital.*, XVIII, pp. 1130-1133; GENIN, *La repression des actes de tentative en Droit criminel Romain* (Lyon, 1968); POLARA, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato*, en *BIDR.*, 1974, pp. 89-138.

3. Vid. principalmente: BONINI, D. 48, 19, 16, *Claudius Saturninus de poenis paganorum*, en *RISG.*, 1961, pp. 119-179.

4. BRASIELLO, s. v. *Tentativo*, en *Nov. Dig. Ital.*, XVIII, p. 1130.

5. D. 48, 8, 1 pr. (Marcian 14 inst.). *Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit*, etc. Cfr. también sobre la problemática de *ambulare cum telo*, que analizaremos más adelante en el texto con cierto detenimiento, los siguientes textos: Cicerón, *pro C. Rabirio*, VI, 19; *pro Milone*, IV, 11; Saturnino, D. 48, 19, 16, 8; Ulpiano, *Coll. leg. Mos. et Rom.* I, 3, 2, y *Sent. Pauli*, V, 23, 1

ción; el llamado momento del inicio de la ejecución, es decir, cuando se cumplen actos dirigidos ya a la perpetración del delito siendo estos actos realizados de una forma inequívoca y que no deje lugar a duda alguna, y, por último, el momento —si hubiera forma de determinarlo— en el que todos los actos han sido ya realizados y, en consecuencia, si el delito pudo consumarse y no se consumó, podemos calificarlo de frustrado.

De acuerdo con esta gradación del *iter* criminal, que es aceptada hoy en día por la moderna dogmática, cabe que, en abstracto, tengamos tres posibilidades de actuación: a) que el delito iniciado no sea castigado como tal delito, castigándose los actos de ejecución y quizás también los actos preparatorios en cuanto constituyen un delito en sí mismos; b) castigar el delito iniciado como delito perfecto, y c) castigarlo sólo en parte.

Esta moderna teorización ¿es susceptible de trasplante al Derecho Romano clásico?, ¿qué dicen los textos jurisprudenciales en materia de *homicidium* sobre el particular?, y más aún, ¿podemos sacar de ellos unos principios generales que nos sirvan para establecer una teoría general de la tentativa en la jurisprudencia clásica? A estos interrogantes intentaré dar una respuesta (siempre dentro de la limitación de espacio que impone un trabajo como el presente) que sea concorde con el pensamiento de los juristas del siglo II y III y con el contexto en el cual ellos se mueven⁶, sin olvidar nunca un principio esencial a la hora de abordar cualquier

6. El hecho de que en el presente trabajo hayamos escogido las figuras de los juristas clásicos para estudiar el problema de la tentativa de *homicidium* se debe a que son los textos de estos juristas referidos a este delito (concretamente los de Marciano y Paulo) los que han recibido menor atención por parte de los estudiosos del tema, y que, por otra parte, no hay que perder de vista que aunque son pocas las noticias que tenemos sobre la biografía de Paulo, puesto que ni siquiera sabemos el lugar ni la fecha de nacimiento, sin embargo, está perfectamente constatado que vive bajo la dinastía de los Severos y que fue miembro del *consilium principis*, bajo Septimio Severo y Caracalla, y según algunos, como Lenel (*Palinogenesia iuris civilis*, I, col 952), habría sido *praefectus praetorio* bajo Alejandro Severo. Por otra parte, y sin compartir la idea mantenida por Ihering (*Der Besitzwille*, cap. XIII, Jena, 1889) de que Paulo es un fanático teorizante, si nos interesa indagar en la personalidad científica de este jurisconsulto, en una época que presenta una transformación bastante profunda con respecto a las estructuras imperantes al comienzo del Principado.

instituto romano —tanto privado como público— consistente en tener siempre presente el escaso apego de los juristas romanos a las teorizaciones sobre principios generales.

Como dice Genin ⁷, para la noción de tentativa (que él trata de examinar en los derechos orientales y en el derecho griego sin conseguirlo, porque en estos ordenamientos es desconocida), se pueden buscar indicaciones generales, «replantando el problema de la tentativa en el contexto romano». El autor intenta este replanteamiento preguntándose, en primer lugar, si los caracteres más evidentes del Derecho penal romano parecen favorables a la represión de los actos de tentativa y, en segundo lugar, si la aparición de una teoría general de la tentativa parece conforme a las tendencias y al espíritu del Derecho penal en Roma.

II

Si tenemos en cuenta que el derecho privado es considerado como un derecho objetivista en cuanto a la responsabilidad, como últimamente ha puesto de manifiesto Torrent ⁸, «parece evidente que hablar de responsabilidad contractual en Roma es un convencionalismo producto de aplicar conceptos dogmáticos actuales al derecho romano». En todo caso, la investigación romanística ha descubierto dos modos distintos de enfocar la responsabilidad: en la *stipulatio* se miraba el *factum debitoris*; en las demás figuras obligacionales se operaba más bien con los conceptos de *dolus* y *culpa*. Estos dos últimos criterios apuntan directamente a la responsabilidad subjetiva, pero el *factum debitoris* plantea serias dudas críticas sobre la naturaleza de esta responsabilidad, como sobre su pretendida naturaleza culposa. De lo que no se puede dudar es de que el *factum debitoris* es un criterio de imputación de responsabilidad». En cambio, el derecho penal romano es, en

7. GENIN, *op. cit.*, p. 44.

8. TORRENT, *Factum debitoris, culpa debitoris, scientia debitoris*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid, 1978), pp. 495 y 496.

cierto modo, un derecho subjetivista⁹, y esto, creo, nos viene confirmado por la existencia de algunos textos que, en mi opinión, destacan este carácter subjetivo de la responsabilidad penal. Así:

D. 48, 8, 1, 3 (Marcian. 14 *inst.*) *Divus Hadrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo. leniendam poenam eius, qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit*¹⁰.

El texto que, como se ve, está haciendo referencia a un rescripto de Adriano, indudablemente resalta el valor del *animus occidendi* como determinante de la sanción, y, en este sentido, se manifiesta también. LÉBIGRE¹¹, cuando afirma, refiriéndose al texto en examen, que el «acento se pone aquí sobre la voluntad culpable designada por *occidendi animo*, y que según que aquélla esté o no presente en un mismo acto, será bien un homicidio punible o un hecho del cual el autor debe de ser absuelto de las disposiciones de la *lex Cornelia*».

Otro texto del mismo jurisconsulto incide en esta idea preci-

9. El papel del *animus* fue puesto de relieve en derecho penal por SOKOLOWSKI, *Zum Willensproblem im römischen Recht*, en *Mél. Cornil*, II (París, 1926), pp. 425-453, que fue, sin embargo, ampliamente criticado por algunos autores que sostienen que la exigencia del *animus* traduce las tendencias espiritualistas que caracterizan el derecho del Bajo Imperio, así, ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, III (Milano, 1936), pp. 211 ss., que pone en duda el clasicismo del *animus*; PRINGSHEIM reacciona contra esta tendencia afirmando, en cambio, que es el *animus* en derecho romano clásico como consideración del elemento intencional, quien permite por sí solo cualificar un hecho como la posesión, un acto como el hurto, o un mecanismo como la novación, que sin este elemento psicológico no comporta ninguna significación jurídica. De todas formas, una completa bibliografía sobre el papel del *animus* como elemento subjetivo puede verse en BIONDI, *Il diritto romano Cristiano*, II (Milano, 1952), pp. 321 ss.

10. PERNICE, *Labeo*, 2, 2, 1, p. 48, n. 5, sospecha de [leniendam - fin].

11. LÉBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique* (París, 1967), p. 74, n. 3.

sando más y estableciendo una contraposición a la hora de delinquir entre la voluntariedad del agente, el ímpetu y el caso fortuito:

D. 48, 19, 11, 2 (Marcian. 2 de pub. iud) *Delinquitur autem aut proposito aut impetu aut casu, proposito delinquunt latrones, qui factionem habent, impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venit; casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit*

Marciano abre el camino de las precisiones que sobre estos puntos va a llevar a cabo, siglos más tarde, la Glosa. En efecto, Marciano, en opinión de Lébigre¹², que comparto, es aquí uno de los escasos autores que, en materia de responsabilidad penal, nos da a la vez un principio general y ejemplos que permiten aprehender mejor el valor de las palabras que caracterizan la intención en sus diversos grados y que determina la responsabilidad del agente. Salvo Costa¹³, que, comentando este fragmento, distingue entre dolo de propósito y dolo de «ímpetu», sin precisar en qué se caracteriza este último y sin darnos una explicación convincente a su pretendida interpolación de todo el fragmento, el resto de la doctrina se inclina por la genuinidad del mismo, llegando algunos, como Lébigre¹⁴, a suponer que el análisis tripartito de Marciano hace progresar el conocimiento del elemento intencional por abordar la gama de los estados intermedios que separan la voluntad delictiva plenamente consciente de la irresponsabilidad total.

Otro jurista, bien es cierto que posterior a Marciano, Calístrato, incide también de una forma mucho más clara aún, si se quiere, que Marciano, en la idea de la voluntariedad desde el punto de vista de la responsabilidad penal.

D. 48, 8, 14 (Call. 6 de cogn.): *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: in maleficiis voluntas spectatur, non exitus.*

Este texto, en referencia a un rescripto de Adriano, nos está dando la medida de la importancia de la voluntariedad de los actos criminales en una época bastante anterior a aquella en la cual escribe Calístrato. Puede ser puesto en relación con *Pauli Sent.*

12. LÉBIGRE, *op. cit.*, n. 11, p. 73.

13. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano* (Bologna, 1921), p. 87.

14. LÉBIGRE, *op. cit.*, n. 11, p. 74.

V, 23, 3: *consilium non factum puniendum est*, donde el término *consilium*, como contrapuesto a *factum*, nos está dando la clave del valor que para un jurista de comienzos del siglo III como es Paulo tiene la voluntad en la determinación de la responsabilidad penal.

Bien es cierto que, como dice Ulpiano ¹⁵, *cogitationis poenam nemo patitur*, y que, a primera vista, la fórmula de las Sentencias de Paulo señalada anteriormente pudiera parecer una contradicción, pero entiendo que esto no es así, puesto que la regla citada significa que el hecho, cuando es ambiguo, debe de ser esclarecido con la búsqueda de la intención con la cual fue llevado a la práctica, y en este sentido se manifiesta también Biondi ¹⁶.

Sin entrar todavía en el controvertido texto de Saturnino, recogido en D. 48, 19, 16, 8, del que me ocuparé dentro de poco, tenemos aún un texto de Paulo digno de ser analizado, por cuanto creo que puede aportar nueva luz sobre el problema que nos ocupa en este momento:

D. 47, 11, 1, pr (Paul 5 sent) *Sollicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores et si effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur.*

La *voluntas perniciosa* se contrapone aquí al resultado, pues, si analizamos la frase anterior, vemos que en ella se dice que los que solicitan a las mujeres casadas sean castigados *et si effectu sceleris potiri non possunt*, por lo que éste «aunque no hayan podido conseguir el resultado» nos está indicando la primacía de la voluntad a la hora de establecer la sanción para el delito de que se trata.

Pasamos ahora a analizar el texto más controvertido, pero quizás el más clarificador de todos cuantos puedan citarse en apoyo de la idea de la subjetividad de la responsabilidad penal en derecho romano clásico:

D. 48, 19, 16, 8 (Sat, lib. sing. de poen. pag): *Eventus spectetur, ut a clementissimo quoquo facta: quamquam lex non minus*

15 D. 48, 19, 18 (Ulp. 3 ad ed)

16 BIONDI, *Il diritto romano Cristiano*, II (Milano, 1952), p. 308.

*eum, qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, quam eum qui occiderit puniat. Et ideo apud Graecos exilio voluntario fortuiti casus luebantur, ut apud praecipuum poetarum scriptum est*¹⁷.

El texto, que ha sido estudiado por Bonini¹⁸, parece a primera vista ser contrario a cuanto venimos manteniendo respecto a la pretendida subjetivación de la responsabilidad penal en derecho romano clásico. En efecto, el hecho de que Claudio Saturnino coloque en cabecera del parágrafo la frase *eventus spectetur* parece contradecir cuanto venimos manteniendo.

Al igual que hace Bonini¹⁹, conviene, antes de seguir adelante con el análisis del texto, tratar de identificar al jurista del cual proviene, y ver si el Claudio Saturnino que nos menciona, la Compilación es el mismo conocido Venuleio Saturnino ampliamente citado en las fuentes justinianas, jurista que vivió en la época de Antonino Pío y de los *Divi Fratres*²⁰. A favor de la identificación de Claudio Saturnino con Venuleio está el hecho de que el *Index* de la Florentina le adscribe sin más la obra *de poenis paganorum*, de la cual se saca el fragmento en examen. En contra de tal identificación, Kalb²¹ sostiene que justamente el anterior fragmento (el D. 48, 19, 15) lleva en la *inscriptio* el nombre de Venuleio Saturnino, y si se tratara de la misma persona los compiladores no habrían tolerado la divergencia con la *inscriptio* del fragmento inmediatamente precedente y habrían, en consecuencia, usado la habitual fórmula del *idem*. Por eso Kalb, concluye afirmando la divergencia de personalidades, y sostiene que Claudio Saturnino sería un contemporáneo de Papiniano, mientras que Venuleio sería un coetáneo de Marcelo. A esta argumentación de Kalb se opone

17. Saturnino cita aquí el pasaje de la *Iliada*, 23, 85, que Mommsen traduce así: *cum parvulum me adhuc Menoetius ex Opunte ad nostram domum adduxit post homicidium funestum, quo die puerum Amphudamantis interfeci imprudens invitus de talis rixatus*

18. BONINI, *op. cit.*, en n. 5.

19. BONINI, *op. cit.*, pp. 122-125.

20. Según KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Weimar, 1952), pp. 183 ss.

21. KALB, *Röms Juristen* (Leipzig, 1890), pp. 93 ss.

Schulz²². A estos argumentos contradictorios hay que añadir el hecho de que Ulpiano²³ nos da noticia de un Quinto Saturnino que muchos autores identifican sin más con Claudio y con Venuleio, manteniendo que la denominación completa de este único jurista sería la de *Qintus Claudius Venuleius Saturninus*, y ésta es la hipótesis que parece prevalecer en el pensamiento de Bonini²⁴.

Aún aceptando la tesis de Kalb, de la existencia de dos personalidades distintas, el fragmento en examen no tendría fácil explicación, por cuanto el principio enunciado en el comienzo del párrafo 8 con las palabras *eventus spectetur* difícilmente podría encajar en los principios expuestos (y ya argumentados en páginas anteriores) de otros juristas contemporáneos del presunto Venuleio (que como hemos visto pertenecería a la época de los Antoninos), los cuales se inclinan por la idea de la primacía de la voluntariedad sobre el resultado. Por otra parte, si el Claudio Saturnino es un personaje distinto de Venuleio (según Kalb, perteneciente al siglo III, tampoco vemos la posibilidad de encajar su *eventus spectetur* con las tendencias propias del inicio de la época post-clásica (que luego se desarrollarían en la justiniana) de dar preferencia cada vez con más fuerza a la *voluntas* sobre el resultado en opinión de la mayor parte de los tratadistas²⁵.

Por todo lo dicho, compartimos la idea de Bonini²⁶ de que el párrafo 8 es el más interesante de todo el pasaje por cuanto es conocida la enorme importancia que en el derecho penal romano asumía la presencia del *animus occidendi* para la configuración del delito de homicidio. Esto, dice Bonini²⁷, es particularmente evidente en la fundamental *lex Cornelia*²⁸, incluso si su carácter de «Gelegenheitsgesetz», en frase de Mommsen²⁹, dirigida sobre todo

22. SCHULZ, *Zum Sprachgebrauche der römischen Juristen*, en ZSS, 1892, pp. 121 ss.

23. D. 34, 2, 19, 7.

24. BONINI, *op. cit.*, pp. 125 y 126.

25. Por esto mismo, no parece aceptable la crítica que de este texto hace SOLAZZI, *Miscellanea*, en AG, 94 (1925), 70.

26. BONINI, *op. cit.*, pp. 159-168.

27. BONINI, *op. cit.*, p. 160.

28. D. 48, 8, 1, pr.; *Pauli Sent.*, V, 3, 1; *Coll.*, 1, 2, 1; 1, 3, 2.

29. MOMMSEN, *Strafrecht*, II, p. 615.

a la represión del bandolerismo devastador en época de Sila, pudo haber contribuido a la severidad de algunas disposiciones³⁰. Solamente dos célebres rescriptos de Adriano, aun dejando sustancialmente inamovida la situación anteriormente descrita y en uno de ellos reafirmandola expresamente³¹, introdujeron formas de represión *extra ordinem*, distintas por tanto de las previstas por la *lex Cornelia*, para los casos de homicidio no doloso, es decir, lo que pudiéramos denominar preterintencional o culposo.

La represión del homicidio involuntario es, en un cierto sentido, esporádica, y para el homicidio culposo nunca se estabilizó definitivamente, dado que, al menos a partir del 445, interviene normalmente la venia del emperador³². Por esto se puede concluir, en opinión de Bonini que compartimos, que, en conjunto, incluso por la fuerte persistencia a fines de encuadramiento de los esquemas de la *lex Cornelia*, el principio sancionado por ésta, de la preponderante relevancia del *animus occidendi*, no fue, en materia de homicidio, jamás arruinado en favor de una análoga relevancia del *eventus*, ni estuvo nunca próximo a serlo.

Prescindiendo de los textos jurídicos que, como ya hemos visto en páginas anteriores, enuncian un principio opuesto al de Claudio Saturnino contenido en este pasaje, ¿cuáles son las sugerencias que pueden haber influido en el citado jurista para inducirlo a colocar en primer plano el *eventus*? Bonini³³ nos da una explicación que, sin dejar de ser una hipótesis, como él mismo reconoce, parece que puede satisfacer a primera vista, y es la siguiente. Cree

30. Sobre la equiparación, a efectos de la pena, del delito imperfecto y del perfecto, que los romanos parecen haber tenido de la tentativa, vid COSTA, *Il conato criminoso nel diritto romano*, en *BIDR*, 31 (1921), pp 20 ss

31. *Coll.* 1, 6, 1-2. 1. *Distinctione casus et voluntatis in homicidio servari rescripto Hadriani confirmatur* 2. *Verba rescripti. et qui hominem occidit absolvi solet, sed si non occidendi animo id admisit et qui non occidit, sed voluit occidere pro homicida damnatur* Vid. D. 48, 8, 1, 3; D. 48, 8, 14, *Coll.* 1, 7, 1; *Sent.* V, 23, 3, y sobre las interconexiones entre estos textos, vid. DE DOMINICIS, *Riflessi di costituzioni imperiali del basso impero nelle opere della giurisprudenza postclassica* (1955), p 8, n. 10.

32. Vid KLEINFELLER, en *PW*, IX, c. 1378 ss

33. BONINI, *op. cit.*, pp. 164 ss.

Bonini que Claudio Saturnino no habría desconocido el texto de Ulpiano, I, 7 *de off. procons. sub titulo de sicariis et veneficiis*³⁴:

1. *Cum quidam per lasciviam causam mortis praebuisset, comprobatum est factum Taurini Egnati proconsulis Baeticae a divo Hadriano, quod eum in quinquennium relegasset. 2. Verba consultationis et rescripti ita se habent. «Inter Claudium, optime imperator, et Evaristum cognovi, quod Claudius Lupi filius in convivio, dum sago iactatur, culpa Mari Evaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur. Atque adparebat nullam inimicitiam cum Evaristo ei fuisse. Tamen cupiditatis culpa coercendum credidi, ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur. Ideoque Mario Evaristo urbe Italia provincia baetica in quinquennium interdixi et decrevi, ut impendi causa duomila patri eius persolveret Evaristus, quod manifesta eius fuerat paupertas». 3. Verba rescripti: «Poenam Mari Evaristi recte Taurine, moderatus es ad modum culpae: refert enim et in maioribus delictis, consulto aliquid admittatur an casu». 4. Et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut iustam provocare debet aut temperamentum admittere*

Es probable que este texto del rescripto, aparte de ser quizás el único caso en el cual en las fuentes jurisprudenciales, además del rescripto imperial, se conserve la *consultatio* que lo ha provocado, haya influido en el pensamiento de Claudio Saturnino a la hora de redactar el controvertido texto del Digesto que venimos comentando. Y por eso, para Bonini, las enseñanzas que un no-especialista como sería Claudio Saturnino podría sacar de este rescripto no difererían mucho de las siguientes: en todo caso en que, incluso involuntariamente, acontecía un evento mortal, debía ser aplicada una pena, más o menos grave, según las circunstancias, y esto en base a una amplísima discrecionalidad de la *coercitio* magistradual de este período del Principado. Esta sería la explicación de la colocación en primer plano del parágrafo 8 (del D. 48, 19, 16) de la frase *eventus spectetur*. Como el propio Bonini señala, sólo se trata de una hipótesis.

Por otra parte, y a modo de resumen de esta pretendida subjetivación del derecho penal romano clásico, me parece procedente:

34 *Coll I, 11*

traer a colación las afirmaciones de Lébigre³⁵ cuando dice que, en el siglo II de nuestra Era, el Derecho Romano franquea un paso importante en la aproximación del elemento intencional, y agrega: «La cancillería de Adriano, en una serie de rescriptos dados en materia de homicidio, traduce la voluntad imperial de dar líneas directrices superando el cuadro de los *casus* sometidos al emperador. Los jurisconsultos no se equivocaron: la atención que ellos prestaron todavía en el siglo siguiente a estos rescriptos, considerándolos como textos fundamentales que se citan y se comentan, muestra claramente que el esfuerzo de precisión de la Cancillería no era vano. El tema general que de allí se desprende es el de la voluntad, *voluntas*, *animus*, o *mens occidendi*, que debe servir de criterio para resolver un cierto número de problemas concretos, siempre colocados bajo forma casuística»³⁶.

De los textos jurídicos examinados hasta el momento parece desprenderse un cierto grado de subjetivización de la responsabilidad penal en el derecho romano clásico, bastante antes de que aparezcan los influjos de la era postclásica y del derecho justinianeo que, como de todos es sabido, van a sentar las bases en cuanto a responsabilidad penal se refiere, de las modernas concepciones dogmáticas sobre la materia. Como decíamos al principio, el derecho penal romano es, en cierto modo, un derecho subjetivista pero, a la vez, es un sistema jurídico muy realista³⁷, al hacer que la represión tome formas distintas y concurrentes; así, en época clásica, el hecho ya mencionado de *ambulare cum telo* es susceptible de ser sancionado con penas previstas en la *lex Cornelia de sicariis et veneficis*; en las *leges de vi* y, eventualmente, en la *lex Julia de majestate*, veremos que es posible pensar la existencia de un embrión de teoría de tentativa en el derecho penal romano.

El hecho de que en el derecho penal romano se conciba como poco probable la idea de reprimir el comienzo de ejecución en cuanto tal, no quiere decir que los actos de tentativa permanezcan

35. LÉBIGRE, *op. cit.*, n. 11, p. 72.

36. Cfr. *supra*, n. 9.

37. Esto se ve perfectamente analizando los rescriptos imperiales que, a menudo, crean nuevos casos de represión por vía de asimilación a una infracción preexistente.

impunes, pues, muy al contrario, la importancia dada a la *voluntas* culpable en el análisis del delito y la descripción de las infracciones es tal que el delito intentado y el delito consumado parecen confundirse a veces, sin que esto quiera decir que se reprima la tentativa desde el punto de vista dogmático, sino que la represión penal es brutal, como pone de relieve Lintott³⁸. Por este carácter pragmático del derecho penal romano es preciso que la cuestión se examine teniendo en cuenta el origen, la evolución y los efectos particulares de cada infracción.

III

Según Ferrini³⁹, «el concepto del antiguo derecho romano —como principio general— es que no sea punible el acto que no haya llegado a su consumación». Pero esto que, en opinión de Ferrini, podría considerarse como principio general, tiene excepciones y éstas serían las de los delitos dirigidos a la usurpación del poder, a la traición contra la patria, al cambio violento de la constitución, porque en ellos si el delito llega a la fase de consumación el delincuente se halla ya investido de poder y, en consecuencia, no puede ser castigado⁴⁰, lo que nos permite conjeturar, siguiendo la pista trazada por Ferrini, que la tentativa como grado en el *iter* criminal es desconocida por el derecho penal romano al menos a nivel de principio general, y esto nos lo demuestra el hecho de su castigo como un delito consumado en estos supuestos. En efecto, el incipiente Estado romano, e incluso el Estado romano ya perfectamente consolidado, ha de tratar por todos los medios de preservarse contra sus enemigos interiores y, por eso, no ha de dudar en sancionar cualquier acto, por mínimo que sea, que tienda a socavar sus cimientos, como si se tratara del mayor crimen contra el Estado.

Si observamos la *lex Cornelia de sicariis*, del 81 a. C., vemos que ha sido redactada, bajo el régimen de Sila, en un momento en que pululan por las calles de Roma una serie de asesinos a sueldo dis-

38. LINTOTT, *Violence in Republican Rome* (Oxford, 1972), pp 35-51

39. FERRINI, *Diritto penale romano*, p 92

40. Vid Livio, 1, 51

puestos a matar a cualquier personaje o personajillo con tal de recibir una compensación económica o la promesa de un favor político. Por eso, no es aventurado sostener, creo, que esta *lex Cornelia*, cuando castiga, por ejemplo, *el ambulare cum telo* como homicidio consumado, no está contemplando un grado en el *iter* criminal del homicidio sino, muy al contrario, sancionando un delito autónomo sólo concebible si pensamos que la *ratio legis* de la *lex Cornelia de sicariis* obedece a criterios y motivaciones políticas. Esta interpretación concuerda con lo que decía Ferrini⁴¹ de que «el delito no es punible en Roma si no ha alcanzado su consumación y habrá que llegar a la época justiniana para tratar de buscar un concepto de tentativa».

Por otra parte, Gioffredi⁴² sostiene que «falta una formulación general sobre el régimen de la tentativa, pero hay, en cambio, un conjunto de fuentes no unívocas que hacen referencia a casos particulares», siendo en los textos jurídicos un principio inmutable⁴³ «que la simple intención, el mero designio criminal, no es punible».

Mommsen⁴⁴ ya decía que en Roma «la manifestación de la intención de matar —la intención de herir no puede ser considerada como homicidio— basta para que haya crimen, aunque el resultado querido no haya sido alcanzado e, incluso, cuando el medio empleado para este fin fuera inidóneo», y si bien la ley de Numa habla de crimen consumado —agrega Mommsen— es irracional por el contrario que la comunidad que castiga el asesinato en época clásica deje a la tentativa de asesinato impune y, en este sentido son varios los textos que podemos tomar en consideración⁴⁵.

41. FERRINI, *op. cit.*, pp. 92 ss

42. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano* (Torino, 1970), p. 93.

43. GIOFFREDI, *op. cit.*, p. 97

44. MOMMSEN, *Strafrecht*, II, p. 342.

45. Marciano, D 48, 9, 1: *Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem matrem, avum aviam, fratrem sororem patrualem matrualem, patruum avunculum amitam, consobrinum consobrinam, uxorem virum generum socrum, vitricum, privignum privignam, patronum patronam occiderit cuiusve dolo malo id factum erit ut poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de Sicariis. Sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis poena adficiatur, et avus, qui nepotem occiderit: et praeterea qui emul venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare; Paulo, D. 48, 8, 7 pr.: In lege Cornelia dolo pro facto accipitur. neque in haec lege culpa lata pro dolo accipitur. quare si*

En contra de esta opinión de que, en base a los textos, no es posible hablar de una teoría coherente de la tentativa en época clásica ni en el Bajo Imperio, tenemos, en cambio, a Costa ⁴⁶, quien trata de demostrar que la teoría de la tentativa existe en época clásica pero que ha sido destruida en época justiniana como reacción contra la influencia cristiana que, en primer lugar, habría tenido como consecuencia una verdadera represión de los delitos de intención en el Imperio cristiano. Por otra parte, la tesis sostenida por Biondi ⁴⁷ se opone a las ideas desarrolladas por Costa y, al igual que Seeger ⁴⁸ estima que el derecho postclásico y el derecho bizantino han desarrollado una teoría de la tentativa punible que «estaría ligada a la influencia de la moral cristiana sobre el derecho penal del Bajo Imperio, y así, el derecho cristiano «castigando la tentativa se opondría al derecho pagano, que no habría reprimido más que actos consumados».

Al igual que hizo Genin ⁴⁹, vamos a examinar con un poco de detenimiento los argumentos de Costa y los de Biondi ⁵⁰ en favor de concepciones, «que, aunque opuestas, sitúan en el Bajo Imperio la fase determinante de la historia de la tentativa en Roma».

Los textos clásicos, en opinión de Costa, castigan en una gran mayoría casos de actos intentados y, por eso, si excluimos los textos referidos a los delitos privados que reprimen por definición los daños causados ⁵¹, un único texto jurídico afirma que la tenta-

quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetercipientem occiderit, ad huius legis coercionem non pertinet. El rescripto de Adriano citado en D. 48, 8, 1, 3=Coll. 1, 6, 1 (vid. texto completo *supra*); Ulpiano, D. 47, 10, 7, 1; *Pauli Sent.* V, 23, 1; Calístrato, D 48, 8, 14: *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit. in maleficis voluntas spectatur, non exitus*, y CJ, 9, 16, 8.

46. COSTA, *Crimini e pene*, p. 65, n 2 y pp 215 ss; *Il conato criminoso nel diritto romano*, en *BIDR*, 30 (1921), 20-28.

47. BIONDI, *Dir. rom. Crist*, II, pp 306-313.

48. SEEGER, *Zur Lehre von Versuch*, cit n 2, pp 41 ss.

49. GENIN, *La tentative*, cit n 2, pp 265 ss

50. Cfr. nn. 46 y 47.

51. Paulo, D. 50, 16, 53, 2: *Item dubitatum, illa verba ope consilio quemadmodum accipienda sunt, sententiae coniungentium aut separantium sed verus est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo*

tiva debe permanecer impune, y es precisamente sobre el comentario de este texto donde se construye la demostración de Costa:

Ulpiano, D. 2, 2, 1, 2: *Haec autem verba «quod statuerit qui iurisdictioni praeest» cum effectu accipimus, non verbo tenus: et ideo si, cum vellet statuere, prohibitus sit nec effectum decretum habuit, cessat edictum, nam statuit verbum rem perfectam significat et consummatam iniuriam, non coeptam, et ideo si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur nec est ulla sententia, cessare edictum putamus. quid enim offuit conatus, cum iniuria nullum habuerit effectum?*

Este texto parece afirmar que el magistrado que ha terminado su cargo debe asumir la responsabilidad de las decisiones irregulares por él efectivamente tomadas durante su mandato. Parece, pues, que, en este fragmento, el *conatus* no es reprimido. Sin embargo, en opinión de Costa, este texto estaría ampliamente interpolado, pues (y siempre según la opinión de Costa) la palabra *iniuria* esta entendida en sentido general de acto contrario a derecho y no en el sentido técnico de perjuicio material o moral causado injustamente: la *iniuria* en sentido técnico constituye ella misma un resultado y no aborda el problema del *effectus*. Por eso es difícilmente concebible, según el autor comentado, que el magistrado de la época clásica pueda contradecir el derecho, puesto que con sus decisiones crea nuevas reglas. Por tanto, cree Costa que, a la expiración de su cargo, el magistrado está ligado por reglas jurídicas instituidas por él mismo y la significación del texto habría sido modificada cuando el magistrado perdió su poder en *novum ius statuere*⁵².

Aparte otros argumentos, Genin⁵³ concluye afirmando en la crítica a la tesis de Costa, que «aunque la declaración *quid enim offuit conatus?* debe sin duda ser atribuida a los Compiladores, no parece dictada en forma alguna por la voluntad de proclamar como regla general la impunidad de todo acto de tentativa». Y en cuanto al principio *cogitationis poenam nemo patitur* nada permite,

ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit

52 Según Costa, el *novum ius* al que se refiere este edicto de retractación no suponía una *iniuria* para los afectados por la decisión pretoria.

53 GFNIN, *op. cit.*, n. 2, p. 273

en opinión de Genin, sospechar de una idea perfectamente razonable, ni dar a la palabra *cogitatio* un sentido inhabitual

Al igual que Costa, pero llegando a conclusiones opuestas, Biondi⁵⁴ sitúa en el Bajo Imperio la fase determinante de la historia de la tentativa. En acertada frase de Genin⁵⁵ «Biondi toma a contrapié la teoría de Costa» y, para mostrar que la noción de tentativa no existe en el derecho clásico, recoge los argumentos de Ferrini de que en el derecho clásico aquellos actos como la *ambulatio cum telo* o el *venenum emere* son constitutivos de delitos distintos y no pueden ser considerados como actos de tentativa. A estas consideraciones se opone Genin⁵⁶ afirmando que, erigido en delito distinto el acto de tentativa, sigue siendo tal; es decir, un acto que ninguna legislación castigaría si no tendiera a la realización de un designio criminal que falta por ejecutar. A este argumento se puede añadir que ninguno de los textos citados por Biondi permite suponer que el comienzo de ejecución haya sido claramente distinguido en el Bajo Imperio de la ejecución consumada. Al contrario, las dos constituciones de Honorio y Arcadio del 397, sobre las que Biondi construye su teoría, aproximan, a mi entender, hasta confundirlas, la voluntad expresada y el delito consumado⁵⁷. Quizás la primera objeción que se puede hacer a la teoría de Biondi es la siguiente: ¿es posible encontrar la afirmación de un principio nuevo en fórmulas que contienen ideas que los jurisconsultos y emperadores de la época clásica habían ya expresado de forma parecida? Porque es un hecho indubitado que la distinción del rescripto adrianeo entre *voluntas* y *exitus* (ya citado *supra*) existe en el texto de Marciano a que hacemos referencia, pero lo que ya no lo es tanto es que demuestre con una absoluta certeza que la represión de los

54. BIONDI, *op cit*, II, p. 310

55. GENIN, *op cit.*, p. 275.

56. GENIN, *op cit*, p. 98 y p. 275.

57. CTh IX, 14, 3 pr. = CJ. 9, 8, 5 pr (*Impp Arcadius et Honorius AA. Entychiano pp*): *Quisquis cum militibus vel privatis, barbaris etiam scelestam inmerit factionem aut factionis ipsius susceperit sacramenta vel dederit, de nece etiam virorum illustrium qui consiliis et consistorio nostro intersunt, senatorum etiam (nam et ipsi pars corporis nostri sunt), cuiuslibet postremo qui nobis militat cogitavit (eadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri iura voluerunt), ipse quidem utpote maiestatis reus gladio feriat, bonis eius omnibus fisco nostro addictis, etc.*

actos de tentativa en el Bajo Imperio se distingue claramente de una forma general de la represión del delito consumado, y, esto, es tanto más paradójico cuanto, al parecer, en la tesis de Biondi se trata de fundamentar una generalización sobre un texto único concerniente a la represión de un único delito:

D. 47, 11, 1 pr ⁵⁸: *Sollicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores et si effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur*

IV

Tras este breve *excursus* por las posiciones doctrinales en torno a la problemática de la tentativa *in genere*, estamos, creo, en disposición de afrontar el problema de la tentativa de homicidio en los textos de Paulo que, a mi modo de ver, aparte de ser los fundamentales en torno a esta materia, suponen una clarificación del problema aunque, a primera vista, otra cosa pudiera parecer.

Como a nadie se le escapa, el problema del *homicidium*, referido en los textos de Paulo a la ley silana *de sicariis et veneficis*, del 81 a. C., tiene grandes connotaciones con la *lex Numae XVI*. Esto ya lo ha puesto de relieve Polara ⁵⁹, cuando afirma ⁶⁰ que la figura del *parricidium* que aparece en el texto desemviral (aún en contra de la opinión de algunos autores como Gioffredi ⁶¹, no puede identificarse con el *homicidium* y, esto, ya lo había puesto de relieve Volterra ⁶². Es cierto que algunas fuentes han operado una identificación de ambos términos ⁶³, pero pudiera muy bien suceder que

58 *Pauli Sententiae* V, 4, 5. El texto sigue diciendo (§ 2) *qui puero stuprum abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit aut mulierem puellanve interpellaverit quidve impudicitiae gratia fecerit, donum praebuerit pretiumve, quo is persuadeat, dederit: perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur*

59. POLARA, *op. cit.*, n. 2 i. f., pp. 89 ss.

60. POLARA, *op. cit.*, p. 95

61. GIOFFREDI, *op. cit.*, p. 12.

62. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali*, en *BIDR*, 40 (1932), p. 131, n. 3

63. Plutarco, *Rom* 22: *Nam parricidas non utique is, qui parentem occidisset dicebatur, sed qualemquaque hominem indemnatum*

estos autores, no encontrando en sus fuentes ningún órgano dispuesto a la *cognitio* del delito de homicidio, hayan atribuido también a los *quaestores parricidii* incluso la *cognitio* del homicidio. Es cierto, por otra parte, que una identificación tal es posible en el plano procesal, pero lo que ya no lo es tanto es que lo sea en el plano sustancial, y esto porque las fuentes que nos lo refieren pertenecen a autores no-juristas (Plinio, *N. H.* 18, 3, 2). Por otra parte, es de destacar que, del periodo decemviral a Sila, no tenemos datos legislativos o jurisprudenciales ciertos, pero de las fuentes pueden, sin embargo, entresacarse algunos procesos por homicidio que no presentan unitariedad de soluciones jurídicas por lo que respecta a la pena, ni testimonian sobre una relevancia del elemento subjetivo, o de su gradación. Así, en Livio, 4, 50-51, encontramos relatada la arbitraria muerte de los presuntos culpables del deceso del tribuno militar Postumio, ocurrido en el año 413 a. C. y que fue ordenado por los cónsules nombrados por el pueblo para juzgar. El mismo Livio⁶⁴, nos narra que, en el 329 a. C., ocurrieron en Roma muertes que permanecieron en el misterio hasta que una esclava no reveló éste al edil curul *Quintus Fabius Maximus*. Y, según el relato, fueron encontradas veinte matronas ocupadas en preparar venenos. Contra ellas, cuenta Livio, no fue intentado ningún proceso, pero ellas mismas fueron obligadas a beber el veneno. Este testimonio del relato de Livio nos hace pensar en lo que apuntábamos en líneas *supra* sobre la no unidad de soluciones jurídicas, en cuanto a la pena, en los procesos por homicidio, y, por eso, creo aceptable la afirmación de Polara⁶⁵, cuando dice que «quizás tratándose incluso de casos memorables, sin embargo, los límites de la pena eran evanescentes, y el arbitrio del juez, notable». Este arbitrio judicial, sin embargo, disminuye con la afirmación de las *quaestiones*, pero, por lo que respecta a la *quaestio de sicariis*, no nos es posible, con una absoluta certeza, establecer la fecha de su institución, aunque los testimonios de Cicerón⁶⁶ la hacen aparecer en torno al año 130 a. C. Quizás si la *lex Sempronia* fuera mejor conocida nos podría ofrecer mayores elementos de conocimiento. Por

64. Livio, 8, 18.

65. POLARA, *op cit*, p 98

66. Cicerón, *pro Rosc*, 4, 11

todo esto, la ley de Sila *de sicariis et veneficis* es la que nos proporciona la primera reglamentación seria del homicidio, configurándolo como un delito autónomo distinto del *parricidium* de la ley decemviral con el que algunas fuentes pretendieron confundirlo. No olvidemos que la ley silana aparece en una época en la cual el predominio de Sila era indiscutible mientras que su obra restauradora había dejado signos indelebles en la vida y en las instituciones de la Roma republicana.

La paz social, que había conseguido Sila, se había logrado al precio de mucha sangre y, por tanto, donde habían triunfado la fuerza y la violencia serían precisas normas jurídicas, destinadas a paralizar cualquier reacción proveniente de los vencidos, y, quizás, esto haya motivado el que Ihering⁶⁷, al comentar este periodo, afirmara que «el derecho no habría podido fundar su reino si antes la fuerza no le nubiera abierto camino», aunque hay quien piensa⁶⁸ que la ley de Sila no constituye un válido ejemplo en este sentido, porque «afirmando su predominio, Sila podía hacer una elección: o no autorregular su fuerza y seguir en la represión, o bien, autolimitándose en su propio interés, hacer brotar de la propia fuerza el propio derecho».

Sea lo que fuere, lo que es indudable es que el objetivo de Sila fue el repristinar la paz social, pero, ¿a qué precio? Las listas de proscripciones que destruyeron familias enteras, y millares de hombres, nos dan una idea del precio a que hacemos referencia⁶⁹, y por esto la *lex Cornelia* se encuentra perfectamente armonizada con la realidad política en la que está inmersa, y, puede ser, a mi entender, justamente considerada como un fruto de la influencia del poder político en el momento de producción de la norma, por lo que los principios contenidos en ella, en relación al homicidio, habrá que considerarlos en clave política y no tratar de justificarlos sobre bases técnico-jurídicas.

Como afirma De Martino⁷⁰, el hecho de que las leyes de época

67. IHERING, *Geist des römischen Rechts aus den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, 2 (reimpr, Aalen, 1968), pp. 179 ss.

68. POLARA, *op. cit.*, p. 99, n. 23

69. KOVALIOV, *Historia de Roma* (trad de Marcelo Ravoni, Madrid, 1973), I, p. 361.

70. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, III (Napoli, 1961), p. 94

silana regularan bastante minuciosamente las previsiones de delitos, fue un cierto progreso, pero no significó que el derecho romano hubiera terminado por reconocer el principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege* que, fundamentalmente, se encuentra en el derecho moderno. Por otra parte, para redondear la imagen de las innovaciones silanas en materia penal, hay que señalar la existencia de siete permanentes tribunales de justicia que, juzgando sobre una gran variedad de delitos, estaban cada uno especializado en una sección completa del derecho penal. En general, cada uno de ellos estaría presidido por seis de los ocho pretores, estando el pretor urbano y el peregrino adscritos a la administración de la justicia civil. Pero es curioso destacar que, para la llamada séptima *quaestio*⁷¹ (que es la que a nosotros más nos interesa desde el punto de vista de la tentativa de homicidio, sancionada de acuerdo con los principios establecidos en la *lex Cornelia*), el presidente era un ex-edil llamado *iudex quaestionis*⁷².

Hemos visto, siquiera sea de forma esquemática, el entorno procesal; de igual forma ha quedado delineado el marco en el que se desarrollan los preceptos de la *lex Cornelia de sicariis* que inspira estos preceptos. Estamos, pues, creo, en condiciones de examinar los textos de Paulo que hacen referencia a aquéllos, y que, en definitiva, constituyen el núcleo de los que hacen referencia a la pretendida tentativa de homicidio en época clásica.

Creo, por otra parte, que es menester dejar sentado, antes de iniciar el comentario de los textos, que no es posible llegar a conclusiones seguras con el simple examen de aquéllos que hacen referencia a lo que hoy pudiéramos considerar como tentativa de homicidio. Cuando se trata de una materia como la que estamos abordando, es preciso acercarse a todos los textos del jurista en

71. MOMMSEN, *Strafrecht*, II, p. 586, n. 2

72. MOMMSEN, *op. cit.*, n. 71, p. 275, por lo que respecta al elenco de las *quaestiones* enumera las siguientes: *repetundae*, *peculatus de sicariis*, *de ambitu*, *maiestas de falsis*, *de iniuria*. Sin embargo, DE FRANCISCI (*Storia*, II, pp. 157 ss) añade la *quaestio de adulteriis et pudicitia*, mientras que considera incierto el *peculatus* y excluye la *iniuriae* que daban lugar a un *iudicium publicum rei privatae*. LAST, en *Cambridge Ancient Hist.*, IX, 307, no menciona la *iniuriae* ni el adulterio. Sin embargo, FRÖLICH (PW. IV, I, 1561) sigue a Mommsen en el elenco de las siete *quaestiones*

cuestión que de una forma u otra rocen el problema, sin importarnos demasiado el que muchos de aquéllos hagan referencia a otros delitos, pues, creo, que sólo del examen del conjunto de los textos del autor propuesto, podremos tratar de averiguar la supuesta concepción pauliana de la noción de tentativa, sin perjuicio de que después de este examen general, tratemos de particularizar la cuestión en el delito de *homicidium*.

El primer punto claro resultante del examen de las fuentes es que el mero deseo criminal no es punible:

D. 47, 2, 1, 1 (Paul 39 *ad Edict*) · *Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem*

En efecto, según el mismo jurisconsulto en D. 47, 2, 1, 3, que por algunos se considera interpolado en parte ⁷³, *furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*.

Si el hurto, en opinión del jurista mencionado, es la aprehensión fraudulenta de la cosa de otro, la tentativa de hurto no existe, porque, para que haya hurto, es precisa la *contrectatio* y, mientras ésta no se dé, la simple intención, no sólo no consuma el delito mencionado, sino que, como acabamos de ver, ni siquiera es punible como *furtum*; a lo sumo, y según el propio Paulo en *Sent.* II, 31, 35=D. 47, 2, 21, 7 ⁷⁴, *utique iniuriarum*, no estando justificado el empleo de la *actio furti*. Veamos el texto:

D 47, 2, 21, 7 (Paul II, 31, 35 *Sent*) *Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit, quid ergo? qua actione tenebitur? utique iniuriarum aut de vi accusabitur, si per vim introivit*

En opinión de Kaser ⁷⁵, Paulo subraya, en este caso que comentamos, que el recurso a la *actio iniuriarum* será posible para pedir

73. DONATUTI, en *Rend Lomb*, 56 (1923), sospecha de [*fraudulosa gratia*] al igual que BONFANTE (*Istituzioni*, p 502, n 3) quien también piensa que existe interpolación en [*vel ipsius - possessionisve*] Por otra parte, para ALBERTARIO, en *Rend Lomb*, 57 (1924), 174, n. 2, estaría interpolado [*quod-fm*].

74. En cuanto a este texto comprendido en D. 47, 2, 21, 7, para BESELER (*ZSS*, 43 (1922), p. 555) sería sospechoso desde [*quamvis - fin*].

75. KASER, *Das altromische ius*, II (Göttingen, 1949), p. 317, n 18

reparación de una intrusión no violenta, mientras que las *leges de vi* serían aplicables a la irrupción violenta en casa de otro. Sin embargo, señala que, en esta última hipótesis, es posible hacer un llamamiento a partir de Sila al procedimiento especial creado por la *lex Cornelia de iniuriis* para reprimir precisamente este género de violencia. La intrusión violenta en casa de otro, puede, pues, ser reprimida, bien como violencia, bien como injuria entendida en el sentido criminal de la *lex Cornelia* y, en este sentido se manifiesta Ulpiano, mientras que la acción de injurias ordinaria sería sólo posible si la intrusión tuvo lugar sin violencia. Veamos el texto:

D. 47, 10, 5 pr. (Ulpian. 56 ad Edict): *Lex Cornelia de iniuris competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat, qua lege cavetur, ut non iudicet, qui ei qui agit gener socer, vitricus privignus, sobrinusve est propiusve eorum patronus erit, lex itaque Cornelia ex tribus casis dedit actionem: quod quis pulsatus verberatusve domusve eius vi introita sit apparet igitur omnem iniuriam, qua manu fiat, lege Cornelia contineri.*

Pero, volviendo al punto en examen de que el mero designio criminal no es punible en Roma, no son solamente los textos de Paulo con referencia al hurto los que lo ponen de manifiesto, sino que también Ulpiano nos señala, en un conocidísimo pasaje, la existencia de este principio:

D. 48, 19, 18 (Ulp 3 ad Edic) *Cogitationis poenam nemo patitur.*

Como acertadamente pone de relieve Gioffredi⁷⁶, la tentativa es algo más que la simple *cogitatio*; es una *voluntas* que se manifiesta en actos a los que no sigue el evento querido por el agente, es un principio de ejecución (a nivel de voluntad) en el *iter* criminal que, caso de concluirse, conducirá al delito consumado.

Un texto de Calístrato parece afirmar la punibilidad de la tentativa cuando dice:

D. 48, 8, 14 (Call 6 de cogn) *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*

76. GIOFFREDI, *op cit*, p 98

Pero con relación a este texto, que ya hemos comentado desde otro punto de vista ⁷⁷, conviene señalar, a este respecto, que, según Polara ⁷⁸ es evidente la sustancial diferencia de régimen entre la legislación adrianea y la *lex Cornelia*; mientras en esta última el delito consumado era punible prescindiendo de la existencia de una voluntad tendente a la muerte del sujeto pasivo, y la responsabilidad surgía del hecho material de la muerte de un hombre, subsiguiente a una acción querida, aunque no estuviera directamente dirigida a matar, con Adriano, centrándose la cuestión sobre el *animus occidendi* del agente, no era necesario el evento de la muerte para calificar el delito de homicidio, sino que incluso bastaba la simple herida, aunque ésta constituyera el menor daño posible, realizable a través de un acto llevado a cabo por un sujeto cuya voluntad tendía a una lesión mayor, y, esto, se ve con claridad en el texto de Marciano D. 48, 8, 1, 3.

Volviendo al punto de consideración de punibilidad de la tentativa por parte del citado texto de Calístrato, conviene poner de relieve que, en este sentido de considerar como tentativa la voluntad culpable, tenemos otros dos textos de Paulo. Según el primero, D. 48, 8, 7 (Paul. *Lib. sing. de pub. iud.*), *in lege Cornelia dolus pro facto accipitur* ⁷⁹; aunque en opinión de Ferrini ⁸⁰ aludiría, no a la tentativa, sino a delitos que, no equivaliendo al homicidio consumado, sino a amenaza de homicidio, son considerados delitos perfectos, si se pone en relación con el segundo de los textos que apuntábamos, es decir, con Paul. *Sent.* V, 23, 3, que alude abiertamente al homicidio, declara punible la tentativa:

*Qui cum vellet occidere, id casu aliquo perpetrari non potuit,
ut homicida punitur.*

Parece, pues, que, de los textos hasta aquí examinados, el momento de la *cogitatio*, salvo que ésta se haya podido explicitar en

77. Vid. a tal efecto el comentario que del texto hacemos en páginas *supra* cuando analizamos su importancia en torno al subjetivismo de la responsabilidad penal en derecho romano.

78. POLARA, *op. cit.*, en n. 2, 1 f., p. 109.

79. Tanto FERRINI (*Pand.*, p. 105, n. 1, y p. 122, n. 1) como LENEI (*ZSS*, 38 (1917), pp. 255 ss) consideran interpolado [*neque -dolo accipitur*]

80. FERRINI, *Diritto penale romano*, p. 94.

actos que se revelen como tendentes a la consumación del delito, no puede ser nunca sancionado, pero ¿cuál es el tipo de represión aplicable a los supuestos en los que la *cogitatio* se halla explicitada en actos? Para contestar a esta pregunta, debemos de tener presente la formulación que hacíamos al comienzo de nuestro trabajo, es decir: a) no castigar el delito iniciado salvo que los actos preparatorios constituyan un delito en sí mismos y, entonces, se castiguen como tales; b) castigar el delito iniciado como perfecto, y c) castigarlo sólo en parte. Esta tercera tendencia de considerar punible el hecho para mitigar la pena, en opinión de Brasiello⁸¹, no puede darse para los *crimina* de la represión ordinaria, en cuanto, como él afirma haber demostrado varias veces, en aquéllos la pena era fijada y predeterminada por la ley. Excluida la tercera solución, no nos quedan en pie más que las otras dos; es decir, considerar el hecho directamente como no-punible o castigarlo como si fuera realizado. Parece que, de acuerdo con la letra de la ley que hace siempre referencia al delito consumado, no hay más solución que la primera, y esto se ve en innumerables ejemplos que el propio Paulo nos proporciona:

Paul. Sent. V, 23, 1-2: *lex poenam infligit ei qui hominem occidit.*

Paul Sent. V, 24: *qui patrem matrem occiderint.*

Paul. Sent. V, 25, 1: *lege Cornelia testamentaria tenetur qui testamentum quodque aliud instrumentum falsum sciens dolo malo scripserit recitaverit, subiecerit suppresserit, resignaverit deleverit.*

D. 48, 5, 13 (Ulp 1 de adult.): *ne quis posthac stuprum adulterium facto sciens dolo malo*⁸².

Paul Sent. V, 26, 1: *lege Iulia de vi publica damnatur.*

Paul. Sent. V, 26, 3: *lege Iulia de vi privata, etc.*

A la vista de ellos —y admitiendo que las *Pauli Sententiae* pertenecen a Paulo⁸³— si la ley hubiera querido sancionar la simple

81. BRASIELLO, s. v. *Tentativo*, en *Nov. Dig. Ital.*, XVIII, 1130-1133

82. Pese a las dudas de Ferrini, no existe en el *Index Interpolationum* una probada interpolación del fragmento.

83. Como pone de relieve MASCHI (*La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi*, ANRW, II, Principat, 15, p. 679), existe un profundo remoldeamiento de las obras de Paulo, que hace que autores como SCHULZ

tentativa, hubiera dicho, por ejemplo: *occiderit, supprimerit, scripserit vel occidere, supprimere, facere, etc.*, y nada de esto encontramos, ni ningún indicio que nos haga sospechar que de la ley pudiera interpretarse o sobreentenderse. Algún autor, como Ferrini⁸⁴, cayó en engaño por el hecho de que, a veces, alguna ley reprime actos que todavía no concretan el crimen, pero, en este supuesto, no se trata de actos preparatorios o de inicio de ejecución de aquel crimen concreto, sino de actos que ellos mismos constituyen un delito. El ejemplo más destacado y más típico nos viene dado por la ley Cornelia a través del conocido texto de las *Pauli Sententiae*, V, 23, 1, cuando dice: *si quis occidendi causa cum telo fuerit o venenum hominem necandi causa habuerit vendiderit paraverit, etc.*, que debemos, a nuestro juicio, poner en relación con un texto de Marciano que encontramos recogido en el Digesto:

D. 48, 9, 1 (Marcian. 14 inst.) *et praeterea qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare*⁸⁵.

Dos son, a primera vista, los problemas que nos plantean ambos textos. el primero el de la necesidad de la *causa occidendi* (en Paulo) y, el de *occidere cuiusve dolo malo id factum erit* (en Marciano), que nos hacen pensar que tanto en Paulo como en su coetáneo Marciano está latente la idea de que tanto la *lex Cornelia* como la *lex Pompeia* están pensadas, no para sancionar el homicidio ya consumado, sino más bien para perseguir en cualquier momento a los sicarios y a los envenenadores y, por esta razón, ambas castigan el asesinato o el envenenamiento consumado y los actos de preparación y de ejecución, pero tales actos son castigados en abstracto, esto es, cuando todavía no estaría determinada la persona contra la cual irían dirigidos, y lo mismo ocurre en el caso de *essere cum telo in publico* (Paul. Sent. V, 26, 3).

En este último supuesto de *ambulatio cum telo*, en opinión de

(*Storia della giurisprudenza romana*, p. 314, n. 4) duden de la genuinidad no sólo de las *Sententiae*, sino, incluso, del conjunto de la obra del jurista.

84. FERRINI, *Scritti*, V, pp. 79 ss.

85. El texto completo del fragmento se halla ya citado en la nota 45. En cuanto a su posible alteración, solamente BONFANTE (*Corso*, I, p. 208, n. 10) considera interpolado [*uxorem*]; interpolación que, en el caso de admitirla, no afectaría, en absoluto, al sentido del texto en cuestión.

Genin⁸⁶, aquélla no sólo es en la *lex Cornelia* una incriminación distinta, sino que, a su modo de ver, es la principal de la propia ley, porque, piensa este autor, a través de ella se tiene casi una definición del *sicarius*. El acto se castiga en la ley como un delito preparatorio del asesinato y no como un delito asimilado al mismo. En opinión de Genin, es un delito distinto que no se puede asimilar ni al asesinato consumado, ya que el homicidio no ha sido realizado, ni a la tentativa de asesinato, porque, la *ambulatio*, propiamente hablando, no constituye un acto de tentativa.

No parece posible aceptar la teoría de Biondi⁸⁷, según la cual, el *animus occidendi* que hace del llevar armas un delito reprimido por la ley, no sería más que el elemento intencional normalmente exigido desde la época clásica para que la represión sea posible. Esto sentado, y en tesis de Biondi, la *ambulatio* sería un delito perfectamente autónomo que, como toda infracción, comportaría un elemento material y un elemento intencional. A este respecto, opina Genin⁸⁸, que no se puede decir que la *ambulatio cum telo* sea un delito distinto, aunque este delito presente, sin embargo, la particularidad de comportar un elemento intencional que no es específico; la intención de matar no puede, en efecto, ser considerada como una actitud psicológica de este delito, y sólo de éste. La represión de la *ambulatio* no podría, en tesis de Genin, ser válidamente considerada como no teniendo ninguna relación con la represión de la tentativa de asesinato, a no ser que el llevar armas apareciera, bien como un delito objetivo, bien como un delito que suponga una actitud psicológica particular (es decir, la simple conciencia de cometer un acto prohibido).

Por eso estamos de acuerdo con la doctrina más reciente⁸⁹ en considerar los textos de Paulo y otros juristas que hablan de la *ambulatio cum telo* referida a la *lex Cornelia*, como explicitadores de que aquélla constituye un delito distinto pero que no es reprimido más que en la medida en que se nos muestra como la primera manifestación de una voluntad homicida y, por eso, creemos que,

86. GENIN, *op cit.*, p. 96.

87. BIONDI, *Il diritto romano Cristiano*, II, p. 310.

88. GENIN, *op cit.*, p. 98

89. POLARA y GENIN, *cit.*

castigando la *ambulatio cum telo*, Sila reprime un acto de tentativa, pero sin considerarlo como tal.

Volviendo al texto en examen de las *Pauli Sententiae* (V, 26, 3), hemos de señalar que algunos escritores no-juristas pensaron que aquí se estaba reprimiendo la simple intención cuando, en realidad, y como acabamos de señalar, creemos que no es así, ya que, si tenemos en cuenta la *ratio* de ambas disposiciones legales (*lex Cornelia* y *lex Pompeia*), ésta no es otra que la de considerar como delitos consumados (asimilables en cuanto a la pena al *homicidium*) ciertos actos (*ambulatio cum telo*, etc.), que, por las circunstancias políticas de la época, deben ser reprimidos, y que, además, suponen algo más que la simple intención, que la simple *cogitatio*, pues encajarían dentro de los supuestos de lo que hoy conocemos como tentativa, pero que, como he dicho en líneas *supra*, no son sancionados como tal, sino como delitos consumados distintos al *homicidium*.

El segundo de los problemas que nos plantean los textos de Paulo y Marciano examinados⁹⁰ es el de la coincidencia de las expresiones *venenum hominem... vendiderit* (en Paulo) y *qui emi venenum* (en Marciano).

Hay que tener en cuenta que, aunque desde el punto de vista del resultado, asesinato y envenenamiento coinciden, sin embargo, siguiendo la expresión de Mommsen⁹¹, el *veneficium* no es el asesinato por medio del veneno y, en efecto, «constituye una infracción que los textos romanos distinguen del *homicidium*». Desde el antiguo derecho romano el *veneficium* es un delito particular⁹²,

90. Vid. en páginas *supra* de este mismo apartado, los textos de ambos jurisconsultos.

91. MOMMSEN, *Le droit penal*, II, p. 353.

92. Según Gayo, el *veneficium* habría sido reprimido ya por las XII Tablas. El texto de Gayo en el que se hace tal afirmación (D. 50, 16, 236), en opinión de GRUPE (ZSS, 17 (1896), p. 322), contendría una interpolación en [*quia - mutat*] que, a mi modo de ver, no afecta para nada a la sustancia de la afirmación. Por otra parte, y según los testimonios de Plinio, *Nat. Hist.*, 20, 21, 25, 28 y 29, Plutarco, *Demetr.*, 20, 1, Suetonio, *Claud.*, 16, etc., entre los principales venenos que conoció el mundo romano (muchos de los cuales los importó de los países de Oriente Medio), destacan la miel de Heraclia, la cantárida, la salamandra, el veneno de las víboras, el del escorpión, la tarántula y la araña y, en el reino mineral, el arsénico, el azufre y el plomo

y si, con posterioridad, la ley Cornelia reprime a la vez el *homicidium* y el *veneficium*, sin embargo, tampoco los confunde, y la diferenciación de ambos supuestos no sólo la podemos encontrar en el título de la ley (*de sicariis et veneficis*), sino también en las propias disposiciones de la misma⁹³, y esta distinción va a perpetuarse a través del tiempo hasta llegar a las constituciones imperiales del siglo iv.

Como dice Genin⁹⁴, el *veneficium* romano constituía una infracción más amplia que el envenenamiento, desde dos puntos de vista, porque el Derecho Romano concibe el *veneficium*, no sólo como el hecho de administrar veneno a otro con el fin de matarlo, sino también, como el hecho de preparar, vender, comprar o poseer sustancias nocivas⁹⁵ y, además, porque el Derecho Romano asimiló al *veneficium*, por vía de senadoconsultos, sometiéndolo a las sanciones de la *lex Cornelia*, el hecho de administrar algunos productos nocivos como los abortivos, no considerando en este caso la existencia de una tentativa de homicidio ya que, como es sabido, el Derecho Romano no considera al *nasciturus* como un ser humano (es *portio mulieris*), porque la regla de Paulo de D. 1, 5, 7 es una regla de derecho privado que no tiene nada que ver con la prohibición del aborto, y la prueba de ello está en que no se aplica al nacido muerto, y, por otra parte, el uso de afrodisiacos⁹⁶

figuran en el «recetario», junto a otros más conocidos. Téngase en cuenta también que el veneno era, a menudo, preparado por mujeres, como las famosas Canidia, Locusta y Martina, a comienzos del siglo i d.C. como nos señalan las fuentes (Horacio, *Epod.*, 3, 5; *Sat.*, 1, 6, 19-24; *Tac. Ann.*, 2, 74; 3, 7; 12, 66; *Juv. Sat.*, 1, 71), y quizá por esta predisposición femenina al envenenamiento llegara a decir Catón que «no hay una adúltera que no sea una envenenadora» (Plutarco, *Cat. Maj.*, 9, 11; Quintiliano, 5, 11, 39). De todas formas, lo que sí es evidente tras el testimonio de Polibio es que los envenenamientos figuran en Roma entre los crímenes graves que el Senado manda perseguir, dado que parecen multiplicarse en los dos últimos siglos de la República (Livio, 39, 8-19, 41).

93 Marciano, D. 48, 1, 1, y D. 48, 3, 3 pr., donde BESELER, en *TR*, 10 (1930), 189 ss, considera que existe interpolación en *plectitur*. El fragmento D. 48, 8, 1, 1, sin embargo, no tiene traza alguna de interpolación ni de glosema.

94 GENIN, *op. cit.*, p. 108.

95 D. 48, 8, 1, 1; D. 48, 8, 3 pr.; D. 48, 8, 3, 1, de Marciano, y Paulo, *Coll.* 1, 2, 1 = 8, 4, 1 = *Sent.* V, 23, 1.

96 Paulo, D. 48, 19, 35, 5 = *Sent.* V, 23, 14

fue reprimido de igual forma. Todo esto nos lleva a concluir que la teoría de la tentativa en el caso del *veneficium*, no sólo en los textos de Paulo, sino también, como hemos visto, en los textos de otros juristas, no existe, porque el acto preparatorio y el acto de tentativa, en este supuesto, bastan para consumir el delito que tiene las características de una medida policíaca como, en general, ocurre con todas las disposiciones de la *lex Cornelia* debido a las motivaciones políticas que inspiran sus preceptos, como ya antes hemos puesto de manifiesto.

V

Es cierto que en un trabajo como el presente, en el que el objeto de estudio está concretado en un tipo delictivo a través de la visión de varios juristas pertenecientes a una época concreta del desarrollo del Derecho Romano, los resultados no pueden tener el valor de conclusiones generalizadoras, pero, también es cierto, que aún dentro de la parcialidad que nos permiten éstas, hay ciertos puntos que pueden quedar, en cierto modo, clarificados. Por eso trataré, a modo de conclusión, de sintetizar mi postura en torno al problema, tras el análisis realizado de los textos de la jurisprudencia clásica hasta los juristas de la época de los Severos.

En primer lugar, me parece clara la idea de que el derecho penal romano clásico es un derecho en el cual, a la hora de tener en cuenta la responsabilidad del agente, se empieza a operar con criterios de responsabilidad subjetiva adelantándose a las tendencias del período postclásico y justiniano, y a las de la romanística⁹⁷ o, en España, ya la legislación de Partidas⁹⁸, en las que ya

97. Según Cujas (*Op. Om.*, III [Lugduni, 1927], col. 1547), en su comentario a *de poenis paganorum*, el *eventus* a que hace referencia el texto es considerado como equivalente a *effectus* y contraponiéndolo a *casu*, que, en su opinión (a D. 48, 8, 1, 3, *Op. Om.*, III, col. 1469), es equivalente a *culpa* y ésta, a su vez, a *negligentia*, con lo que estamos viendo una valoración sistematizada de los distintos estados anímicos que han de ser tenidos en cuenta por el juzgador a la hora de establecer responsabilidades de tipo penal.

98. En la legislación de Partidas, este subjetivismo de la responsabilidad penal del que hablamos se ve mucho más claramente configurado si, por-

se acentúa de forma notoria esta subjetivación de la responsabilidad que, al ir desarrollándose a lo largo de la Edad Media, va a terminar por informar los principios básicos del moderno derecho penal.

En efecto, del análisis de los textos —D. 48, 8, 1, 3 (Marcian. 14 *inst.*); D. 48, 19, 11, 2 (Marcian. 2 de *pub iud.*); D. 48, 8, 14 (Call. 6 de *cogn.*); Paul. *Sent.* V, 23, 3; D. 47, 11, 1 pr. (Paul. 5 *sent.*), e incluso del controvertido D. 48, 19, 16, 8 (Sat. *lib. sing. de poen. pag.*)—, se ve esta tendencia que, en líneas *supra*, manifiestaba de tomar en consideración la *voluntas* en base a la determinación de la responsabilidad criminal y de la consiguiente pena. Bien es cierto, por otra parte, que los textos estudiados hacen referencia, en su mayor parte, al delito de *homicidium* y quizás, desde este punto de vista, pueda argumentárenos que no es posible, sólo en base a estos textos, construir un principio general de validez para todo el derecho penal romano clásico, pero, en cualquier caso, lo que sí estoy seguro de poder mantener, en base a los textos citados, es que, si éstos nos muestran una configuración de la responsabilidad penal subjetiva del delito de homicidio en la época clásica, pueden ser un indicio de que, con respecto a otros delitos, la tendencia va por idénticos derroteros. Mi opinión en este sentido es sólo una hipótesis que espero sirva de puerta abierta para seguir profundizando en el tema.

Por otra parte, en ninguno de los textos examinados se encuentra, a mi entender, nada que permita inducir la posibilidad de existencia de principios generales, por lo que, desde este punto de vista, y como ya puse de manifiesto anteriormente, no comparto en absoluto la opinión de Ihering sustentadora de la idea de que Paulo es un fanático teorizante, porque, en los textos de este jurista, como en los de sus coetáneos, no encuentro indicio alguno que permita afirmar la existencia de una concepción teórica de la tentativa.

La base de mi argumentación para llegar a esta conclusión en lo referente a la tentativa de homicidio se halla en el conocido texto de las *Pauli Sententiae* (V. 23, 1): *si quis occidendi causa cum*

ejemplo, tenemos en cuenta que en la Partida I, título VI, ley XIII, se habla de «omicidio de voluntad», mientras que en la misma Partida y título, pero en la ley XV, se habla, en cambio, de «omicidio de ocasión», y en la ley XVI, de idéntica Partida y título, de «omicidio sin intención o casual».

telo fuerit... venenum hominem necandi causa habuerit vendiderit paraverit, puesto en relación con el de Marciano recogido en D. 48, 9, 1 y con el V. 26, 3 de las propias *Sententiae* de Paulo.

Si hoy, en nuestra moderna dogmática, entendemos que, para que se produzca la tentativa de un delito, es preciso que el delincuente haya comenzado el *iter* criminal, y si la sanción de la tentativa consiste modernamente en la aplicación de una pena inferior en grado a la propuesta para el delito consumado, del examen de los textos de Marciano, Paulo y otros juristas clásicos citados anteriormente, creo que no se puede deducir ninguno de estos dos principios que informan la moderna concepción de la tentativa, aunque algún texto pudiera, en principio, inducirnos a error. En efecto, el *essere cum telo in publico*, el *ambulare cum telo* no indican, a mi entender, el inicio del *iter criminal* que desembocaría en el homicidio, ni aún cuando el propio texto añada *occidendi causa*. Entonces, ¿por qué se distingue este supuesto del simple homicidio? A mi modo de ver, y, como ya he señalado antes, porque la *lex Cornelia* que está comentando Paulo obedece a unos condicionamientos políticos que hacen necesario sancionar cualquier supuesto que implique, desde el punto de vista del legislador, una cierta peligrosidad. Es como si el legislador dijera: «se castigará el homicidio con tal pena y, además, el *ambulare cum telo*», con lo que, con esta interpretación, la *ambulatio* viene a ser no acto de inicio de ejecución (un acto de tentativa), sino un supuesto distinto del *homicidium* digno de ser sancionado por su intrínseca peligrosidad desde el punto de vista del legislador. Por otra parte, y abundando en la misma idea, la legislación silana sanciona este supuesto como si de homicidio consumado se tratara, con lo que quiebra uno de los principios básicos teóricos de la concepción moderna de la tentativa.

Paulo, pues, en este supuesto dado por la *lex Cornelia*, no está sentando bases de una concepción teórica de la tentativa sino contemplando un supuesto de una medida policíaca introducida en la *lex de sicariis* por motivos políticos. Otro tanto ocurre con el supuesto contemplado en el mismo texto y en otro de Marciano que hace referencia al *vennum emere necandi causa* porque, entiendo que en este supuesto, para que se dieran los presupuestos de un acto de inicio de ejecución, el sujeto pasivo del delito habría de

estar concretizado. Tal y como el texto aborda el supuesto, el sujeto pasivo está indeterminado por lo que, a lo sumo, el *venenum emere* (desde el punto de vista del *homicidium*) encajaría más bien dentro de los casos de mera *cogitatio* o deseo criminal abstracto y, éstos, como hemos visto, no tienen sanción en el Derecho Romano. Si esto es así, ¿por qué el *venenum emere* recibe la misma sanción que el *homicidium* consumado? Porque la dureza de la ley silana, debida a motivaciones políticas, ha de reflejarse en supuestos que, como éste, no son un homicidio consumado sino otro supuesto delictivo, que, por su peligrosidad, es asimilado, en cuanto a sanción, al asesinato, pero que no implica en modo alguno, por lo ya dicho, un inicio de ejecución de aquél.

LUIS RODRÍGUEZ ALVAREZ

*Facultad de Derecho, Universidad
de Oviedo*