

REFLEXIONES SOBRE LA TENTATIVA EN EL DERECHO PENAL JUSTINANEIO¹

REFLECTIONS ON ATTEMPT IN JUSTINANEIO CRIMINAL LAW

Por Diego A. Peretti Ávila (*)

*“In rebus quibuscumque difficilioribus non expectandum,
ut quis simul, et serat, et metat,
sed praeparatione opus est, ut per gradus maturescant.”*

F. Bacon, Sermones Fideles, n. XLV.

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo principal el abordaje del problema de la tentativa de delitos en el Derecho Penal romano, correspondiente al periodo justiniano. Existen opiniones encontradas entre los especialistas y estudiosos del Derecho Romano en cuanto a si este pueblo prodigioso pudo llegar a distinguir jurídicamente entre delito consumado y el instituto de la tentativa. Por nuestra parte, entendemos que, si no se puede hablar de un Derecho Penal Romano autónomo, mucho menos podemos referirnos a una teoría de la tentativa de delitos, lo que no quiere decir que los romanos no hayan podido llegar a diferenciar ciertas características propias de este instituto a partir de la noción de protección de la norma. Algo bastante parecido al germen de la noción de “bien jurídico protegido”.

PALABRAS CLAVES: Tentativa de delito – Derecho Penal Romano- Corpus Iuris Civilis.

ABSTRACT: The main objective of this paper is to address the problem of attempted crimes in Roman Criminal Law in the Justinian period. There are conflicting opinions among specialists and scientists of Roman Law as to whether this prodigious people was able to legally distinguish between the consummated crime and the institute of criminal attempt. We hold that, if it is not possible to speak of an autonomous Roman Criminal Law, much less can we talk about an attempted crime theory, which does not mean that the Romans could not differentiate certain characteristics of this institute from the scope of protection of criminal law. It would be something quite similar to the germ of the notion of “legal protected good”.

KEY WORDS: Criminal Attempt - Roman Criminal Law - Corpus Iuris Civilis.

¹ Artículo recibido el 11 de abril de 2021 y aprobado para su publicación el 5 de junio de 2023.

(*) Abogado, Doctor en Derecho de la U.N.C., Profesor de Derecho Penal –Parte General– y Miembro titular del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. diegoperetti09@hotmail.com.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. ©
Universidad Católica de Córdoba
DOI [http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2023\(10\)05](http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2023(10)05)

I. Introducción

La existencia de la tentativa como instituto en el Derecho Penal Romano desde siempre ha sido un problema de complicado abordaje y de difícil solución, al punto que ha enrolado a serios y prestigiosos romanistas de todos los tiempos en posiciones antagónicas en cuanto a si se puede hablar o no del conato criminal en ese universo jurídico.

La importancia de este problema fue destacada oportunamente por Contardo Ferrini quien supo dejar señalado al respecto “...para nosotros resulta interesantísimo indagar cuáles fueron las ideas de los juristas romanos en cada cuestión, en que respecta a esta —la tentativa— adquieren especial importancia este tipo de investigaciones.”² Como señalaremos más adelante, el ilustre romanista italiano, luego de un riguroso proceso de análisis, llegó a la conclusión de que no se podía hablar de conato criminal en el Derecho Penal Romano; mientras que, como fruto de no menos profundos y serios estudios, su par alemán Hermann Seeger³ afirmó la existencia en Roma, aún con los amplios márgenes de discrecionalidad que el sistema concedía a las autoridades judiciales, de una verdadera “doctrina de la tentativa de delito” —*Lehre vom Versuch der Verbrechen*—, tal es así, que el ilustre jurista titula de ese modo a la obra en la cual expone sus consideraciones sobre la materia que hoy ocupa nuestra atención.

La presencia o no de una doctrina de la tentativa, o de parámetros generales del Derecho Romano resulta de no poca relevancia para el tratamiento, de la tan actual como controvertida cuestión referida a la pauta mensurativa de conminación de la pena del conato criminal, debido a que, en lo que al análisis de las fuentes refiere, existen posturas encontradas entre juristas e historiadores especialistas en la materia que indagaron precedentemente sobre el objeto de nuestro estudio, arribando sobre el punto a conclusiones diversas, más aún, enfrentadas entre sí.

Las posiciones sobre este discutido aspecto se encuentran divididas en dos grandes grupos: por un lado, las corrientes históricas conocidas como “francesas” y, por el otro, las llamadas “italo-germánicas”, últimas, si nos expresamos en términos cuantitativos de países y sistemas

² FERRINI, Contardo, *Opere. Studi vari di Diritto Romano e Moderno*, Ulrico Hoepli, Milano, Volume 5., 1930, p. 51.

³ SEEGER, Hermann, *Über die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen*, Heinrich Lauff, Tübingen, 1869.

adherentes, que resultan ser las más influyentes en materia de la construcción del instituto de la tentativa y su penalidad. Ambas líneas de pensamiento afirman abreviar del sistema del Derecho Romano, en especial, la legislación justiniana, que es la que en este artículo vamos a abordar.

La primera de estas construcciones, la que llamamos “*francesa*”, encontró su expresión legal en la reforma al Código Penal galo de 1810, sostiene la idea de que la escala penal de la tentativa puede ser idéntica a la del delito consumado, principio aún reflejado como regla general en el Código Penal actual de dicho país.

En nuestra legislación vigente, el artículo 872 del Código Aduanero se hace eco de esta doctrina, al consagrar: “*La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que correspondan al delito consumado.*”, norma cuya constitucionalidad ha sido recientemente revalidada por la Corte Suprema de Justicia Nacional, en la causa “**Chukwudi, Anthon**”.⁴

Por su parte, la doctrina “*italo - germánica*”, como expresamos, dominante en los ordenamientos jurídicos del mundo de la conocida como familia “*continental*” del Derecho. Esta última perspectiva es la imperante como regla general en el sistema argentino y se traduce en la norma del artículo 44 de nuestro Código Penal vigente.

La corriente “*italo – germánica*”, a diferencia de la “*francesa*”, propicia la idea de la necesaria reducción de la pauta mensurativa de la sanción de los delitos tentados, respecto de los consumados.

Nuestros problemas de investigación, entonces, se centran en dos aspectos cardinales, a saber:

*. En primer orden, debemos profundizar sobre el hecho de si en el sistema del Corpus Iuris Civilis se puede hablar de un “*régimen*” o de una “*doctrina de la tentativa*”, como sostienen Seeger, que diferencie a este instituto de las figuras consideradas consumadas en función de su objeto de protección.⁵ El punto en cuestión reside en tratar de comprender

⁴ Sentencia de 11/11/21 (Fallos 344:3458)

⁵ Más allá del hecho que en Roma nunca existió el instituto del “bien jurídico” con las connotaciones que posee en la actualidad en la ciencia del Derecho, la idea de objeto de protección de la norma penal no era desconocida para la fina doctrina producto de las brillantes mentes de los autores clásicos de ese pueblo, tal es así que, en relación con este punto se afirmaba con preclara sabiduría: “*Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria, quae omnia unius generis sunt, nam hae re tantum*

si en este universo jurídico, en lo que se refiere al Derecho Penal –que los romanos llamaban criminal- se encontraban previstos estándares explícitos o implícitos comunes y específicos para todas las figuras que implicaban preparaciones o intentos fallidos de producir resultados contemplados y desvalorados por la ley criminal en aquel entonces, al punto que se pueda hablar de una *teoría del conato*, que pueda ser separada del sistema correspondiente a los delitos consumados.

*. En segundo término, más indisolublemente unida a la primera cuestión, nuestro trabajo consistirá en bucear en sistema de la conminación de penas fijado por la legislación justiniana, para tratar de responder al interrogante relacionado con el hecho de si allí existieron diferencias de sanción o grados de castigo entre las figuras “consumadas” y aquellas que lucen a nuestros ojos como “tentadas o preparatorias”.⁶

II. Estado del arte.

Como se ha referido precedentemente, la controversia respecto del instituto de la tentativa en el Derecho Penal Romano, no resulta pacífica.

En la línea de los que sostienen que existió algo parecido al instituto de la tentativa se engloban, como ya señalamos, Hermann Seeger, opinión que parece ser compartida por Ernst Von Liszt en su Tratado de Derecho Penal,⁷ Giovanni Carmignani⁸ y el gran Francesco

consistunt...” —Nacen obligaciones de un delito, por ejemplo, del hurto, del daño, del robo, de la violación del domicilio, todas estas cosas son de una sola especie, porque se basan (consistunt) solamente en la cosa. (Digesto 44, 7, 4). Anticipando alguna conclusión, adelantamos que esta función tutelar de la ley penal permitía distinguir conductas consumadas de aquellas preparatorias o tentadas, en los términos que nos estamos refiriendo en el pasado. Es más, los romanos, como veremos más adelante, llegaron a distinguir a los comportamientos ejecutivos, anteriores a la etapa del resultado, de las simples conductas preparatorias.

⁶ A la denominación “delitos imperfectos” la tomamos del Digesto mismo (47,9, 2), en el cual se cita un pasaje del libro V de las “Sentencias” de Paulo, donde se ofrece una distinción referida al grado de consumación de la figura del estupro “stuprum”, utilizándose la expresión “imperfecto” —capite, imperfecto in insulam deportatur— para la conducta de seducción desplegada por el autor que no se ha visto coronada por el éxito representado.

⁷ VON LISZT, Franz, *Tratado de Direito Penal Alemão*, traducido da Dr. José Hygino Duarte Pereira, F. Briguet & C. — Editores, Rio de Janeiro, 1899, p. 8.

⁸ CARMIGNANI, Giovanni, *Elementi di Diritto Criminale*, traduzione italiana sulla quinta edizione di Pisa del Prof. Caruana Dingli, prima edizione milanese riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli, Francesco Sanvito Editore, Milano, 1863, pp. 88 – 89, nota “1”.

Carrara,⁹ por hacer referencia a algunos de los más destacados exponentes; mientras que en las otras cumbres, aquellas en las que se posicionan los autores que niegan la existencia del instituto del conato criminal en el universo del Derecho Romano, encontramos a Contardo Ferrini y Alberto de Simoni.¹⁰

A su vez, en el multiverso de líneas de pensamientos relacionada con el aspecto que llama nuestro interés en este trabajo, se puede encontrar una postura un poco más moderada, a la que podríamos llamar inicialmente “*intermedia*” o “*mixta*”, en la que se ubica a Theodor Mommsen,¹¹ que al respecto afirma que, si bien el Derecho Romano nunca reguló a la tentativa como un instituto particular, se podrían encontrar algunas diferencias, según las figuras de las que se trate.

Los defensores de este tipo de corrientes sostienen que, si bien en el Derecho Romano jamás existió una palabra especial para designar al conato criminal, ni una teoría concebida “*a priori*” y aplicable para todas las especies —lo que, inicialmente, estaría concediendo razón a las posiciones negatorias—, a través de la investigación de los diversos supuestos previstos y contemplados por la legislación justiniana, se podían llegar a apreciar, a lo largo del devenir de los tiempos algunos criterios generales —, según se tratasen de delitos privados o públicos— que condicionaban la aplicación de pena a las intentadas ofensas a diferencia de aquellas que lograban llegar a la consumación del injusto buscado por el autor.

Las pautas señaladas por Mommsen —el autor siempre se muestra cuidadoso de incurrir en generalizaciones válidas para todos los casos posibles— varían en función de que se tratase de delitos que afectaban a la comunidad toda, que en Roma eran conocidos como “*crímenes*” y aquellas figuras que, para los romanos, preponderantemente hacían al interés de los particulares, conocidos como “*delitos privados*”. Como ejemplo de los primeros, encontramos al “*parricidium*”¹² y de los segundos, al hurto.¹³

En lo que hace a la pauta mensurativa de la pena, aún en nuestros días mantienen su hegemonía las dos corrientes referidas, sumándose a la última la doctrina germánica, de mayor

⁹ CARRARA, Francisco, *Teoría de la Tentativa y de la Complicidad ó del grado de la Fuerza Física del Delito*, traducción al español por Vicente Romero Girón, F. Góngora y Compañía, editores, Madrid, 1877, pp. 62 – 66. Este último autor deja lugar a ciertas dudas.

¹⁰ DE SIMONI, Alberto, *Dei Delitti di Mero Affetto*, F. Scotti, Como, 1783, p. 32 y ss.

¹¹ MOMMSEM, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1899, pp. 95 y ss.

¹² D. 48,9

¹³ D. 47, 2.

preminencia en los universos jurídicos del mundo occidental de configuración llamada “continental”, entre los que se encuentra nuestro país, en por contraposición fundamental a la familia del “Common Law”, de raigambre anglosajona, por lo que podría, a partir de ahora, esta segunda vertiente llamada “*italo – germánica*”.

En lo que toca a la penalidad de la tentativa, sostenemos primer enfoque, aquel de raigambre “*francesa*”,¹⁴ se remonta a la concepción plasmada en la ley del 22 de Prairial IV (1796), que surgió a raíz de que el viejo Código Penal de dicho país de 1791, si bien contemplaba y castigaba algunas figuras como la de la tentativa de homicidio, había omitido una fórmula general, lo que originaba discusiones en el seno de la doctrina y jurisprudencia de la época.

La norma de 1796, que luego pasó a formar parte del artículo 2º del Código Penal Francés de 1810, vino a subsanar este defecto; tal es así que la fórmula, quedó redactada del siguiente modo: “***Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou andépandantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même.***”.

Esta regla general se reprodujo en el Código Penal de 1832, manteniéndose dicho principio general político criminal en el Derecho Francés hasta nuestros días.

Los autores clásicos y relativamente contemporáneos a la primigenia codificación francesa encontraban los antecedentes de dicha postura legislativa en el marco propiciado por el Derecho Penal Romano; tal como afirman, por ejemplo, Ortolán,¹⁵ o, Chauveau y Helie,¹⁶ entre muchos otros, aunque algunos no compartieran esta forma igualitaria de conminación.

¹⁴ En realidad, llamamos a esta doctrina “francesa”, debido a que este conjunto de ideas basadas en la influencia del pensamiento de autores de origen italiano, tuvo su concreción en la fórmula legal de la ley del 22 de junio de 1796 y luego, de ahí, pasó al artículo 2º del Código Penal Francés de 1810. El gran Pellegrino ROSSI (*Traité de Droit Pénal*, Louis Hauman et Compagnie, Bruxelles, 1835, p. 356) explica el tema con extrema claridad al referir que, conforme surge de la exposición de motivos del Código Francés, el ideólogo del proyecto, basándose en las enseñanzas de Gaetano Filangieri, propuso dicha fórmula, confundiendo, a entender de Rossi, a la tentativa con el delito frustrado —*L'auteur de la tentative, a dit M. Treilhard en copiant Filangieri, a commis le crime autant qu'il était en lui de le commettre. C'est confondre la tentative avec le délit manqué*—. Por su parte, FILANGIERI (*La Scienza della Legislazione e gli Opuscoli scelte*, dai Torchi di Glauco Masi, Livorno, Volume Terzo, 1827, T. III, pp. 135 – 137) sostiene la posición que reza: “*La volontà di violare la legge non costituisce il delitto, se non quando si manifesta coll' atto dalla legge istessa vietato; ed in questa sola ipotesi il conato al delitto è punibile, quanto il delitto istesso consumato e riuscito.*”, atribuyendo esta idea a los estudios de Cujacio relacionados con la Lex Cornelia de sicariis et veneficis.

¹⁵ ORTOLÁN, Joseph L. E., *Éléments de Droit Pénal*, E Plon Editeur-, Paris, 1875, p. 423, nota 1º.

En lo que hace a la llamada posición “*italo – germánica*”, como referimos, aquella que sostiene que el conato criminal debe ser inferiormente penado respecto de los delitos consumados, dominante en nuestros días, encontramos enrolados a autores tales como Carmignani, Carrara, Pellegrino Rossi, De Simoni y Chauveau – Helie, entre otros muchos, junto con la abrumante mayoría de pensadores modernos. La diferencia consiste en que los citados en este párrafo también rastrearán este fundamento en los amplios mares de la doctrina y legislación legadas a nosotros a través del tiempo, de generación en generación, por la tan generosamente prolífica como eterna Roma.

III. Un recorrido por el Corpus Iuris Civilis

Como bien apunta el gran Theodor Mommsen: “*Ya que no existe un Derecho Penal romano como una totalidad diversa —obviamente, del Derecho Civil—, mucho menos se puede hablar de una historia del mismo*”,¹⁷ por lo que en nuestro estudio no nos queda otro remedio que partir siempre de este mismo principio sentado con tanta prudencia, como conocimiento sobre la materia.

Realizada esta primera salvedad, podemos señalar que, en el periodo en que estamos analizando, correspondiente al siglo VI de nuestra era, los romanos seguían manteniendo la antiquísima división de los delitos en públicos y privados.

En los de la primera clase, entendían que se encontraba preponderantemente involucrado el interés de la comunidad en su conjunto, por lo que era lógico considerar que la violación de las normas penales que castigaban estas conductas resultasen, por principio, ser consideradas más graves que las correspondientes a los delitos privados, y viniesen generalmente acompañadas de mayores o más duras sanciones, dado que, al modo de ver de ese pueblo, las especies de delitos privados afectaban en forma principal a la utilidad de los particulares.

El Emperador Justiniano trató de sistematizar a los delitos públicos en la estructura del Corpus Iuris Civilis, tal es así que, el libro cuadragésimo octavo del Digesto¹⁸ da comienzo a sus previsiones señalando: “*No todos los juicios, en los que se trata de delito, son también públicos, sino*

¹⁶CHAUVEAU, Adolphe y HÉLIE, Faustin., *Théorie du Code Pénal*, Meline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1845, ps. 166 y 600.

¹⁷ *Da es ein römisches Strafrecht als Ganzes nicht gleibt, kann um so weniger die Rede sein von einer Geschichte desselben.* (MOMMSEM, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Op. cit., p. 126),

¹⁸ Dig. 48, 1, 1.

solamente los que provienen de las leyes sobre los juicios públicos,¹⁹ como la ley Julia que trata de la majestad,²⁰ la Julia sobre los adulterios,²¹ la Cornelia de los sicarios y envenenadores,²² la Pompeya del parricidio,²³ la Julia del peculado,²⁴ la Cornelia de los testamentos,²⁵ la Julia de la violencia privada,²⁶ la Julia de la violencia pública,²⁷ la Julia del soborno,²⁸ la Julia del cohecho²⁹ y la Julia de las provisiones.³⁰”. A estos supuestos había que adicionar la Ley Fabia sobre los Plagiarios.³¹

Seguidamente, conviene, a su vez, tener presente que el sistema penal subdividía a esta primera especie de delitos públicos en “*capitales*” y “*no capitales*”,³² en razón de la gravedad de las penas.

Los primeros de ellos representaban a las figuras que, por la ofensa que significaba la conducta, hacían perder la ciudadanía y venían acompañados de la pena de muerte, del destierro —en sentido estricto—³³ y la interdicción llamada “*del agua y del fuego*” —*aquae et ignis interditio*—, que implicaba el retiro de todos los bienes del condenado.³⁴

¹⁹ Además de la cita del libro 48 del Digesto que ya hemos referido, resulta muy útil la consulta de I. 4, 18, que se encarga de abordar el instituto de los juicios públicos, aportando conceptos importantes para todo investigador en la materia.

²⁰ Dig. 48, 4.

²¹ Dig. 48, 5.

²² Dig. 48, 8.

²³ Dig. 48, 9.

²⁴ Dig. 38, 13

²⁵ Dig. 48, 10. Esta ley también era conocida en Roma como “*Lex Cornelia de Falsis*”, conf. se puede ver en I. 4, 18, 7.

²⁶ Dig. 48, 7.

²⁷ Dig. 48, 6.

²⁸ Dig. 48, 14.

²⁹ Dig. 48, 13.

³⁰ Dig. 48, 12.

³¹ Dig. 48, 15.

³² Dig. 48, 1, 2.

³³ Decimos esto porque, existían distintos tipos de penas que implicaban separaciones u vedas de acceder a ciertos lugares, resultando ser el destierro la más grave de todas. Sobre esto, resulta muy ilustrativa la cita de Marciano que aclara: “*Los relegados o los deportados a una isla deben abstenerse de los lugares que se les prohibieron; y observamos este derecho, que el relegado no salga de los lugares que se le señalaron; en otro caso, al relegado temporalmente se le impone destierro perpetuo, al relegado perpetuamente la pena de relegación a una isla, al relegado a una isla la de deportación, y al deportado a una isla la pena capital.*” (Dig. 48, 19, 4), seguida de la nota perteneciente al mismo juriconsulto que, en lo que toca al régimen de bienes que hemos referido, expresa: “*Los relegados a una isla retienen a sus descendientes bajo su potestad, pues retienen también todos sus otros derechos; porque solamente no les es lícito salir de la isla, y retienen también todos sus bienes, excepto los que se les quitaron; porque a los que fueron condenados a destierro perpetuo, o relegados, se les puede quitar por la sentencia parte de los bienes.... El destierro es de tres clases: o la Interdicción de ciertos lugares, o el destierro lato, de suerte que se ponga interdicción respecto a todos los lugares excepto un cierto lugar, o la sujeción a una isla, esto es, la relegación a una isla.*” (Dig. 48, 22, 4 – 5). Entendemos que en el caso de la pena a la que refiere el segundo apartado del título primero del

En otro orden, conformaban el catálogo de delitos “*privados*” aquellos que no quedaban enumerados en el elenco señalado, que contaban con un régimen distinto a los primeros, como afirma Ulpiano en el libro II de sus reflexiones sobre el cargo de Procónsul: “*Si alguno quisiera ejercitar la acción que nace de los delitos —privados—, habrá de ser remitido al derecho ordinario, si quisiera ejercitar la acción por el interés pecuniario, y no ha de ser obligado a suscribir la acusación criminal; pero, si quisiera reclamar extraordinariamente la pena de la cosa, entonces será necesario que suscriba la acusación criminal.*”³⁵

Dentro de esta categoría se encontraban el hurto,³⁶ la injuria,³⁷ la “*rapina*” que comportaba el desapoderamiento con violencia, el daño³⁸ y, finalmente, se regulaban en un capítulo especial de las Pandectas las figuras del incendio, la ruina, el naufragio y la expugnación de nave,³⁹ que también formaban parte de este universo.

Finalmente, en la época en la que nos enfocamos del Derecho Romano, se encuentran los delitos llamados “*extraordinarios*”, aquellos que, tal como afirma Mommsen,⁴⁰ si bien pertenecían a la esfera de la justicia regular, eran así llamados por no derivar de ninguna ley acordada por los comicios del pueblo, siguiendo el sistema tradicional. Dentro de esta última categoría encontramos a la violación de sepulcro,⁴¹ la concusión,⁴² el abigeato,⁴³ el prevaricato,⁴⁴ el encubrimiento,⁴⁵ una modalidad especial de desapoderamiento llamada hurto en los baños,⁴⁶ el robo con efracción y el despojo —que se encontraban regulados en un mismo capítulo—,⁴⁷

libro 48 de las Pandectas, se está haciendo referencia al destierro perpetuo a una isla que, es llamada por Ulpiano “*insula deportatio*”, que disponía el Príncipe, a instancias de los Presidentes de provincia, y que implicaba, a su vez, la pérdida de la ciudadanía (Dig. 48, 22, 6).

³⁴ Dig. 37, 1, 13. y Dig. 38, 13, 3.

³⁵ Dig. 47, 1, 3.

³⁶ Dig. 47, 2.

³⁷ Dig. 47, 10.

³⁸ I. 4, 6, 1.

³⁹ Dig. 47, 9. Sin embargo, debe tenerse presente que, en modo similar a como conocemos el instituto en la actualidad, cuando el incendio era provocado con la finalidad —dolo malo— de matar personas, caía bajo la regulación y el régimen sancionatorio conminado por la Ley Cornelia sobre los Sicarios y Envenenadores (Dig. 48, 8, 1).

⁴⁰ VON LISZT, Ernst, *Tratado de Direito Penal Alemão*, Op. cit. , pp. 773 – 774.

⁴¹ Dig. 47, 12.

⁴² Dig. 47, 13.

⁴³ Dig. 47, 14.

⁴⁴ Dig. 47, 15.

⁴⁵ Dig. 47, 16.

⁴⁶ Dig. 47, 17.

⁴⁷ Dig. 47, 18.

el despojo de la herencia,⁴⁸ el estelionato,⁴⁹ la alteración de linderos⁵⁰ y los colegios o cofradías ilegales.⁵¹

Del análisis de la legislación romana se pueden apreciar dispersas figuras representativas de conductas que nosotros consideramos en la actualidad como preparaciones o tentativas, en dicho ordenamiento representaban verdaderos delitos perfectos, tal cual afirma con toda justicia Contardo Ferrini.⁵²

Realizada esta primera aclaración, por una mera cuestión de orden, nos avocaremos en los estadios siguientes de este trabajo en analizar las diferentes especies de delitos y sus consecuencias respectivas por separado.

III.1. El problema de la tentativa en el *Corpus Iuris Civilis*.

Tal como anticipamos, a lo largo del *maremagnum* que representa el compilado de la legislación justiniana se pueden observar citas de diferentes normas y comentarios de juristas que constituyen su universo de delitos públicos, privados y extraordinarios, figuras, algunas de ellas que se hallan reguladas en nuestros actuales Códigos Penales como conductas que implican tentativas o preparaciones, últimas conocidas hoy en doctrina como tipos de tendencia interna trascendente.

A continuación abordaremos las diferentes figuras junto con las respectivas sanciones conminadas a nivel general, haciendo referencia, a su vez, a figuras, a nuestros ojos, como tentadas o preparatorias que emerjan del cuerpo legal consultado y sus previstas consecuencias.

III.1.1. *Los delitos públicos.*

Dentro de las diferentes leyes que contemplaban conductas incorporadas en esta categoría, podemos dar inicio a nuestra exposición a partir de la *Ley Julia de lesa majestad* la que, por la importancia que los romanos adjudicaron al objeto de tutela que dicha norma comportaba, se comenzaban a castigar con ejemplar rudeza, como figuras consumadas, acciones tales que

⁴⁸ Dig. 47, 19.

⁴⁹ Dig. 47, 20.

⁵⁰ Dig. 47, 21.

⁵¹ Dig. 47, 22.

⁵² *Opere. Studi vari di Diritto Romano e Moderno*, Op. cit. , pp. 70 – 71.

implicaban meros principios de concertación o de acuerdo para llevar adelante conductas allí previstas y reprimidas.

Entre los ejemplos que podemos encontrar, resulta muy ilustrativo el Codex, cuando expresa: “*Cualquiera que hubiere formado una malvada facción con militares o paisanos, o aun con los bárbaros, o hubiere recibido o prestado los juramentos de la misma facción, y también hubiere tramado la muerte de los ilustres varones, que intervienen en los consejos y en nuestro consistorio, y aun de los senadores (porque también estos son parte de nuestro cuerpo), o finalmente de cualquiera que desempeñe cargo a nuestro lado...sea ciertamente condenado a muerte, como reo de lesa majestad, adjudicándose todos sus bienes a nuestro Fisco (De la Ley Julia de Lesa Majestad).*”⁵³

Conviene tener presente que la pena contemplada para la clase de delitos previstos por esta ley era por antonomasia “**capital**” y, como hemos señalado implicaba la pérdida de la vida con la tacha de infamia que duraba aún después de la muerte del reo.⁵⁴

Sin embargo, debemos siempre tener presente que el destierro aparecía como una opción para aquellos ciudadanos que formaban parte del alto estamento y considerados en el grupo de los llamados “*honestiores*”,⁵⁵ mientras que para el resto, la sanción se podía ejecutar a través de la horca o de las fieras.⁵⁶

Estaban destinados a ser quemados vivos aquellos sujetos que, en épocas de guerra, se pasaban al bando enemigo.⁵⁷

El catálogo más amplio dentro del universo de delitos públicos de las figuras que estamos buscando se encuentra en la **Ley Cornelia contra los sicarios y envenenadores**.

La norma comentaba castigaba las acciones de portar armas para cometer homicidio o robo,⁵⁸ la fabricación, venta o tenencia de venenos o malos medicamentos para matar⁵⁹ el hecho de procurar, revistiendo la condición de magistrado o presidente de un juicio público que alguien

⁵³ C. 9, 8, 5.

⁵⁴ I. 4, 18, 3.

⁵⁵ Dig. 47, 14, 1, 3; 17, 1; 18, 1, 1; ; 18, 1, 2; 48, 13, 6; 19, 38, 5; entre otras citas.

⁵⁶ Dig. 48, 19, 38, 2.

⁵⁷ Dig. 48, 19, 38, 1.

⁵⁸ Dig. 48, 8, 1. La tenencia para cometer este tipo de delitos, de modo muy similar a la regulación que hoy existe en nuestro Código Penal, se juzgaba según las circunstancias del caso. Esto puede deducirse del texto de la norma que dispone: “Los que para su propia defensa llevan armas, no se considera que las portan para matar a otros.” —*Qui telum tutandae salutis suae causa gerunt, non videntur hominis occidendi causa portare*— (Dig. 48, 6, 11, 2).

⁵⁹ Dig. 48, 8, 1.

aportase un falso indicio para que fuese condenado un inocente.⁶⁰ Se castigaba con pena capital el crimen de intentar matar a un niño,⁶¹ mientras que las heridas realizadas con finalidad homicida caían también bajo los efectos de esta ley y su inclusión o exclusión se analizaba según el caso.⁶²

Uno de los crímenes más aberrantes para el código axiológico de los romanos estaba representado por el *parricidio*, contemplado en la *ley Pompeya*.

A los perpetradores de este tipo de conductas les esperaba una horrible pena, por tan atroz delito, como lo hace ver el texto de las Institutas: “Finalmente, otra ley persigue con una nueva pena el más espantoso de los crímenes, el cual se llama ley Pompeya sobre los Parricidios. Por ella se dispone, si alguno hubiere apresurado la muerte de su ascendiente o de su hijo, o, en general, de una persona de su parentela que se comprende en la denominación del parricidio, ya se hubiere atrevido a ello clandestina, ya públicamente, así como aquél por cuyo dolo malo se hizo esto, o el que fue cómplice del crimen, aunque sea extraño a la familia, sea castigado con la pena del parricidio, y no sea sometido ni a la espada, ni al fuego, ni a ninguna otra pena solemne, sino que, cosido en un saco de cuero con un perro, un gallo, una víbora, y una mona, y encerrado en aquellas fúnebres estrechuras, sea arrojado, según lo permitiere la naturaleza de cada región, o al mar vecino, o al río, para que en vida llegue a carecer de todo uso de elementos, y mientras viva se vea privado de la luz del cielo, y luego muerto, de la tierra.”⁶³

Según esta norma, correspondía la misma pena al sujeto que hubiese comprado veneno para matar a su padre, aunque todavía no hubiese podido suministrárselo.⁶⁴

⁶⁰ Dig. 48, 8, 1. Entendemos que este precepto debe ser interpretado como un juicio en el que investigara un delito castigado con **pena de muerte**. Basamos nuestra interpretación en la cita del Digesto que, refiriéndose al falso testimonio refiere: “Además está obligado el que o el que con dolo malo hubiere dicho falso testimonio, por el que alguien fuese condenado en juicio público como reo de pena capital; el que siendo magistrado juez de cuestión por causa capital hubiere recibido dinero para que uno fuese hecho reo por ley pública.” (Dig. 48, 8, 1, 1). En la misma pena, decimos siguiendo esta línea de interpretación, incurría quien procurase falsos indicios para que se condenara a un inocente a pena capital, aún sin detentar la magistratura (Dig. 48, 8, 3, 4).

⁶¹ C. 9, 16, 8.

⁶² Al respecto el Digesto sienta una regla de subsunción con algunos supuestos que se exponen a título meramente ejemplificativo, a saber: “...el que mató a un hombre puede ser absuelto, si a esto lo hizo no con ánimo de matarlo; y que el que no mató a un hombre, sino que lo hirió para matarlo, ha de ser condenado como homicida, y que esto se ha de determinar según el caso; porque si desenvainó la espada, y le hirió con ella, indudablemente que esto lo hizo él con ánimo de matarlo; pero si en riña lo hirió con una llave, o con una sartén, aunque lo haya herido con hierro, pero no con ánimo de matarlo, se ha de suavizar la pena del que en riña cometió un homicidio, más bien por casualidad, que con voluntad.” (Dig. 48, 8, 1, 3).

⁶³ I. 4, 18, 6.

⁶⁴ Dig. 48,9, 1.

En lo referente a la *Ley Cornelia sobre las falsedades*, las penas se diferenciaban en función de que el reo resultare ser una persona libre o no.

En el primer caso, ante la realización de los comportamientos prohibidos, se aplicaba deportación y pérdida de bienes, en caso de tratarse de un esclavo, la sanción era la muerte.⁶⁵

El delito de falsificación de moneda se encontraba castigado más severamente; puesto que, cuando el autor resultaba ser un hombre libre, la sanción consistía en ser arrojado a las bestias y en el caso de recaer la condena sobre un esclavo, la consecuencia era la pena de muerte.⁶⁶

Partiendo de esta base general, la norma contemplaba diversos supuestos de lo que hoy llamaríamos tentativas o, hasta incluso actos preparatorios, como ser recibir o pactar dinero para preparar defensas o falsear testimonios, o conformar sociedad para obligar a personas inocentes,⁶⁷ procurar corromper al juez de una causa,⁶⁸ el caso de quien hubiese *comenzado a utilizar* un documento falso o dudoso en contra de una persona,⁶⁹ quien recibía dinero para preparar litigios,⁷⁰ quien intentare —*tentaverint*— usurpar credenciales de jueces o alguaciles, para estos últimos sentenciaba la ley que debían ser duramente castigados porque: “...*intentaron esto arriesgándose no solo a la pérdida de todos sus bienes, sino poniendo en peligro sus vidas por estar sujetos al crimen de falsedad*”.⁷¹

La *Ley Julia contra la violencia pública o privada*, reprimía en modo general este tipo de delitos con penas de deportación, según se tratase de violencia a mano armada o pérdida de la tercera parte de los bienes, si fuere ejercida sin el auxilio de ellas, previendo una sanción más grave, consistente en la pena capital, cuando se tratase del rapto con violencia de mujeres.⁷²

⁶⁵ C. 12, 60, 10, 1.

⁶⁶ Dig. 48, 10, 8.

⁶⁷ Dig. 48, 10, 1, 1 – 2. Con la salvedad que hemos realizado al abordar la Ley Cornelia contra los Sicarios y Envenenadores.

⁶⁸ Dig. 48, 10, 1, 2.

⁶⁹ C. 9, 6, 4. Resulta interesante la fórmula que utiliza la legislación, debido a que en el texto en latín se puede leer la expresión “*uti coeperit*”, traducible al español como “*comenzar a utilizar*”. Esto no solamente suena familiar a la fórmula de la ley Prairial francesa de 1796, que luego se trasladó a nuestra legislación; sino también pone de relevancia que en el Derecho Penal Romano la falsificación de documentos, para su configuración exigía del uso del mismo, como hoy conocemos el tipo del artículo 292 C.P.: “...*de modo que pueda resultar un perjuicio*.”

⁷⁰ Dig. 48, 10, 9, 4.

⁷¹ ... *tentaverint non tantum amissione bonorum omnium, sed etiam capitis periculo, utpote criminis falsitatis obnoxios semet ipsos esse plectendos*. C. 12, 60, 10, 1.

⁷² I. 4, 18, 8.

En el elenco de figuras previstas encontrábamos a la conformación de designio para reunir turba o el armado de esclavos u hombres libres con miras sediciosas,⁷³ El púbero que, en público, portare armas con idénticos objetivos,⁷⁴ quienes se encontraren en circunstancias de incendio munidos de espadas o armas con el objeto de evitar que los dueños damnificados pudiesen rescatar sus cosas,⁷⁵ como así también se preveía la pena de quien intentara — *tentaverit*— tener Isauros o Bucelarios o esclavos armados en sus predios.⁷⁶ A su vez, se encontraba penada la conducta de los sujetos que promovieran tumultos sediciosos a partir de voces o clamores públicos.⁷⁷

La *Ley Julia sobre peculado, retención de dineros públicos y sacrílegos*, donde esencialmente se castigaba la sustracción de caudales o cosas de naturaleza pública, sagrada o religiosa, tenía un catálogo variado de sanciones.

Si se trataba de jueces que hubiesen intervenido en los hechos, tanto para ellos, como para los cómplices y receptadores de los bienes sustraídos, la sanción prevista era la capital, mientras que para otro tipo de conductas, el castigo era la deportación.⁷⁸ A los sacrílegos que sustraían cosas de los templos a través de efracción durante la noche, esperaba la horca, ser quemados vivos o el destino de ser arrojados a las fieras.⁷⁹ A quienes, por propia autoridad, sacaban refugiados de una iglesia correspondían azotes, rapado y destierro perpetuo.⁸⁰

Según expresa el Codex, correspondía idéntica pena de los sacrílegos al sujeto que hubiesen intentado — *tentaverit*— violar o usurpar los privilegios de los militantes del Sacro Palacio.⁸¹

La *Ley Fabia sobre los plagiaris* contemplaba para la mayoría de los supuestos la pena de muerte, aunque se encontraba prevista la posibilidad de aplicación de sanciones más leves.⁸²

En el marco de esta ley se aplicaba la pena correspondiente al delito de hurto a quienes hubiesen solicitado esclavos ajenos.⁸³

⁷³ Dig. 48, 6, 3, Pr.

⁷⁴ Dig. 48, 6, 3, 1.

⁷⁵ Dig. 48, 6, 3, 5.

⁷⁶ C. 9, 12, 10.

⁷⁷ C. 9, 30, 2.

⁷⁸ I. 4, 18, 9.

⁷⁹ Dig. 48, 13, 6.

⁸⁰ C. 9, 29, 2.

⁸¹ “*Si quis autem temeraria usurpatione statuta violare tentaverit, sacrilegii poenam sustineat.*” C. 12. 29, 4.

⁸² I. 4, 18, 10.

⁸³ Dig. 48, 15, 6, Pr.

La **Ley Julia sobre las provisiones** preveía penas de otra naturaleza, es decir, no capitales, para quienes violasen sus disposiciones. En general, se disponía para estas conductas castigo extraordinario, en función de la entidad y naturaleza del delito.⁸⁴

Entre los comportamientos que se prohibían y sancionaban bajo el marco de esta norma estaba el de conformar sociedad destinada a lograr el encarecimiento de las provisiones.⁸⁵

Finalmente, en lo referente a la **Ley Julia “De ambitu”**, tampoco se caracterizaba por imponer penas capitales. Al respecto, en el Digesto se puede hoy leer: “*Mas si en un municipio hubiere alguien pedido contra esta ley magistratura o sacerdocio, es castigado por un Senadoconsulto con la multa de cien áureos y con la infamia.*”⁸⁶ Esta misma multa resultaba aplicable a conductas que actualmente consideraríamos un supuesto de acto preparatorio, como era el ingreso de un reo en la casa de un juez de la causa.⁸⁷

III.1.2. Los delitos privados.

Como hemos ya referido arriba, este universo de delitos estaba conformado por el hurto, la rapiña, la injuria, el daño y la producción de incendios, naufragios, ruinas, como así también la expugnación de naves.

El delito de **hurto**, como también ya hemos señalado, se encontraba reprimido con las penas del cuádruplo o duplo del valor del objeto desapoderado,⁸⁸ según hubiera sido ejecutado bajo las modalidades consideradas manifiestas o no manifiestas.

La **rapiña**,⁸⁹ pasible del ejercicio de la acción conocida como “*Vi bonorum raptorum*”, resultaba castigada con el cuádruplo, si era ejercitada dentro del año y, transcurrido este lapso, debía indemnizarse el valor de la cosa.⁹⁰ Aquellos que eran considerados ladrones famosos⁹¹

⁸⁴ I. 4, 18, 11. y Dig. 48, 19, 37.

⁸⁵ Dig. 48, 12, 2, Pr.

⁸⁶ Dig. 48, 14, 1.

⁸⁷ Dig. 48, 14, 1, 4.

⁸⁸ I. 4, 1, 5.

⁸⁹ Dig. 47, 8; I.4, 2, pr.

⁹⁰ C. 8, 17 (16), 8.

⁹¹ Algo parecido a lo que hoy consideramos condiciones de habitualidad y reincidencia.

resultaban castigados con la horca en los lugares donde realizaron sus homicidios y despojos, o, eran arrojados a las bestias.⁹²

Bajo la figura de la **injuria** se castigaba un más que amplio catálogo de diferentes comportamientos. A este hecho se lo puede deducir de la misma definición que aporta Ulpiano al sentenciar: “*Se dijo injuria por esto, porque no se hace con derecho; porque todo lo que no se hace con derecho, se dice que se hace con injuria.*”⁹³ Caían bajo este concepto acciones de la más variable condición tales como las lesiones, o lo que en nuestros días consideramos las violaciones de domicilio, o los delitos contra el honor.

El delito de injuria, al clarear el amanecer de la Ley de las XII Tablas, era castigado bajo la “*regla del talión*”; sin embargo, con el avance de los tiempos esta costumbre fue cayendo en desuso, hasta llegar a la llamada pena “*honoraria*”, que resultaba de la estimación del juzgador en función de los grados de la ofensa del hecho, como así también de la dignidad y honradez tanto del agresor, como de la persona ofendida.⁹⁴

Como ha sido referido, el elenco de conductas reprimidas bajo este título resultaba ser de lo más variado, al igual que los supuestos de conatos punibles que se pueden llegar a encontrar recorriendo la ley penal justiniana.

Tal es así, que dentro de este desvalorado universo encontramos comportamientos tales como la promoción de calumnia del liberto contra el patrono o el intento de alguna causa o soborno de algún delator en su contra, a los que correspondía la pena de minas.⁹⁵ Si alguien intentaba —**atentavit**— convertir en impúdicos, tanto a una mujer como a un hombre, ya sea que se tratase de ingenuos o libertinos o esclavos quedaba sujeto a la acción de injurias.⁹⁶ De igual modo, aquellos que atentasen con violencia contra la seguridad de los patronos de naves que transportasen provisiones —*annonae*— delegadas, eran condenados a pagar multa de 10 libras de oro.⁹⁷

⁹² Dig. 48, 19, 28, 15.

⁹³ “*Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur*”. Dig. 48, 10, 1.

⁹⁴ I. 4, 5, 7. Para el caso de libertos que ofendieran a su patrono estaba previsto el destierro temporal, pudiendo llegar a ser pasibles de recibir la pena de minas, en caso de que hubiesen agredido físicamente a este último. Dig. 37, 1, 14, 1.

⁹⁵ Dig. 37, 1, 14, 1.

⁹⁶ Dig. 47, 10, 9, 4.

⁹⁷ C. 11, 1, 3.

III.1.3. Los delitos extraordinarios.

En el marco de estos delitos, posteriores en el tiempo, respecto de las figuras que venimos hasta el momento abordando, también se puede encontrar un interesante elenco de supuestos de interés.

Bajo de la forma de la concusión se encontraban también previstas las figuras que encuadraban en la *Ley Julia repetundarum*, previéndose una sanción que, además de la devolución de los importes o bienes injustamente obtenidos, acompañado todo del castigo extraordinario por dichas conductas.⁹⁸

En el caso de fondos ilegalmente obtenidos de patronos de naves transportadoras de provisiones, el castigo correspondiente consistía en el retorno del cuádruplo de lo injustamente obtenido,⁹⁹ idéntica medida estaba dispuesta para los jueces que exigieren exacciones ilegales, aunque no las llegasen a percibir efectivamente.¹⁰⁰

Las penas aplicables podían ser destierro, deportación a una isla y, a veces, pena capital, si los sujetos eran encontrados reos de recibir dinero para incidir en un proceso que implicase pena de muerte a un inocente, o decidieran por acaloramiento perjudicarlo de este modo.¹⁰¹ Los bienes así adquiridos no podían ser vendidos o arrendados, como así tampoco usucapidos.¹⁰² A su vez, a los condenados por estos delitos no podían prestar testimonio en juicios, ser jueces, como así tampoco demandar.¹⁰³

Además de las ya mencionadas tentadas exacciones ilegales de los jueces, bajo este título se pueden hallar otros comportamientos que implican conatos criminales.

Entre los nombrados encontramos la figura tentada de adquisición de dinero exigido a los patronos de naves transportadoras de provisiones delegadas: en estos casos, a diferencia del

⁹⁸ Dig. 47, 13, 1.

⁹⁹ C.11, 1, 5. La norma expresa lo siguiente: “*Queremos que los que cometieron depredaciones contra los patronos de naves se de satisfacción con sus propios bienes. Y, por lo tanto, para que en lo sucesivo no crezca la audacia de ellos, mandamos, que, cualquiera que hubiese sido hallado en tales rapiñas esté sujeto a la pena del cuádruplo.*” —*Ab his, qui in naucleros praedas egerunt, volumus eorum commodis satisfieri. Et ideo ne crescat in posterum eorum in posterum eorum audacia, sancimus, ut, quicumque in rapinis fuerit deprehensus, poena quadrupli teneatur.*—

¹⁰⁰ C. 10, 47, 8.

¹⁰¹ Dig. 48, 11, 7, 3.

¹⁰² Dig. 48, 11, 8, Pr. – 1.

¹⁰³ Dig. 48, 11, 6, 1.

cuádruplo correspondiente al delito consumado, se exigía el pago de 10 libras de oro por parte de los responsables.¹⁰⁴

Cuando se trataba de corromper a jueces en causas fiscales, no regía la Ley Cornelia sobre las Falsedades; sino que era considerado un supuesto de tentativa de concusión, obligándose al autor o autores a pagar 500 sueldos en concepto de sanción correspondiente.¹⁰⁵

Las exacciones ilegales de impuestos tenían un régimen severísimo. Los causantes se veían obligados no solamente abonar la suma de 100 libras de oro, sino que, además, resultaba para ellos aplicable la misma pena correspondiente a los sacrílegos, dado que la mera solicitud desviada ofendía a la autoridad del emperador.¹⁰⁶

En el ámbito genérico de los *delitos extraordinarios* también encontrábamos figuras reprimidas como la conducta de quienes solicitaban mujeres casadas o procuraban lograr la disolución de sus matrimonios, para desposarlas posteriormente; aunque no consiguieran sus objetivos, eran castigados extraordinariamente “*por razón de la voluntad de su perniciosa liviandad*”.¹⁰⁷

La tentativa de aborto de la mujer se encontraba castigada con destierro temporal.¹⁰⁸

Dentro de esta clase de delitos, existía una norma de particular redacción que expresaba: “*El que hubiere persuadido a un joven para estuprarlo, habiéndole quitado o corrompido su acompañante, o hubiere solicitado a una mujer o a una doncella, o hubiere hecho alguna cosa por causa de deshonestidad, hubiere hecho regalo, o dado precio para persuadir, cometido el delito —perfecto (en la redacción original)—, es condenado a pena capital, y, no habiéndose consumado —imperfecto (en la redacción original)—, es deportado a una isla; los acompañantes que fueron corrompidos son condenados al último suplicio.*”¹⁰⁹

¹⁰⁴ C. 11, 1, 3.

¹⁰⁵ Dig. 49, 15, 34.

¹⁰⁶ C. 12, 38, 13.

¹⁰⁷ Dig. 47, 11, 1, Pr.

¹⁰⁸ Dig. 47, 11, 1, 4. La norma expresaba: “*El Divino Severo y Antonino resolvieron por rescripto, que la que intentó aborto —quae data opera abegit (en la redacción original)— ha de ser condenada por el Presidente a destierro temporal; porque puede parecer indigno que impunemente haya defraudado en tener hijos a su marido*”.

A pesar de la redacción equívoca de la fórmula, de la interpretación sistemática surge que aquí se trataba de un conato de aborto, puesto que el delito consumado se castigaba por violación de la Ley Cornelia contra los sicarios y envenenadores a la pena de destierro perpetuo (Dig. 48, 8, 8).

¹⁰⁹ “*Qui puerum stuprum, abducto ab eo vel corrupto comité, persuaserit, aut mulierem puellamve interpellaverit, quidve impudicitiae gratia fecerit, donum praebuerit, pretiumve, quo is persuadeat, dederit, perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur; corrupti comité summo supplicio afficiuntur.*” (Dig. 47, 11, 1, 2).

IV. Algunas reflexiones finales.

Del repaso que hemos realizado del Derecho Penal Romano durante el periodo Justiniano podemos colegir que no se puede hablar de una teoría de la tentativa o de una base genérica del instituto del conato criminal en los términos que hoy lo conocemos, o, aún similar.

Los juristas y magistrados romanos, en lo que atañe a las figuras tentadas o preparatorias —nos referimos a aquellas cuyos comportamientos representaban un riesgo o un peligro, según el caso, de aquellos últimos resultados que la legislación procuraba evitar con la aplicación de sanciones graduadas en función de la gravedad de las consecuencias desvaloradas—¹¹⁰ debían lidiar con dos extremos representados por dos polos aparentemente opuestos entre sí.

Por un lado las expresiones proferidas por Ulpiano, quien refiriera: “*¿En efecto, a quién dañaría el conato, cuya lesión no se hubiese consumado?*” —***quid enim obfuit conatus, quum iniuriam nullum habuerit effectum?***—¹¹¹ y, por otra parte, el límite impuesto cuando abordaron la represión de los delitos de lesa majestad, donde claramente se expresó: “*...porque las leyes quisieron que con la misma severidad se castigue la voluntad de cometer un delito que al delito ejecutado.*” —***...eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri iura voluerunt.***—¹¹²

Sobre este tipo de articulación dio cuenta el mismo Corpus Iuris Civilis al abordar figuras como el abigeato, donde se puede leer: “*Se atiende al resultado, como en los actos ejecutados por un individuo muy apacible, aunque la ley castigue no menos al que hubiere llevado consigo armas para matar a un hombre, que al que lo hubiere matado...*”.¹¹³

Como se ha podido apreciar, en la generalidad de los casos, al menos en este plano normativo que hemos decidido manejarnos, por considerar ser el único objeto, de las bases a nuestra disposición, en condiciones de poder aportar válidos fundamentos a nuestras conclusiones, más allá de las apreciaciones de autores de gran y merecido prestigio, inicialmente, figuras que nosotros consideraríamos en nuestros días tentativas o actos meramente preparatorios para los

¹¹⁰ Finalidades preventivas que hemos destacado a lo largo de este trabajo.

¹¹¹ Dig. 2, 2, 1, 2.

¹¹² C. 9, 8, 5. Evidentemente, para los romanos siempre tenía que existir un principio de acción que permitiera comunicar esa voluntad criminal y que fuese objetivamente desvalorable por sí mismo; pues, no se debe olvidar la célebre máxima de Ulpiano que rezaba: “***Cogitationis poenam nemo patitur***” (Dig. 48, 19, 18), que gozaba de plena vigencia en el Derecho Penal Romano. En este último sentido es que debe ser entendida también la célebre expresión de Calistrato que refiere: “***Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: «in maleficiis voluntas spectatur, non exitus»***” (Dig. 48, 8, 14).

¹¹³ Dig. 48, 19, 16, 8.

romanos constituían verdaderos crímenes asimilables a los delitos consumados, lo que justificaba la pauta mensurativa única de la sanción, sobre todo, en lo que alude a los injustos considerados más graves por el código axiológico de ese pueblo.

En la Roma imperial no existía una clara y tajante separación entre lo que nosotros consideramos “*Derecho Penal de acto*”, en contraposición al llamado “*Derecho Penal de autor*” o “*de actitud*”, últimas construcciones compatibles con el tan temido peligrosismo personal, lo que nos permite comprender de una manera más cabal la dimensión de la pauta punitiva.

Para este pueblo la pena perseguía tres objetivos bien definidos. Por un lado el de castigar por la ofensa inferida, buscando, a su vez impedir, a través de la sanción, que el mal ejemplo del delito se propagara por la comunidad,¹¹⁴ persiguiendo, finalmente, la corrección de los sujetos que habían delinquido, ya sea tanto voluntaria, como involuntariamente.¹¹⁵

Por lo expuesto, traduciendo al lenguaje de nuestros tiempos corrientes, la sanción penal tenía, no solamente objetivos y fundamentos de lo que hoy llamamos “*prevención general*”, sino también tendía, cuando a la gravedad retaliativa resultaba admisible, a la enmienda del sujeto que había incurrido en conductas jurídicamente desvaloradas y que, al mismo tiempo, se había mostrado como amenazante para el sistema y los objetos de protección —facultades y derechos—, buscando la neutralización o enervación de la peligrosidad puesta de manifiesto por el individuo, a través del correctivo representado por el castigo dispuesto por las leyes.

Constante y latente amenaza representa para el científico la tentación de encuadramiento de las construcciones históricas, desprovistas del respeto por su debido contexto, desde el prisma de su propia actual perspectiva.

En lo que a nuestro análisis respecta, profesamos la firme convicción de que si no se marca esta diferencia específica relativa al fin y fundamento de la pena entre el esquema de la Roma imperial y el de nuestros Estados modernos y no es incluida ella en el contexto interpretativo de sentido, no podríamos jamás comprender y, mucho menos, ensayar alguna explicación

¹¹⁴ Dig. 48,6, 3, 2; 48, 8, 3, 2 y 48, 19, 38, 5.

¹¹⁵ Al respecto, los romanos, siguiendo a Demóstenes, entendían que: “*La ley es aquello que conviene que todos obedezcan, así por muchas razones, como principalísimamente porque la ley es invención y don de Dios, decreto de hombres prudentes, corrección de los delitos que voluntaria o involuntariamente se cometen, pacto común de la ciudad, a cuya prescripción deben ajustar su vida todos los que moran en aquella República.*” (Dig. 1, 3, 2).

relativa a las escalas de sanciones conminadas como respuestas punitivas a los delitos por parte del Derecho Penal Romano.

En este orden de ideas, podemos agregar, a su vez, que los viejos habitantes del Lacio carecían de una noción de *bien jurídico protegido*, en el sentido expresado por Birnbaum quien, en oposición al concepto de peligro jurídico imperante en la doctrina de su época, sentó las bases de su renovador pensamiento, señalando la inseparabilidad entre el Derecho Penal y las lesiones de la siguiente manera: “*La noción más natural de lesión parece ser aquella que se aplica a una persona o cosa, especialmente a una cosa que consideramos como propia.*”¹¹⁶ coligiendo, a partir de ello que la noción de peligro jurídico resultaba inadmisibile, debiendo ser reemplazada por la de bien jurídico protegido, que alude a una realidad concreta, concluyendo que: “*Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la base legal y el propósito del estado, se conciliará con diferentes puntos de vista sobre el tema si se asume -aceptar- que es parte de la esencia del poder estatal garantizar que todas las personas que viven en el Estado gocen de ciertas bienes por igual.*”¹¹⁷

Evidentemente la doctrina romana no participaba de esta concepción ni tampoco de dicho debate; sin embargo, como ya hemos anticipado, sostenía una función de protección de la norma penal que recaía sobre diferentes focos, representados, ya sea por los derechos particulares, ya sea por facultades públicas, que incidía sobre la previsión de las diferentes sanciones programadas frente a violaciones de la ley criminal.

Esta noción incipiente de una especie de “*proto bien jurídico*” protegido por el Derecho Criminal que manejaban los romanos resultaba ser es la base teórica que daba fundamento a las diferentes sanciones que recibía el sujeto que se introducía en el domicilio ajeno para robar, según alcanzase a llevar a cabo o no su desapoderamiento,¹¹⁸ o lo que justificaba el hecho de castigar de manera muchos más grave a quienes solicitaban, a título de impuestos, erogaciones ilegales, por verse afectada con esta conducta la autoridad del emperador,¹¹⁹ o lo que permitía

¹¹⁶ *Der natürlichste Begriff von Verletzung scheint der zu seyn, nach welchem wir ihn auf eine Person oder auf eine Sache beziehen, insbesondere auf eine solche die wir als uns gehörig denken.* P. 150.

¹¹⁷ BIRNBAUM, Franz, Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, publicado en: *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, p. 177.

¹¹⁸ Dig. 47, 2, 21, 7.

¹¹⁹ C. 12, 38, 13

esbozar las bases de la teoría del delito imposible,¹²⁰ o podía sostener jurídicamente el hecho de que recibieran diferente castigo aquellos que, a través de sus estrategias de seducción, hubiesen o no podido consumar el estupro que perseguían sus actos, calificándose a las respectivas conductas como “*perfecta*” o “*imperfecta*”, según se tratase de uno u otro caso.¹²¹

Si, concordando con la opinión de Mommsen, no se puede hablar de una teoría penal autónoma del Derecho Romano, mucho menos se podría referir lo contrario de la tentativa, a pesar de que el sistema jurídico de este pueblo tuvo una noción del “*intento de resultado prohibido por la ley*”, claramente diferenciado para ellos de la consumación misma, conforme surge manifiesto del uso de modalidades de verbos como “*tentare*”¹²² o “*coepere*”,¹²³ o sustantivos como “*imperfectus*”,¹²⁴ tal como hemos resaltado a lo largo de este trabajo.

No pudimos reunir constancia que nos permitan hasta aquí poder señalar que estas figuras “*imperfectas*” o “de atentado”, que formaban parte del mismo elenco de conductas prohibidas que las “*consumadas*” o “*completas*”, hayan recibido una pena menor aplicable por parte de los magistrados, más allá de los casos que hemos señalado.

Al respecto, conservamos nuestras sospechas de que así fuera, teniendo en cuenta que, en lo que respecta a la aplicación de la pauta punitiva, la ley penal comportaba la garantía fundamental de que los máximos habrían de ser respetados por los juzgadores, no pudiendo excederse de esos límites fijados por las normas criminales.

Al respecto cabe traer a la memoria de los lectores la sentencia de Marcianus, quien, reflexionando sobre las potestades de los jueces en oportunidad de aplicar las sanciones penales, alguna vez señaló: “*Se ha de procurar por el juzgador que no se determine cosa alguna con más dureza, o con más lenidad, que lo que requiere la causa; porque no se ha de aspirar a la gloria de severidad o de clemencia, sino que se ha de determinar con maduro juicio, según requiere cada caso. Y ciertamente que en las*

¹²⁰ Al respecto, debe tenerse en cuenta la cita del Digesto que refiere que quien intentara sustraer una cosa abandonada, ignorándolo el autor del hecho: “...no se comete hurto de ella, aunque yo hubiere tenido intención de hurtarla; **porque no se comete hurto, si no hay a quien se le haga**; más en el caso propuesto no se le hace a nadie porque está ciertamente admitida la opinión de Sabino y de Cassio, que creen que inmediatamente deja de ser nuestra la cosa que abandonamos.” (47, 2, 43, 5), la negrita me pertenece.

¹²¹ Dig. 47, 11, 1, 2.

¹²² Verbo latino de 1ª conjugación, transitivo, que significa: “*intentar*”. “ataca”, “tratar de ganarse el ánimo de”.

¹²³ Verbo latino de 3ª conjugación, transitivo, que significa: “*empezar*” o “*comenzar*”.

¹²⁴ *Imperfectus -a - um*: adjetivo latino que significa: “inacabado”, “incompleto”, “imperfecto”.

causas leves deben estar los jueces más inclinados a la lenidad, y atenerse tratándose de penas más graves a la severidad de las leyes con cierto temperamento de benignidad.”¹²⁵ Claro está, que esto no pasa a ser mucho más que una conjetura que alberga el autor, en atención al método escogido para la elaboración y sustento de esta investigación.

No obstante lo señalado y las consideraciones que hemos plasmado hasta aquí, observamos que la sabiduría jurídica romana supo sentar las bases para la construcción de lo que con el correr de los tiempos se transformaría en la teoría del “**comienzo de ejecución de la tentativa**”, tan común en nuestro Derecho y vigente en la fórmula del artículo 42 de nuestro Código Penal, mas no la aplicaron en el ámbito de las figuras criminales, sino en el inconmensurable universo de su inagotable producción jurídica civil.

Lo que acabamos de señalar en el párrafo anterior se puede visualizar claramente a partir de citas como la siguiente, referida al ejercicio de las acciones: “*Si alguno hubiere fallecido después de entablada la acusación de inoficioso, ¿transferirá acaso a su heredero la querella? Papiniano respondió, lo que se expresa también en algunos Rescriptos, que si hubiere fallecido después de haber sido reconocida la posesión de los bienes, hay sucesión de la acusación. Y si no se hubiera pedido la posesión de los bienes, pero ya se hubiera comenzado o preparado la controversia —iam tamen coepta controversia vel praeparata.—, o si falleció cuando vino para intentar la querella de inoficioso, opino que pasa al heredero.*”¹²⁶

La sabia y preclara Roma, a través de sus enseñanzas, supo sentar las bases del devenir de la construcción de la cultura y la sociedad de los tiempos futuros. Sus enseñanzas, su visión, los monumentos de las obras de sus grandes pensadores, junto su historia constituyen un

¹²⁵ *Perspiciendum est iudicanti, ne quid aut durius, aut remissius constituatur, quam causa deposcit; nec enim aut severitatis, aut clementiae gloriae affectanda est, sed perpenso iudicio, prout quaeque res exoptulat, statuendum est. Plane in levioribus causis proniores ad lenitatem iudices esse debent, in gravioribus poenis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi.* (Dig. 48, 19, 11, Pr.)

¹²⁶ *Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam Rescriptis significatur, si post agnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. Et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si, quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit, puto ad herede transire.* (Dig. 5, 2, 6, 2) Obsérvese cómo se distingue a la preparación de la acción —praeparata—del comienzo de ejercicio de la misma, para lo que se utiliza la expresión “**coepta**”, que hemos intencionalmente resaltado en este texto latino citado. En los albores de la teoría de la tentativa, el comienzo de ejecución de la acción delictiva era referido con la expresión latina “**crimen coeptus**”.

invaluable legado que no debe ser soslayado en los ámbitos de la ciencia del Derecho, ni de los claustros de su enseñanza; puesto que, como toda experiencia y buen sentido indica, como seres humanos: *nunca podremos comprender lo que somos, ni proyectar lo que soñamos llegar a ser, negando o acallando las voces de lo que alguna vez hemos sido.*