

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA TENTATIVA

M.^a EUGENIA ORTUÑO PÉREZ
Profesora titular de Derecho Romano
Universidad de Barcelona

En la glosa ordinaria de Acursio encontramos el aforismo que es objeto de nuestra atención: *Affectus punitur, etsi non sequatur effectus*. Se trata de la glosa *Attemptatum ad Codicem*, 1,4,15¹, referente a la Constitución de los emperadores León y Artemio, dirigida al prefecto del pretorio Nicóstrato, del año 468, en la que se exige que los miembros de la *Episcopalis Audientia* reúnan, como requisito imprescindible para formar parte de la misma, el que tengan la formación teológica fundamental que les permita el ejercicio adecuado de sus funciones: *nisi sacrosanctis catholicae religionis fuerit imbutus mysteriis*² y que implicaba, además de la posesión de los conocimientos doctrinales exigidos, el ejercicio consecuente de la vida cristiana de acuerdo con la fe profesada. Tal es el sentido que hay que dar al término *imbutus*.

El texto de dicha constitución imperial se halla inserto en el título IV, del libro I del Codex justinianeo, título que reza así: *De Episcopali Audientia at diversis capitulis quae ed ius curamque et reverentiam pontificalem pertinent*. Es en el fragmento 15 donde se recoge dicha constitución³.

¹ Citamos por: *Accursii glosa in Codicem*. En: *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, vol X. Augusta Taurinorum, en Officina Erasmiana, 1.968, p. 34. 1.^a col. Editado por Iuris Italici Historiae Institutum, de la Universidad de Turín

² CJ. 1,4,15 (a. 468).

³ *Nemo vel in foro magnitudinis tuae vel in provinciali iudicio vel apud quemquam iudicem accedat ad togatorum consortium, nisi sacrosanctis catholicae religionis fuerit imbutus mysteriis, sin autem aliquid quoquo modo vel quadam machinatione factum vel attemptatum fuerit, officium quidem sublimitatis tuae centum librarum auri iacturam pro condemnatione sustineat, idem vero, quicumque ausus fuerit contra prvidum nostrae serenitatis decretum officium advocationis per subreptionem adripere et prohibitum patrociium praestiterit, advocationis officio remotus stilum proscriptionis atque perpetui exilii specialiter sustinebit: scituris etiam provinciarum rectoribus, quod is, sub cuius administratione aliquid huiusmodi fuerit attemptatum, partis bonorum dimidiae proscriptionem et poenam exilii per quinquennium sustinebit.*

M.^a Eugenia Ortúñoz Pérez

La disposición imperial que exige como necesario el ejercicio efectivo de la fe cristiana para poder formar parte del *togatorum consortium* y actuar tanto en el ámbito del pretorio imperial como en los tribunales provinciales: *vel in foro magnitudinis tuae vel in provinciali iudicio*, incluyendo también el ámbito propio de cualquier juez: *apud quemquam iudicem*, impone una serie de sanciones pecuniarias y personales: *centum librarum auri, advocationis officio remotus, proscriptio, perpetuum exilium, dimidia pars bonorum, exilium per quinquennium*, según los casos.

La glosa acursiana que nos ocupa puede catalogarse, siguiendo la nomenclatura y clasificación de G. Astuti⁴, como glosa lexicográfica o grammatical. Las glosas de este tipo que se hallan en la obra de Acursio aparecen como una reminiscencia de las antiguas glosas interlineales destinadas a la interpretación de aquellas palabras que tenían singular relevancia en el texto⁵. En el caso que estudiamos, el vocablo *attemtatum* —que en la compilación justiniana aparece con la forma más arcaica de *attemptatum*—, adquiere singular significación al haber dado origen al brocado acuñado por Acursio y que desborda el contexto en el que se halla inserto en el Codex y que contempla la consideración delictiva, con las penas correspondientes, que se atribuye a la pretensión de actuar en el proceso en la *audientia episcopal*, aunque no se haya tenido éxito en el intento.

1. Como es sabido, la formulación de principios generales, el establecimiento de las *regula iuris*, constituyó un género literario largamente cultivado por los glosadores orientado a la búsqueda, entre los textos romanos del *Corpus Iuris Civilis*, de ideas y soluciones que fueran semejantes o análogas para extraer de ellas una regla general, tanto por la vía del método inductivo como del deductivo⁶.

El cultivo del casuismo, utilizando la inducción, les permitía pasar de las soluciones de los casos concretos a la obtención de principios y reglas generales dando lugar al *brocardus*, a los *generalia*⁷.

Tales principios que eran utilizados como *argumenta* en las discusiones escolásticas, servían también para resolver los casos que se planteaban en la práctica⁸. La labor de los glosadores en este ámbito consistió en extraer de las fuentes romanas muchas reglas generales que no encontrándose expresamente enunciadas en ellas, quedaban explicitadas

⁴ G. ASTUTI, «La “Glossa” acursiana», en *Atti del Convegno Internazionale di Studi accursiani*. Vol. II., Milano, 1968, p. 336.

⁵ F. CARPINTERO, «En torno al método de los juristas medievales», en *AHDE* 52 (1982), p. 627.

⁶ G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*. Frankfurt am Main, 1971. E. GENZMER, «I glossatori», en *AG* 35 (1938), pp. 113-121. E. MOLITOR SCHLOSSER, *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Romano*. Trad. esp. Barcelona, 1.980, pp. 24 ss. A. IGLESIAS FERREIRO, *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*. I. Barcelona, 1992, pp. 395 ss., entre otros.

⁷ F. CARPINTERO, *op. cit.*, pp. 617-647, en especial, pp. 630 ss.

⁸ A. IGLESIAS FERREIRO, *op. cit.*, p. 399.

Algunas consideraciones sobre la tentativa

y dispuestas para su aplicación en la resolución de los casos que la realidad siempre fluente fuera presentando, logrando al mismo tiempo una adaptación de la normativa romana a la realidad socio cultural del momento histórico que vivían.

La primera cuestión que se nos plantea en relación al principio general que contiene el brocado que comentamos es la de si éste ha de integrarse en el contexto de la metodología técnica utilizada por los glosadores como fruto de su abstracción, o si se trata de una simple glosa, vinculada fundamentalmente a un texto del *Codex*.

El análisis de la glosa acursiana, que aparece al margen del texto justinianeo, nos proporciona información relevante para el estudio de la tentativa a lo largo de la Edad Media; pero no nos aporta ningún argumento que de respuesta al interrogante de si se trata de una enunciación medieval o de si de alguna manera ya había sido formulado en los textos justinianeos.

2. En general, los romanistas actuales coinciden en señalar que este aforismo es plenamente congruente con el texto del *libri VI, De Cognitionibus, De Calistrato*, un fragmento del cual figura compilado en el *libro XLVIII del Digesto: Ad legem corneliam de sicariis et beneficis*⁹, texto que asocian a la punición de la tentativa¹⁰. En dicho fragmento, el jurista Calístrato nos da a conocer el contenido de un rescripto del emperador Adriano, cuyo texto no figura en la Compilación justinianea, pero del que sabemos la solución que adopta: *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*¹¹.

Calístrato era provincial, nacido en la parte oriental del Imperio¹². Vivió en la época de Antonino Caracalla (211-217) y de Alejandro Severo (222-235)¹³; conocedor de la normativa anterior, su referencia de Adriano (117-138), responde obviamente a una sólida formación jurídica.

No formó parte del *consilium principis*, y tuvo una amplia producción monográfica. Con todo no se le conoce ninguna obra específica que se refiera al derecho criminal¹⁴. Tan solo hace referencia al mismo en algunos libros de su obra *De Cognitioni-*

⁹ En relación a la *Lex Cornelia de sicariis et beneficiis*, Cf.: FIRA, Vol. I, p. 92. Dig. 48,8; Coll. 1,2,3.

¹⁰ R. DOMINGO y otros, *Principios de Derecho Global. Aforismos jurídicos comentados*. Navarra, 2003, p. 43, n.º 40. C. GIOFFREDI, «Su l'elemento intenzionale nel diritto penale romano», en *Studi Grossi* 3 (1970), p. 46. J. C. GENIN, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain (Contributio a l'étude de la subjetivité répressive à Roma)*. These pour le doctorat en droit. Lyon, 1968, pp. 233 ss. G. LONGO, «Il tentativo nel Diritto Penale romano», en *Annali-Genova* 16 (1977), pp. 1 ss.

¹¹ Dig. 48,8,14 (Callist., 6 *De cognitionibus*).

¹² M. BRETONE, *Tecniche e Ideologie dei giuristi romani*, 2.^a ed. Napoli, 1984, pp. 290 ss. No existen noticias exactas sobre la biografía de Calístrato. Cf.: R. BONINI, I «Libri de Cognitionibus» di Calistrato. *Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*. Vol. I. Milano, 1964, pp. 11 ss.

¹³ F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*. Firenze, 1968, p. 187. H. KOTZ, *PW. Suppl.* 3, p. 225.

¹⁴ F. SCHULZ, *op. cit.*, p. 462.

M.^a Eugenia Ortúñoz Pérez

*bus*¹⁵. Como se desprende de su título, el contenido fundamental de esta obra afecta a aspectos procesales, pero, en una parte del libro IV, en el libro V y en el libro VI —que es al que pertenece el fragmento en el que se alude al rescripto del emperador Adriano— trata de aspectos penales.

Calístrato muestra tener un conocimiento no vulgar de los principios de derecho penal, que, en su época, fueron continuación y reafirmación de los fijados por el emperador Adriano¹⁶, auténtico artífice, por obra de sus juristas, de una transformación que afectó a todos los ámbitos, y no solamente al jurídico, y que respondía a una consciente concepción universal del Imperio¹⁷.

La aportación de Calístrato se inscribe en la tarea de los juristas de su tiempo de integrar en el sistema normativo romano las nuevas disposiciones y reglas, que emanaban fundamentalmente de las constituciones imperiales¹⁸. Sostiene la vigencia de la constitución de Adriano, que había sido promulgada hacía más de un siglo y, dentro del ordenamiento jurídico de su tiempo, le atribuye valor vinculante, a la vez que adquiere una función paradigmática¹⁹ como principio jurídico aplicable más allá de lo que dio origen a su formulación.

En este contexto, cabe preguntarnos por la paternidad de esta *regula iuris*. ¿Fue obra del emperador Adriano o fue Calístrato quien la formuló en los términos en que aparece enunciada?

El propio Calístrato nos dice que la disposición de Adriano se halla en un rescripto. Estamos, por tanto, ante una disposición de carácter particular. Aunque no es imposible, no parece probable que el Emperador, al dar su disposición para resolver el problema que se le planteaba, pronunciara su decisión a través de principios²⁰. Y cabe también que lo alegara como argumento para apoyar la resolución del caso tratado en el rescripto. Al no conocer el tenor de dicho rescripto, tienen cabida estas y otras suposiciones.

¹⁵ R. BONINI, *op. cit.*, pp. 84 ss. y 97 ss. También, M. BRETONE, *op. cit.*, pp. 294 ss.

¹⁶ Y también demuestra su gran conocimiento de la legislación promulgada por Adriano y que aparece citada en diversas partes de sus obras. Así, a modo de ejemplo: *De iure fisci*, cuyos fragmentos figuran compilados en Dig. 49,14,2,1; Dig. 49,14,2,4; Dig. 49,14,3,6 y Dig. 49,14,3,9. En la obra *De quaestionum*: Dig. 5,1,47; Dig. 47,9,2 y Dig. 48,19,35. Y especialmente en *De Cognitionibus* solo en su libro VI alude a los supuestos que figuran en los fragmentos Dig. 48,15,6 pr.; Dig. 48,15,6,1; Dig. 48,19,28,6; Dig. 48,19,28,13 y 14 y Dig. 48,20,2. Cf.: G. GUALANDI, *op. cit.*, Vol. I, pp. 24 ss.

¹⁷ Con mucha frecuencia, se utilizaron los rescriptos sugeridos por los juristas del *consilium principis* y de la cancillería imperial para llevar a cabo una labor de adaptación a los nuevos planteamientos. Cf.: M. U. SPERANDIO, *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli, 1998, pp. 105-106, y, en especial, la bibliografía citada en nota 4, p. 106.

¹⁸ G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, Vols. I y II, Milano, 1963; en especial, Vol. II, pp. 159 ss.

¹⁹ G. GUALANDI, *op. cit.*, p. 169.

²⁰ Esta misma tesis la defiende R. Bonini y, además, excluye la posibilidad de que haya mediado alguna intervención justiniana en la elaboración de dicha máxima. Cf.: R. BONINI, *op. cit.*, p. 107.

Algunas consideraciones sobre la tentativa

En mi opinión, todo apunta que, la formulación del principio, es fruto de la actividad del jurista Calístrato²¹. Era una práctica habitual que los jurisconsultos, movidos por una finalidad eminentemente pragmática y por su afán de sintetizar, extrajeran de las constituciones imperiales máximas o principios generales, abstrayendo unas y otros de los casos concretos o de las específicas situaciones que propiciaban la intervención normativa imperial. Con ello se facilitaba que tales máximas o principios pudieran aplicarse a futuros casos semejantes, en los que, aunque no coincidieran exactamente los planteamientos fácticos, se planteara la misma cuestión jurídica de fondo²². Muchas de ellas fueron recopiladas por los juristas, integrándolas en sus obras, como pudo ser el caso de Calístrato.

3. Es importante captar cuál es la clave del enunciado de Adriano: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. Ello nos dará un mejor significado de su contenido.

Se alude al *maleficium* cuyo significado no siempre ha sido el mismo, al haber estado sujeto a una evolución que lo distingue de su significación primigenia. Lo cual ha incidido en la doctrina a la hora de interpretarlo. En algunos casos, se dice que se trata de una acción delictiva, referida al delito privado²³; en otros, se le atribuye un sentido general con cierto matiz retórico para designar un hecho criminal cualquiera que fuere su género. Lo evitan los clásicos para referirse a los delitos privados, excepto Gayo²⁴. Han sido precisamente los textos de este jurista²⁵ los que se han tomado en consideración para resaltar la equivalencia entre *delictum* y *maleficium* en la época clásica²⁶. Al igual que el *delictum*, *maleficium* indicaría un acto ilícito generador de obligaciones que es castigado por el *ius civile* con una pena privada. No obstante, en algunos textos cuya autenticidad ha sido cuestionada²⁷, y que ciertamente no son de Gayo, se utiliza el mismo término, confiriéndole otros significados, como es el caso en el que se le asimila a crimen²⁸ o en el que se cita a modo explicativo²⁹. En la época postclásica, se convierte en un tipo autónomo de acto ilícito: *ars malefica*³⁰. El análisis de la trayectoria seguida de la utilización jurídica del término³¹, en el ordenamiento jurídico, refleja una evolución acorde con la seguida por los *delicta* y los *crimina*.

²¹ M. BRETONE, *op. cit.*, pp. 456 ss. E. VOLTERRA, *Il problema del texto*, pp. 952 ss., citado por L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema della fonti del Diritto Romano*. Torino, 1990, pp. 135 ss.

²² En el mismo sentido, R. BONINI, *op. cit.*, pp. 107-108.

²³ F. GUTIÉRREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano*. Voz: *maleficium*, p. 398. V. ARANGIO RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, 4.^a ed. Trad. esp., Madrid, 1980, p. 206.

²⁴ A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1983, pp. 423 & 360.

²⁵ Cf. Gai, 3,88; 4,80; 4,182, entre otros.

²⁶ E. ALBERTARIO, «Maleficium», en *Studi di Diritto Romano*, Vol. III. *Obbligazioni*, pp. 199 ss.

²⁷ *Ibid.*, pp. 199 ss., en especial, pp. 204-205.

²⁸ Dig. 16,3,31 pr. (*Trupho. 9 Disput.*).

²⁹ Dig. 48,18,1,27 (*Ulp. 8 De off. proc.*).

³⁰ CJ. 9,47,16 (a. 314).

³¹ E. ALBERTARIO, *op. cit.*, pp. 199-208. Y también, voz *maleficium*, en H. HEUMANN-E. SECKE, *Handlexikon zu den Quellen der römischen Rechts*, Graz, 1971, p. 328.

M.^a Eugenia Ortúñoz Pérez

En la cita del emperador Adriano que hace Calístrato, *maleficium* aparece en el seno de una *regula iuris*. Lo cual da pie a que se le haya atribuido, con carácter general, una finalidad meramente recurrente, como la que tenía la propia regla, incluyendo en dicho término tanto los *delicta* como los *crimina*. En ello se basan los que afirman que aluden a un acto criminal, sea de naturaleza pública o de naturaleza privada. Esta amplitud habría que limitarla a la simple designación, descartando así que se haya incorporado al ordenamiento jurídico romano una noción general de acto ilícito penal³². Todo ello es acorde con la aplicación a esta parte del ordenamiento jurídico de la *cognitio extraordinem*, que acabaría por sustituir por completo al procedimiento republicano de las *quaestiones*, que había sido regulado definitivamente por Augusto³³. Desde la perspectiva penal, la aplicación del nuevo procedimiento implicaba la utilización de un sistema inquisitivo, en el que la pena era discrecional y que se imponía por el juzgador siguiendo las instrucciones imperiales, o, basándose en el criterio adoptado por el propio Príncipe al resolver algún caso precedente semejante.

Este es el contexto en el que hay que interpretar la máxima adrianea.

4. Se dice que debe atenderse a la voluntad y no al resultado. Esta regla tan concisa nos adentra en una problemática en la que el elemento volitivo se convierte en pieza fundamental del ilícito penal. El saber cómo se interpreta este elemento y en definitiva, el alcance que se le otorgó en la época clásica del derecho romano nos permitirá averiguar si efectivamente estaba en el pensamiento del emperador Adriano o en el del jurista que lo cita, el aludir a la tentativa, o si su planteamiento apuntaba a otra finalidad.

Adriano dejó atrás la concepción ejemplarizante de la pena, como pena monitoria, para instaurar un nuevo criterio³⁴ que se asentaba en un sistema punitivo basado en la proporcionalidad y en la concepción retributiva de la pena³⁵, en el que la responsabilidad del sujeto que ha cometido el acto ilícito se aísla del resultado efectivamente obtenido.

La doctrina actual se plantea el tema de cuál pudo ser el motivo o la justificación que llegó a provocar la determinación de este tipo de responsabilidad. No hay un criterio unánime al respecto. En contraposición a la punición ejemplarizante anterior, F. Casavola³⁶, al interpretar la disputa entre Africano y Favorino en Gellio 20, I, sitúa tal responsabili-

³² M. U. SPERANDIO, *op. cit.*, pp. 5 ss.

³³ Entre otros, V. ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 308 ss.

³⁴ Antes de las reformas del emperador Adriano, la persecución del acto ilícito penal había pasado de una defensa privada a la defensa por parte del grupo gentilicio. Defensa que paulatinamente se fue matizando fundamentalmente como consecuencia de la influencia de las creencias religiosas. Todo ello es fruto de diversos sistemas represivos acordes con los diferentes tipos de aplicación en Roma. Cf.: B. CASSINELLI, *Prospetto storico del Diritto Penale*. Milano, s/d., pp. 17 ss.

³⁵ F. CASAVOLA, *Giuristi Adrianei*. Napoli, 1980, p. 27. R. BONINI, *op. cit.*, pp. 97 ss., y pp. 105 ss. M. BRETONE, *op. cit.*, p. 295.

³⁶ F. CASAVOLA, *Cultura..., op. cit.*, pp. 149 ss.

Algunas consideraciones sobre la tentativa

dad en el seno de la concepción retributiva de la pena que aplica Adriano, mientras que M. Talamanca³⁷ entiende que la responsabilidad personal emerge de un contexto general que única y exclusivamente está en estrecha relación con la voluntariedad del acto y no en función del carácter de la pena³⁸.

En mi opinión, los planteamientos de ambos autores, al referirse a dos perspectivas distintas que presenta el mismo fenómeno, son complementarios y no se excluyen entre sí. El primero se refiere al modo de valorar la responsabilidad y el segundo alude al elemento que debe tenerse en consideración para hacerlo: la *voluntas*³⁹. Hasta Adriano se había tomado en consideración el *animus* y la *voluntas* del sujeto en función del *eventus*, como efecto producido por el acto ilícito. En cambio, a partir de lo dispuesto por dicho emperador, la valoración de estos dos elementos se disocia.

Se había llegado, pues, a un punto en el que, desde la perspectiva penal, el elemento subjetivo se había convertido en la pieza clave y esencial a la hora de determinar la responsabilidad⁴⁰. Y, en este sentido, ha de pensarse en la influencia de los retóricos romanos que se plantearon averiguar la existencia de la *voluntas nocendi* en el sujeto, dejando en segundo orden el efecto conseguido, como elemento objetivo del acto ilícito⁴¹, centrando su atención en la intención del sujeto⁴², vista ésta desde una perspectiva práctica⁴³.

Se abandona la responsabilidad objetiva por la que el autor responde del acto delictivo por el hecho de haberlo cometido, con independencia de cuál hubiere sido su voluntad y se da paso a la aplicación de la responsabilidad subjetiva⁴⁴. Ésta lleva a la delimitación del ilícito penal basada en la conciencia y voluntad del sujeto que realiza el acto, en contraste con lo que se realiza por imprudencia. Tal actitud no se halla formulada, en las fuentes, de manera general, sino que se aplica de manera puntual a determinados casos concretos. Se habían fijado los supuestos de imputabilidad⁴⁵.

³⁷ M. TALAMANCA, «Per la storia della giurisprudenza romana», en *BIRD* 19 (1977), p. 282.

³⁸ Por influencia de los teólogos neoescolásticos, en el s. XVI, la voluntad se convirtió en un elemento esencial del delito. Cf.: R. MORÁN MARTÍN, *op. cit.*, pp. 421 ss.

³⁹ En las fuentes del derecho romano clásico se utilizan diferentes términos para referirse a la intención del sujeto; así por ejemplo: *animus*, *mens*, *consilium*, *proposito*, etc. Cf.: C. GIOFFREDI, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁰ Con ello no se quiere decir que en la época arcaica no se diera el elemento subjetivo, sino que su valoración se hacía de forma distinta a la descrita, ni tampoco ocupaba un lugar de excelencia en sí mismo, sino que aparecía generalmente contemplado en la propia definición de la infracción. Cf.: A. LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, París, 1967, pp. 59 ss.

⁴¹ En las obras de los retóricos existen muchas manifestaciones de lo que acabamos de expresar. Vid., por ejemplo, el criterio de Quintiliano. DQ 281: *Numquam mens exitu aestimanda est*. Cf.: L. FRANCHI, *Il Diritto nei Retori Romani. Contributo alla storia dello sviluppo del Diritto Romano*. Milano, 1938, pp. 405 ss.

⁴² La claridad de este planteamiento no excluye que, en el lenguaje jurídico y en el de los propios retóricos, existieran no solo diversos términos para indicar la intención, sino que a éstos se les atribuyeran diversos sentidos o significados. En relación a los retóricos, puede consultarse, A. LEBIGRE, *op. cit.*, pp. 71 ss.

⁴³ F. LANFRANCHI, *op. cit.*, pp. 45 ss.

⁴⁴ C. GIOFFREDI, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁵ C. GIOFFREDI, *op. cit.*, p. 46 y p. 51.

M.^a Eugenia Ortúñoz Pérez

Se tienen en consideración la comprensión y la voluntad del sujeto en atención a la naturaleza de la infracción, tenga ésta carácter público o privado porque en cada caso la valoración de la voluntad es distinta⁴⁶. Tal consideración del elemento intencional sólo podría hacerse en un ámbito flexible como era el de la *cognitio extraordinem*.

5. La constitución del emperador Adriano, se encuadra en este contexto de la valoración de la responsabilidad desde el punto de vista subjetivo. En ella se trata de la punibilidad de la tentativa; entendida ésta como la actividad orientada a cometer un delito y que, por motivos ajenos a la voluntad del agente, no produce el resultado buscado⁴⁷. Supone, en el sujeto, una planificación que mira a conjuntar una serie de medios que se consideran aptos para llevar a cabo la acción delictiva.

En el derecho romano no se dibujó expresamente el *iter criminis*⁴⁸. Con todo, en la mayor parte de los actos delictivos llegaba a distinguir, al menos, de hecho: la *cogitatio*, la *actio* o el *agere* y el *eventus*⁴⁹, como elementos necesarios para que pudiera llegar a la punición. La intención del sujeto, su decisión interior, la *cogitatio*⁵⁰ para ser punible había de traspasar la esfera puramente mental y haberse manifestado al exterior en la conducta del sujeto⁵¹,

⁴⁶ A. LEBIGRE, *op. cit.*, pp. 70 ss.

⁴⁷ R. LAMBERTINI, voz *tentativo* (Dir. rom.), en *ED* 44 (1992), pp. 93-98. G. LONGO, «Il tentativo nel diritto penale romano», en *Annali Genova* 16 (1977), pp. 1 ss. Y, en especial, J. C. GENIN, *op. cit.*, pp. 2 ss., y 13. G. CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul Diritto Penale dei Romani*. Roma, 1972, pp. 143 ss. C. FERRINI, «Ancora sul tentativo nel diritto romano», en *Opere di Contardo Ferrini*. Vol. V. *Studi vari di diritto romano e moderno*. A cura di V. ARANGIO RUIZ, Milano, 1930, pp. 73-105.

⁴⁸ El *iter criminis* estaba perfectamente delimitado entre los juristas medievales. El primer enunciado obedece a Alberto Gandino, en su *Tractatus de maleficiis* (1286-1287). Edición crítica: H. KANTOROWICZ, *Abertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik: zweiter Band: die Theorie, Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer Einleitung*. Berlin und Leipzig. 1926. En relación a esta problemática, M. U. SPERANDIO, *op. cit.*, pp. 221 ss., y la bibliografía que se cita, en especial nota 2 a 9, pp. 222-223.

⁴⁹ Los juristas medievales al *eventus* lo denominaron *perficere*. Cf.: M. U. SPERANDIO, *op. cit.*, pp. 224-232.

⁵⁰ Dig. 48,19,18 (Ulp. 3 Ed): *Cognitionis poenam nemo patitur*. Dig. 2,2,1,2 (Ulp. 3 Ed). La interpretación del sentido del término *cogitatio* ha generado en la doctrina puntos de vista diversos. Así, T. Mommsen afirma que la *cogitatio* en el lenguaje jurídico se le atribuye un sentido distinto del que tiene en el latín clásico. Mientras en éste indica el pensamiento más íntimo, en aquel se refiere a la voluntad delictiva manifestada al exterior. Cf.: T. MOMMSEN, *Diritto penale romano*. Vol. I., pp. 110 ss. En cambio J.C. Genin considera que la de Mommsen es una opinión complicada que no se ajusta a la realidad, *cogitatio* afecta sólo al fuero interno del sujeto y, por lo tanto, no es punible. Cf.: J. C. GENIN, *op. cit.*, pp. 64 a 66. E. Costa define la *cogitatio* como aquella voluntad criminal manifestada por actos concluyentes de preordenación y de ejecución. Cf. E. COSTA, «Il conato criminoso nel diritto romano», en *BIDR* 31 (1.931), p. 25. Según H. P. Clöckner puede interpretarse, entre otros sentidos, como *voluntas*. Cf.: H. P. CLÖCKNER, *Cognitionis poenam nemo patibur (D. 48,19,18). Zu den Aufängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*. Frankfurt am Main. 1989, p. 51. M. U. SPERANDIO, *op. cit.*, pp. 61 ss.

⁵¹ Los clásicos, en opinión de Albertario y de Pringsheim, consideran a la expresión y a la intención como un todo unitario y no fue hasta la época bizantina cuando se escindieron ambos elementos. En contra de Lanfranchi, que entiende que lo que hay son diferencias entre el procedimiento clásico y, en concreto, el retórico y el procedimiento bizantino a la hora de valorar los elementos de los actos jurídicos, incluidos los

Algunas consideraciones sobre la tentativa

es decir, convertirse en una *actio*⁵². En sí mismo, el mero pensamiento no es punible, salvo en el delito de lesa majestad⁵³.

La *voluntas* o intención delictiva, juntamente con la realización de la *actio* es lo que permite valorar y, en su caso, imputar la responsabilidad penal. Es en esta fase del *iter criminis*, cuando puede plantearse el casuismo, en el sentido de constatar que el sujeto agente ha iniciado la ejecución del acto criminal, poniendo en funcionamiento todos los medios necesarios para lograr el fin pretendido, y que, por causas ajenas a su voluntad, el acto se interrumpe y, por tanto, no llega a conseguirse el *eventus*⁵⁴. El sujeto había realizado actos externos, directos, inequívocos e idóneos⁵⁵, todo lo cual indica que se ha dado comienzo a la ejecución. Este sería el caso de la tentativa.

En el mismo parámetro de responsabilidad pueden incluirse también los casos en los que el sujeto ha ejecutado por completo el acto delictivo, sin que, por causas independientes a su voluntad, consiga el resultado propuesto. Se trataría de lo que actualmente denominamos delito frustrado. En ambos casos —el de la tentativa y el del delito frustrado— existe un nexo común, que radica en la imperfección del resultado querido, diferenciándose sólo en que, en la tentativa únicamente ha habido un comienzo de la ejecución y en el delito frustrado la acción del sujeto ha sido completa, ha llegado a su fin, sin que, en ninguno de los dos casos, se consiga el *exitus*.

Con independencia de que se haya obtenido o no el resultado pretendido, el castigo de lo ilícito se fundamenta en la voluntad del sujeto. Esta es la misma, tanto si se trata de tentativa, como si se da frustración o también consumación: la voluntad del agente es la misma; en todos los casos existe la intención de cometer el acto. Lo cual provoca la siguiente responsabilidad penal, que se castiga como el delito consumado⁵⁶. Todo lo cual concuerda con la visión propia del derecho romano que, aunque distingue diversos tipos de delito, no procede a la gradación de las diversas formas de realización de la actividad delictiva que se hacen en nuestro derecho: tentativa, delito frustrado y delito consumado.

ilícitos, pero ello no es obstáculo para que en las dos épocas se valoraran los elementos constitutivos de la voluntad y de su manifestación. Recoge esta problemática, F. LANFRANCHI, *op. cit.*, pp. 116 ss.

⁵² En relación al elemento de ejecución o *agere*, Cf.: V. BRASIELLO, voz: *Tentativo (Diritto Romano)*, en *NNDI* 18 (1971), p. 1131.

⁵³ Dig. 50,16,53,2 (Paul, 59 Ed): *Consilium habuisse non nocet, nisi et factum secutum fuerit*. Sobre la preparación y la tentativa punibles, Cf.: G. P. FALCHI, *Diritto penale romano (Dottine generali)*. 2.^a ed. Padova, 1937, pp. 188 ss.

⁵⁴ El elemento esencial en la tentativa es la falta de voluntad del agente a la hora de interrumpir la ejecución y es el elemento que, en la dogmática moderna, permite diferenciarla del desistimiento, en el cual, es el propio sujeto el que se aparta del delito que había iniciado.

⁵⁵ Para valorar la idoneidad puede tenerse en cuenta la conciencia de un hombre medio. Cf.: G. LONGO, *op. cit.*, p. 1. G. P. FALCHI, *op. cit.*, pp. 134 ss.

⁵⁶ En este sentido: V. MOMMSEN, *op. cit.*, Vol. II, p. 342, nota 5. E. COSTA, *op. cit.*, pp. 20 ss. CHEVAILLER, «Contribution à l'étude de la complicité en droit pénal romain», en *NRH*, 4.^a serie, Vol. II, p. 313. R. BONINI, *op. cit.*, p. 106. M. TALAMANCA, *op. cit.*, pp. 284-285. J. C. GENIN, *op. cit.*, pp. 8 ss.

M.^a Eugenia Ortúñoz Pérez

La declaración del emperador Adriano sobrepone, entre los elementos constitutivos de la acción penal⁵⁷, el elemento psicológico al elemento material. El primero, conformado por la intención o voluntad ilícita⁵⁸ imputable al sujeto en concepto de dolo, o, en su caso, en el de culpa, se convierte en el criterio que valora y determina la responsabilidad penal. En cambio, el segundo, el *exitus* o *eventus*, como resultado efectivamente conseguido —el daño realmente causado— se sitúa, a partir de Adriano como un exponente de la responsabilidad objetiva, que es la que había primado hasta entonces. Responsabilidad objetiva que, antes de este emperador, estaba cubierta con la tipicidad del acto, asignándola al sujeto por el acto realizado, sin considerar el grado de intencionalidad. A partir de Adriano, se consideraba que debía ser castigada la voluntad delictiva del sujeto manifestada al exterior, ya fuera mediante el inicio o con la completa ejecución de un acto ilícito. Este mismo criterio de la responsabilidad subjetiva se aplicaba ya, antes de esta reforma, a los actos más graves⁵⁹ y esta circunstancia fue la que pudo haber llevado a los compiladores justinianos a incluir, en el libro 48 del Digesto, relativo a la *Lex Corneliae de sicariis et beneficiis*⁶⁰, el fragmento de Calístrato, que recoge lo dispuesto en el rescripto imperial.

Al utilizar Calístrato el rescripto de Adriano, dictado para resolver un caso concreto, para indicar las líneas fundamentales que ha de seguir la responsabilidad penal, no efectúa una construcción dogmática abstracta contraria a la metodología seguida por los juristas; lo que hace es interpretar el sentido de lo manifestado por el emperador, procediendo a la obtención de un principio que debe tenerse en cuenta en la valoración del elemento interno del acto delictivo. Con ello, Calístrato no hizo más que seguir una práctica común en los juristas de su tiempo.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La importancia del rescripto adrianeo, en el ámbito penal y procesal, gira en torno al criterio que debe seguirse para valorar la responsabilidad penal. Ésta debía basarse en la valoración subjetiva de la acción realizada por el sujeto delincuente, dejando atrás la

⁵⁷ Cf.: J. C. GENIN, *op. cit.*, pp. 9 ss. A. LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*. París, 1967, pp. 55 ss. No hubo de esperarse a la época clásica para que se valorara el elemento intencional, sino que en la época arcaica tal elemento estaba presente y aparecía definido en la propia infracción penal. Cf.: *Ibid.*, p. 59.

⁵⁸ En relación al análisis del elemento intencional y su progresiva precisión en el tiempo. Cf.: C. GIOFFREDI, *op. cit.*, pp. 37-53.

⁵⁹ C. GIOFFREDI, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁰ Esta ley fue promulgada por Sila en un momento muy delicado en el que trató de solucionar los problemas que planteaba la constitución republicana. Cf.: V. ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 235 ss., entre otros. La Ley de Sila sobrevivió a su contexto y a su época porque en ella se trataron los delitos de mayor gravedad, de tal forma que le llevó a convertirse en el derecho común de la represión en materia de muerte. Cf.: J. C. GENIN, *op. cit.*, p. 105.

Algunas consideraciones sobre la tentativa

práctica anterior basada en la responsabilidad por el resultado. Tal criterio es el que se manifiesta expresamente por el emperador. Y fue en el seno de este criterio valorativo donde se desarrollaron los supuestos de tentativa previstos para cada caso concreto y puntual respecto del ilícito penal. Probablemente se aplicó primero a los actos más graves, como parece indicar el rescripto adrianeo al tratarse de la norma que castigaba los actos que producían la muerte. Después, se fueron aplicando a otros ilícitos de menor trascendencia. De esta suerte, el emperador Adriano, sin pretender determinar de manera general la tentativa, delimitó un entorno que le fuera propicio.

En la Alta Edad Media se configuró el denominado «delito de tentativa»⁶¹, integrado por los actos constitutivos de tentativa de un delito que no llegó a consumarse; actos punibles en sí mismos⁶². Y también se distinguió entre la tentativa en el ámbito penal, y la tentativa en el ámbito civil⁶³. Todo ello estaba en sintonía con el criterio de los juristas medievales en relación a la ejecución de un acto ilícito penal. Se mantiene, en tiempo de los glosadores, la diferenciación romana entre *delicta* y *crimina*, a la que se incorpora una nueva distinción, la de los *delicta levia* y los *crimina atrociosa* y los *crimina atrocissima*⁶⁴. A tal distinción se unió la que se establecía entre *actus proximus* y *actus remotus*⁶⁵. Así el supuesto de homicidio y el caso de tentativa se sitúan entre los *actus remoti* y las lesiones se encuadran entre los *actus proximi*⁶⁶.

Las figuras jurídicas que han generado estas clasificaciones han sido desarrolladas y estudiadas por los juristas posteriores hasta enlazar con Beccaria y con las distintas codificaciones. En dicha evolución, la tentativa ha estado más o menos presente en cada una de las épocas y sociedades concretas, según primara la responsabilidad objetiva determinada por el resultado, más acorde con las sociedades menos desarrolladas, o la responsabilidad subjetiva, que castigaba la voluntad delictiva, manifestada al exterior con actos materiales. La delimitación de este segundo tipo de responsabilidad requería de una sensibilidad jurídica más depurada que se iba formando en sociedades con un cierto desarrollo.

El brocardo, *affectus punitur, etsi non sequatur effectus*, aunque comúnmente se le considera como el exponente del principio general en el que se reconoce la punición de

⁶¹ J. ORLANDIS, «Sobre el concepto de delito en el Derecho de la Alta Edad Media», en *AHDE* 16 (1945), p. 188, en especial, nota 169.

⁶² Este tipo de delitos fueron decayendo como consecuencia de la instauración de la figura proveniente de los derechos populares germánicos, del *consilium*, que consistía en el acuerdo adoptado entre diversas personas para atentar contra la vida de otra, sin haber iniciado la ejecución de ningún acto al respecto. Lo que era ilícito y constitutivo de represión penal era el mero acuerdo. Cf.: J. ORLANDIS, *op. cit.*, pp. 190-192.

⁶³ M. V. SPERANDIO, *op. cit.*, pp. 226 ss.

⁶⁴ P. CAVANNA, «Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano», en *Annali Genova* 9 (1970), p. 19. También citado por R. MARTUCCI, voz: tentativo (Dir. interm.), en *NNDI* 18 (1971), p. 100. M. V. SPERANDIO, *op. cit.*, pp. 225 ss.

⁶⁵ Dicha antinomia se atribuye a Iacopo Buttrigario (1275-1348). Cf.: R. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 102.

⁶⁶ P. CAVANNA, *op. cit.*, nota 25. M. V. SPERANDIO, *op. cit.*, pp. 225 ss.

M.^a Eugenia Ortúñoz Pérez

la tentativa, tiene un ámbito mayor, dado que, a tenor de la responsabilidad subjetiva, puede también incluirse en el mismo aquel acto ilícito ejecutado externamente, con independencia de que se haya obtenido o no el resultado pretendido y que, según terminología actual, denominaríamos delito frustrado.

Por lo demás, la enunciación del brocardo implicaba un cierto efecto disuasorio en cuanto que la simple tentativa también llevaba consigo una pena y con mayor razón lo que hoy denominamos delito frustrado.