

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Alicia Valmaña Ochaíta, “Represión penal de actividades relacionadas con la elaboración de *uenena*, *ueneficia* y *medicamenta* en el Derecho romano”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 19 (2022), pp. 643-2 (available at <http://www.glossae.eu>)

Represión penal de actividades relacionadas con la elaboración de *uenena*, *ueneficia* y *medicamenta* en el Derecho romano*

Criminal repression of activities related to the production of *uenena*, *ueneficia* and *medicamenta* in Roman law

Alicia Valmaña Ochaíta
Universidad de Castilla-La Mancha

ORCID iD: 0000-0001-8962-0588

Fecha de recepción: 23.10.2021

Fecha de aceptación: 11.1.2022

Resumen

La defensa de la salud colectiva en Roma llevó a considerar como actos ilícitos la elaboración de sustancias y brebajes en determinados casos. El conocimiento de las propiedades de plantas y sustancias animales para la fabricación de fórmulas con propiedades curativas se movió entre la religión y la técnica, sin olvidar los aspectos mágicos que rodearon algunas actividades. Esta ambivalencia está presente también entre el potencial carácter sanador o mortífero de estas elaboraciones, que se aprecia en la utilización de propia terminología. En este trabajo se podrá ver la regulación concreta que, a partir de la *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*, se hizo de estos casos y la ampliación que, a través de senadoconsultos, constituciones imperiales y de la interpretación jurisprudencial, se sustanció durante el Imperio a través de la exégesis de los textos más importantes en la materia.

Abstract

The defense of collective health in Rome led to consider the preparation of substances and concoctions as illicit acts in certain cases. Knowledge of the properties of plants and animal substances for the manufacture of formulas with curatives powers moved between religion and technical skills, without forgetting the magical aspects that surrounded some activities. This ambivalence is also present between the potential healing or deadly nature of these elaborations, which can be seen in the use of the terminology itself. In this work it will be possible to see the specific regulation that, from the *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*, was made of these cases and the extension that, through senate consults, imperial constitutions, and the jurisprudential interpretation, was substantiated during the Empire through the exegesis of the most important texts on the subject.

Palabras clave

uenena, *medicamenta*, *ueneficia*, *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*

Keywords

uenena, *medicamenta*, *ueneficia*, *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*

Sumario: 1. Introducción. Los antecedentes. 2. *Ueneficia*, *uenena*, *medicamenta*. Terminología y problemas relacionados. 3. Contenido de la *lex Cornelia* en relación con los *ueneficii* y el problema del dolo. Exégesis de D. 48, 8, 1; D. 48, 8, 3, 1; D. 48, 8, 3, 3; D. 48, 8, 7; D. 48, 8, 14. Apéndice bibliográfico

1. Introducción. Los antecedentes

La enfermedad y su tratamiento en la Antigüedad han seguido dos vías fundamentalmente: la que se acerca a ella desde un conocimiento que parte de una formulación práctica pero que tiende a la formulación teórica; y aquella que se basa en

un conocimiento en cierto modo ancestral y que se traslada de generación en generación a los miembros de la comunidad. La primera de estas vías dará como resultado un oficio/técnica que busca en la investigación, formación y transmisión del conocimiento, un desarrollo que va formalizándose a través de lo que llamaremos literatura médica y que está presente desde las culturas más antiguas¹. La segunda, que podemos denominar en lenguaje actual como conocimientos subalternos, queda circunscrita a un entorno mucho más reducido, transmitido por y entre personas que no tienen un conocimiento técnico, sino basado únicamente en una experiencia ancestral.

En Roma, la medicina popular estaría unida, en muchos casos, a la religión² y, más allá de esta, a la superstición; la propia recogida de las plantas estaría asociada al empleo de criterios mágicos-religiosos como sucedería cuando “una gran mayoría de cereales y de las plantas se recogen con la mano izquierda”, mano de los ladrones, al igual que el herborista sería como un ladrón que “comete hurto a expensas de la tierra”³. Esta idea del “hurto a la tierra” está ligada a concepciones religiosas: hay que tener presente, como señala Álvarez Miranda, que, en la religión romana, como religión de carácter nacional, “existe una “salud” colectiva, a cuya conservación tienden todos y cada uno de sus miembros, pero no tanto como personas individuales cuanto como ciudadanos, como

* Este artículo trata de derecho penal romano y también de terminología; no sería justa si no comenzara agradeciendo a Silvia Valmaña y a Ignacio J. García Pinilla su valiosa ayuda en materia de Teoría del delito y filología latina, respectivamente. Las conversaciones que hemos mantenido sobre algunos de mis planteamientos en los que necesitaba su confirmación o su corrección, han sido fundamentales a la hora de realizar algunas afirmaciones.

¹ Tanto en el mundo griego, como en el romano, la ciencia médica estuvo desarrollada como se puede deducir de los tratados de las distintas épocas; baste nombrar el *Corpus Hippocraticum*, en el que, junto a obras de Hipócrates, pudo haber otras; la *Materia Medica* de Dioscoride; Oribasio de Pérmago, con sus *Sinagogas médicas*; o Galeno, con *Commentarii ad Hippocratem o De simplicium medicamentorum temperamentis ac facultatibus*, por citar alguna de sus obras y por citar a alguno de los autores clásicos. No obstante, como práctica “profesionalizada” no podemos considerarla en los primeros siglos si estamos a lo señalado por Plinio, *nat. hist.*, 29, 5, 11: [...] *ceu uero non milia gentium sine medicis degant nec tamen sine medicina, sicuti populus Romanus ultra sexcentimum annum, neque ipse in accipiendis artibus lentus, medicinae uero etiam auidus, donec expertam damnauit*. Sobre la práctica médica en Roma, *vide*, por todos, Coppola, G., *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994, pp. 101 ss. y 159 ss. Sobre la medicina, en general, en Roma, *vide*, por todos y sin ánimo de exhaustividad, Penso, G., *La médecine romaine: l'art d'Esculape dans la Rome antique*, Paris, 1984; De Filippis Cappai, C., *Medici e medicina in Roma antica*, Torino, 1993; Núñez Paz, M. I., *La responsabilidad de los médicos en Derecho Romano*, Gijón, 1996; Mazzini, I., *La medicina dei Greci e dei Romani*, I. *Letteratura y Lingua*, Roma, 1997 y II. *Scienza*, Roma, 1997; Id., “Letteratura e medicina nel mondo antico”, *Supp.* 2011 “Medicina nei secoli: arte e scienza”, *Journal of History of Medicine*, Roma, 2011; Alonso Alonso, M. A., *Los médicos en las inscripciones latinas de Italia (siglos II a.C. - III d.C.): aspectos sociales y profesionales*, Santander, 2018. Si estos conocimientos conformaron una τέχνη o bien estuvieron alejados de ella a la constituir una técnica instrumental de un oficio concreto no cabe entrar en ello; Jaeger titula el libro cuarto de su *Paideia*, “El conflicto de los ideales de cultura en el siglo IV” y señala cómo ese libro “Se ocupa de la antítesis lógica a las fuerzas filosóficas de la época; a saber, aquellas fuerzas culturales que dependen de la experiencia práctica y del sentido común más que de los principios”, y comienza con la medicina griega como *paideia*, *Paideia: Los ideales de la cultura griega*, Madrid, 2017 (15ª reimp. Trad. J. Xirau y W. Roces de *Paideia. Die Formung des Griechischen Menschen*, Berlin, 1933); remito, en general, a las observaciones sobre *téchne* y *paideia* de Obarrio, J. A., “Paideia versus Utilitas”, *Revista General de Derecho Romano* 35 (2020), pp. 9 ss.

² En este sentido, por todos, Padovan, M., “Medicina e corpo tra privato e pubblico”, *Il corpo in Roma antica, Ricerche giuridiche* (L. Garofalo, cur.), I, Pisa, 2015, pp. 132 ss.

³ Marco Simón, F., “Topografía cualitativa en la magia romana”, *Memorias de historia antigua* 7 (1986), p.84.

miembros de un Estado al cual, en definitiva, corresponde la regulación de todo interés colectivo, y por tanto también este de la “salud” colectiva”⁴.

La defensa de la salud colectiva llevó a la consideración como acto ilícito la elaboración de sustancias y brebajes bajo determinadas circunstancias y su consiguiente persecución por parte del poder. Son paradigmáticos, en este sentido, los conocidos procesos públicos por envenenamiento que tuvieron lugar durante la República y en los que se fueron juzgadas un elevado número de mujeres: ciento setenta en el 331 a.C.⁵, más de dos mil en los procesos del 181 a.C.⁶

De los tres episodios me interesa, a los efectos de este estudio, el sucedido en el año 331 a.C. por dos razones, fundamentalmente. En primer lugar, la respuesta jurídica ante las muertes producidas fue la apertura de un proceso judicial⁷, en el que el hecho de ser mujeres las procesadas no fue obstáculo ya que, como señala Garofalo, estaba establecida la competencia de los ediles –curules o plebeyos- para incoar *iudicia populi* contra mujeres en los siglos centrales de la República, independientemente del tipo de delito del que se les acusara, ya fuera con connotaciones políticas o delitos comunes⁸. La referencia a *de ueneficiis... quaesitum est*, no hay que entenderla en el sentido de la existencia de un tribunal permanente que se encargase del conocimiento de este tipo de

⁴ Álvarez de Miranda, A., *Las religiones mistericas*, Madrid, 1961, p. 24.

⁵ Livio, VIII, 18, 10: *Comprehensae extemplo earum comites magnum numerum matronarum indicauerunt; ex quibus ad centum septuaginta damnatae*; Valerio Máximo, *fact. et dic. mem.* 2, 5, 1, 1: *Ueneficii quaestio et moribus et legibus Romanis ignota conplurium matronarum patefacto scelere orta est. Quae, cum uiros suos clandestinis insidiis ueneno perimerent, unius ancillae indicio protractae, pars capitali iudicio damnatae C et septuaginta numerum expleuerunt*; Orosio, 3, 10, con diferencias en la cifra, *At uero paruo exim tempore interiecto horresco referre quod gestum est. Nam Claudio Marcello et Ualerio Flacco consulibus incredibili rabie et amore scelerum Romanae matronae exarserunt. Erat utique foedus ille ac pestilens annus inflictaeque iam undique cateruatim strages egerebantur et adhuc tamen penes omnes de corrupto aere simplex credulitas erat, cum, existente quadam ancilla indice et conuincente, primum multae matronae ut biberent quae coxerant uenena compulsae, deinde, simul atque hausere, consumptae sunt. tanta autem multitudo fuit matronarum in his facinoribus consciarum, ut trecentae septuaginta damnatae ex illis simul fuisse referantur.*

⁶ Además de un tercer episodio en el 150 a.C., restringido a dos mujeres. Livio, *Per.* 48: *De ueneficiis quaesitum: Publilia et Licinia, nobiles feminae, quae uiros suos consulares necasse insimulabantur, cognita causa, cum praetori praedes uades dedissent, cognatorum decreto necatae sunt*; Valerio Máximo, *fact. et dic. mem.* 6, 3, 8: *Publicia autem, quae Postumium Albinum consulem, item Licinia, quae Claudium Asellum uiros suos ueneno necauerant, propinquorum decreto strangulatae sunt: non enim putauerunt seuerissimi uiri in tam euidenti scelere longum publicae quaestionis tempus expectandum. Itaque quarum innocentium defensores fuissent, sontium mature uindices extiterunt.*

⁷ El primero por envenenamiento de la historia de Roma, según Livio VIII, 18, 11: *neque de ueneficiis ante eam diem Romae quaesitum est.*

⁸ Garofalo, L., “La competencia a promuovere “*iudicia populi*” avverso donne”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 52 (1986), p. 455. El autor entiende que la ausencia de noticias sobre procesos populares contra mujeres antes del siglo III a.C. se debería a que estuvieron excluidas del *ius prouocationis* y por ello, privadas, al menos de hecho, de la posibilidad de ser procesadas *apud populo*, p. 474. Ciertamente, Livio señala que el edil curul es el que recibe la información de la esclava sobre la elaboración de los venenos y él, a su vez, es el que comunica a los consules, y estos al Senado, los hechos: son llevadas *in forum* donde beben el compuesto *cum submoto populo* y, a partir del momento en el que las matronas mueren es cuando las “cómplices” denuncian a un número elevado de matronas y se celebra un proceso por el que son condenadas setenta de ellas (Livio, VIII, 18, 4-109). Sobre las especiales circunstancias que rodean a los procesos contra mujeres *vide* Cascione, C., “*Matronae vocatae in ius* tra antico e tardoantico”, *Index* 40 (2012) pp. 238-243. *passim*, especialmente a las matronas.

delitos, que sólo llegará en el año 81 a.C. con la *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*, sino en referencia a que fue el primer juicio sobre envenenamiento que se dio en Roma⁹.

La información de Livio, no demasiado explícita en este punto, deriva hacia la consideración de la actuación de las mujeres más como un acto de locura que un acto criminal quizá porque en sus fuentes no encontrara más información; para referirse al ilícito, Livio habla de *muliebri fraude* (VIII, 18, 6), expresión que también usa para el ilícito cometido en el caso de envenenamiento del 181 a.C. (XL, 37, 4: *fraudis quoque humanae insinuauerat suspicio animis*); los hechos, también según Livio, fueron considerados un *prodigium* y, de hecho, se ofreció un *piaculum*¹⁰ para mantener la paz con los dioses a través del nombramiento de un magistrado extraordinario en la vida ciudadana. El *piaculum*, sacrificio expiatorio existente desde antiguo¹¹, en este caso se actúa a través del nombramiento de un *dictator clauis figendi causa*, que ejercería una de las posibles funciones para las que era nombrado un dictador con funciones limitadas a ciertos actos, normalmente de carácter político o religioso¹². Hay, por tanto, una necesidad de castigar el delito desde el punto de vista público, pero también la necesidad de aplacar a los dioses ante la comisión de un “acto de locura”; desde el punto de vista de la religión, no basta con la condena pública de los infractores, sino que, la ruptura de la *pax deorum* debe llevar aparejada una reparación a los mismos¹³ y, como señala Almansa, la purificación de la ciudad¹⁴, porque la ciudad, en cierto modo, se ha contagiado o participado del acto ilícito¹⁵.

En consecuencia, las muertes provocadas por la ingesta de estos brebajes, incluidas las de las mujeres que decidieron beber sus propios remedios, confiadas,

⁹ Aunque ya existieran tribunales extraordinarios nombrados por senadoconsulto y, posteriormente, mediante plebiscito. Vide, ampliamente Santalucía, B., *Derecho penal romano*, Madrid, 1990 (trad. J. Paricio y C. Velasco de *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1989), pp. 69 ss.

¹⁰ La palabra *piaculum* tiene un doble sentido, ya que aparece tanto como el acto ilícito que hay que expiar -*piaculum expiare*-, como el mismo acto de expiación, cuyo contenido sería, normalmente, el sacrificio de un animal y que, también en la mayoría de las ocasiones, estaría ligado a un acto contrario al *ius sacrum*; cfr. Daremberg, C.V. – Saglio, E., *Dictionnaire des antiquités grecs et romaines, s.u. piaculum*, 4. 1, 1877-1919, pp. 454-455. En este caso, el “acto de locura” -más que un acto criminal- que provocó las muertes, se consideró un *prodigium* y es lo que lleva a realizar el acto reparador: *Prodigii ea res loco habita captisque magis mentis quam consceleratis similis uisa* (Liv. VIII, 18, 11). Tomo las palabras de Montero para definir *prodigium* en el sentido de cualquier “hecho extraordinario, que suscita expectación, atención, sobrecogimiento y, en ocasiones, miedo”, aunque en el texto original no era esa la finalidad, Montero Herrero, S., “Del silencio augural al silencio ante el prodigio”, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*. Anejos, nº 19, 2007, p. 174.

¹¹ Por todos, Santalucía, B., “Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia”, *Le délit religieux*, Roma, 1981, pp.40 ss.

¹² Vide ampliamente, Torrent Ruiz, A., *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, Zaragoza, 1988, p.169. Relata Livio cómo, consultados los anales, se había descubierto que otro caso de *alienatas mentes* había sido la secesión plebeya y en ese caso se había optado por la solución del *dictator clauis figendi* (VIII, 18, 12).

¹³ El ilícito se configura como reparable a través de un *piaculum*, idea que se repetirá en los envenenamientos del 181 a.C.; *C. Seruilius pontifex maximus piacula irae deum conquirere iussus* (Liv. XL, 37, 1). Igualmente se considera un *prodigium* las muertes de varios hombres ilustres y se resuelve, además de con el *piaculum*, con una *quaestio* extraordinaria *ex senatus consulto* (XL, 37, 4). Es decir, los acontecimientos se desarrollan, aparentemente al menos, de una manera muy similar al 331 a.C.

¹⁴ Almansa Fernández, M., *El delito religioso en el sacrificio romano*, Madrid, 2019 (tesis doctoral disponible en abierto en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/59285/1/T41758.pdf>, rescatado el día 16 de marzo de 2022), p. 39.

¹⁵ En palabras de Scheid, el delito religioso necesita la mediación social; Scheid, J., “Le délit religieux dans la Rome tardo-républicaine”, *Le délit religieux*, Roma 1981, p. 166.

aparentemente al menos, en que eran inocuos, se consideró tanto un ilícito que merecía ser castigado desde el derecho penal, como un *prodigium* que indicaba la necesidad de purificación de la ciudad, desde el *ius sacrum*, ante una situación de *captis mentis* como ya había sucedido en la secesión plebeya -*alienatasque discordia mentes hominum*-. De hecho, y como resultado de la conjunción de las dos ideas, para autores como Reinach, se trató de una ordalía en la que las mujeres eran condenadas por el juicio de Dios -de los dioses, en este caso-, como en muchos otros pueblos primitivos existieron juicios de este tipo e, incluso, se mantuvieron en siglos posteriores en la civilización occidental¹⁶.

Sin embargo, pese a que en los dos casos de envenenamiento que he citado el punto en común es la elaboración de una serie de sustancias, esta no estaba castigada *per se*. La primera conclusión que se puede extraer de estos episodios republicanos es que sólo con el resultado de “muerte” se consideró punible la elaboración de sustancias. En realidad, la mujer se ha presentado en parte de la doctrina como agente de estas elaboraciones¹⁷, debido a la asociación de algunos cultos a las mujeres que habrían propiciado la generación de una actividad en torno al uso y fabricación de soluciones destinadas con mayor o menor fortuna a la sanación, como demuestra el conocidísimo texto de Macrobio en el que se relata la existencia de una farmacopea en el entorno del templo a la *Bona Dea*: *in aedem eius omne genus herbarum sit, ex quibus antistites dant plerumque medicinas, et quod templum eius virum introire non liceat*, cuyos ritos, como dice Rodríguez López, “nunca estuvieron exentos de sospecha”¹⁸. La dedicación

¹⁶ Reinach, S., “Una ordalie par le poison à Rome”, *Revue Archéologique*, Quatrième Série, t. 11, (1908), pp.240 ss.; referido a la virtud la mujer romana *casta*, J. Gagè también habla de ordalía al titular uno de los epígrafes “ordalies de chasteté et [...]”, *Matronalia. Essai su les dévotions et les organisations culturelles des femmes dan l’ancienne Rome*, Bruxelles, 1963, en p.144. Otros ven en estos episodios el miedo de los hombres ante una práctica común en las mujeres cual era la elaboración de estos remedios, Cantarella, E., *Passato Prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 1996, p.74; Herrmann explica este episodio también en clave feminista, en un intento de las mujeres de revertir los esquemas de poder de la sociedad romana del siglo IV a.C.; Herrmann, C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Bruxelles, 1964, p. 47.

¹⁷ La asociación mujer y veneno ha dado lugar a una amplia bibliografía. En realidad, esta relación siempre estuvo presente y comienza con la propia etimología de la palabra *uenenum*, que derivaría de *Uenus*; pero en relación con la fabricación de brebajes esta no estará asociada solo a las mujeres. Como recuerda Padovan, “Sin dalla nascita di Roma, infatti, fu prerogativa del *pater familias*, quale depositario di un sapere empirico da tramandare di generazione in generazione ai figli, intervenire in qualità di *medicus* nel caso di malattia dei familiari”, Padovan, M., “Medicina e corpo tra privato e pubblico”, p. 135. Me viene a la cabeza un texto de Valerio Máximo en el que se recuerda, con motivo de la creación de los juegos seculares que nacen como consecuencia de una peste de gran virulencia, la actuación de un agricultor llamado Valesio sanando a sus hijos -él o los dioses a los que luego celebra un *lectisternio* en agradecimiento por cada uno de los hijos curados-, toda vez que los médicos habían desistido de la curación *fact. et dict. mem., Valesius uir locuples rusticae uitae duobus filiis et filia ad desperationem usque medicorum laborantibus aquam calidam iis a foco* (II, 4, 4-5); creo que el texto puede reflejar bien una cultura en la que la curación dependía de remedios humanos y la creencia en los divinos, estando los primeros ligados, primitivamente, a la agricultura ejercida por los hombres, fundamentalmente.

¹⁸ Rodríguez López, R., *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, Madrid, 2018, p. 207, n. 595. Y no solo la *Bona Dea*, también *Carmenta* (Ovidio, *Fasti*, 1, 461ss; Dionisio de Halicarnaso, 1, 31; Plutarco, *Rom.*, 21, 4; Macronio, *Sat.*, 1, 7, 20, sin ánimo de exhaustividad en las fuentes; *vide*, por todos, la obra de referencia en esta materia, con bibliografía, Gagè, J., *Matronalia*, pp.158 ss. y, especialmente, 257ss.; y recientemente, Mastrocinque, A., *Bona Dea and the Cults of Roman Women*, Stuttgart, 2014 y Gatto, F., “Las sacerdotisas de *Bona Dea*: Condición social y aspectos organizativos del culto”, *Estudios de Arqueología, Prehistoria e Historia antiga, Achega dos novos investigadores*, (R. Cordeiro y A. Vázquez, eds.), Santiago de Compostela, 2016, para *Bona Dea*. Las actividades de fabricación de brebajes por parte de mujeres se encuentran relacionadas con distintos ritos y cultos; como apunta Gagè “certain breuvages étaient employés avec un visible honneur en des cultes féminins, comme

femenina a ritos de alabanza a la diosa¹⁹ se ha entendido como propia de matronas ilustres como resulta de distintos testimonios; sólo hay que ver el conocido caso de la introducción de Clodio en la casa de César disfrazado de mujer para camuflarse entre las matronas que estaban celebrando el rito que presidía la madre de César²⁰, aunque las clases bajas también tendrían su propio culto a la *Bona Dea*, como señala Pina Polo²¹. El caso de la intromisión de Clodio en los ritos celebrados en la casa de Pompeya y César terminó, como sugiere Scheid, con una acusación de incesto, delito religioso que, en este caso, podría comprenderse mal, aunque el delito habría estado ligado a la violación de la fiesta misma, del rito celebrado y *a fortiori*, relacionado con una violación de la castidad de las Vestales reunidas en un lugar secreto, de noche²².

La antigüedad y secretismo en torno a los ritos de la *Bona Dea* fueron ya considerados por los escritores antiguos²³; el hecho de que fueran propios de las mujeres pudo llevar a algunos a sospechar de esta práctica y, en general, de la actividad relacionada con la producción de sustancias. No obstante, ya hemos visto que se encuentran tanto a hombres como a mujeres dedicados a estas actividades; por otro lado, los remedios humanos son seguidos en numerosas situaciones de enfermedad y epidemias

produisant un effect favorable: tel devait être le cas aux Veneralia du 1^{er} avril [...] Le breuvage, à tort ou à raison, passit pour aphrodisiaque, et les femmes, en le prenant, imitaient leur déesse, pour laquelle ç'avait été le philtre de ses noces [...], *Matronalia*, p. 259.

¹⁹ Señala Schultz que se suele cometer el error de confundir rito con culto: mientras que el primero serían actos de alabanza privada que podían repetirse o no, el segundo sería el conjunto de todos los ritos celebrados -festivales, sacrificios y otras formas de alabanza-; Schultz, C., *Women's Religious Activity in the Roman Republic*, Chapel Hill, 2006, pp. 21-22 y 51. En relación con la *Bona Dea*, lo que se celebraba en diciembre eran ritos privados, y sólo esos serían propios de mujeres, no así el culto general a la diosa en el que la participación masculina estaría documentada, cfr. p. 169, n. 15.

²⁰ Cfr. Plutarco, *Caes.*, 9-10; Cicerón, *Att.*, 1, 14-16.

²¹ Pina Polo, F., “El escándalo de la Bona Dea y la impudicitia de P. Clodius Pulcher”, *Homenaje a José M^a Blázquez, III, Historia de Roma*, (J. Mangas y J. Alvar, eds.), 1996, p. 284.

²² Scheid, J., “Le délit religieux dans la Rome tardo-républicaine”, pp. 131-132. La presencia de las Vestales se concretaría en “una celebración con banquete sacrificial, dedicado a una diosa que representa los valores femeninos, compartido con las matronas, pero bajo unas condiciones específicas, con nocturnidad y con la exclusión absoluta de varones”, Pavón, P., “La mujer en la religión romana: entre la participación y la marginación”, *Hijas de Eva: mujeres y religión en la Antigüedad*, (E. Ferrer-A. Pereira Coords.), Sevilla, 2015, p. 134. Sobre el hecho y el proceso, *vide* ampliamente, con bibliografía, Venturini, C., *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, pp. 165 ss. Como señala este autor, el senado recaba, en primer lugar, la opinión de los colegios sacerdotales -Vestales y Pontífices-, en una actuación de carácter prejudicial, por tanto, el hecho de la entrada de Clodio en la casa de César durante el desarrollo del culto, no viene “automaticamente configurata una profanazione dei misteri stessi tale da giustificare la proposta immediata di procedure repressive, bensì un episodio inedito, la cui portata e la cui gravità dal punto di vista religiosi dovevano essere accertate”, p. 168. Mastrocinque analiza la posibilidad de que en la elegía 5 (libro III) del *Corpus Tibullianum* se estuviera aludiendo a la prohibición de los cultos de la *Bona Dea* a los hombres, algo que se ha afirmado por diferentes editores del *Corpus*; en concreto se hablaría del castigo reservado al hombre que los presenciara, aunque el autor señala las dificultades para esta interpretación, Mastrocinque, *Bona Dea and the Cults* p. 54, n. 116. Los versos en cuestión son: *Non ego temptavit nulli temeranda uirorum/audax laudandae sacra docere deae*. Hay referencias explícitas a la *Bona Dea* en otra elegía: *Exibit quam saepe, time, seu uiscere dicet/Sacrae Bona maribus non adeunda Deae/ At mihi si credas, illam sequar unus ad aras;/Tunc mihi non oculis sit timuisse meis* (I, 6), donde, si bien se señala la prohibición hacia los hombres, no se indica la sanción en la que se incurriría.

²³ Así, Cicerón, *Har.* 37: *Sacrificia uetusta occultaque minus diligenter facta pollutaque [...] quod autem tam occultum quam id quod non solum curiosos oculos excludit sed etiam errantis, quo non modo improbitas sed ne imprudentia quidem possit intrare? quod quidem sacrificium nemo ante P. Clodium omni memoria uiolauit, nemo umquam adiit, nemo neglexit, nemo uir aspicere non horruit, quod fit per uirgines Uestalis, fit pro populo Romano, fit in ea domo quae est in imperio, fit incredibili caerimonia, fit ei deae cuius ne nomen quidem uiros scire fas est, quam iste idcirco Bonam dicit quod in tanto sibi scelere ignouerit.*

como confirman las fuentes²⁴: en la primera de década del *ab urbe condita* de Tito Livio se encuentran referencias expresas a los remedios humanos en III, 6 y 7, para el año 472 a.C., donde se relata cómo la epidemia se extiende debido a los cuidados mutuos -*ministeriaque in uicem ac contagio ipsa uolgabant morbos*-, lo que implica una actividad en este sentido; y en Livio VII, 1-3, para la epidemia del año 365 a.C., en la que, durante los dos primeros años, sólo se actuó con remedios humanos -*nec humanis consiliis*-.

La segunda razón por la que es interesante el suceso del 331 a.C. es porque en él ya aparecen recogidas, al menos en cuanto a sus términos, las sustancias: *ueneficia*, *uenena* y *medicamenta*.

Del valor y contenido de los términos y de la respuesta del derecho penal romano a las actividades relacionadas con su elaboración, venta y dispensación me voy a ocupar en las páginas siguientes. Las expresiones utilizadas en textos históricos, literarios y jurídicos para referirse a lo que se puede denominar en sentido amplio, fórmulas magistrales, son variadas, aunque destacan, especialmente, las citadas por ser las más frecuentes, pero también por ser unos términos que, en muchos casos, presentan una dualidad de significados tan radical, que se presentan como antagónicos y al mismo tiempo, aparecen, a menudo, utilizados indistintamente²⁵. Lo mismo sucede con el término *pharmakon*. La dualidad la encontramos también en el *pharmakos* ateniense, víctima propiciatoria que servía para purificar a la comunidad en el caso de algún tipo de infortunio se inserta en el campo semántico de *pharmakeia* que, todavía en nuestros días, es remedio y veneno, solución y problema²⁶.

2. *Ueneficia, uenena, medicamenta*. Terminología y problemas relacionados

En el lenguaje de los historiadores romanos los términos *ueneficia*, *uenena* y *medicamenta* se utilizan indistintamente para significar las elaboraciones producidas siguiendo una cierta técnica basada en conocimientos más o menos ancestrales y esa actividad, por sí misma, no se considera delictiva. Sin embargo, también aparece la fungibilidad de los términos en relación con comportamientos que, *per se*, son ilícitos o inmorales: en los casos de aborto los términos *uenena* y *medicamenta* se utilizan

²⁴ Como muestra, la *uilica* de Marcial, quien en uno de sus epigramas habla sobre cómo su casera le ha traído hierbas y verduras del huerto que sirven tanto como remedios naturales para ciertas dolencias, como para preparar un banquete (*Exoneraturas uentrem mihi uilica maluas/Adtulit et uarias, quas habet hortus, opes./In quibus est Lactuca sedens et tonsile porrum,/ Nec deest ructatrix menta nec herba salax/*, 10, 48); o el caso del agricultor Valesio antes visto, pero los ejemplos son numerosos.

²⁵ Resume a la perfección esta idea, el título del artículo de Pennacchio, C., “Farmaco un Giano bifronte. Dei veleni e medicamenti, ovvero breve storia di un ossimoro”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 80 (2014) pp. 117-169.

²⁶ Vide ampliamente la tesis de Derrida, J., *La dissémination*, Paris, 1972 sobre el *pharmakon* que resumo en una de sus frases: “Pharmacée (*Pharmakeia*) est aussi un nom commun qui signifie l’administration du *pharmakon*, de la drogue: du remède et/ou du poison. «Empoisonnement» n’était pas le sens le moins courant de «pharmacée»”, p. 78 y, especialmente, a partir de la p. 108. En la misma línea Girard, R., *La violencia y lo sagrado*, Barcelona, 1995, (trad. J. Jordá de *La Violence et le sacré*, Paris, 1972), que sostiene que el *pharmakos* tiene “[...] una doble connotación; por una parte, se le ve un personaje lamentable, despreciable y hasta culpable [...] se le rodea, por otra parte, de una veneración casi religiosa; desempeña el papel principal en una especie de culto. Esta dualidad refleja la metamorfosis de la que la víctima ritual [...] debiera ser el instrumento; debe atraer sobre su cabeza toda la violencia maléfica para transformarla, mediante su muerte, en violencia benéfica, en paz y en fecundidad”, p. 103. Sobre el rito de los *pharmakoi* y su naturaleza sacrificial, vide por todos, Daremberg-Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecs et romaines, s.v. Thargélia*.

indistintamente para referirse a las elaboraciones que tomaban las mujeres para procurar la muerte del feto, así como la actividad de las mujeres que las facilitaban; sirvan como ejemplo, los versos de Ovidio, en *Amores*, 2, 14, cuando reprocha a las jóvenes el dar veneno a sus hijos no nacidos, entre otros medios, para abortar:

*Quid plenam fraudas uitem crescentibus uuis,
pomaque crudeli uellis acerba manu?
sponte fluant matura sua—sine crescere nata;
est pretium paruae non leue uita morae.
uestra quid effoditis subiectis uiscera telis,
et nondum natis dira uenena datis?*

y la referencia que encontramos en Cicerón en la que el término empleado es *medicamenta: quod ab heredibus [secundis] accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam* (pro Cluen., 11, 32)²⁷.

El texto de Cicerón es incorporado por Trifonino en *Disp.* 10 y recogido en D. 48, 19, 39 para relacionarlo con un rescripto de Septimio Severo y Antonino Caracalla donde se señala la pena de destierro temporal (*temporal exilio*) para la mujer que se hubiere violentado las entrañas -*qua uisceribus suis post diuortium, [...] uim intulerit [...]*-²⁸; el texto de Cicerón, bien estudiado por la doctrina, únicamente difiere de la solución dada por el rescripto imperial en la pena impuesta a la mujer que, como ha señalado Mentxaka, vendría dada por la diferente legislación de Mileto y Roma²⁹.

Esto es importante porque lo que el término no explica por sí mismo, lo hace el contexto o los adjetivos: es proverbial, en este sentido, el fragmento de Livio, VIII, 18 sobre el proceso por envenenamiento del 331 a.C., en el que, como señala Monaco, *uenena*, que es la expresión que utiliza la esclava delatora, tiene una connotación negativa; *medicamenta*, expresión utilizada cuando se relata el hallazgo de las pócimas, neutra; y *medicamenta salubria*, expresión utilizada cuando las denunciadas toman su propio brebaje, claramente positiva³⁰. Pero no es el único; sólo voy a citar algún ejemplo.

Ovidio utiliza la palabra *medicamina* para titular una de sus obras. Se trata de una obrita en la que el poeta da consejos a las mujeres sobre la elaboración y composición de ungüentos y remedios, en una especie de ciencia médico-cosmética; de hecho, en alguna de las traducciones existentes, la obra se titula “Cosméticos para el rostro femenino”³¹.

²⁷ Los medios utilizados fueron variados, pero, sin duda los que inducían el aborto por vía oral a través de elaboraciones farmacológicas o pseudo farmacológicas (también por vía vaginal), debieron ser muy frecuentes. *Vide*, por todos, Nardi, E., *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971, para Grecia, aunque no debió ser muy diferente en Roma, no faltando las “canciones mágicas” que, se esperaba, coadyuvaran al resultado, pp. 57 y 137, citando a Platón (*Teeto*, 149).

²⁸ Nardi entiende que el destierro sería la innovación legislativa imperial que por primera vez castigaría el aborto, haciendo competentes a los *praeses prouinciae*, y que esta sanción se uniría al divorcio -en el caso visto el divorcio habría sido la causa del aborto al no querer la mujer dar un hijo al marido- y la pérdida de la dote -un sexto- en favor de los hijos, *Procurato aborto*, pp. 424 ss.

²⁹ Mentxaka, R., “El aborto en el derecho romano: Consideraciones sobre las fuentes jurídicas clásicas”, *Estudios Deusto*, Vol. XXXI, nº 70 (1983), p. 310.

³⁰ Monaco, L., “Veneficia Matronarum. Magia, Medicina e Reperessione”, *Sodalitas: Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. 4, Napoli, 1984, p. 2016.

³¹ Pociña, A.-López, A., *Publio Ovidio Nasón. Cosméticos para el rostro femenino (Introducción, Revisión del texto, traducción y notas)*, Madrid, 1977; sobre los distintos títulos que ofrecen los autores, *vide* págs.6-8, decantándose estos autores por el título latino *Medicamina faciei femineae*, que seguimos.

La palabra *medicamina* puede traducirse por medicamento o remedio, en general, y así se encuentra también en textos de Tácito en el que se habla de los ungüentos de naturaleza curativa que llevaba el emperador Tiberio para curar sus úlceras en la cara (*Ann.* 4, 57: *ulcerosa facies ac plerumque medicaminibus interstincta*); pero también como veneno, como la pócima venenosa que le dieron a Claudio (*infusum delectabili cibo boletorum uenenum, nec uim medicaminis statim intellectam,*” *Ann.*, 12, 67, donde aparecen tanto la expresión *uenenum* como *medicamina*); o como abortivo, en Juvenal (*Tantum artes huius, tantum medicamina possunt/ quae steriles facit atque homines in uentre necandos/conducit, Sat.*, VI, vv. 595-597)³².

En los textos jurídicos tenemos la misma mecánica:

El conocidísimo texto de Gayo, en D. 50, 16, 236, *pr.*, señala la ambivalencia del término *uenenum*, que remonta a un pasaje de Horacio en el que se haría la misma distinción: *Qui «uenenum» dicit, adiicere debet, utrum malum, an bonum; nam et medicamenta uenena sunt, quia eo nomine omne continetur, quod adhibitum naturam eius, cui adhibitum esset, mutat. Quum id, quod nos uenenum appellamus, Graeci φάρμακον dicunt, apud illos quoque tam medicamenta quam quae nocent, hoc nomine continentur: unde adiectione alterius nomine distinctio fit [...].*

Es decir, los adjetivos *bonum/malum* son necesarios para dar a la palabra el sentido positivo o negativo³³, a diferencia de lo que sucede en la lengua española actual, por ejemplo, en la que la palabra *medicamento* tiene una clara connotación positiva y *veneno*, negativa³⁴.

Esta percepción de la equivalencia entre los términos se encuentra en otros textos. Los juristas clásicos, comentando la *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*, recogen esta idea señalando expresamente que la palabra *uenenum* es neutra o común (*nomen medium est*) y hace referencia tanto a los que sirven para sanar como a los que sirven para matar, incluyendo los amatorios³⁵, en lo que, considero, es una ejemplificación que lleva hasta

³² Höbenreich incluye expresamente dentro de los *uenena* los que puedan tener finalidad cosmética: “occorre osservare che le fonti letterarie adoperano *venenum* in un'accezione ampia, per significare il veleno, il medicinale, l'incantesimo, il cosmetico e l'afrodisiaco”, donde los filtros amorosos tendrían un puesto especial en las fuentes retóricas, Höbenreich, E., “Due senatoconsulti in tema di veneficio (Marcian. 14 inst. D. 48.8.3,2 e 3)”, *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, 208, 1988, p. 78. Como señala la autora, en las fuentes se entiende por *uenena* no solo los que tienen la capacidad de causar la muerte, sino también todos aquellos que puedan producir una alteración en el natural funcionamiento de los organismos, n. 9.

³³ Pennacchio introduce una idea muy interesante, en mi opinión, cuando pone el foco en la frase de Gayo según la cual *medicamenta* y *uenena* cambian de naturaleza en función del fin para el cual van a ser utilizados; Pennacchio C., “Fármaco, un Giano bifronte. Dei veleni e medicamenti, ovvero breve storia di un ossimoro”, p. 133.

³⁴ RAE, *s.u. Medicamento*: 1. m. Sustancia que, administrada interior o exteriormente a un organismo animal, sirve para prevenir, curar o aliviar la enfermedad y corregir o reparar las secuelas de esta. Más claro, todavía, el sentido peyorativo de la voz *veneno*: 1. m. Sustancia que, introducida en un ser vivo, es capaz de producir graves alteraciones funcionales e incluso la muerte. 2. m. Cosa nociva a la salud. 3. m. Cosa que puede causar un daño moral. 4. m. Sentimiento negativo, como la ira o el rencor.

³⁵ Estoy con Nardi, *cit.* p. 457, en la consideración de los *pocula amatoria* como *mala medicamenta/mala uenena*. Höbenreich entiende que la equiparación de un afrodisiaco a un veneno en Quintiliano, *inst.*, 8, 5, 31, y 7, 8, 2, se presenta demasiado artificiosa, “Due senatoconsulti in tema di veneficio (Marcian. 14 inst. D. 48.8.3,2 e 3)”, p. 78, n. 9. El texto es el siguiente: *Occidisti uxorem ipse adulter; non ferrem te etiam si repudiasses" divisio est. "Uis scire uenenum esse amatorium? Uiueret homo*

sus últimas consecuencias la “neutralidad” del término: *Eiusdem legis Corneliae de sicariis et ueneficis capite quinto, qui uenenum necari hominis causa fecerit, uel uendiderit, uel habuerit, plectitur [...]* 2. *Adiectio autem ista “ueneni mali”, ostendit esse quaedam et non mala uenena. Ergo nomen medium est, et tam id, quod ad sanandum, quam id, quod occidendum paratum est, continent, sed et id, quod amatorium appellatur* (D. 48, 8, 3, *pr.* y 2, Marciano). Como se verá, los juristas pondrán en la finalidad/intencionalidad la clave para considerar la punibilidad de la acción.

Esta ley Cornelia, como es sabido, constituyó una de las *quaestiones perpetuae* creadas por Sila a partir de la *lex Cornelia Iudiciaria* del 81 a. C.; Sila promovió primero una *lex Cornelia iudiciaria*, por la que establecía el sistema de la composición de los tribunales y luego reorganizó o creó nuevos tribunales para juzgar delitos concretos, entre los que se encuentra el conformado por la citada ley sobre los asesinos y los envenenadores. Para algunos autores, ya existía probablemente un tribunal permanente para los envenenamientos y lo que hizo Sila fue unificar en uno los dos existentes *de sicariis* y *de ueneficis*³⁶, y sobre ella planea de manera mayoritaria, entiendo, la idea de haber sido una ley coyuntural “para proveer las necesidades excepcionales y extraordinarias” en la que “algunas de sus disposiciones se explican, solamente, con tal intención y carácter”³⁷.

Más problemas ha suscitado en la doctrina la intitulación de la *lex Cornelia*. El debate se centra en si se hubiera utilizado el término *ueneficis*, que es como normalmente aparece recogido en los textos, o *ueneficiis*; es decir, se trata de saber si la ley hablaba de los asesinos y envenenadores o de los asesinos y de los envenenamientos; Santalucia entiende que es más lógico que la ley hablara de los sujetos activos del delito (sicarios y envenenadores) antes que del delito (envenenamiento)³⁸. Desde la perspectiva contraria, la lectura de *ueneficiis* fue defendida por Cloud; se apoya, como fuentes principales, en

nisi illud bibisset” argumentum est y Sit enim lex: “Uenefica capite puniatur. Saepe se uerberanti marito uxor amatorium dedit, eundem repudiavit: per propinquos rogata ut rediret non est reuersa: suspendit se maritus. Mulier ueneficii rea est”, respectivamente. La autora señala que la consideración negativa de los pocula amatoria vendría dada por su ineficacia, al margen de poder ser nocivas para el que las tomara, pp. 80-8, como habrá ocasión de ver.

³⁶ Por todos, Miglietta, M., *Servus dolo occisus. Contributo allo studio del concorso tra actio legis Aquiliae e iudicium ex lege Cornelia de sicariis*, Napoli, 2001, p. 9, n. 11; p. 37, n. 80 y p. 39, n. 84. Podría haber reformado la *lex Sempronia*, del 123 a.C., cfr. Rotondi, G., *Leges publicae populi romani*, Hildesheim, 1990, p. 357. A partir de ahora todas las referencias que haga a la *lex Cornelia* lo serán, evidentemente, a la *lex Cornelia de sicariis et ueneficis* y no al resto de *leges* que instauraron las restantes *quaestiones*.

³⁷ Ferrini, C., *Derecho penal Romano*, Madrid, 2017 (trad. Pérez Alonso/Rozas/San Juan/Tirado de *Esposizioni storica e dottrinale del diritto penale romano*, Milano, 1905), p. 350. El autor no solo ve el carácter coyuntural de la ley sobre los *sicarii*, bandas armadas que ponían en peligro la paz social, sino también en los envenenamientos cuyo abuso “en este periodo de la historia de Roma, roza lo increíble”, p. 354. Sobre la finalidad de la ley, por todos, Polara, que entiende que a Sila le impulsó la exigencia y el deseo de tener un instrumento legislativo que garantizara al dictador en el futuro frente a cualquier violencia de sus adversarios, en el que la técnica jurídica cedería frente a la impronta claramente política de la ley; Polara, G., “Marciano e l’elemento soggettivo del reato”, *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano*, 16, 1974, pp. 100-101. No hay duda de que la *lex* estaba claramente influida por las circunstancias políticas y sociales; solo hay que pensar en la excepción que operaba en favor de aquellos que dieran muerte a cualquiera que estuviera en la lista de proscripciones: *Nec obtinuit aduersante optimatum factione: quorum auctoritatem ut quibus posset modis in uicem deminueret, tropaea Gaii Marii de Iugurtha deque Cimbris atque Teutonibus olim a Sulla disiecta restituit atque in exercenda de sicaris quaestione eos quoque sicariorum numero habuit, qui proscriptione ob relata ciuium Romanorum capita pecunias ex aerario acceperant, quamquam exceptos Corneliis legibus* (Suetonio, *Caes.*, 11).

³⁸ Santalucia, B., *Studi i Diritto penale romano*, Roma, 1994, p.118.

Cicerón, *Rosc. Am.* 90; *de orat.* II, 105 y Tácito, *Ann.* II, 17, además de las secundarias entre las que se encontrarían todas las alusiones que hace Livio en los textos que he citado sobre los envenenamientos en la República y en otros en los que se relatan otros procesos por envenenamiento. La conclusión fundamental de Cloud es que la lengua legal contemporánea utilizaba *ueneficiis*, por lo que habrá que darle ese dictado³⁹. A falta de otros argumentos, es cierto que en los textos literarios se utiliza la dicción *ueneficiis*, mientras que, en los jurídicos, *ueneficis*.

Por otro lado, las razones de Santalucia no parecen demasiado firmes; hay que tener en cuenta que la *lex Cornelia de sicariis et ueneficis* supuso una especie de cajón de sastre en el que cabían distintos ilícitos⁴⁰: en ella estarán incluidos tanto el *ambulare cum telo* con la intención de matar a alguien o de cometer un robo, como auténticos delitos en grado de consumación; en los casos de tenencia de *ueneficii* se necesita también la intención de matar para que dicha tenencia sea considerada punible, como en el caso del *ambulare cum telo*⁴¹. La exigencia de la intencionalidad me lleva a pensar que se hacía referencia a los envenenamientos y no a los “envenenadores”; los *uenefici* podían ser envenenadores si tenían el veneno con la intención de causar la muerte, pero ser “drogueros”, si la finalidad era para su uso terapéutico. Dicho de otra manera, la acepción de “envenenador” vendría dada por el contexto, pudiendo ser *ueneficis* una palabra que designa una actividad, también en principio neutra. El título de la ley, no “criminalizaba”

³⁹ Cloud, J. D., “How did Sulla style his law de Sicariis?”, *The Classical Review* Vol. 18, n° 2 (1968), p. 141. El error, según este autor, vendría dado por la lectura del manuscrito utilizado por Mommsen en su edición del Digesto y de su *Strafrecht* o, quizá más probable para él, por la utilización de la forma en -is por parte de los juristas del siglo II y III o un estadio posterior de la compilación (p. 141).

⁴⁰ El contenido de la ley aparece recogido en un texto de Marciano en D. 48, 8, 1, *pr.* y 1, en el que se integran todos los ilícitos que llevaban aparejada la constitución de una *quaestio*: *Lege Cornelia de sicariis et ueneficis tenetur, qui hominem occiderit: cuiusue dolo malo incendium factum erit: quiue hominis occidendi furtiue faciendi causa cum telo ambulauerit: quiue, cum magistratus esset publico iudicio praecesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteretur, ut quis innocens conueniretur condemnaretur. 1. Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa uenenum confecerit dederit: quiue falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur: quiue magistratus iudexue quaestionis ob capitale causam pecuniam acceperit ut publica lege reus fieret.*

Además del ir armado por la ciudad con finalidad homicida o de robo, perpetrado por las bandas organizadas -de ahí el nombre de *sicarii*-, y del incendio doloso, también se recogía el homicidio propiamente dicho, diversos comportamientos relacionados con los venenos en los que concurriera la voluntad de matar, y diferentes prácticas relacionadas con la administración de justicia, dirigidas a procurar una condena injusta (desde falso testimonio, hasta prevaricación, pasando por otro tipo de conductas). Al comentario sobre la ley se dedica el título 8 del libro 48 del Digesto.

La utilización de dos verbos distintos en el fragmento de Marciano *occidere* para las hipótesis cruentas, *necare* para el veneno, hace pensar a Miglietta, M., *Servus dolo occisus*, p. 37, que se estaría ante la reunificación de dos *quaestiones* anteriores distintas. No obstante, en *Coll.* 1, 3, se utiliza *necandi causa* para el *ambulare cum telo* y parece que, si seguimos a Dell’Oro, A., *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, p. 157 este texto recogería literalmente el de la ley; así al menos, lo deduce el autor a partir de la utilización de la expresión *et reliqua*: *Ulpianus, de officio proconsulis, 1, 7. — Capite primo legis Corneliae de sicariis cauetur ut is praetor iudexue quaestionis cui sorte obuenerit quaestio de sicariis, eius quod in urbe Roma propiusue mille passus factum sit, uti quaerat cum iudicibus, qui ei ex lege sorte obuenerint, de capite eius, qui cum telo ambulauerit hominis necandi furtiue faciendi causa hominemue occiderit cuiusue id dolo malo factum erit, et reliqua. relatis uerbis legis, modo ipse loquitur Ulpianus.* Hay que recordar que Festo (L. 191) señala la diferencia entre los dos verbos: *Occisum a neccato distinguitur. Nam occisum a caedendo dictum, necatum sine ictu.*

⁴¹ Expresamente, para *ambulare cum telo*, la interpretación de Ulpiano acogida en *Coll.* 1, 3, 2: *Hace lex non omnem, qui cum telo ambulauerit, punit, sed eum tantum, qui hominis necandi furtiue faciendi causa telum gerit, coerces.* Esta interpretación sería válida también, a mi juicio, para la tenencia de veneno. La idea de la interpretación por parte de Ulpiano la señala Dell’Oro, *I libri de officio*, p. 157.

una profesión, la de los *uenefici*, que, como tal, no existía, sino una actividad delictiva⁴²: preparación, venta, adquisición y tenencia del veneno con intención de causar la muerte de alguien y, por supuesto, el suministro del veneno a la víctima⁴³.

Se podría objetar que el mismo argumento habría que aplicarlo a los *sicarii*. Sin embargo, la actividad de los *sicarii* era delictiva por el hecho de ser ejercida por este tipo de delincuentes, asesinos y ladrones pertenecientes a bandas armadas, lo que no sucede con la actividad de los *ueneficii* que podía ser lícita si la producción y elaboración de los brebajes no estaba destinada a causar la muerte. Por ello, creo que no hay inconveniente en sumar a los argumentos a favor de la lectura en *-iis*, la idea de que la ley hablaba de autores y actividad; hay que pensar, además, que dentro de la ley se incluía también el homicidio como categoría general o, si se prefiere, como delito perteneciente a la esfera de los llamados delitos comunes: frente a ellos estarían otros delitos que constituirían conductas típicas que hoy calificaríamos como alevosas, con la especialidad de que no se calificarían como actos preparatorios punibles ni como tentativas de delito sino como delitos consumados⁴⁴. Por último, en D. 48, 19, 28, 9 (Calistrato), a propósito de los grados de las penas, hay una referencia expresa a los “envenenadores”, pero no utilizando el término *uenefici*, sino *uenenarii*, en una expresión en la que ya no cabe “neutralidad”, sino que es claramente definitoria de una conducta ilícita: el jurista ya no señala que el veneno tiene que ser fabricando *necandi hominis causa*, sino que solo habla de envenenadores, aquí sí, aludiendo a una actividad criminal. Ciertamente, Calistrato, autor

⁴² Existían personas dedicadas a la fabricación de *uenena/medicamenta*. Dice Amielanczik, que existe un “perpetrator who produces the poison not for his own needs, but deals with it professionally does not intent to kill”, pero que caerían dentro de las prescripciones de la *lex Cornelia* en el momento en el que conocieran que el destino del veneno fuera para matar a un hombre, pero de esto creo que no se puede derivar que fueran envenenadores profesionales, sino profesionales dedicados a la elaboración de sustancias que, en determinadas dosis o mezclas, pudieran resultar lesivas o curativas, Amielanczik, K., “The guilt of the perpetrator”, *Labeo* 46 (2000), p. 88.

⁴³ Ferrini entiende, por el contrario, que “es castigado no tanto el envenenamiento en sí, como la profesión de envenenador, de fabricante o expendedor de venenos con mal fin, precisamente como en el primer capítulo se castiga la profesión de bandidaje más que el hecho directo e inmediato de la agresión”. Si bien estamos de acuerdo en la segunda parte, esto es la relacionada con las bandas de *sicarii*, no creemos que se pueda extender a los envenenadores, puesto que ese concepto necesita matización, como veremos; Ferrini, *Derecho penal Romano*, p. 355.

⁴⁴ Delitos meramente formales, de acción y de peligro, diríamos hoy. En este sentido, Amielanczik, K., “The guilt of the perpetrator”, p. 94, que habla de “formal (resultless) crimes”. Voy a evitar la utilización de terminología penal actual cuando entre en la exégesis de los textos jurídicos romanos; creo que, en general, y particularmente en materia de derecho penal, no se debe recurrir a términos y conceptos de un ordenamiento jurídico actual que nada tenía que ver con el derecho penal romano. Si utilizo estas expresiones, como he hecho ahora, es para intentar explicar, de algún modo, la configuración romana, pero no porque piense que podemos rastrear hasta el derecho romano determinadas instituciones y conceptos actuales. Sigo las palabras de Masferrer cuando señala la improcedencia de esta forma de investigar, refiriéndose a unos delitos concretos: “Desconocidas casi por completo en los textos medievales y modernos, esas expresiones reflejan, a mi juicio, una aproximación al estudio de la historia desde categorías modernas [...] Esta práctica, además de llevar consigo los perniciosos efectos de la *Dogmengeschichte*, también dificulta la tarea de distinguir las nociones de delito y pecado en la ciencia jurídica anterior a la codificación decimonónica”, Masferrer, A., “La distinción entre delito y pecado en la tradición penal bajomedieval y moderna. Una propuesta revisionista de la historiografía española, europea y anglosajona”, *Anuario de Historia del Derecho Español* LXXXVII (2007), p. 697. Aunque esta afirmación está referida a otro periodo histórico y el objeto de estudio sea diferente al que aquí acometo, creo que para el tema que me ocupa es perfectamente válida. En este sentido, también en la romanística, la propia denominación de derecho penal ha sido cuestionada; comparto la opinión de Rodríguez Álvarez, L., “Nueva aproximación al tema del veneficium”, *Labeo* 37 (1991), pp. 307 y 309, cuando señala que la mayoría de los conceptos del derecho penal actual nada tienen que ver con los conceptos romanos. En mi opinión, ni la terminología es la misma en ocasiones, ni el concepto tampoco, como tendremos ocasión de ver respecto del dolo.

del texto, es muy posterior a la *lex Cornelia*, pero no tanto respecto de algunos de los juristas que la comentan y afirman que *uenenum* es término genérico⁴⁵.

Sin embargo, en la intitulación de la *lex Cornelia* la utilización de los términos no es neutra, tanto si se piensa en *ueneficis* como en *ueneficiis*: envenenadores es una acepción claramente peyorativa, que se asimila y empareja, por igual, con *sicariis*. Si, por el contrario, se piensa en *ueneficiis*, como envenenamientos, se hablaría del ilícito, y, en consecuencia, de la comisión (acción y efecto de envenenar). En ambos casos, los términos se entenderían en sentido peyorativo y no neutro. Esto es algo normal, porque la ley contempla aquellos supuestos (sea referido a personas o a la actividad) que son punibles; por eso, también, los juristas se vieron en la necesidad de calificar el término con *bonum* o *malum*, para desligarlo de actividades lícitas, la fabricación de *uenena bona*; con ello se seguía una técnica que habría tenido arraigo entre la jurisprudencia, aunque - y quizá, por ello- en el uso común del lenguaje se percibiera con nitidez una prevalencia positiva del término *medicamentum* y una negativa del término *uenenum*⁴⁶ como parece deducirse del segundo periodo del texto de Gayo en D. 50, 16, 236, *pr.* y su larga explicación. Todavía en época posterior sigue apareciendo la ambivalencia en textos legales: medicamento en C. 6, 23, 28, 1 (Justiniano Imp.) *-medicaminis datio uel impositio-*, mientras que *medicamentarium/medicamentariam*, derivada de *medicamentum*, en ciertos contextos *-Cod. Th. 3, 16, 1-* es envenenador/envenenadora⁴⁷,

⁴⁵ En relación con Marciano (D. 48, 8, 3, 2). El fragmento de Calistrato: *Uenenarii capite puniendi sunt aut, si dignitatis respectum agi oportuerit, deportandi*, se inserta junto con otros que se pueden relacionar, de algún modo, con el contenido de la *lex Cornelia de sicariis et ueneficiis*; así, en 10 habla de los que *grassatores, qui praedae causa id faciunt [...] et si cum ferro aggredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur*, es decir, los “salteadores” que, muchas veces al borde de los caminos quedan apostados y armados para robar, en lo que también se puede ver, junto con los envenenadores, una concepción del delito en el que quedarían incluidos aquellos comportamientos que suponen un peligro; los incendiarios, recogido en 12: *Incendiarii capite puniuntur, qui ob inimicitias uel praedae causa incenderint intra oppidum [...]*. texto en el que el incendio se castiga cuando concurre un ánimo, lo que le sitúa en un delito que no exige un resultado concreto (muerte, lesiones..., lo que se configura actualmente como un delito de acción). Como se puede observar, Calistrato pone el acento en los sujetos activos en todos los ilícitos de los que habla en este largo fragmento de su *de Cognitibus*.

⁴⁶ Señala Marco Simón, siguiendo a Schilling, cómo la palabra *uenenum* tiene un sentido fundamentalmente mágico, relacionado con el encantamiento, Marco Simón, F., “Sobre la emergencia de la magia como sistema de alteridad en la Roma augústea y julio-claudia”, *MHNH. Revista internacional de investigación sobre magia y astrología antiguas* 1 (2001), p. 110. Como queda demostrado en los textos, Marco Simón entiende el distinto sentido de los vocablos en función del contexto. Ronconi también encuentra en *uenenum* una palabra mágica, en el contexto del *malum poeta*; Ronconi, A., “*Malum carmen e Malus poeta*”, *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, p. 970; sobre la relación del adjetivo *malum* con la magia, *vide* p. 959. Otra cosa es que la magia pueda ser benéfica o maléfica, como señala el autor: así, *mala -o bona- dicta*, maldiciones -o bendiciones- están relacionadas con el mundo mágico-religioso y la concepción mágica seguiría estando, de manera más o menos consciente, en la utilización de los términos incluso en tiempos posteriores (p. 971). También *ueneficus* es un término que, sin embargo, está relacionado con “la magia greco-romana” junto con *pharmakeus* y se dirigiría a la preparación de pócimas, como señala Alvar Nuño, A., *Envidia y fascinación: el mal de ojo en el Occidente romano*, Madrid, 2014, p. 49. Sobre magia y religión, *vide* Marco Simón, uno de los mayores especialistas en la materia, a cuya obra remito en general, además de los trabajos citados en este artículo. En esta línea, Pennacchio: “Piu tardi il termine *pharmakos* si trasformò in *pharmakeus*, che indica una droga, pozione magica, guaritore, avvelenatore, per estensione un mago o uno stregone”, Pennacchio, C., “Farmaco un Giano bifronte. Dei veleni e medicamenti, ovvero breve storia di un ossimoro”, p. 130.

⁴⁷ En la traducción de Clyde Pharr (1952, rep. 2001) se traduce por mago o hechicero. En Plinio, *nat. hist.*, VII, 196, hablando del origen de ciertas artes y ciencias: *medicinam aegyptii apud ipsos uolunt repertam, alii per Arabum, Babylonis et Apollinis filium, herbariam et medicamentariam a Qhirone, Saturni et Philyrae filio*, señala cómo Quirón descubrió lo que podríamos llamar botánica y farmacia, dos

recogiendo la legislación constaniniana sobre divorcio: *si homicidam uel medicamentarium uel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probauerit [...] si moecham uel medicamentariam uel conciliatricem repudiare uoluerint*⁴⁸. La ambivalencia entre términos que, por sí, son neutros y que, en algunos casos el contexto, en otros la adjetivación, les da una connotación positiva o negativa, no llega, pues, a desaparecer⁴⁹.

3. Contenido de la *lex Cornelia* en relación con los *ueneficii* y el problema del dolo. *Exégesis de D. 48, 8, 1; D. 48, 8, 3, 1; D. 48, 8, 3, 3; D. 48, 8, 7; D. 48, 8, 14*

El contenido de la ley Cornelia a efectos de *ueneficii* no sólo perseguía la fabricación y la dispensación, sino también la mera tenencia del veneno como se puede leer en el texto ya citado de Marciano; en realidad, se perseguía hacerlo, venderlo, comprarlo, tenerlo y dispensarlo –“*Quicumque fecerit, uendiderit, emerit, habuerit, dederit*” (Cicerón, *pro Cluent.*, 54, 148)–, “con intención de matar”⁵⁰. El texto de Cicerón es especialmente interesante por cuanto transcribe el contenido textual de la ley, ordenado en su discurso según la lógica procesal: apertura de información en los casos de envenenamiento por parte del presidente⁵¹ y los jueces elegidos a sorteo⁵² contra “*Quicumque fecerit, uendiderit, emerit, habuerit, dederit*”⁵³, y mandato al tribunal:

ciencias íntimamente ligadas, como ya he podido señalar. Para el significado de *medicamentaria* como “farmacia”, cfr. por todos, Gaffiot, F., *Dictionnaire illustré Latin-Français*, Paris, 1934, s.u., pero también como relativo a los medicamentos o fabricante de drogas o venenos.

⁴⁸ Ampliamente, Domingo, R., *La legislación matrimonial de Constantino*, Pamplona, 1989, p. 38.

⁴⁹ La lectura es distinta en las *Institutiones* de Justiniano, en la que *uenenis*, sin calificativo, se une a *susurris magicis* y se asimila a *mala medicamenta: qui artibus odiosis, tam uenenis quam susurris magicis homines occiderunt uel mala medicamenta publice uendiderunt* (IV, 18, 5). Destaca en todos ellos el hecho de haber sido realizados con *artibus odiosis*, lo que implica una ciencia y conocimiento en torno a la fabricación de venenos, que en el caso de los *mala medicamenta* está puesta de manifiesto por ser vendidos *publice*, es decir, en establecimiento abierto al público.

⁵⁰ Rodríguez-Valdés Álvarez, L., “La compra de *venena*: Desde el derecho romano a la reciente jurisprudencia del T.S.”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público* Vol. 42 n° 1, (1994), p. 237, observa cómo frente al *emerit* incluido por Cicerón en la *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*, Marciano integraría como delito la compra de venenos en la *lex Pompeia de parricidio* (circa 52 a.C.): *Lege Pompeia de parricidiis cauetur, ut, si quis patrem matrem, auum auiam, fratrem sororem patrualem matrualem, patruum auunculum amitam, consobrinum consobrinam, uxorem uirum generum socrum, uiricum, priuignum priuignam, patronum patronam occiderit cuiusue dolo malo id factum erit, ut poena ea teneatur quae est legis Corneliae de sicariis. Sed et mater, quae filium filiamue occiderit, eius legis poena adficitur, et auus, qui nepotem occiderit: et praeterea qui emit uenenum ut patri daret, quamuis non potuerit dare* (D. 48, 9, 1). El autor se inclina por la información ciceroniana a la hora de reconstruir más exactamente la *lex Cornelia*, por lo que la compra de veneno estaría también castigada por esta ley. *Vide* también al autor en “Nueva aproximación al tema del *ueneficium*”, *Labeo* 37 (1991), pp. 333 ss.

A mi juicio, el *emere* tiene relevancia en D. 48, 9, 1 por la finalidad de la muerte del padre, pero en realidad, el hecho de “tener” veneno con la intención de matar, desembocaría en el mismo supuesto fáctico que el comprar veneno con la intención de matar al padre; por otro lado, en D. 48, 9, 1 se remite a la *lex Cornelia* a efectos de pena, por lo que, a efectos prácticos, el que Marciano hubiera obviado en su comentario a la *lex Cornelia* en el título anterior la referencia a la venta, no habría supuesto ningún obstáculo para la comprensión de la pena y del tipo.

⁵¹ Que en el año 66 a.C., momento en el que se pronuncia el discurso, sería Quinto Voconio.

⁵² *uos appellat, iudices*, dice Cicerón, refiriéndose a la ley Cornelia.

⁵³ He utilizado la edición de Albert Curtis Clark, *M. Tullius Cicero, M. Tulli Ciceronis Orationes*, 1908. *Scriptorum Classicorum Bibliotheca Oxoniensis*, pero en cualquiera de las ediciones latinas que se utilicen la tipografía indica claramente que Cicerón cita la ley de manera textual, bien a través de comillas, utilizando la mayúscula en la primera letra, bien a través del uso de mayúsculas o versalitas en toda la frase.

instruir causa capital - “*Deque eius capite quaerito*”-. Todo ello, además, dentro de un discurso en el que Cicerón manda a alguien -probablemente un encargado del tribunal- que lea lo establecido en la ley y así, dice expresamente: *quid eadem lex statim adiungit? recita, o quid ergo est? dic*, utilizando la forma imperativa de los verbos *recitare* y *dicere*⁵⁴.

El sujeto afectado por la ley puede ser cualquiera⁵⁵: “*Quicumque*”, o *Infinitum est, o Ubi enim omnes mortales adligat ita loquitur, “Qui uenenum malum fecit, fecerit”*: *omnes uiri, mulieres, liberi, serui in iudicium uocantur*, según el texto del *pro Cluentio* que recoge el contenido de la ley, siempre y cuando la actividad de la fabricación, venta, compra, tenencia o dispensación lo fuera de un veneno mortal; es en esta frase donde se concentra el contenido del delito, en el que quedaría integrada la idea de veneno mortal -*uenenum malum*-, que en textos jurídicos posteriores se enunciará como la voluntad de matar⁵⁶. No es correcta, a mi juicio, la afirmación de Ferrini cuando entiende que, aunque la descripción del ilícito en Cicerón es más completa y genuina que la que aparece en textos jurídicos, sin embargo, no contempla la intencionalidad de la acción “para matar” que sí se incluiría en la ley⁵⁷. En mi opinión, la intencionalidad en el discurso de Cicerón se integraría en lo que se llama, desde el derecho penal actual, el injusto: la caracterización vendría dada por “*Qui uenenum malum fecit, fecerit*”, también como si fuera dictado textual de la ley. La calificación de *malum*, de nuevo, aparece como absolutamente necesaria para considerar la actividad como delictiva. *Uenenum malum* sería, según la expresión de la ley que Cicerón utiliza, el veneno mortal, el capaz de ocasionar la muerte, es decir, aquel que se elaborara, vendiera, comprara, tuviera o dispensara con la intención de causar la muerte, que es la expresión que encontramos en juristas y constituciones posteriores.

⁵⁴ Entiendo que todo lo dicho puede servir para reafirmar los argumentos dados por Cloud en relación con la lectura de *ueneficiis* en la *lex Cornelia*. Si Cicerón, ya en el primer fragmento del *pro Cluentio*, ha titulado como una *questio de ueneficiis* el contenido de la ley: *Sed cum considero quo modo mihi in utraque re sit elaborandum, altera pars, et ea quae propria est iudicii uestri et legitimae ueneficii quaestionis*, y se está utilizando a lo largo de su discurso la ley en su dictado literal, no habría por qué dudar de que esta diera la lectura en -iis (*pro Cluen.*, 1, 2).

⁵⁵ No así en los supuestos relacionados con la administración de justicia, que sólo incluirían a magistrados y senadores, para los que Cicerón desarrolla parte de su discurso; hay dudas de que este delito formara parte de la acusación contra Cluencio, si bien la mayoría del discurso busca rebatir la acusación de corrupción judicial según González Romanillos, J. A., *Teoría y práctica judicial en época republicana. (Política y represión criminal en la experiencia romana)*, Madrid, 2016, p.116.

⁵⁶ *Coll.* 1, 3, 1: *Capite primo legis Corneliae de sicariis cauetur ut is praetor iudexue quaestionis cui sorte obuenerit quaestio de sicariis, eius quod in urbe Roma propius<ue> mille passus factum sit, uti quaerat cum iudicibus, qui ei ex lege sorte obuenerint, de capite eius, qui cum telo ambulauerit hominis necandi furtiue faciendi causa hominem occiderit cuiusue id dolo malo factum erit. Et reliqua [...]*; *Coll.*, 8, 4, 1: *Lex Cornelia poenam deportationis infligit ei qui hominem occiderit eiusque rei causa furtiue faciendi cum telo fuerit, et qui uenenum hominis necandi causa habuerit uendiderit parauerit, falsumue testimonium dixerit quo quis periret, mortisue causam praestiterit.* Y Marciano en *D.* 48, 8, 1, 1 y 3: *1. Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa uenenum confecerit dederit: quiue falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur: quiue magistratus iudexue quaestionis ob capitale causam pecuniam acceperit ut publica lege reus fieret [...]* 3. *Diuus Hadrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolui posse, et qui hominem non occidit, sed uulnerauit, ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percussit aut cuccuma in rixa, quamuis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam eius, qui in rixa casu magis quam uoluntate homicidium admisit.*

⁵⁷ Ferrini, *Derecho penal Romano*, p. 355, n. 46.

Todo ello me lleva a pensar que los textos jurídicos -la ley, los comentarios de los juristas clásicos, especialmente, y las referencias a senadoconsultos y constituciones imperiales- reflejan un momento en el que la preparación y uso de venenos/medicamentos era algo permitido, algo que se relacionaba con una forma de medicina que se basaba en un conocimiento no meramente “subalterno” como podía ser el de los *patres familiae* y las mujeres de época arcaica y republicana, fundamentalmente⁵⁸.

De hecho, es también Marciano el jurista que recoge la extensión de la responsabilidad de fabricantes y/o dispensadores por la mala praxis en la venta o entrega de *uenena/medicamenta* en dos casos distintos:

- La pena establecida en la ley Cornelia⁵⁹ se impondrá también, en virtud de un senadoconsulto posterior, a los drogueros o boticarios *-pigmentarii-* que dieran temerariamente estimulantes o afrodisiacos: *Alio Senatusconsulto effectum est, ut pigmentarii, si cui temere cicutam, salamandram, aconitum, pityocampas, aut buprestin, mandragoram, et id, quod lustramenti causa dederint cantharidas, poena teneatur huius legis* (D. 48, 8, 3, 3).

- La venta pública de los venenos a los que el jurista llama, en esta ocasión, (*mala medicamenta*), con intención de causar la muerte: *Eiudem legis poena afficitur, qui in publicum mala medicamenta uendiderit, uel hominis necandi causa habuerit* (D. 48, 8, 3 1), también estaría penado por *lex Cornelia*⁶⁰.

Conviene hacer unas reflexiones en relación con estos textos. Ciertamente, parece que la alusión a los *pigmentarii* lleva a pensar en un oficio reconocido que, aunque no se les califique expresamente como *uenditores*, su conocimiento en la preparación de ciertos componentes sería del dominio público; el mismo hecho de designarlos con un nombre gremial o indicador de su actividad lleva aparejado un reconocimiento como “profesional”⁶¹. En el segundo caso, la práctica de una venta pública conduce a alguien

⁵⁸ Como indica Padovan, “Oltre alla connotazione mistico-sacrale della medicina antica, è rinvenibile un secondo aspetto che condiziona l’intero sviluppo del sistema sanitario romano e di cui è giunta testimonianza attraverso le parole di autori d’età repubblicana e imperiale: ossia, il carattere privatistico della cura del corpo e l’assenza di una regolamentazione da parte del potere pubblico”, si bien “Alla luce della politica perpetrata a Roma nei riguardi dei medici, sembra tuttavia precoce far risalire al 219 a.C. un intervento pubblico a favore di un chirurgo straniero, se si pensa che la professione continuò per molti secoli a svilupparsi in forma privata, in assenza di un controllo del potere sul titolo, sulla diffusione e sulla qualità dei medici, e senza che fossero individuabili esseri privilegiati, inseriti nell’amministrazione o da questa dipendenti”; Padovan, M., “Medicina e corpo tra privato e pubblico”, pp. 135 y 140.

⁵⁹ La pena establecida en la *lex Cornelia* es la *deportatio* y la *ademptio bonorum* (D. 48, 8, 3, 5, Marciano; *Coll.*, 1, 2, 1 y 8, 4, 1), la *interdictio aqua et igni* primitivamente, como sostiene Brasiello, U., *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, p. 74, que después se vería modificada *extra ordinem* en función de la categoría del reo *-honestiores* o *humiliores-*.

⁶⁰ La misma referencia a esta *lex Cornelia* se encuentra en las Instituciones de Justiniano quien, como ya hemos visto, pone el acento en la capacitación para la elaboración de estas sustancias, aunque sea con una técnica maligna: *eadem lege et uenefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam uenenis quam susurris magicis homines occiderunt uel mala medicamenta publice uendiderunt* (*Inst.* IV, 18, 5).

⁶¹ No parece haber duda de que eran *uenditores* o comerciantes; Gaffiot los entiende como “marchand de couleurs, de parfums”, *Dictionnaire illustré Latin-Français, s.u. pigmentarius*; Blánquez, A., *Diccionario Latino-Español/Español-Latino*, Barcelona, 2002, *s.u. pigmentarius* también como droguero, perfumista; de Miguel, R., *Diccionario latino-español etimológico*, Madrid, 1946, *s.u. pigmentarius*, droguero.

con un establecimiento abierto. En ambos casos, por tanto, se puede concluir que estamos ante unos “profesionales” de la elaboración y venta de estas sustancias.

En los dos textos se aprecia un componente muy importante que califica el ilícito cual es la finalidad de la administración o venta: en el primer texto, *lustramenti causa* - un excitante sexual, un afrodisiaco, en otras palabras⁶²-, habría sido dispensado de manera imprudente *-temere-* por un *pigmentarius*; en el segundo, el criterio calificante de la tenencia y venta de venenos como un ilícito penal es *hominis necandi causa*, lo que convierte al “profesional” con un establecimiento abierto al público en cooperador necesario de un asesinato, por utilizar una terminología penalista actual o un “igualmente asesino” a efectos de pena, al aplicar la regla de Ulpiano según la cual no hay diferencia entre el que mata y el que da causa para la muerte *-Nihil interest, occidat quis an causam mortis praebat* (D. 48, 8, 15)-, que, en definitiva, es la justificación que subyace en la figura del cooperador necesario o de la participación, en general⁶³.

En la misma línea se situaría D. 48, 19, 38, 5, (Paul., *sent.*): *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. Quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur* (con ligeras variaciones en las *Pauli sententiae* V, 23, 14), en un texto en el que cabe preguntarse si la utilización de brebajes abortivos quedaría incluida en el “violentar las entrañas” que constituye la acción típica del delito de aborto en el pasaje de Trifonino visto anteriormente (D. 48, 19, 39)⁶⁴.

⁶² También un purgante; ampliamente, Höbenreich, E., “Due senatoconsulti in tema di veneficio (Marcian. 14 inst. D. 48.8.3,2 e 3)”, pp. 88 ss., con bibliografía.

⁶³ El propio Ulpiano recoge la opinión de Meciano cuando entiende que los *conscii* son castigados con la misma pena que los autores, aun en el caso de ser un extraño en un crimen de parricidio (D. 48, 9, 6). El caso sería distinto a los *uenditores* de veneno, que serían cooperadores necesarios en la terminología actual, puesto que el supuesto analizado por Meciano englobaría casos de omisión en los que, el *conscius*, no realizando actos concretos para cooperar de algún modo en los hechos, fuera, no obstante, conocedor de los mismos. En todos los casos serían castigados con la misma pena que la autoría; *conscius* podemos traducirlo por cómplice, pero entendida esta palabra en un sentido general, no estricto, como aquél que conoce que el delito se va a realizar o se ha realizado, pero no tiene por qué intervenir en los hechos materiales. Dice Fanizza, L., *Giuristi Crimini Leggi nell'età degli Antonini*, Napoli, 1982, sobre este texto que, “Nell'ipotesi dei *conscii* la valutazione dell'elemento intenzionale è portata alle estreme conseguenze: al meno per i crimini di maggiore rilievo sociale, il comportamento omissivo produce gli stessi effetti della compartecipazione attiva. Secondo una metodologia ormai consolidata, l'interprete costruisce una sistematica della repressione che ruota intorno alle reali intenzioni dell'agente, comunque esse vengano manifestate”, pp. 88-89. No creo, sin embargo, que queden excluidos del término *conscius* los participantes en los hechos aunque no a título de autoría, como los cooperadores necesarios; así podría este término en relación con el siguiente fragmento de Ulpiano (D. 48, 9, 7) en el que se fija la misma pena para el acreedor que, conocedor del delito, da dinero para que se compre veneno malo para matar al padre: *Si sciente creditore ad scelus committendum pecunia sit subministrata, ut puta si ad ueneni mali comparationem uel etiam ut latronibus adgressoribusque daretur, qui patrem interficerent: parricidii poena tenebitur, qui quaesierit pecuniam quique eorum ita crediderint aut a quo ita cauerint*. Creo que es interesante detenerse en el propio término, una palabra transparente, como decía Biondi, que, traducida al español como cómplice, lleva en su carga interna el *sciens* que implica el elemento intencional en los delitos, como vemos que aparece en D. 48, 9, 7. En estos casos, se estaría ante partícipes en sentido amplio, en la línea de como lo entiende el derecho español penal actual, que podría incluir a los cooperadores necesarios y a los cómplices si la colaboración consistiera en actos anteriores o simultáneos a la ejecución de delito.

⁶⁴ Desde antiguo, la ingesta de brebajes se asocia a la inducción de abortos y no faltan textos en los que se da información sobre la utilidad de las fórmulas. Plutarco, *Rom.*, 22, 3 atribuye a Rómulo la norma por la cual el marido podía repudiar a la mujer que se ocupara de lo que llama *φάρμακεία τέκνων* y se ha considerado tradicionalmente como una forma de provocar un aborto a través de brebajes o sustancias elaboradas como fármacos; así Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, I, Roma, 1925, p. 251, en la línea ya

Hay que tener en cuenta que el supuesto de aborto que encontramos en el texto de Trifonino sería, para Ferrini, el mismo del que habla Ulpiano en D. 48, 8, 8, en el que la ilicitud del tipo vendría dada por el daño que se quiere causar al marido que se ha convertido en enemigo tras el divorcio⁶⁵ *-ne iam inimico marito filium procrearet-*, al igual que en el primer inciso la conducta reprochable viene dada por el intento de subvertir el orden sucesorio por precio *-quod ab heredibus secundis accepta pecunia-*⁶⁶. En este supuesto, la mujer se induce el aborto a través de la ingesta de *medicamenta -partum sibi medicamentis ipsa abegisset-*, por lo que el *uim intulerit* comprendería cualquier tipo de medio que tuviera como finalidad causar la muerte del feto.

A mi juicio, en el texto de Paulo sobre la dispensación de brebajes abortivos encontramos las sanciones frente a unas conductas que se presentan como un tipo diferente al aborto ya que quedan configuradas de forma autónoma y en las que se destaca la falta de intención o dolo *-¿en causar la muerte del feto?*⁶⁷-; señala, en este sentido,

sostenida por Landucci, L., “Indissolubilità del matrimonio confarreato”, *Estratto dal Archivio Giuridico*, LVII, 1-2 (1896), p. 19. en relación con la disolución del matrimonio conferreado, al afirmar que con esta expresión se estaría pensando en la ingesta de sustancias abortivas, aunque para el autor, esta forma de divorcio sería también posible para el “matrimonio libero, secondo me molto frequente anche a que' tempi antichi, e che fu poi riconosciuto dalle XII tavole” p. 20. Para Nardi, los dos términos que forman la expresión *φαρμακεία τέκνων* deben ser considerados de forma aislada; para el autor, no estaríamos ante una referencia al aborto, en el texto de Plutarco, sino a los envenenamientos, en general: “Per qual ragione, infatti, la *φαρμακεία*, che è la prima causa (e quindi, presumibilmente, la più grave) che legittima il ripudio, dovrebbe funzionare proprio e solo quando l'uso dei *famachi* avvenga a danno dei figli? E, peggio, solo quando i *farmachi* stessi siano un mezzo d'aborto? [...] Nessuna meraviglia, quindi, che fosse ab antiquo conosciuto e praticato il repudio *ἐπι φαρμακεία*, ovvero della moglie “farmacista”, Nardi, E., *Procurato aborto*, pp. 25, 26 y 29.

⁶⁵ Ferrini, *Derecho penal Romano*, p. 356; Nardi, E., *Procurato aborto*, también relaciona ambos textos y lo une a Marciano D. 47, 11, 4, pp. 415 ss. Los textos de Trifonino e Ulpiano habrían recogido casi textualmente las indicaciones del rescripto imperial en cuanto a la descripción del tipo: *uiscribus suis uim intulerit/intulisse*, p. 425. En contra de la tesis de Ferrini, Brasiello, U., *La repressione penale*, p. 288, que considera que no debe llevarse a sede de *lex Cornelia*, sino a la *cognitio extra ordinaria* y que entiende el texto referido a la persecución del aborto.

⁶⁶ Ambas referencias son de D. 48, 19, 39.

⁶⁷ Algunos autores derivan la falta de dolo al resultado de muerte; en este sentido, por todos, Pennacchio, “Farmaco, un Giano bironte...”, p. 150; Nardi, *Procurato aborto*, p. 439, que entiende que el dolo va referido a provocar el aborto de la mujer.

Quizá estemos ante una confirmación de que el dolo no tenía por qué incluir la idea de la constancia o conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento, en la línea señalada por Casavola, F., *Novissimo Digesto Italiano*, 6, s.v. *Dolo*, 1957, p. 149: “Tutte queste espressioni tendono a sottolineare come il dolo penalistico sia la volontà consapevole, in cui cioè concorrano e la volontarietà del comportamento e la consapevolezza dell'evento che ne deriva. E invece non del tutto pacifico che il *dolus* presupponga in ogni caso anche la consapevolezza dell'antigiuridicità del comportamento”, p. 149; Mac Cormack cree que el conocimiento responsable de un comportamiento relevante (*sciens*) es distinto de la intención dañina que representa el *dolus malus* “but carries no implication of motive or ulterior intention”, “*Sciens dolo malo*”, *Sodalitas: scritti in onore di Antonio Guarino*, 1984, III, p. 1453, al menos en los textos que analiza.

Nardi, en el estudio de los textos de Trifonino, Ulpiano y Marciano citados, entiende que el supuesto planteado en el rescripto imperial sería el del aborto procurado *inuito marito* por una mujer divorciada, *Procurato aborto*, p. 428; sin embargo, entiende que el dolo estaría referido no al aborto, sino a la consecuencia de la muerte de la mujer y toma como argumento *PS*, V, 23, 6 añadido al hecho de que el texto en el Digesto se coloque en el Título sobre las penas y no en el de la *lex Cornelia*, pp.438ss.

Respecto de esta cuestión cabe hacer alguna reflexión: en primer lugar, la lectura de Paulo en D. 48, 19, 38, 5 presenta la agravación de la pena por la consiguiente muerte de la mujer y en nada afecta el dolo a la agravación; se presupone que el que diera la bebida no tenía dolo de matar a la mujer, porque si no, habría entrado directamente en la *lex Cornelia* y poco más habría que decir. La agravación de la pena es consecuencia inmediata de la muerte de la mujer.

Mentxaka que “no se pena el aborto consumado de la mujer [...], sino el mero hecho de proporcionar sustancias abortivas o amatorias”⁶⁸, pero tampoco, a mi juicio, se trata de un caso de lo que hoy llamaríamos un acto preparatorio punible de un delito de aborto, sino más bien un delito (de peligro) con sustantividad propia, porque el contenido del delito recogido en el texto de Paulo, además, comprende no sólo los casos relacionados con un aborto, sino también el hecho de dispensar pócimas amatorias. El texto recoge una pena agravada *-summo supplicio-* para el caso de que, como consecuencia de la ingesta del brebaje, la mujer o el hombre murieran, aunque para el tipo básico, la pena sería menor a la establecida por la *lex Cornelia*⁶⁹.

Una posible interpretación del texto nos podría llevar a pensar que la actividad de estas personas a los que Paulo no identifica como “profesionales” -simplemente señala *qui-*, sea diferente de la que realizan los *pigmentarii* o los que tienen un establecimiento “público”; se podría entender así por la diferente terminología que usa el jurista en comparación con lo que hace Marciano en D. 48, 8, 3, 3. Frente a la enumeración de

En mi opinión, el comportamiento que se sanciona es dar brebajes abortivos o amatorios porque se consideran reprobables *per se*, independientemente del resultado que alcancen y se castigan independientemente de la voluntad de darlos porque son *malum exemplum* -que es lo que les convierte en ilícitos-. Estos comportamientos se castigan con condena a las minas, los de clase más humilde, y los *honestiores* con la relegación a una isla, previa confiscación de la mitad de sus bienes *-parte bonorum-*, es decir con una pena inferior a la de la *lex Cornelia* (D. 48, 8, 3, 5= deportación a una isla y confiscación de todos los bienes *-omnium bonorum-* aunque al tiempo de Marciano los *humiliores* eran castigados con la muerte) y si el comportamiento delictivo -dar los *pocula*- desemboca en la muerte de la mujer o del hombre -destinatarios del *poculum abortionis* y del *poculum amatorium*, respectivamente-, la pena es *summo supplicio*, independientemente del grupo social al que se perteneciera. Con esta interpretación no se trata de aplicar la *lex Cornelia* donde no cabría ser aplicada, como advierte Nardi, *Procurato aborto*, p. 439, n. 332, a mi juicio, acertadamente; de hecho, creo que estamos ante unos comportamientos que se penan porque, socialmente, comienzan a ser considerados como ilícitos, tiempo después de la *lex Cornelia* y, por ello, las penas son también diferentes -aunque la gravedad con que se configuran hace que estemos ante una penalidad similar-. Esto lo vemos en relación con la pena del *summo supplicio* para los casos que derivan en una muerte en el texto de Paulo (D. 48, 19, 38, 5), en el que, un comportamiento que no busca la muerte de una persona, no obstante, es castigada con la pena máxima, más incluso que el castigo que recibirían los *honestiores* durante la época clásica por los ilícitos contemplados en la *lex Cornelia* (D. 48, 8, 3, 5) y, desde luego, más que lo que imponían distintos rescriptos que empezaban a valorar la falta de intención como medida reductora de la pena. ¿Por qué? A mi juicio porque se valoran dos cosas distintas porque se han atacados dos bienes jurídicos diferentes, el que protege la norma que prohíbe dar *pocula* (brebajes abortivos y amatorios) y la vida de una persona. Este texto tenemos que unirlo a D. 48, 8, 3, 2, en el que se señala cómo, en virtud de un *SC*, debe ser regalada a una isla la que *no malo animo, sed malo exemplo*, dio una fórmula para concebir, y con *PS. V, 23, 19* al que *ad salutem hominis uel ad remedium*, dio a alguno un medicamento, pero la consecuencia de los comportamientos es la muerte de los que ingieren los *medicamenta/medicamina*; en estos dos casos, la finalidad de la actuación médica o pseudomédica no es contraria a los principios sociales ni jurídicos: concebir o curar, pero sí el resultado, que debe ser perseguido penalmente aunque, probablemente, el comportamiento también se considerara, al igual que en D. 48, 19, 38, 5, reprochable penalmente por ser *malum exemplum*. El *etsi* adversativo *-etsi dolo non faciant-*, puede estar indicando la falta de representación del resultado en el autor, al menos en algunos casos, con lo que Paulo estaría diciendo que, se buscara con la dispensación de los *pocula* un resultado concreto -la muerte del feto y el enamoramiento-, o no, el delito sería castigado por la acción de dispensarlo; es decir, el dolo no tendría por qué abrazar el resultado, con lo que se abriría enormemente la posibilidad de castigar la actividad en sí. Lo que se perseguiría en estos casos es la actividad “comercial” de venta de *pocula* por parte de personas no “profesionales”. Volveré sobre esta cuestión.

⁶⁸ Mentxaka, *El aborto en el derecho romano: Consideraciones sobre las fuentes jurídicas clásicas*, p. 318.

⁶⁹ En este sentido, Santalucia, *Studi di Diritto penale romano*, p. 128, que lleva esta regulación a los procesos instaurados por la *cognitio extra ordinem* y, anteriormente, Brasiello, U., *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, pp. 236-237, al que remito para el estudio de las penas relacionadas con este delito, pp. 291ss.

sustancias fabricadas por los *pigmentarii* -*cicutam, salamandram, aconitum, pityocampas, aut buprestin, mandragoram*- estos *qui* fabrican *pocula*, bebedizos; mientras que los primeros pueden utilizar *cantharidas, lustramenti causa*, es decir, como afrodisíaco, pero también como sustancias que pueden curar determinadas dolencias⁷⁰, los segundos fabrican pócimas abortivas o amorosas. Quizá, por ello, en la mente del jurista se encuentren estos casos en los que la relevancia penal se encuentra en el hecho de que “son un mal precedente” -*mali exempli res est*-; dicho de otro modo, estas actividades se considerarían reprobables desde el punto de vista social, independientemente de su capacidad de procurar un resultado -el aborto o el enamoramiento-⁷¹. Es más, se podría llegar a pensar que ni siquiera se considerarían estas conductas por su capacidad de conseguir un resultado *eficaz* y, quizá por la misma razón, se encontrarán en una situación muy cercanas a la estafa o engaño, ya que la falta de consecución de resultados prácticos no impedía mantener la creencia en su eficacia, generalizada en muchos ciudadanos, como ha quedado demostrado en la doctrina en relación con la magia y actividades afines⁷²; de ahí, también, que la pena sea más liviana que en los casos previstos en D. 48, 8, 3, 1 y 3, salvo que esas pócimas o brebajes causen la muerte de los que las ingieren, en cuyo caso la pena quedaría agravada. Si se piensa en la diferencia de la pena que supone el caso de procurar pociones amoratorias o abortivas en el tipo básico, frente a la pena por la dispensación de determinadas sustancias con fines afrodisíacos de D. 48, 8, 3, 3, siendo los dos tipos considerados perseguibles independientemente de la existencia de un resultado de muerte, dicha diferencia solo puede estar en el sujeto agente: alguien no profesional en el primer supuesto, un profesional en el segundo que conoce perfectamente -o debería conocer- las propiedades de las distintas elaboraciones o plantas pero que, sin embargo, las proporciona *temere*.

Las expresiones *amatorium poculum* utilizada por Paulo y *uenenum amatorium* de Marciano en D. 48, 8, 3, 2⁷³, probablemente se refieran a lo mismo, habiendo sido este último utilizado como un elemento más de la enumeración que hace de los distintos venenos: los que curan, los que matan y los amoratorios de los que -estos últimos-, probablemente, no se espere gran cosa desde el punto de vista de la eficacia, y por eso quedan fuera de la *lex Cornelia*. Esta idea la encontramos en diferentes textos en los que

⁷⁰ Sobre esta enumeración y los posibles efectos curativos o peligrosos, de estos componentes, Höbenreich, E., “Due senatoconsulti in tema di veneficio (Marcian. 14 inst. D. 48.8.3,2 e 3)”, pp. 91-92.

⁷¹ Así, Sperandio, M. U., “*Dolus pro facto*”. *Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli, 1998, p. 62, que entiende que los límites de la punibilidad se adelantaron a la consumación en actos que se consideraban desde la conciencia social como particularmente graves y repugnantes, considerándolos, al menos algunos de ellos, como delitos consumados.

⁷² Como ha señalado Marco Simón para los casos de *defixio*, y en general, todo lo relacionado con la magia. Por todos, Marco Simón, F., *La propiciación de la muerte en los rituales mágicos*, en *Páginas. Revista digital de la escuela de historia*, 4, p. 24; o las reflexiones de este autor en *Sobre la emergencia de la magia como sistema de alteridad en la Roma augústea y julio-claudia*, p. 125, recogiendo la afirmación de Plinio, *nat. hist.*, 28, 19, en el sentido de que todos creen en la eficacia de la magia. Sobre el engaño de lo sobrenatural y la capacidad para seguir creyendo en ello, *vide*, ampliamente, Alfayé, S., “Fraudes sobrenaturales: Embaucadores, crédulos y potencias divinas en la antigua Roma”, *Fraudes, mentiras y engaños en el mundo antiguo*, (F. Marco Simón, F. Pina Polo y J. Remesal Rodríguez, eds.), Barcelona, pp. 89 ss.

⁷³ *Adiectio autem ista "ueneni mali" ostendit esse quaedam et non mala uenena. Ergo nomen medium est et tam id, quod ad sanandum, quam id, quod ad occidendum paratum est, continet, sed et id quod amatorium appellatur [...]. Poculum pertenece a la misma familia de potio que adopta, en ocasiones, un significado de bebida, poción mágica o veneno; cfr. Ernout, A.,-Meillet, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 2001, s.u. *poto*. La misma palabra “poción” que he utilizado deriva etimológicamente de esta familia y ha conservado este significado: “1. f. Líquido que se bebe. 2. f. Líquido compuesto que se bebe, especialmente el medicinal”.*

entrarían todos aquellos relacionados con casos de fabricación casera; dicho de otro modo, no siempre la utilización de los conocimientos sobre las propiedades de la mezcla de plantas, sustancias animales o de cualquier otro tipo, derivaba en resultados prácticos. La existencia de una “medicina popular de tipo supersticioso, en la que se utiliza la masticación de plantas o ingestión de jarabes, se usan amuletos, emplastos o bebedizos, todo ellos de eficacia muy dudosa” es señalada por Perea⁷⁴ y podemos constatarla tanto en fuentes literarias como jurídicas. Así, Ovidio, en su *Medicamina* (vv. 35-44), cuando señala que es más fácil conseguir el amor de un hombre siguiendo sus consejos acerca de mantener un buen carácter (además de los cuidados del rostro de los que da numerosas “recetas”) antes que bebiendo supuestos filtros amorosos:

*Sic potius consurget amor quam fortibus herbis,
quas maga terribili subsecat arte manus;
nec uos graminibus nec mixto credite suco,
nec temptate nocens uirus amantis equae
[...]
Prima sit in uobis morum tutela, puella:
Ingenio facies conciliante placet.*

En esta obra se demuestra cómo en tiempos de Ovidio el consumo de estos productos estaba completamente extendido en la sociedad romana y no sólo en determinadas clases sociales -las altas-, sino también en estratos de la población inferiores. La arqueología, pintura y escultura, las fuentes literarias y las fuentes jurídicas dan buena cuenta de ello: como señala D’Ambra, la arqueología sugiere que la elaboración de ungüentos de todo tipo constituyó una industria en auge a través de la importación de preciados ingredientes y que algunos de aquéllos se hayan encontrado en tiempos recientes sobreviviendo al paso de los siglos, dice mucho a favor de la pericia de los fabricantes romanos de cosméticos⁷⁵. Esta realidad se confirma con el tratamiento que, desde el campo del Derecho se da a los utensilios y objetos cotidianos que sirven para el aseo personal de la mujer –*Mundus mulieris est, quo mulier mundior sit*, D. 34, 2, 25, 10; la misma expresión la encontramos en Javoleno (D. 32, 100, 2)-.

Como vemos, en Roma se había desarrollado un comercio que abarcaba tanto los ungüentos y pócmas para el cuidado personal, como también para resolver las pequeñas dolencias femeninas o enfermedades de la piel. La cuestión no es meramente anecdótica, a mi juicio, porque refleja claramente la realidad de la existencia de una fabricación casera basada en el conocimiento de plantas y sus distintas propiedades, unida a la pericia

⁷⁴ Perea Yébenes, S., “Exvotos sexuales. Una aproximación a la “medicina sagrada” antigua a través de la epigrafía griega”, *Erótica antigua. Sexualidad y erotismo en Grecia y Roma*, (S. Perea, coord.), Madrid, 2007, p. 136.

⁷⁵ D’Ambra, E., *Roman Women*, New York, 2007, pág.115. Fijémonos en un último ejemplo de lo que estoy diciendo y que representa un testimonio anterior a Ovidio: el gramático Festo, citando a Catón, se refiere a un tipo de arbusto (*ruscum*), denominado en español *brusco* que, como señala el Diccionario de la RAE en su segunda acepción, es “como de medio metro de altura, con tallos ramosos, flexibles y estriados cubiertos de cladodios ovalados, retorcidos en el eje, y de punta aguda, flores verdosas que nacen en el centro de los cladodios, y bayas del color y tamaño de una guinda pequeña”, término que proviene del cruce del latín *ruscus* y del gallo *brisco*. Recientemente he encontrado utilizado el término *rusco* referido a este arbusto, con cuyo extracto se hacen cremas para la piel como se puede ver introduciendo el término en cualquier buscador web; pues bien, como recuerda Festo, Catón en el libro VII de sus *Origenes*, a caballo entre los s.III y II a.C., alude a este arbusto cuando enumera una serie de objetos propios del adorno de las mujeres que destacan por ser del color del oro o de la púrpura y, en todo caso, artículos relacionados con el *cultus* y el *ornatum* (*de uerb. sign.* L. 320).

profesional; y, nacidas al margen de esta, un comercio de sustancias de todo tipo que eran vendidas como fórmulas mágicas para la consecución de cualquier resultado. Debemos tener en cuenta que, como señala acertadamente Rodríguez López, los trabajos relacionados con el mundo agrícola, especialmente con el huerto, pasaron de ser extraordinarios a ser lo habitual en el mundo doméstico, lo que llevó a la mujer a ser recolectora de plantas y conocedora de las propiedades más o menos curativas de estas⁷⁶ lo que las situó al lado de los hombres que, tradicionalmente, se habían ocupado de estas actividades. La fabricación de productos no habría llegado a eliminar, sin embargo, la creencia en la eficacia de los diferentes filtros y brebajes que seguirían siendo demandados por muchas mujeres y hombres romanos.

Todos estos textos ponen de manifiesto el cambio en la concepción de los *uenena/medicamenta* desde finales de la República a la etapa postclásica; pero sobre todo ponen de manifiesto el cambio en la mentalidad a la hora de tipificar los ilícitos por parte del derecho. Los juristas clásicos habrían recogido los principios de la *lex Cornelia de sicariis et ueneficis* en el sentido de que la punibilidad del comportamiento viene dado por la finalidad (fabricar, vender, tener, proporcionar veneno para matar)⁷⁷, lo que, en consecuencia, les habría llevado a hablar de venenos malos o buenos; cuando en la época postclásica (*Pauli sententiae*) se habla de brebajes abortivos o amatorios, da igual la finalidad con la que se sirvan (aborto o enamoramiento) porque *per se*, la actividad es considerada un ilícito (*malum exemplum*). Ilícito que, por otro lado, se verá agravado en el caso de que se produzca la muerte de los que tomaran el brebaje⁷⁸. Pero en estos casos no se habla de *uenena* sino de *abortionis/amatorium poculum*.

Esta, sin embargo, es una cuestión relevante en la que conviene detenerse para clarificar conceptos. He señalado cómo, para parte importante de la doctrina, en la *lex Cornelia* sólo se habrían castigado los homicidios dolosos. Así lo sostiene Ferrini, como

⁷⁶ Rodríguez López, R., “La represión de las artes mágicas en Derecho Romano”, *El Derecho penal: De Roma al Derecho actual*, (Camacho de los Ríos, F., & Calzada González, M. A., coord.), *Actas de las Jornadas del VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho romano*, Madrid, 2005, p. 207 y *passim*.

Virtud relacionada con la capacidad de curación que, en otros casos, se troca en vicio y malas artes, al menos desde la perspectiva de muchos hombres: “Una mujer que tenga picardía no necesita recurrir a ningún hortelano. Ella misma tiene en su casa una plantación de malas mañas, con los condimentos necesarios para aderezarlas a proveedor ninguno, puesto que en casa tiene un huerto con todas las hierbas y los condimentos necesarios para cualquier clase de malas artes” (Plauto, *Mil.*, 193-196, trad. J. Román Bravo, 2010); Plauto, en sentido figurado, habla de las malas “artes y mañas propias de su sexo” relacionándolas, no sin intención, con la idea de la mujer como fabricante de brebajes y venenos “naturales”. Sobre la relación de las mujeres con el conocimiento de prácticas curativas, *vide*, ampliamente, Núñez Paz, M.I., *La responsabilidad de los médicos*, pp.45 ss.

⁷⁷ Así lo sostiene Ferrini (2019) cuando afirma que el *animus occidendi* se identificaría con el dolo, p. 352. La expresión *hominis occidendi causa*, o la expresión *necandis causa* sería el elemento subjetivo del injusto, en terminología penal actual, según esta teoría. Sin embargo, la categorización del elemento subjetivo se encuentra en un texto de Marciano en D. 48, 19, 11, 2: *Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu; proposito delinquunt latrones, qui factionem habent; impetu autem, quum per ebrietatem ad manus, aut ad ferrum uenitur; casu uero, quum in uenando telum in feram missum hominem interfecit*. El texto, genuino según la doctrina, establecería la distinción entre delito doloso -*proposito*-, delitos cometidos bajo lo que hoy denominaríamos, trastorno mental transitorio o enajenación -*impetu*- o imprudentes -*casu*-.

Señala Amielanczik que Sila no habría utilizado una única expresión para designar la intención del autor, utilizando tanto expresiones como *occidendi causa* o *dolo malo*, “The guilt of the perpetrator”, p. 86.

⁷⁸ Sobre la imprudencia, Santalucia, B., *Studi i Diritto penale romano*, pp. 127-128; Ferrini, C., *Derecho penal romano*, pp. 65 ss.

ya hemos visto, pero también otros autores como Genin⁷⁹, probablemente influidos por la idea de que en esta materia no es posible aplicar la regla que aparece en el derecho privado según la cual *culpa lata dolo aequiparatur*, tal y como se señala en D. 48, 8, 7 (Paulo) para los *crimina* de la *lex Cornelia*⁸⁰. Sin embargo, autores como Polara entienden que el supuesto tal y como está recogido en D. 48, 8, 1, *pr.* habla simplemente de la muerte de un hombre *-hominem occiderit-* lo que le lleva a pensar en una responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta el elemento subjetivo; esta forma de regular el grupo de delitos que aparecen en la *lex Cornelia* estaría precisamente vinculado a la relación de la ley con la voluntad política del grupo de poder y del momento en que se aprueba⁸¹.

La cuestión que subyace en esta discusión afecta a la interpretación que se haga del texto de Paulo que, a su vez, interpreta la naturaleza de la *lex Cornelia* a efectos de la sanción de las conductas dolosas e imprudentes y al que se le ha dado una importancia, a mi juicio, relativa.

El texto de Paulo es el siguiente:

In lege Cornelia dolus pro facto accipitur; nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare si quis alto se praecipitauerit, et super alium uenerit, eumque occiderit, aut putator ex arbore, quum ramum deiiceret, non praeclamauerit, et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercionem non pertinet (D. 48, 8, 7).

La frase de Paulo *dolus pro facto accipitur* que aparece en el primer inciso de D. 48, 8, 7, ha sido analizada con distintas conclusiones⁸². Como he tenido ocasión de señalar, en los casos de la preparación, venta o dispensación de veneno con la intención de matar, al igual que el *ambulare cum telo* con la misma intención o con la de robar, se

⁷⁹ Genin, J. C., *La répression des actes de tentative en droit criminel romain*, Lyon, 1968, p. 92.

⁸⁰ *nec in hac lege (Cornelia) culpa lata pro dolo accipitur.*

⁸¹ Genin, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain*, p. 103 y 107. A mi modo de ver, podríamos encontrar en *Coll.* 1, 3, un apoyo a esta tesis: *Ulpianus, de officio proconsulis, 1, 7. — capite primo legis Corneliae de sicariis cauetur ut is praetor iudexue quaestionis cui sorte obuenerit quaestio de sicariis, eius quod in urbe Roma propiusue mille passus factum sit, uti quaerat cum iudicibus, qui ei ex lege sorte obuenerint, de capite eius, qui cum telo ambulauerit hominis necandi furtiue faciendi causa hominemue occiderit cuiusue id dolo malo factum erit, et reliqua. relatis uerbis legis, modo ipse loquitur Ulpianus;* en el texto se establecen como tipos el portar armas con intención de matar o de robar; matar a un hombre o hacerlo con *dolo malo*, por lo que el tipo *hominem occiderit* implicaría esta responsabilidad por el hecho, que también podría entenderse como un error del copista. Según Miglietta, el único texto en el que aparece expresamente *dolo* unido a *occidere* en todo el Digesto, es D. 9, 2, 23, 9 (Ulpiano), a propósito de la muerte dolosa del esclavo; en el fragmento correspondiente de *Bas.* 60, 3, 23, 9, el dolo quedaría presupuesto, *Servus dolo occisus*, p. 200. González Romanillos señala, en relación con el homicidio, que “puesto que la *lex Cornelia* tenía como objetivo principal la represión de la actividad criminal de los *sicarii*, el legislador debió decidir punir cualquier homicidio cometido por los mismos, estableciendo una presunción de dolo”; no obstante, en la exégesis que hace de D. 48, 19, 16, 8, González Romanillos entiende que el jurista autor del fragmento -el controvertido Claudio Saturnino-, “era consciente de que la presunción de dolo en la represión del *homicidium* y la punición del *animus occidendi* en el supuesto de ir armando con intención homicida (*ambulare (esse) cum telo hominis occidendi causa*) eran dos principios incompatibles”, al haber cambiado las circunstancias políticas y sociales aunque la *lex Cornelia* se seguía aplicando a los homicidios comunes, *El liber singularis de poenis paganorum de Claudius Saturninus. Identificación y datación del jurista*, Granada, 2014, pp. 62 y 81; este autor rechaza la idea de que existiera una responsabilidad objetiva sobre un delito en el que, ya desde antiguo, se había distinguido entre dolo e imprudencia, p. 60.

⁸² *Vide*, con bibliografía, Polara, G., “Marciano e l’elemento soggettivo del reato”, p. 106.

estaría penando un delito consumado, no una tentativa⁸³. Por eso, no puedo compartir la opinión de Cancelli cuando señala que estaríamos ante una teorización de la tentativa⁸⁴, pero tampoco con Polara cuando reduce los casos de *dolo pro facto*, según sus palabras, a los casos en los que el elemento subjetivo -el dolo- convierte en ilícitos comportamientos que, de por sí, son lícitos (llevar armas o preparar *uenena*). Efectivamente, considero que los comportamientos “base” podrían ser *per se* lícitos: acabamos de ver textos en los que, en primer lugar, hay “profesionales” con establecimientos abiertos al público que van a responder por imprudencia gracias a la extensión de la ley a través de senadoconsultos posteriores, de lo que se puede deducir que su actividad de fabricar, tener, vender y dispensar era lícita y porque, en segundo lugar, la ambivalencia de los *uenena/medicamenta* está presente en todos ellos, lo que me lleva a entender que, efectivamente, hay comportamientos lícitos “base”.

No comparto, totalmente, la opinión de Polara en cuanto al tratamiento que da a la finalidad que, según él, convierte en ilícito ese comportamiento. Frente a lo señalado por el autor: “il dolo viene preso in considerazione e punito come se fosse un fatto materiale come cioè, se la volontà interiore del soggetto costituisse da sola un reato a prescindere dall'esistenza di un comportamento lesivo dell'altrui diritto. La volontà, pertanto, non viene in considerazione per qualificare un atto materiale già di per sé idoneo a produrre un danno, ma per qualificare come illecito un atto di per sé lecito”⁸⁵, a mi juicio, hay que diferenciar lo que es la *finalidad* que se persigue con una acción y que en los textos que estoy examinando se puede concretar en *occidendi* o *necandi causa o animus, furtive causa*⁸⁶, de lo que se denomina *dolo*⁸⁷. Intento explicarlo: la *lex Cornelia* utiliza la expresión *dolo malo* en el texto de Marciano recogido en D. 48, 8, 1, *pr* y 1 y en Modestino D. 48, 8, 16; la expresión *dolo*, sin calificativo, en Paulo D. 48, 8, 7 y Ulpiano, D. 48, 8, 10 (= *Coll*, 12, 7, 1)⁸⁸; en mi opinión, las expresiones *occidendi* o *necandi causa o animus, furtive causa* serían, en todo caso, dolos específicos frente a lo que sería un dolo general, normalmente señalado como *dolus malus*⁸⁹. Frente a los casos en los que se

⁸³ Que podría ser llevado al ámbito de los llamados delitos de peligro si se quisiera un acercamiento al sistema penal actual.

⁸⁴ “Probabilmente l'enunciato originario della legge voleva significare che nella *lex* s'incorreva per il solo fatto di essere armati *necandi hominis causa*; ma si traspose ad indicare il dolo cioè l'intenzione di uccidere comunque, e quindi *pro facto accipitur* valse a denotare il tentativo”, a propósito de la comparación entre el homicidio de la adúltera en los casos de *impetus*, Cancelli, E., *Enciclopedia del Diritto*, 6, s.u. *Dolo*, 1964, p. 723.

⁸⁵ Polara, G., “Marciano e l'elemento soggettivo del reato”, p. 107.

⁸⁶ Además de los *lustramenti causa, abortionis causa* que aparecen en otros textos.

⁸⁷ Polara no es el único autor que asimila *occidendi* o *necandi causa o animus, furtive causa*...etc., a dolo, sino también otros autores, (*vide* n. 77) para los que no solo esta expresión, sino también expresiones como *uoluntas* o *sponte* serían el equivalente al *dolo malo*. En esta línea Cancelli, E., *Enciclopedia del Diritto*, s.u. *Dolo*, p. 721, sobre las voces que se utilizan para referirse al dolo, entre las que se encuentran las señaladas -*uoluntas* y *sponte*-. El autor cita, expresamente, a Modestino en D. 48, 8, 16: *Qui caedem admiserunt sponte, doloue malo, [...]*. Esta equiparación se ofrece, también, en algunas traducciones españolas del Digesto (en la conocida de Aranzadi). La equiparación es un error que no está permitida por el uso del -*ue* enclítico que nunca implicaría una sinonimia o equiparación entre los dos elementos relacionados -*sponte* o *dolo malo* en función explicativa-, sino todo lo contrario: el -*ue* enfrenta dos ideas distintas, aunque relacionadas por el contexto. *Vide infra*, exégesis del texto.

⁸⁸ El segundo texto procede de los comentarios al Edicto de Ulpiano y no ofrece mayor interés por lo que a este estudio se refiere.

⁸⁹ En la línea planteada desde antiguo por Mommsen. *Vide* Casavola, F., *Novissimo Digesto Italiano*, 6, s.u. *Dolo*, p. 147, cuando señala que la palabra dolo, puede significar, como está aceptado comúnmente, “ogni malizia per nociva o innocua che fosse”, siendo el *dolus malus* al que atiende el derecho y sus aplicadores e intérpretes, en Roma.

da falso testimonio o se provoca un incendio (D. 48, 8, 1, *pr.* y 1)⁹⁰, todo ello, *dolo malo*, existen otro tipo de acciones -portar armas, fabricar, tener, vender venenos- en las que se castiga ser sujeto activo en comportamientos relacionados con instrumentos que vayan a ser utilizados *para matar* (o robar, los primeros). En este sentido, no se trata, como dice Polara, de considerar que “il dolo viene preso in considerazione e punito come se fosse un fatto materiale come cioè, se la volontà interiore del soggetto costituisse da sola un reato a prescindere dall'esistenza di un comportamento lesivo dell'altrui diritto”, puesto que se estaría incurriendo en un delito por el pensamiento o por la voluntad⁹¹. La finalidad, la intención del matar⁹², se tiene en cuenta en la *lex Cornelia* si se manifiesta en el uso de unos instrumentos determinados: *ambulare cum telo*, o *ex ueneno*. No es la voluntad interior de matar, sin más, la que constituye un delito en la *lex Cornelia*, sino la de portar armas para matar o tener/dar venenos para matar. El hecho material existe: es portar armas, etc..., para matar (o robar), pero no para otros fines⁹³.

Para los demás tipos que se incluyen en la *lex Cornelia*, lo que se tiene en cuenta es el *dolo malo*, que habrá que probarlo una vez producida la comisión del delito⁹⁴. Así, en los casos de incendio o de prestar falso testimonio, la acción típica tiene que realizarse *dolo malo* para ser castigado por la *lex Cornelia* puesto que, en palabras de Paulo, *nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur*.

⁹⁰ El tercer y último texto de este Título dedicado a la *Lex Cornelia de sicariis et ueneficis* en el que se recoge la expresión *dolo malo* es aquél que contempla el supuesto del que, siendo cargo público, permite la muerte de alguien en un tumulto (D. 48, 8, 16), texto de Modestino que es un supuesto de extensión de la pena en un momento posterior a la *lex Cornelia* y al que dedicaré un análisis especial.

⁹¹ Ulpiano en D. 48, 19, 18: *Cogitationes poenam nemo patitur*.

⁹² Polara habla de la voluntad interior del sujeto.

⁹³ Llevado este planteamiento al derecho penal actual, el llevar armas, etc...sería la acción típica que, unida a un dolo específico -con la intención de matar-, constituiría un tipo penal que, por definición, siempre sería doloso, de consumación instantánea sin necesidad de alcanzar un resultado de muerte, ni siquiera de llegar a poner en peligro concreto la vida de nadie con un acometimiento. La *lex Cornelia*, en estos tipos, no se plantea los grados de ejecución de la acción y, desde esa perspectiva, solo atiende a los delitos consumados. Otra cosa diferente sería la capacidad para probar dicha intención. En realidad, se trata de aplicar el mismo argumento que el utiliza Polara, pero *a contrario*, para explicar la introducción por parte de Adriano de una limitación de la pena en los casos en los que no existiera un *animus occidendi* aunque el resultado fuera de muerte y, específicamente, para saber con qué medios de prueba se contaba para comprobar la concurrencia o no del *animus*: “La prova dell'esistenza o meno dell' *animus occidendi* e data, per Adriano, dalla idoneità del mezzo usato in concreto”, *cit.*, p. 112. En el caso que estamos viendo, la finalidad “dar muerte a alguien” - *occidendi* [...] *causa*- se pondría de manifiesto por el hecho de llevar armas o tener veneno o, al revés, todo el que llevara armas o tuviera veneno se entendería que lo tendría para matar; esto significaría que, respecto de los venenos, la norma perseguiría fundamentalmente los de fabricación casera, aquéllos que quedan fuera de los supuestos de lugares públicos. Todo ello casaría bien con la finalidad de una norma dirigida a sostener el orden público a través de la represión de conductas peligrosas aun cuando la falta de la finalidad *occidendi causa* fuera difícil de probar para el acusado.

⁹⁴ Excepto, como ya hemos visto, si entendemos que la primera de las prescripciones de la ley – *qui hominem occiderit*- responde a una responsabilidad objetiva, o dicho en palabras de Polara, se tiene en cuenta únicamente el hecho material de la muerte de una persona. Señala el autor, con acierto, cómo la doctrina no se ha ocupado de esta primera prescripción con detenimiento, “*Marciano e l'elemento soggettivo del reato*”, p. 103, n. 31. Podría entenderse que, relacionada con esta idea, estaría la limitación de la responsabilidad por homicidio establecida en un rescripto de Adriano y recogida en D. 48, 8, 1, 3, donde se utiliza la expresión *absolui posse* para los casos de muerte no intencional, frente a la afirmación categórica de *pro homicida damnatur* en los casos de lesiones producidas con motivo de un intento de homicidio. La posibilidad de absolución en el primer caso choca con la equiparación de la frustración a la consumación, a efectos de pena, en el segundo y puede ser interpretado en el sentido señalado por Polara, esto es, que la muerte de una persona sería castigada por la *lex Cornelia* independientemente de la intencionalidad.

Sin embargo, he señalado cómo hay otro texto en el Título 8 dedicado a la *lex Cornelia* en el que se utiliza la expresión *dolo malo*:

Qui caedem admiserunt sponte doloue malo, in honore aliquo positi deportari solent, qui secundo gradu sunt, capite puniuntur; facilius hoc in decuriones fieri potest, sic tamen, ut consulto prius Principe, et iubente, id fiat, nisi forte tumultus aliter sedari non possit (Modestino, en D. 48, 8, 16).

El texto no recoge una prescripción de la *lex Cornelia*, sino que constituye un supuesto de homicidio que responde a una interpretación posterior, en la que el foco está puesto en la categoría del autor del delito -un cargo público- y en la competencia del *Princeps* para conocer y juzgar estos casos. Ya he señalado que, en este texto, en ningún caso, *sponte* se puede considerar sinónimo de *dolo malo*⁹⁵; a partir de aquí el texto ofrece dos posibles interpretaciones: una primera, en la que *sponte* se entienda como *espontáneamente* frente a *dolo malo*, entendido como *intencionadamente*; o una segunda en la que *sponte* lo entendemos como *por propia iniciativa* y *dolo malo* como *bajo* (o con) *engaño*.

Si nos decantamos por la primera interpretación, *sponte* se asemejaría a *impetus* (en la línea del texto de Marciano en D. 48, 19, 11, 2: *Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu; proposito delinquunt latrones, qui factionem habent; impetu autem, quum per ebrietatem ad manus, aut ad ferrum uenitur; casu uero, quum in uenando telum in feram missum hominem interfecit*) y, en consecuencia, sería distinto a *dolo malo*, que adquiriría en ese contexto al menos, la consideración de *intención* o *intencionadamente*. La diferencia estaría en que, siendo *sponte* al igual que *impetus* expresivos también de una voluntad criminal⁹⁶, se encontraría atenuada respecto del *dolus malus* en el que la voluntariedad respondería a una intención consciente⁹⁷.

Si nos inclinamos por la segunda lectura y damos a *sponte* la traducción de *voluntariamente*, como a menudo se hace o, *por propia iniciativa*, el *-ue* sigue impidiendo la asimilación a *dolo malo* entendido como *intención*, por lo que tenemos, obligatoriamente, que concluir que *dolo malo*, en este texto, significa otra cosa, y no queda más que entenderlo como *engaño*.

El supuesto planteado podría llevar a pensar que se puede estar ante el primer supuesto: se trata, en el texto analizado, de la pena que se debe irrogar al reo de un homicidio cuando en él concurre el ejercicio de algún cargo *-in honore-*. En este sentido, se estaría diciendo que tanto si la muerte se ha producido por un arrebato, como intencionadamente, la pena sería la deportación o la pena capital, en función de que fueran cargos de primer grado, frente a los de segundo -se pone el ejemplo de los decuriones-, siendo, además, obligatorio que la condena la decida el *Princeps*, previa consulta a él, salvo que haya una necesidad imperiosa de “hacer justicia” -evitar un tumulto, dice el

⁹⁵ El otro ejemplo más claro es la enumeración de las prescripciones de la propia ley en D. 48, 8, 1, que están separadas por *-ue*. Por cierto, que, en relación con la utilización de la conjunción, la *lex Cornelia* se acercaría a la ley de las XII Tablas que también hace uso de las misma frente a otras conjunciones; cfr. Ruiz Castellanos, A., *Ley de las Doce Tablas (Edición y Traducción)*, Madrid, 1992, p. 20.

⁹⁶ Así se expresa Cancelli solo para *impetus*, s.u. *Dolo*. p. 722.

⁹⁷ Cancelli, solo respecto de *impetus*, habla de premeditación (p. 722) y me parece que es una forma muy clara de expresar lo que, a mi juicio, también se entendería por *sponte*. No hay que olvidar que nuestras palabras *espontáneo* o *espontáneamente*, implican igualmente la idea de la “no preparación con antelación”, la idea de “propio impulso”; vide RAE, s.u. *espontáneo*.

texto-. La pena, no obstante, sería la misma tanto si se hubiera producido la muerte *sponte*, cuanto *dolo malo*, lo que puede hacer pensar, con Cancelli, que esta distinción no afectaría a la sanción, salvo en algunos casos -el del marido que encuentra a la mujer en adulterio- que tendrían una disminución en la pena -*ex D. 48, 8, 1, 5*, establecida por rescripto imperial-. Dicho de otro modo, el que la muerte se produjera *sponte* no sería una causa de limitación de la pena en este supuesto planteado por Modestino. Por tanto, los cargos de primer grado sufrirían una pena igual a la de los *honestiores* y los de segundo, una pena como la de los *humiliores* (*ex D. 48, 8, 3, 5*), estableciéndose en este caso una jurisdicción especial en favor del Emperador⁹⁸.

Vuelvo, así, a la referencia al término *dolo*, sin calificar, que se encuentra en *D. 48, 8, 7*. La palabra *dolo* se utiliza en dos ocasiones: en su primer inciso pone en plano de equivalencia el *dolo* al *factum*, para negar inmediatamente la equivalencia entre *culpa lata* y *dolo*, en el segundo inciso. El texto se cierra con la consecuencia jurídica de la afirmación anterior, según la cual estos casos de imprudencia no se castigarían conforme a la *lex Cornelia*⁹⁹.

La frase de Paulo se inserta en un texto en el que el problema gira en torno a la punibilidad; se refiere a que los supuestos punibles en la ley Cornelia lo son porque la intención -*dolo*- se equipara a un resultado material -*factum*-¹⁰⁰; esto significa que hay conductas dolosas *punibles* independientemente de que produzcan un resultado material diferenciado de la misma acción: decir que el *dolo* es tomado como o en calidad de un hecho (*dolo pro facto accipitur*) viene a decir que ciertas conductas dolosas se consideran por sí mismas suficientemente gravosas como para merecer castigo (tener veneno para matar o llevar armas para matar o robar), equiparándolas al hecho de que la muerte hubiera sido consumada¹⁰¹. En ningún caso se estaría hablando solo de la intención, de una voluntad interna punible: esa intención tiene que concretarse o estar ligada a llevar armas o tener o dar veneno. Pensemos en algo muy obvio pero que puede servir para clarificar lo que quiero decir: la ley no persigue al que tiene intención de matar sin más, sino al que tiene intención de matar y por ello lleva armas consigo o fabrica, tiene, vende o dispensa venenos, esto es, al que tiene intención de matar utilizando determinados instrumentos¹⁰², una intención que se traduce en hechos externos.

En la frase de Paulo, *factum* sería el resultado material¹⁰³, la muerte que se busca como el resultado de acciones realizadas con esa finalidad, ya sea mediata o inmediata:

⁹⁸ En el Título 8 también aparece la palabra *sponte* en un rescripto de Adriano, recogido en *D. 48, 8, 4, 2*, en el que se castiga con la misma pena tanto al que castra a un hombre contra su voluntad o con su consentimiento, como al que se presta espontáneamente a ser castrado, como al médico que realiza la castración. En este caso, la pregunta es si habría alguna diferencia entre consentir una castración -*sinente*- ante una propuesta realizada por un tercero, y pedir una castración -*sponte*- por iniciativa propia, iniciativa que queda reafirmada, además, con la utilización del verbo *praebere*. Parece que el rescripto presenta las opciones de manera independiente: mientras que, en el primer caso, el penado sería el que castrare tanto si el castrado consiente como si no; en el segundo, se pena al que lo pide espontáneamente.

⁹⁹ El texto se ha entendido interpolado desde *neque in hac lege [...]*; *cfr.* Sperandio, *Dolus pro facto*, p. 146, con bibliografía.

¹⁰⁰ El *dolo* se equipara al hecho, siguiendo la traducción de la máxima.

¹⁰¹ No olvidemos que la pena es la misma.

¹⁰² De igual modo que el *dolo malo* no basta para condenar al que da falso testimonio; el falso testimonio se tiene que dar y, además, se tiene que dar en un juicio capital, como el incendio se tiene que producir *dolo malo*, pero se tiene que producir efectivamente.

¹⁰³ Resultados que se identifican con la acción: muertes/matar, robos/robar, *D. 48. 19, 16, pr: Aut facta puniuntur, ut furta caedesque*.

el que provocare *un incendio*¹⁰⁴, el hubiere dado *falso testimonio*, el que hubiera procurado que otro lo diera, o el que hubiere recibido dinero para *condenar en un juicio capital*, especialmente, son las acciones o conductas. A estas conductas¹⁰⁵ se equiparan otras acciones que, no llegando a desencadenar un resultado material, -claramente, los casos de *ambulare cum telo* y el veneno-, se consideran ilícitas *ex lege Cornelia* porque en ellas se unen dos elementos: la intención de matar y la tenencia o uso de determinados instrumentos para conseguir dicha finalidad, que se consideran especialmente graves en el momento político en el que se aprueba la ley. La intención en ciertas acciones (llevar armas para matar o robar, o tener veneno para matar) se percibe como un delito consumado. No se trata tanto de poner el punto de atención, a mi juicio, en que la voluntad “pertanto, non viene in considerazione per qualificare un atto materiale già di per sé idoneo a produrre un danno, ma per qualificare come illecito un atto di per sé lecito”¹⁰⁶, sino en calificar como delito consumado acciones que en la mentalidad del legislador romano eran lo suficientemente graves como para ser perseguidas y castigadas.

En resumen, se puede decir que la intención de matar se castiga como la muerte misma en algunos supuestos de la *lex Cornelia*¹⁰⁷: estos casos serían, claramente, portar armas y tener o dar veneno, pero también el falso testimonio, la condena de un inocente procurando pruebas falsas o falsos testimonios y la condena del inocente mediando precio que van claramente dirigidos a procurar el resultado de muerte. En todos estos casos no hay una acción por parte del reo que cause directamente la muerte, pero todos ellos buscan la muerte de una persona; en el caso del incendio, la gravedad del delito podría poner indirectamente en peligro la vida de distintas personas y, *dolo malo*, -con intención

¹⁰⁴ Así, Costa, E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921 (facs. Pamplona, 2019), p. 69 y 170.

¹⁰⁵ Que ya serían, por sí mismas conductas castigadas desde la ley de las XII Tablas (VIII, 10, VIII, 23, IX, 39 o, si se prefiere, *facti*. En D. 48, 8, 1, *pr.*, en relación con el incendio, se utiliza el término *factum*, expresamente: *cuius dolo malo incendium factum erit*. En este caso, se castiga el hecho de provocar un incendio *dolo malo*, independientemente de ulteriores consecuencias. Es interesante analizar la construcción de la frase porque no se construye con el *qui*, como en todas las demás -*qui hominem occiderit [...]* *quiue hominis [...]* *quiue, cum magistratus [...]* *qui hominis necandi [...]* *quiue falsum testimonium [...]* *quiue magistratus iudexue* en D. 48, 8, 1, *pr.* y 1, y como también se construye en D. 48, 8, 10 (Ulpiano), *Si quis dolo insulam meam exusserit, capitis poena plectetur, quasi incendiarium*. El interés radica, a mi juicio, porque en el caso del incendio en *pr.* se pone el foco en el hecho más que en el sujeto al que, no obstante, se le exige un comportamiento doloso expresamente, en el sentido de voluntariedad dañina, en una prescripción que, gramaticalmente, puede estar refiriéndose tanto al autor del incendio como al inductor del incendio. En las formas verbales utilizadas en D. 48, 8, 1, *pr.* y 1 impera la construcción en pasiva del futuro perfecto de indicativo *factum erit* (así como en las demás, *occiderit, ambulauerit*, etc...), que nos acercan a la utilización de nuestro futuro de subjuntivo con el que se describen los tipos penales desde nuestros códigos históricos. La doble formulación pasado/futuro en otros textos, como el discurso de Cicerón que ya ha sido citado y que, hay que recordar, parece que pudo presentar las prescripciones de la *lex Cornelia* de manera textual: [...] *dixi Habito statim de eo qui coisset quo quis condemnaretur illum esse liberum, teneri autem nostrum ordinem*, Cic. *pro Cluen.*, 52, 144, enuncia así esta prescripción de la *lex Cornelia* y en 54, 148: ***deque eius capite quaerito qui magistratum habuerit inue senatu sententiam dixerit, qui eorum coiiit coierit*** quienes serían, según Cicerón hace leer al escriba: ***qui tribunus militum legionibus quattuor primis quiue quaestor, tribunus plebis — deinceps omnis magistratus nominauit — quiue in senatu sententiam dixit dixerit***. (En negrita, lo que serían palabras textuales de la *lex Cornelia*). En 157: *qua in lege est: qui coierit, quod quam late pateat uidetis, conuenerit, aequae infinitum et incertum est, consenserit, hoc uero cum infinitum tum obscurum et occultum, falsumue testimonium dixerit*.

¹⁰⁶ Polara, “*Marciano e l’elemento soggettivo del reato*”, p. 107.

¹⁰⁷ Así también en C. 9, 16, 7 para el *ambulare cum telo*, que creo extensible al veneno: *Is, qui cum telo ambulauerit hominis necandi causa, sicut is, qui hominem occiderit uel cuius dolo malo factum erit commissum, legis Corneliae de sicariis poena coercetur*,

dañina-, realiza la acción¹⁰⁸ o la induce. Todos los supuestos reciben la misma pena porque en todos ellos el legislador romano (Sila) valoró la intención de causar la muerte a través de muy diferentes vías, aunque ninguna de ellas fuera una vía directa para causarla. Únicamente se exceptúa la primera prescripción: *qui hominem occiderit*. Ahí está el *factum*.

La aplicación de la ley habría disuadido de ciertos comportamientos que se consideraban peligrosos para el orden y la paz social y eso implicaría que, ante la más que probable dificultad de poder demostrar que los venenos no se tenían con la intención de matar, en caso de acusación, la población consideraría que lo mejor sería no tenerlos o no portar armas¹⁰⁹.

En esta línea puede estar un rescripto del emperador Adriano que señala que en los delitos hay que considerar la voluntad y no el resultado (*Divus Hadrianus in haec uerba rescripsit: "in maleficiis uoluntas spectatur, non exitus*, Calistrato D. 48, 8, 14). Cuando el emperador escribió estas palabras¹¹⁰ pudo tener en la mente la reducción de la pena para los delitos imprudentes en la línea de lo señalado por Paulo en D. 48, 8, 7¹¹¹, pero el texto también consagra la indiferencia ante los grados de ejecución del delito - tentativa o frustración- que se equiparan al delito consumado a efectos de pena¹¹²; y, de igual modo, los llamados delitos de peligro, entre los que se encontrarían los casos de fabricar o dar venenos, que son delitos consumados en el momento en el que la voluntad de matar concurre con la acción material. Igualmente, D. 48, 19, 16, 8, en un texto de Claudio Saturnino:

Euentus spectetur, ut a clementissimo quoquo facta: quamquam lex non minus eum, qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, quam eum qui occiderit puniat. Et ideo apud graecos exilio uoluntario fortuiti casus luebantur, ut apud praecipuum poetarum scriptum est.

¹⁰⁸ Amielanczik sostiene que, en el caso del incendio, el *dolo malo* comprendería dos elementos de la actitud mental del autor: la intención de provocar el incendio y, en segundo lugar, la intención de matar a alguien a través del incendio o, al menos, la representación de que alguna vida podría ponerse en peligro como resultado del fuego, "The guilt of the perpetrator", p. 88.

¹⁰⁹ Para el caso de las armas, las *Sententiae* de Paulo señalan: *Qui telum tutandae salutis causa gerit, non uidetur hominis occidendi causa portare. Tel, autem appellatione non tantum ferrum continetur sed omne quod nocendi causa portatum est* (V, 23, 7), lo que vendría a poner sobre la mesa la existencia de estas dificultades a la hora de probar una finalidad diferente a la de causar la muerte en el portar armas, a lo largo de los años de vigencia de la ley. Paulo habría intentado algún criterio en la finalidad tuitiva para exculpar a aquellos que estuvieran en esta situación. El jurista ya habría iniciado una interpretación de *telum* más allá de armas fabricadas con metal, para considerar dentro de este término cualquier arma capaz de causar la muerte y que fuera portada con dicho fin; en esta misma línea, Justiniano, *Inst.* IV, 18, 5: *telum autem, ut Gaius noster in interpretatione legis duodecim tabularum scriptum reliquit, uulgo quidem id appellatur quod ab arcu mittitur, sed et omne significatur quod manu cuiusdam mittitur: sequitur ergo ut et lapis et lignum et ferrum hoc nomine contineatur.*

¹¹⁰ Dudosos que la frase la hubiera expresado como *regulae iuris* el emperador; por todos Bonini, R., *I Libri de Cognitionibus di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della cognitio extra ordinem*, I, Milano, 1964, p. 107.

¹¹¹ *Vide Coll.* 1, 6, 1 y 1, 7, 1. O la absolución.

¹¹² Señala Gioffredi que el texto puede ser interpretado "che l'Imperatore abbia così rescritto in una ipotesi in cui, pur non essendo seguito l'evento, vi era però la prova del disegno criminoso, punendo così il tentativo; ma è configurabile anche l'ipotesi contraria in cui cioè si era verificato l'evento, non però voluto, ipotesi nella quale ci si doveva dunque attendere alla valutazione della intenzione e non del fatto", Gioffredi, C., "L'elemento intenzionale nel diritto penale romano", *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, 1970, p. 46. En la misma línea Sperandio, *Dolus pro facto*, p. 143.

El texto trae causa de §1 en el que las cuatro clases de acciones delictivas del *pr.: facta, dicta, scripta, consilia* se subdividen en *causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate* y *eventu*, y establece que hay que estar al resultado, como lo hecho por un hombre *clementissimus -pacifiquísimo* o moderadísimo- en cualquier lugar, aunque hay casos en los que, no habiendo resultado, se pena igual que si lo hubiera habido y pone como ejemplo el *ambulare cum telo* de la *lex Cornelia*. Dicho de otra manera, la *lex Cornelia* en relación con el ir armado y la tenencia de veneno supone una excepción a la regla de que, a la hora de condenar, se atiende al resultado *-eventus-*, porque en el caso de la *lex Cornelia* se castiga un “no resultado” de igual modo que un “resultado”. Pero el *eventus*, además, tiene que ser evaluado cuando se produce porque puede condicionar la pena impuesta, al igual que hay que evaluar la persona *-eius qui fecit et eius qui passus est: aliter enim puniuntur ex isdem facinoribus serui quam liberi, et aliter, qui quid in dominum parentemue ausus est quam qui in extraneum, in magistratum uel in priuatum. in eius rei consideratione aetatis quoque ratio habeatur*, D, 48, 19, 16, 3-; el momento: *uel furem diurnum a nocturno*, D, 48, 19, 16, 5; o la cantidad: *Quantitas discernit furem ab abigeo: nam qui unum suem subriperit, ut fur coercebitur, qui gregem, ut abigeus*, D, 48, 19, 16, 7, entre otros, como se encarga de explicar el jurista en los fragmentos que componen 16¹¹³. La alusión al *clementissimus quoquo* vendría dada como medida para evaluar el resultado y asignar la pena, teniendo en cuenta el comportamiento de un hombre moderadísimo en cualquier lugar; creo que esta frase debe ser entendida en el sentido de un concepto jurídico indeterminado como en derecho privado encontramos el criterio del *bonus uir* para el usufructo, por ejemplo. Esto significaría que la valoración del resultado estaría en función de la referencia a un comportamiento “tipo” o, mejor dicho, al carácter o naturaleza de un hombre “tipo”. Se entiende así, también, la referencia al exilio voluntario de los griegos en el caso de una muerte fortuita: si la medida para evaluar el resultado es ya estricta *-el hombre moderadísimo-*, pero puede permitir la absolución en los casos contemplados en los rescriptos de Adriano; y la *lex Cornelia* ni siquiera tiene en cuenta que el *eventus* se haya producido para castigar gravemente un comportamiento, en un término medio estarían los griegos, que castigan con el exilio voluntario según Homero¹¹⁴. En cualquier caso, queda clara la idea de que la voluntad es

¹¹³ No me parece adecuada la afirmación de González Romanillos cuando señala que la dificultad del texto deviene, fundamentalmente, porque “el jurista coloca al *eventus* como pieza fundamental en la configuración jurídica y punición del delito de homicidio, cuando es de sobra conocido que al menos desde época de Adriano el elemento de referencia en la cualificación del *homicidium* es la *voluntas occidendi* del autor del hecho”, *El liber singularis de poenis paganorum*, p. 53. El jurista coloca el *eventus* -esto es, el resultado-, en la misma línea que *causa, persona, loco, tempore, qualitate* y *quantitate*; es decir, circunstancias, todas ellas, que deben ser tenidas en cuenta a efectos de agravación o limitación de la pena o, incluso, eliminación de esta. Por cierto, que *causa* es la circunstancia que engloba la idea de finalidad perseguible que deja impune o castiga un mismo comportamiento o resultado (como el ejemplo de la flagelación) y este es el concepto que se aproxima a la voluntad asociada al comportamiento; de ahí que en la *lex Cornelia* se hable, para el *ambulare cum telo* y los *uenena*, de *occidendi causa*, y se utilice la misma expresión en D. 48, 19, 16, 1 y 2. Lo que se dice en el fragmento de Claudio Servilio, en §8, es que el resultado *-eventus-* también debe ser tenido en cuenta, excepto en la *lex Cornelia* en la que se castigaban *causae* -finalidades- que, en este sentido, se asimilan al *dolo malo* del incendio o del falso testimonio, sin que hubiera un resultado.

¹¹⁴ Sobre la pena establecida en Grecia en época de Homero y, posteriormente, por Dracón que sitúan el exilio como una forma de eludir la venganza y, en el segundo caso, como pena, según González Romanillos, J. A., *El liber singularis de poenis paganorum*, 2014, p. 78. En este sentido, Cantarella afirma que “Forse, nella Grecia omerica una traccia di questa funzione numericamente compensativa potrebbe essere letta nella descrizione della guerra come una serie di vendette tra i combattenti nelle opposte schiere: per ogni commilitone ucciso, un soldato greco deve uccidere un troiano, e viceversa. Ma certamente, comunque, in Omero la situazione è già più evoluta. La cultura eroica ha rivestito di motivazioni etiche le

tenida en cuenta en los casos de caso fortuito o imprudencia a efectos de *absolutio* o de atemperar la pena¹¹⁵. La consideración de la voluntad como elemento determinante de la punibilidad y la graduación de la pena es algo que se tiene en consideración, especialmente a partir de rescriptos imperiales, pero también en la *lex Cornelia* en los casos en los que la finalidad *occidendi causa* no tenía que ir acompañada de un resultado *-euentus-* como en el *ambulare cum telo* y el veneno, de ahí la interpretación de la ley que se resume en la máxima de D. 48, 8, 7: *In lege Cornelia dolo pro facto accipitur*.

El texto de Calistrato *-in maleficiis uoluntas spectatur, non exitus-* se inserta en un contexto en el que se analizan los casos de atribución de responsabilidad a distintos supuestos donde se valoran, por ejemplo, si el *infans* y los locos son imputables -evidentemente, relacionados con la falta de formación de la voluntad: *Infans uel furiosus, si hominem occiderit, lege Cornelia non tenentur, quum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat* (D. 48, 8, 12, Modestino); el que hubiera hecho *mala sacrificia* (ritos con la intención de causar algún daño; la voluntad de dañar va implícita en el adjetivo *mala*, D. 48, 8, 13, Modestino); la indiferencia entre la autoría y la participación a efectos del señalamiento de la pena (parten ambas de la voluntad común de cometer el ilícito: *Nihil interest, occidat quis, an causam mortis praebeat*, D. 48, 8, 15, Ulpiano); los casos de comisión del delito por parte de personas con un cierto poder *-in honore aliquo positi-*, “espontáneamente o con intención dañina” *-sponte, doloue malo-* (D. 48, 8, 16, Modestino); o los casos de riña tumultuaria, en los que se busca investigar, en función de las heridas de los intervinientes, cuáles son compatibles con la muerte del individuo para establecer la relación de causalidad (D. 48, 8, 17, Paulo: *Si in rixa percussus homo perierit, ictus uniuscuiusque in hoc collectorum contemplari oportet*), en una concepción del proceso penal romano en el que las actuaciones criminalísticas serían cercanas a lo que puede ser hoy en día cualquier investigación policial.

Todos estos textos *-infans, loco* (D. 48, 8, 12), magos o brujos (D. 48, 8, 13), autores y partícipes (D. 48, 8, 15), personas con algún tipo de honor o distinción (D. 48, 8, 16) o, finalmente, investigación para atribución de la responsabilidad al autor de la muerte en riñas tumultuarias (D. 48, 8, 17)-, reflejan la importancia que los juristas dieron a la voluntad a la hora de valorar la comisión de un delito en relación al resultado¹¹⁶, como

necessità materiali, inserendo la vendetta nell'ottica dell'onore”, Cantarella, E., “I greci, noi e la pena di morte”, *Argos* 32 (2008-2009), p. 7. *Vide*, ampliamente sobre la situación en tiempos posteriores a Homero, Gagarin, M., *Drakon and Early Homicide Law*, New Haven, 1981, quien sostiene que Dracón habría resistido una tendencia a una mayor indulgencia en las sanciones para el homicidio involuntario (p. 104) y analiza la utización de *καί* al inicio del texto que recoge la norma de Dracón. En cuanto a la duración del exilio y que cupiera la posibilidad del perdón, remito, por todos, a Buis, E. J., “Emociones draconianas: la institucionalización afectiva del perdón en la ley ateniense sobre homicidio (IG I3. 104, 13-20)”, *Nova tellus*, 38/2 (2020), pp. 21 ss.

¹¹⁵ Creo infundadas algunas explicaciones de este texto, un resumen de las cuales se puede encontrar en Sperandio, *Dolus pro facto*, pp. 149 ss. y en González Romanillos, *El liber singularis de poenis paganorum*, pp. 54 ss., incluidas la de los autores.

¹¹⁶ Para Gioffredi los textos que hablan de la voluntad en este título presentan un carácter teórico que no es originario del dictado clásico, sino obra del proceso de compilación justiniano, “L’elemento intenzionale nel diritto penale romano”, p. 46. Ciertamente, la capacidad de representarse el resultado material del acto está presente en los textos que acabo de analizar y también otros: en el título 16 del libro 9 del *Codex* se incluyen las llamadas causas de exclusión de la responsabilidad como en el concepto amplio de legítima defensa en el que, la evidente intención de causar la muerte o un daño a una persona se ve enjugada por el hecho del ataque precedente, incluso aunque fuera dudosa la situación de peligro: C. 9, 16, 2: *Is, qui aggressorem uel quemcunque alium in dubio uitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet*; C. 9, 16, 3: *Si quis percussorem ad se uenientem gladio repulerit, non ut*

ya se había reconocido también en el rescripto de Adriano que recoge Marciano en D. 48, 8, 1, 3, y como se recogerá en constituciones posteriores tal cual aparece reflejado en (*ad legem Corneliam de sicariis*) C. 9, 16, 1: [...] *Crimen enim contrahitur, si et uoluntas nocendi intercedat. Ceterum ea, quae ex improviso casu potius quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxae imputantur*; C. 9, 16, 5: *Eum, qui asseuerat, homicidium se non uoluntate, sed casu fortuito fecisse [...]*. o en las *Sententiae* de Paulo (V, 23, 3): *Qui hominem occiderit, aliquando absoluitur, et qui non occidit, ut homicida damnatur: consilium enim uniuscuiusque, non factum puniendum est. Ideoque qui, cum uellet occidere, id casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur: et is, qui casu iactu teli hominem imprudenter occidit, absoluitur*, donde *consilium* sería la expresión utilizada para significar decisión o voluntad¹¹⁷.

La voluntad de matar se expresa a veces como la finalidad de la acción *-occidendi causa, necandi causa*, el uso de *ut* en *ut quis innocens conueniretur* o *ut publica lege reus fieret* de D. 48, 8, *pr.* y 1-, y en otras como intención *-animus occidendi-*, y, unida a la realización de determinados comportamientos, estaría castigada en la *lex Cornelia*, independientemente del resultado, pero también lo estarían las muertes cometidas independientemente de la voluntad -siguiendo la tesis de Polara *ex* D. 48, 8, 1, 1¹¹⁸-. Por otro lado, aparecerían castigados con la misma pena, en virtud de la extensión hecha a través de senadoconsultos (D. 48, 8, 3, 3), los delitos imprudentes relacionados con la pericia que se debía presumir en el ejercicio de determinadas actividades: los *pigmentarii* y, como veremos, las mujeres que preparaban *medicamenta* relacionados con dolencias o problemas femeninos.

Otro caso de imprudencia punible lo encontramos al inicio del Título 8 del libro 48 del Digesto, en 1, 3, ya citado, donde se recoge la decisión de Adriano de 1) no castigar con la pena del homicidio aquel cometido involuntariamente; 2) castigar con la pena de homicidio los homicidios frustrados y 3) castigar los homicidios involuntarios cometidos durante una riña: *Diuus Hadrianus rescripsit, eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo*

homicida tenetur, quia defensor propriae salutis in nullo peccasse uidetur, o, por último, C. 9, 16, 4: *Si, ut allegas, latrocinantem peremisti, dubium non est, eum, qui inferendae caedis uoluntate praecesserat, iure caesum uidere*. Que este interés escape de una formulación teórica en el contexto en el que se insertaban los textos clásicos, puede ser, pero es cierto también que algunos de ellos se nos presentan como reglas generales y así pasan a los textos posteriores. En relación con la “volontà colpevole” señala Garofalo la contribución de la jurisprudencia al establecer el principio “secondo il quale in assenza del dolo, inteso come consapevolezza e intenzionalità che deve investire l’intero fatto, non può infliggersi una pena pubblica”, frente a lo que sucede en materia de delito privado, Garofalo, L., *Piccoli scritti di diritto penale romano*. Padova, 2008, p. 111. Esta falta de dolo en los *infantes* y en los *furiosi* sería lo que les habría hecho eludir la pena, p. 113. *Vide* las notas 119 y 121 en las que, de manera breve, el autor indica cómo se lleva al dolo lo que es más bien una cuestión de imputabilidad. Respecto del *infans*, *vide* también C. 9. 16. 6: *Si quis te reum Corneliae legis de sicariis fecerit, innocentia purgari crimen, non adulta aetate defendi conuenit*. A estos textos cabría añadir los relativos a la legítima defensa: C. 9, 16, 2 y 3.

¹¹⁷ El mismo término en el fragmento de Modestino, ya visto: *Infans uel furiosus, si hominem occiderit, lege Cornelia non tenentur, quum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat* (D. 48, 8, 12).

¹¹⁸ En la misma línea podría estar una constitución de Diocleciano y Maximiano (C. 9, 16, 7): *Is, qui cum telo ambulauerit hominis necandi causa, sicut is, qui hominem occiderit uel cuius dolo malo factum erit commissum, legis Corneliae de sicariis poena coercetur*, si entendemos *qui hominem occiderit* en el sentido de la primera de las prescripciones de la *lex* contenida en D. 48, 8, 1, *pr.* y el *cuius dolo malo factum erit commissum* como la inducción. Serían dos comportamientos diferentes: matar a un hombre y la inducción al homicidio. Para otros textos en los que no se exige la concurrencia de una voluntad dañina en el *qui hominem occiderit*, *vide* González Romanillos, J. A., *Homicidium y delitos afines en el derecho criminal romano*, Granada, 2020, pp.75 ss., quien, sin embargo, no comparte la tesis de Polara.

hoc admisit, absolui posse; et qui hominem non occidit, sed uulnerauit, ut occidat, pro homicida damnandum, et ex re constituendum hoc; nam si gladium strinxerit, et eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse; sed si clauis percussit, aut cucuma in rixa, quamuis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, tenendam poenam eius, qui in rixa casu magis, quam uoluntate homicidium admisit.

El tercer supuesto, herir a alguien con una llave o con una sartén durante una riña, se sanciona como conducta imprudente *-non occidendi animo-*; hay que entender que la pena, aunque graduada, se establece por el reproche que merece la acción que da causa a la muerte (la riña), no por el resultado. La cuestión estriba, además, en que el *ferrum* en que consiste la llave o la sartén no son equiparables a un arma. En este caso se pide la graduación de la pena en función del arma empleada que lleva a deducir también la intención del reo *-casu magis, quam uoluntate-*¹¹⁹.

En conclusión, es la finalidad perseguida con la acción típica el eje vertebrador de este tipo de ilícitos que lleva, en muchos casos, a calificar la preparación, tenencia, etc... de venenos como un auténtico e independiente delito que se pena en la *lex Cornelia*; la ausencia de elementos concluyentes para determinar la finalidad del *ambulare cum telo*, por ejemplo, impediría castigar este hecho como homicidio, pero configurado como queda en la *lex Cornelia*, el castigo deviene del peligro concreto que supone, es decir, de su configuración como un delito autónomo. De ahí que, *a contrario*, la dificultad de probar una intención diferente al *necandi causa* otorgara a esta sanción una finalidad preventiva.

En segundo lugar, frente a la afirmación de la finalidad de causar una muerte como criterio para penar los supuestos de la *lex Cornelia* relacionados con el veneno, la regla se rompería con la inclusión de los casos en los que el administrador o fabricante del veneno/fármaco es un profesional, como en los vistos de los *pigmentarii*. Esta actividad pública existiría junto a esa otra que he llamado conocimientos subalternos o conocimientos derivados de la medicina natural, tanto de fabricación como de venta privada, y que ocuparía tanto a hombres como mujeres. La profesionalización de la medicina y remedios pseudo, o no, farmacológicos, caminaban parejos a la medicina y remedios tradicionales.

Un caso de dispensación privada se encuentra, probablemente, en D. 48, 8, 3, 2 *in fine*, texto de Marciano, en el que se señala cómo se persiguió la administración de *medicamenta* destinados a facilitar la concepción que desembocara en la muerte de la mujer, a través de un senadoconsulto posterior a la *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*: *Sed ex Senadoconsulto relegari iussa est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea, quae acceperat, decesserit*¹²⁰. En este caso, nos encontraríamos, de nuevo, ante una actividad médica -o pseudo- ejercida fundamentalmente por mujeres relacionada con las enfermedades, dolencias o problemas

¹¹⁹ Vide n. 109.

¹²⁰ También con pena de *relegatio* a los *honestiores* que dieran un *medicamen* para curar a alguien, a consecuencia del cual, pereciera: *Si ex eo medicamine, quod ad salutem hominis uel ad remedium datum erat, homo perierit, is qui dederit, si honestior sit, in insulam relegatur, humilior autem capite punitur*, según Paul. *Sent.*, V, 23, 19.

específicamente femeninos; de hecho, tanto la autora del ilícito como la víctima son mujeres, como se puede observar en la redacción del texto¹²¹.

Si enlazamos este supuesto con los que hemos visto anteriormente, en los que la finalidad/voluntad era el criterio que determinaba la calificación de los hechos como subsumibles en la *quaestio* instaurada por la *lex Cornelia*, la finalidad en este caso no merecería ningún reproche penal *-ad conceptionem-*, pero es la imprudencia o falta de pericia *-non quidem malo animo-* la que lleva al resultado de muerte. Se estaría ante un caso en el que la mala praxis a la hora de administrar un *medicamentum* -así se denomina lo administrado- se persigue por razón de la actividad a la que, probablemente, se dedicaba la rea, pero que no supo ejercer correctamente *-malum exemplum-*. La utilización del sustantivo *exemplum* puede llevarnos a pensar en una mala formulación de la “receta” (mal copiada, mal elaborada, mal formulada) o siguiendo incorrectamente aquel conocimiento que le había sido transmitido¹²². En el texto de Marciano, el sustantivo *exemplum* podría no utilizarse en el sentido dado por Festo de ejemplo que seguimos o evitamos (L. 72, 5: *Exemplum est, quod sequiamur, aut uitemus*), sino en el sentido de mala copia; así, se puede pensar más en una mala formulación que en un “mal precedente” como se traduce en la edición del Digesto de D’Ors, *et alt.*, (1975); esto es, un resultado de una mala fórmula tanto si ha sido ideada por la rea, como si esta siguió una receta inadecuada. En el primer caso, la imputación de responsabilidad vendría dada por la falta de pericia en su labor; en el segundo, se estaría persiguiendo una actividad, la de las mujeres que dan brebajes -en este caso denominados como *medicamenta-* para ayudar a concebir, quizá en el entendimiento de que eran poco fiables o seguras y, en cualquier caso, mal vistas desde el poder. Se uniría este caso al señalado en D. 48, 19, 38, 5, (Paul. *sent.*): *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est [...]* en el que el resultado de suministrar un brebaje abortivo condujera a la muerte, aunque las diferentes penas vinieran dadas, también, por la diferente finalidad (*ad conceptionem/abortionis poculum*)¹²³. En ambos casos se estaría ante conductas hechas sin ánimo de causar la muerte, pero que se han realizado *malum exemplum*; serían, por tanto, ilícitos que quedarían configurados de manera autónoma¹²⁴.

Sin embargo, no creo que haya que despreciar totalmente la primera interpretación y pensar en una mujer que, por mala praxis, causara la muerte de la mujer a la que dio *medicamenta* para concebir. Hay que recordar que en derecho romano había establecida,

¹²¹ Recordemos de nuevo en este punto que, en su mayor parte, “en la sociedad romana las prácticas relacionadas con la gestación (menstruaciones, amenorrea, aborto, parto, etc.) formaban parte del mundo femenino, de modo que eran las mujeres las que proporcionaban consejos y recetas a las gestantes”, Rodríguez Ortiz, V., *El aborto hasta finales de la Edad Media castellana*, Pamplona, 2014, p. 27, lo que no implica, a mi juicio, que las mujeres solo se ocuparan de este tipo de dolencias asociadas al mundo femenino, ni que solo se ocuparan de ellas las mujeres. En este sentido, los tratados médicos greco-romanos se ocupan de estas dolencias; otra cosa diferente sería la práctica. Sobre esta cuestión, *vide*, por todos, de Filippis, *Medici e medicina in Roma antica*, pp. 177 ss. La autora señala cómo “si trattava di saggiare la fertilità femminile con un metodo pseudocientifico che pretendeva di andare al di là dei pronostici popolari seguiti anche dalle levatrici [...]”, p. 189.

¹²² También como copia, Ernout, A.,-Meillet, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine, s.u. exemplum*.

¹²³ Como señala Fernández de Buján, A., *Derecho Público Romano y recepción del derecho romano en Europa*. Madrid, 2000, p. 199, las penas impuestas en el sistema de la *cognitio extra ordinem* eran, normalmente, más severas y diferentes a las contempladas en las *quaestiones perpetuae*.

¹²⁴ Ferrini entiende que el suministro se castiga en caso de provocar la muerte, aun no intencionadamente, porque el suministro es ya un delito en sí y lo enlaza con el texto de Marciano en D. 48, 8, 3, 2, *Derecho penal romano*, p. 70.

con carácter general, la responsabilidad de algunos profesionales -médicos y parteras- por los daños provocados en el ejercicio de su actividad y que vendrían sancionados a través de la *lex Aquilia*; sirva como ejemplo D. 9, 2, 8, *pr.* sobre el médico que hubiera dado equivocadamente un medicamento -*si medicamento perperam usus fuerit*-, o la *obstretix* que administra un medicamento que hubiera causado la muerte de la mujer - D. 9, 2, 9, *pr.*). Como se ve, aquí se está hablando de profesionales de la medicina, donde no se entra en si la administración ha sido dolosa o imprudente, sino que directamente se responde por el daño producido.

Junto a estas actividades públicas o privadas, pero reconocidas y conocidas públicamente, se encuentran aquellas que están asociadas a la magia o hechizos de los que en época clásica se dudaba de su eficacia¹²⁵. Ya he señalado cómo Modestino (D. 48, 8, 13) habla expresamente de *mala sacrificia fecerit* como tipo penal al que se le atribuye la pena de la *lex Cornelia* en virtud de un senadoconsulto; este texto hace referencia al ejercicio de actividades vinculadas a la magia o los encantamientos. Quiero recordar, simplemente, cómo emperadores como Antonino, Diocleciano y Maximiano, Constantino, y Valentiniano y Valente, dictan normas contra los magos, hechiceros, astrólogos *et ceteris similibus*, recogiendo una figura, la del *maleficus* que designa al mago o hechicero y señalando que este término se habría dado popularmente a estas personas: *Chaldei ac magi et ceteri, quos maleficos ob facinarum magnitudinem uulgi appellat* (C. 9, 18, 5), después de haber nombrado a los distintos personajes implicados en la magia, adivinación y hechicería con los términos apropiados (*haruspex, mathematicus, hariolus, augur, uates*, además de *Chaldei et magus*); y en C. 9, 18, 7, también en una constitución del mismo Constantino: [...] *si quis magus, uel magicis contaminibus assuetus, qui maleficus uulgi consuetudine nuncupatur* [...]. Los hechiceros debieron de ejercer una actividad, basada en una *scientia*, también relacionada con el conocimiento, elaboración y dispensación de venenos y que merece, por parte del legislador, una especial reprobación: *Plus est hominem extinguere ueneno, quam occidere gladio* (C. 9, 18, 1. *Imp.* Antonino), al valorar la situación de indefensión que provoca el veneno en la víctima; los magos o brujos, independientemente de que se considere que su acción pueda o no tener un resultado lesivo en la práctica -*exitus*-, son castigados por el hecho de practicar *mala sacrificia*.

¹²⁵ Ciertos aspectos de la magia estuvieron perseguidos desde antiguo: así, el conocido fragmento de Plinio, *nat. hist.*, 28 2, 17 que se integra en las ediciones de la ley de las XII Tablas: *Qui malum carmen incantassit y Qui fruges excantassit*, o Servio, *ad. Ecl.*, 8, 99: *neue alienam segetem pellexerit*. En relación con lo que sucede en la época de aprobación de la *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*, Scheid, J., “Le délit religieux dans la Rome tardo-républicaine”, p. 160, entiende que, aunque los envenenamientos “étaient généralement mis en rapport avec la sorcellerie”, la ley no buscaría penar la magia “en tant que telle qui était en cause mais les crimes de droit commun qui en résultaient”, esto es, el castigo no sería la consecuencia de la comisión de un delito religioso sino de un delito común. Respecto de la magia realizada a través de conjuros y palabras, Plinio señala las serias dudas que planteaba en su época, pese a las creencias populares: *ex homine remedium primum maximae quaestionis et semper incertae est, polleantne aliquid uerba et incantamenta carminum. Quod si uerum est, homini acceptum fieri oportere conueniat, sed uirum sapientissimi cuiusque respuit fides, in uniuersum uero omnibus horis credit uita nec sentit. Quippe uictimae caedi sine precatone non uidetur referre aut deos rite consuli* (Plinio, *nat. hist.*, 28, 2, 1). Sin embargo, como se verá a continuación, en época imperial determinadas actividades relacionadas con la magia -utilizo la expresión en sentido general- sí se consideran, cada vez más, perseguibles penalmente.

En realidad, todos estos personajes no fueron nunca bien vistos desde el poder público y, probablemente, tampoco desde muchos ciudadanos¹²⁶. Para Cramer, la política imperial en relación con los astrólogos estuvo relacionada con evitar situaciones problemáticas desde el punto de vista político¹²⁷, lo que ya habría sucedido en el 186 a.C. con la represión de las Bacanales o la expulsión de los *chaldei* -los astrólogos caldeos- en el 139 a.C.; compartiendo esta visión, no obstante, a mi juicio, no cabe excluir la persecución de la ciencia en cuanto tal. Precisamente habría sido la producción normativa constante de distintos emperadores lo que me lleva a pensar que estas prácticas estaban tan extendidas que no bastó con una única prohibición, sino que fueron necesarias diferentes iniciativas para introducir modificaciones en la normativa sancionadora y, en segundo lugar, que la práctica de la magia y astrología estaba sustentada en una auténtica teoría -*ars*- de la misma¹²⁸. Esta extensión de la magia y astrología está perfectamente documentada, así como su conocimiento a través de libros dedicados a ella en un mundo en el que la distribución escrita de los libros relativos a esta ciencia no estaba al alcance de cualquiera; solo quiero recordar la carta paulina en la que se recoge cómo, tras la predicación de San Pablo a los Colosenses, estos quemaron sus libros de magia que habían costado una importante cantidad de dinero en el s.I.¹²⁹.

Las *Sententiae* de Paulo (V, 23, 15-18) dedican a esta cuestión cuatro fragmentos y dan una panorámica precisa de cuál era el planteamiento del tema de la magia en el Bajo Imperio y la preocupación de las autoridades no solo por la práctica, sino también por el conocimiento de estas “artes”¹³⁰, así como el cambio en cuanto a las penas: 15. *Qui sacra impia nocturnaue*¹³¹, *ut quem obcantarent defigerent obligarent, fecerint faciendae curauerint, aut cruci suffiguntur aut bestiis obiciuntur*. 16. *Qui hominem immolauerint exue eius sanguine litauerint, fanum templumue, polluerint, bestiis*

¹²⁶ Cfr. Ortiz García, C., “Malum Carmen incantare”, *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, Actas de las Jornadas del VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho romano (A. Calzada y F. Camacho, Coords.), Madrid, 2005, p. 430. Tampoco desde lo que podríamos llamar, ciencia: tomo como ejemplo la frase de Plinio, *nat. hist.*, 28, 17, [...] *cinis coclearium iiii in mulsi hemina, bouis feminae in mulieribus, ex altero sexu in uiris, quod ueluti mysterium occultarunt magi*, donde se deja entrever las prácticas de algunos de estos personajes que podrían estar cercanos a la estafa o, al menos, pone de manifiesto cómo disfrazaban con misterio prácticas que podían ser conocidas desde antiguo -en este caso, un remedio para la hidropesía-.

¹²⁷ Cramer, F. H., *Astrology in Roman Law and Politics*, Philadelphie, 1951, p. 49.

¹²⁸ Al contrario de lo que sostiene Cramer, para quien la prolijidad normativa se explicaría por la falta de una persecución de la ciencia *per se*, y se debería a circunstancias concretas y parecidas que se producirían en momentos diferentes. En este sentido, señala Rodríguez López que la magia habría sido sólo sancionada si causaba daño a la salud o a la reputación de alguien, “La represión de las artes mágicas en Derecho Romano”, *El Derecho penal: de Roma al derecho actual*, Actas de las Jornadas del VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho romano (A. Calzada y F. Camacho, Coords.), Madrid, 2005, p. 545. Es cierto, por otro lado, que estarían, por una parte, los grandes tratados y por otra, la práctica cotidiana; así lo entiende Montero cuando señala que “las previsiones cotidianas de los *caldae* o *mathematici*, llevadas de su afán de servir a las necesidades humanas a cambio de una compensación económica, tuvieron en Roma e Italia poco en común con los esfuerzos racionalistas de los teóricos de la astrología”, Montero, S., “Adivinación y esclavitud en la Roma antigua”, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*. Anejos, 0, 1995, p. 150.

¹²⁹ Hch. 19:18-19: “Muchos creyentes venían a confesar y a manifestar sus prácticas de magia. Y bastantes de los que habían practicado artes mágicas llevaron sus libros y los quemaron en presencia de todos; su valor fue calculado en cincuenta mil monedas de plata”. El texto es una referencia importante para saber tanto la extensión del conocimiento de las artes mágicas, como el valor de los pergaminos en los que se escribían estos tratados.

¹³⁰ Ampliamente, Varela, E., “Magia y Derecho en Roma”, *Estudios jurídicos in memoriam del Prof. Alfredo Calonge*, II (2002), pp.1052 ss.

¹³¹ *Impia como magica*, en opinión de Ronconi, “*Malum carmen e Malus poeta*”, p. 968.

*obiciuntur, uel si honestiores sint, capite puniuntur. 17. Magicae artis conscios summo supplicio adfici placuit, idest bestiis obici aut cruci suffigi. Ipsi autem magi uiui exuruntur. 18. Libros magicae artis apud se neminem habere licet: et penes quoscumque reperti sint, bonis ademptis, ambustis his publice, in insulam deportantur, humiliores capite puniuntur. Non tantum huius artis professio, sed etiam scientia prohibita est*¹³².

En época del emperador Constantino se sigue persiguiendo la elaboración de venenos y se distingue, expresamente, entre aquellos que están hechos para matar a una persona y los que se elaboran como afrodisiacos, en esa vieja tradición que ya habíamos encontrado en referencias de fuentes anteriores -*Eorum est scientia punienda et seuerissimis merito legibus uindicanda, qui magicis accincti artibus aut contra salutem hominum moliti, aut pudicos animos ad libidinem deflexisse* (C. 9, 18, 4; id. C. Th. 9, 16, 3)-, como también se recoge la tradición de la medicina natural que quedaría exenta de reproche penal al igual que los votos a la divinidad pidiendo por fertilidad de los frutos naturales: *Nullis uero criminationibus implicanda sunt remedia humanis quaesita corporibus, aut in agrestis locis innocenter adhibita suffragia, ne maturis uindemiis metuerentur imbres, aut uentis grandinisque lapidatione quaerentur, quibus non cuiusque salus aut existimatio laederetur, sed quorum proficerent actus, ne diuina munera et labores hominum sternerentur* (Id.loc.).

¹³² Ligado a esta cuestión, aparece en D. 48, 9, 14 (Calistrato) la expresión *maleficium*, que hay que entenderlo en sentido general, como ilícitos, hechos o comportamientos dañinos; pero es evidente el vínculo entre *maleficium*, *maleficum* y *maleficus*, y puede que, a partir de un cierto momento, la asociación hubiera sido vista de manera natural por el pueblo y, quizá, se podrían utilizar los términos de manera sinónima. En este sentido, Ortuño señala cómo *maleficium* no tuvo siempre el mismo significado llegando en la época postclásica a convertirse “en un tipo autónomo de acto ilícito, *ars malefica*”, Ortuño, M. E., “Algunas consideraciones sobre la tentativa”, *El derecho penal: de Roma al derecho actual, Actas de las Jornadas del VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho romano* (A. Calzada y F. Camacho, Coords.), Madrid, 2005, p. 445. Sin embargo, el texto de Calistrato entrecomilla las palabras exactas -*haec uerba*- que extrae de un rescripto de Adriano -*in maleficiis uoluntas spectatur, non exitus*-. No sé si se podría llegar a interpretar si el *in maleficiis* de D. 48, 9, 14 se refiere a una actividad y el *maleficus* de las constituciones citadas anteriormente, a la persona que la realiza, que se hubiera podido considerar por parte de los compiladores la expresión de Calistrato en este texto como una secuencia del texto anterior, entendiendo el *maleficiis* no en el sentido de ilícitos que entrarían dentro de la órbita de la *lex Cornelia*, sino como “maleficios” y así lo hubieran situado. El hecho de que el texto anterior de la compilación hable de *mala sacrificia* y que el principio de que en los homicidios se atiende a la voluntad, y no al resultado, ya esté expresado en D. 48, 8, 1, 3, en un texto de Marciano que recoge un rescripto del mismo Adriano, puede llevar a pensar que se está ante unos tipos específicos de delitos, aquellos relacionados con la magia; el apunte de Adriano en la idea de que, estos casos, son, *per se*, reprochables penalmente sin esperar al resultado, tiene sentido y también lo tiene que los compiladores justinianos lo recogieran. De significar, en origen, un acto lesivo o ilícitos pero que no entrarían en la órbita de los crimina (*vide* Torrent, 2005, *s.u. maleficium*), quizá se podría haber pasado a un concreto ilícito asociado al ejercicio de la magia o hechicería, en sentido amplio. En cualquier caso, la expresión *maleficium* se sigue utilizando para referirse a ilícitos con carácter general como se deriva, por ejemplo, de C. 7, 12, 1, referido a aquéllos que tiene la potestad de castigar los actos ilícitos: *a praesidibus prouinciarum uel qui coercendorum maleficiorum potestatem habent*. Y en textos literarios anteriores, como Tácito, la expresión utilizada para referirse a “maleficios” es *malefica: carmina et deuotiones et nomen Germanici plumbeis tabulis insculptum, semusti cineres ac tabo obliti aliaque malefica quis creditur animas numinibus infernis sacrari* (Ann. 2, 69). Todo ello hay que unirlo a lo señalado por Huvelin, que pone el acento en cómo “*maleficium* s’est substitué à *ueneficium* dans le sens d’acte magique, par suite d’une reaction de la langue populaire, qui voulait éviter, entre *beneficium* et *ueneficium*, la confusion que la prononciation courante (bétacisme) tendait à créer”, porque, en definitiva, como señala el autor, las palabras *bonus* y *malus*, en el uso latino tienen un sentido técnico preciso, siendo *bonus* todo acto tendente a restablecer el orden preexistente, mientras que todo acto tendente a romper ese equilibrio sería calificado como *malus*; cfr. Huvelin, P., *La notion de l' "iniuria" dans le très ancien droit romain*, Lyon, 1903, p. 63, n. 3.

Otros textos en este Título nos hablan de la hechicería propiamente dicha y es en ellos donde se pone de manifiesto la importancia de la intención o voluntad con la que se realicen determinados actos; solo basta comparar este último texto citado donde se habla de votos o, como se lee en la traducción de García del Corral, “encantamientos” *innocenter*, con lo señalado en C. 9, 18, 6: *Multi, magicis artibus usi, elementa turbare, uitas insontium labefactare non dubitant, et manibus accitis audent uentilare, ut quisque suos conficiat malis artibus inimicos. Hos, quoniam naturae peregrini sunt, feralis pestis absumat.*

Apéndice Bibliográfico

Alfayé, S., “Fraudes sobrenaturales: Embaucadores, crédulos y potencias divinas en la antigua Roma”, *Fraudes, mentiras y engaños en el mundo antiguo*, (F. Marco Simón, F. Pina Polo y J. Remesal Rodríguez, eds.), Barcelona, 2014, pp. 65-95.

Almansa Fernández, M., *El delito religioso en el sacrificio romano*, 2019 (Tesis doctoral dirigida por Santiago Montero Herrero, disponible en abierto en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/59285/1/T41758.pdf>, rescatado el día 16 de marzo de 2022).

Alonso Alonso, M. A., *Los médicos en las inscripciones latinas de Italia (siglos II a.C. - III d.C.): aspectos sociales y profesionales*, Santander, 2018.

Alvar Nuño, A., *Envidia y fascinación: el mal de ojo en el Occidente romano*, Madrid, 2014.

Álvarez de Miranda, A., *Las religiones místicas*, Madrid, 1961.

Amielanczik, K., “The guilt of the perpetrator”, *Labeo* 46 (2000), pp. 82-95.

Blánquez, A., *Diccionario Latino-Español/Español-Latino*, Barcelona, 2002.

Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, I, Roma, 1925.

Brasiello, U., *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937.

Bonini, R., *I Libri de Cognitionibus di Callistrato. Ricerche sull’elaborazione giurisprudenziale della cognitio extra ordinem*, I, Milano, 1964.

Buis, E. J., “Emociones draconianas: la institucionalización afectiva del perdón en la ley ateniense sobre homicidio (IG I3. 104, 13-20)”, *Nova tellus* 38/2 (2020), pp. 13-40.

Cancelli, E., *s.u. Dolo*, *Enciclopedia del Diritto*, 6, 1964.

Casavola, F. *s.u. Dolo*, *Novissimo Digesto Italiano*, 6, 1957.

Cantarella, E.:

- “I greci, noi e la pena di morte”, *Argos* 32 (2008-2009), pp. 7-20.

- *Passato Prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 1996.

Cascione, C., “Matronae vocatae in ius tra antico e tardoantico”, *Index* 40 (2012), pp. 238-243.

Cloud, J. D., “How did Sulla style his law de Sicariis?”, *The Classical Review*, Vol. 18 n° 2, (1968), pp. 140-143.

Coppola, G., *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994.

Costa, E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921 (fac. Pamplona, 2019).

Cramer, F. H., *Astrology in Roman Law and Politics*, Philadelphie, 1951.

D’Ambra, E., *Roman Women*, New York, 2007.

Daremberg, C.V. – Saglio, E., *Dictionnaire des antiquités grecs et romaines*, 4. 1, 1877-1919, pp. 454-455.

Dell’Oro, A., *I libri de officio nella giurisprudenza romana*. Milano, 1960.

De Filippis Cappai, C., *Medici e medicina in Roma antica*, Torino, 1993.

de Miguel, R., *Diccionario latino-español etimológico*, Madrid, 1946.

Derrida, J., *La dissémination*, Paris, 1972.

Domingo, R., *La legislación matrimonial de Constantino*, Pamplona, 1989.

Ernout, A.,-Meillet, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 2001.

Fanizza, L., *Giuristi Crimini Leggi nell’età degli Antonini*, Napoli, 1982.

- Fernández de Buján, A., *Derecho Público Romano y recepción del derecho romano en Europa*. Madrid, 2000.
- Ferrini, C., *Derecho penal Romano*, Madrid, 2017 (trad. Pérez Alonso/Rozas/San Juan/Tirado de *Esposizioni storica e dottrinale del diritto penale romano*, Milano, 1905).
- Gaffiot, F., *Dictionnaire illustré Latin-Français*, Paris, 1934.
- Gagarin, M., *Drakon and Early Homicide Law*, New Haven, 1981.
- Gagé, J., *Matronalia. Essai sur les dévotions et les organisations cultuelles des femmes dans l'ancienne Rome*, Bruxelles, 1963.
- Garofalo, L.:
- “La competenza a promuovere “iudicia populi” avverso donne”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 52 (1986), pp. 451-476.
 - *Piccoli scritti di diritto penale romano*. Padova, 2008.
- Gatto, F., “Las sacerdotisas de *Bona Dea*: Condición social y aspectos organizativos del culto”, *Estudios de Arqueología, Prehistoria e Historia antigua, Achega dos novos investigadores*, (R. Cordeiro y A. Vázquez, eds.), Santiago de Compostela, 2016, pp. 287-305.
- Genin, J. C., *La répression des actes de tentative en droit criminel romain*, Lyon, 1968.
- Gioffredi, C., “L’elemento intenzionale nel diritto penale romano”, *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, (1970), pp. 35-53.
- Girard, R., *La violencia y lo sagrado*, Barcelona, 1995, (trad. J. Jordá de *La Violence et le sacré*, Paris, 1972).
- González Romanillos, J. A.:
- *Homicidium y delitos afines en el derecho criminal romano*, Granada, 2020
 - *El liber singularis de poenis paganorum de Claudius Saturninus. Identificación y datación del jurista*, Granada, 2014.
 - *Teoría y práctica judicial en época republicana. (Política y represión criminal en la experiencia romana)*, Madrid, 2016.
- Herrmann, C., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Bruxelles, 1964.
- Höbenreich, E., “Due senatoconsulti in tema di veneficio (Marcian. 14 inst. D. 48.8.3,2 e 3)”, *Archivio giuridico “Filippo Serafini”* 208 (1988), pp. 75-97.
- Huvelin, P., *La Notion De L' Iniuria Dans Le Tres Ancien Droit Romain*, Lyon, 1903.
- Jaeger, W., *Paideia: Los ideales de la cultura griega*, Madrid, 2017 (15ª reimp. Trad. J. Xirau y W. Roces, de *Paideia. Die Formung des Griechischen Menschen*, Berlin, 1933).
- Landucci, L., “Indissolubilità del matrimonio confarreato”, *Estratto dal Archivio Giuridico* LVII, 1-2 (1896), pp. 7-62.
- Mac Cormack, G., “Sciens dolo malo”, *Sodalitas: scritti in onore di Antonio Guarino*, III, Napoli, 1984, pp. 1445-1453.
- Masferrer, A., “La distinción entre delito y pecado en la tradición penal bajomedieval y moderna. Una propuesta revisionista de la historiografía española, europea y anglosajona”, *Anuario de Historia del Derecho Español* LXXXVII (2007), pp. 693-756.
- Mazzini, I.:
- *La medicina dei Greci e dei Romani*, I. *Letteratura y Lingua*, Roma, 1997 y II. *Scienza*, Roma, 1997.
 - “Letteratura e medicina nel mondo antico”, Supp. 2011 “Medicina nei secoli: arte e scienza”, *Journal of History of Medicine*, Roma, 2011.
- Marco Simón, F.:
- “Topografía cualitativa en la magia romana”, *Memorias de historia antigua* 7 (1986), pp. 81-90.
 - “La propiciación de la muerte en los rituales mágicos”, *Páginas. Revista digital de la escuela de historia* 4 (2011), pp. 11-30.
 - “Sobre la emergencia de la magia como sistema de alteridad en la Roma augústea y julio-claudia”, *MHNH. Revista internacional de investigación sobre magia y astrología antiguas* 1 (2001), pp. 105-132.
- Mastrocinque, A., *Bona Dea and the Cults of Roman Women*, Stuttgart, 2014.

Mentxaka, R., “El aborto en el derecho romano: Consideraciones sobre las fuentes jurídicas clásicas”, *Estudios Deusto* Vol. XXXI, nº 70 (1983), pp. 307-320.

Miglietta, M., *‘Servus dolo occisus’. Contributo allo studio del concorso tra ‘actio legis Aquiliae’ e ‘iudicium ex lege Cornelia de sicariis’*, Napoli, 2001.

Monaco, L., “Veneficia Matronarum. Magia, Medicina e Reperessione”, *Sodalitas: Scritti in onore di Antonio Guarino IV* (1984), pp. 2013-2024.

Montero Herrero, S.:

- “Adivinación y esclavitud en la Roma antigua”, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones* 0 (1995), pp. 141-156.

- “Del silencio augural al silencio ante el prodigio”, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones. Anejos* 19 (2007), pp. 165-174.

Nardi, E., *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971.

Núñez Paz, M. I., *La responsabilidad de los médicos en Derecho Romano*, Gijón, 1996.

Obarrio, J. A., “Paideia versus Utilitas”, *Revista General de Derecho Romano* 35 (2020), pp. 1-50.

Ortiz García, C., “Malum Carmen incantare”, *El derecho penal: de Roma al derecho actual, Actas de las Jornadas del VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho romano* (A. Calzada y F. Camacho, Coords.), Madrid, 2005, pp. 429-440.

Ortuño, M. E., “Algunas consideraciones sobre la tentativa”, *El derecho penal: de Roma al derecho actual, Actas de las Jornadas del VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho romano* (A. Calzada y F. Camacho, Coords.), Madrid, 2005, p. 445.

Padovan, M., “Medicina e corpo tra privato e pubblico”, *Il corpo in Roma antica, Ricerche giuridiche*, (L. Garofalo, cur.), I, Pisa, 2015, pp. 129-168.

Pavón, P., “La mujer en la religión romana: entre la participación y la marginación”, *Hijas de Eva: mujeres y religión en la Antigüedad*, (E. Ferrer-A. Pereira coords.), Sevilla, 2015, pp. 115-141.

Pennacchio, C., “Farmaco, un Giano bironte. Dei veleni e medicamenti, ovvero breve storia di un ossimoro”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 80 (2014), pp. 117-169.

Perea Yébenes, S., “Exvotos sexuales. Una aproximación a la "medicina sagrada" antigua a través de la epigrafía griega”, *Erótica antigua. Sexualidad y erotismo en Grecia y Roma* (S. Perea, Coord.), Madrid, 2007.

Penso, G., *La médecine romaine: l’art d’Esculape dans la Rome antique*, Paris, 1984.

Pina Polo, F., “El escándalo de la Bona Dea y la impudicitia de P. Clodius Pulcher”, *Homenaje a José M^a Blázquez, III, Historia de Roma*, (J. Mangas y J. Alvar, eds.), 1996, pp. 265-285.

Pociña, A.- López, A., “Publio Ovidio Nasón. Cosméticos para el rostro femenino (Introducción, Revisión del texto, traducción y notas)”, *Suplemento de Estudios Clásicos*, Tercera Serie, nº1 (1977), pp. 1-27.

Polara, G., “Marciano e l’elemento soggettivo del reato”, *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”* 16 (1974) pp. 89-138.

Reinach, S., “Una ordalie par le poison à Rome”, *Revue Archéologique*, Quatrième Série, t. 11, (1908), pp. 236-253.

Rodríguez-Valdés Álvarez, L.,

- “La compra de "venena": Desde el derecho romano a la reciente jurisprudencia del T.S.”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público* Vol. 42 nº 1 (1994), pp. 225-243.

- “Nueva aproximación al tema del veneficium”, *Labeo* 37 (1991), pp. 305-338 (Rodríguez Álvarez, L. sic.)

Rodríguez López, R.:

- “La represión de las artes mágicas en Derecho Romano”, *El Derecho penal: de Roma al derecho actual, Actas de las Jornadas del VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho romano* (A. Calzada y F. Camacho, Coords.), Madrid, 2005, pp. 545-559.

- *La violencia contra las mujeres en la antigua Roma*, Madrid, 2018.

- Rodríguez Ortiz, V., *El aborto hasta finales de la Edad Media castellana*, Pamplona, 2014.
- Ronconi, A., “Malum carmen e Malus poeta”, *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, pp. 958-971.
- Rotondi, G., *Leges publicae populi romani*, Hildesheim, 1990.
- Ruiz Castellanos, A., *Ley de las Doce Tablas. (Edición y Traducción)*, Madrid, 1992.
- Santalucia, B.:
- *Derecho penal romano*, Madrid, 1990, (trad. J. Paricio y C. Velasco de *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1989).
 - “Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia”, *Le délit religieux*, Roma, 1981.
 - *Studi i Diritto penale romano*, Roma, 1994.
- Schultz, C., *Women's Religious Activity in the Roman Republic*, North Carolina, 2006.
- Sheid, J., *Le délit religieux dans la Rome tardo-républicaine*, *Le délit religieux*, Roma, 1981.
- Sperandio, M. U., ‘*Dolus pro facto*’. *Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli, 1998.
- Torrent Ruíz, A., *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, Zaragoza, 1988.
- Varela, E., “Magia y Derecho en Roma”, *Estudios jurídicos in memoriam del Prof. Alfredo Calonge II* (2002), pp. 1053-1064.
- Venturini, C., *Processo penal e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996.