Sobre el origen histórico de la cláusula edictal *qui adversus bonos mores convicium*

María José BRAVO BOSCH

(*Universitad de Vigo*)

Evolución histórica del delito de injurias: Introducción

El delito[1] de injurias es uno de los más antiguos y oscuros del derecho romano[2]. *Iniuria*[3], etimológicamente hablando, proviene del vocablo *iure* precedido del prefijo negativo *in*[4], por lo que se infiere que todo acto *non iure*[5], contrario a derecho, se comprende dentro de la *iniuria*[6] en un sentido amplio[7]. En un sentido más técnico y estricto,

---

[1] Como declara BALZARINI, *De iniuria extraordinem statui* (Padua 1983) p. 2: "L'*iniuria*, infatti, può essere considerata come il *delictum* che più di ogni altro presenta aspetti privatistici e sinanco personalissimi".

[2] Vid. DEL PRETE, *La responsabilitá dello schiavo nel diritto penale romano* (Roma 1937 reimp. 1972) p. 34, en donde afirma que la noción de *iniuria*, por su particular posición en el mundo ético, está más expuesta a sufrir la influencia de concepciones diversas, según los grados de civilización más o menos evolucionados.

[3] BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Filadelfia 1953 reimp. 1991) *s.v. Iniuria*; BREAL et BAILLY, *Dictionnaire étymologique latin* (París 19-) *s.v. Iniuria*; ERNOUT et MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (París 1959) *s.v. Iniuria*; FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis* 4 (Padua, reimp. 1940) *s.v. Iniuria*; HEUMANN–SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Jena 1926 reimp. Graz. 1958) *s.v. Iniuria*; LEWIS & SHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford 1966 reimp. 1995) *s.v. Iniuria*; WALDE, *Latein. Etymologisches Wörterbuch* (Heidelberg 1965) *s.v. Iniuria*.

[4] PLESCIA, *The development of iniuria*, *Labeo* 23 (1977) p. 271: "Etimologically *iniuria* is a compound word of *in* and *ius* the *in* being a negative particle and the *ius* meaning right and binding. *Iniuria* then would refer to whatever has been done *non iure*, *i.e.*, *contra ius*, and it may be defined, in a very general sense, as a violation of another´s rights either in deed or words".

[5] D.47, 10, 1*pr*: *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat.*

[6] Vid. CARCATERRA, *Struttura del linguaggio giuridico preceptivo romano* (Bari 1968) p. 97 ss. en donde sostiene que el lenguaje jurídico romano de época remota, fue tomado del lenguaje común y no del técnico. Este es el caso del término *iniuria*.

se incluyen en esta denominación los más variados delitos[8], que causen daño o perjuicio *aut re aut verbis*[9] a la persona[10] de otro o de sus dependientes. Aquí es donde debemos ubicar – por el tipo de ofensa realizada- la claúsula edictal *de convicio*, introducida por el pretor para sancionar los insultos o vocería proferidos por varias personas *adversus bonos mores*, reunidas en grupo o asamblea ante el domicilio de la persona a quien se injuria o en un lugar frecuentado por ella[11]. Ahora bien, para poder conocer este edicto particular, debemos comenzar por la evolución histórica de la *iniuria*, hasta llegar al instante en el que se separa el edicto *de convicio* del *edictum generale de iniuriis aestimandis*[12], para convertirse en una figura singular.

En relación con las múltiples acepciones de la *iniuria*, dice Ulpiano, en D. 47, 10, 1*pr* (56 *ad ed.*):

> *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter; specialiter*[13] *autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemos. Interdum iniquitatem*

---

[7] Cfr. VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht*, *Labeo* 15 (1969) p. 163 donde dice que la *iniuria* en general significa tan sólo la negación del *ius:* "das Unrecht".

[8] Teniendo claro, como dice CARNAZZA, en *Studi sul Diritto Penale dei Romani* (Roma 1972) p. 89 que: "La nozione del delitto presso i romani non è certo così chiaramente definita come nella filosofia moderna, o almeno è incompleta, a volerla guardare per come oggi s'intende".

[9] Según el esquema utilizado por Labeón en D. 47, 10, 1, 1: *Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re, aut verbis; re quoties manus inferuntur, verbis autem, quoties non manus inferuntur, convicium fit = Coll.* 2.5.4.

[10] De acuerdo con PLESCIA, *The development* cit. p. 271, en este sentido específico del término *iniuria*, el daño infringido a la propiedad ajena (*damnum iniuria datum*) está excluido, "because the later wrong forms a separate delict covered by the *lex Aquilia de damno iniuria dato* of about 286 BC"; cfr. D. 9,2; sobre el significado de la palabra *iniuria* en el contexto del plebiscito aquiliano, LA ROSA, *Il valore originario di "iniuria" nella lex Aquilia*, *Labeo* 44 (1998), p. 366 ss.

[11] Ulpiano, D. 47, 10, 15, 2-14 (57 *ad ed.*) que más adelante analizamos en relación con el edicto *de convicio*.

[12] Primer edicto en materia de injurias, según el orden edictal reconstruido por LENEL, *EP*[3] (Leipzig 1927 reimp. 1985) p. 397 ss. Tít. XXXV: *de iniuriis*.

[13] De acuerdo con DONATUTI, *Iustus, iuste, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici*, en *AUPE* 33 (1921) p. 386 y 399, desde la palabra *omne* hasta *specialiter* debe ser una interpolación, por su similitud con un texto postclásico tomado como referencia por los compiladores de Justiniano, Paulo, *Coll.* 2.5.1: "*generaliter dicitur iniuria omne, quod non iure fit: specialiter alias contumelia"*. En relación con lo mismo, I. 4, 4*pr*, en donde Justiniano define la *iniuria* en sentido general; vid. al respecto, FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni de Giustiniano*, en *Opere* 2 (Milán 1929).

iniuriam dicemus; nam quum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam; contumeliam autem a contemnendo[14].

En el fragmento se señalan tres significados especiales de la *iniuria*[15], que debemos poner en relación con un texto atribuido a Paulo[16], en el que en claro paralelismo -acudiendo a vocablos griegos[17] semejantes- nos ofrece el variado campo semántico del vocablo: una primera acepción en ocasiones equipara *iniuria*[18] y culpa[19] (ἀδίκημα), como acaece en el delito de *damnum iniuria datum*

[14] Como afirma ALBANESE, en *Una congettura sul significato di iniuria in XII Tab. 8. 4*, *IURA* 31 (1980) p. 21, es significativa la "connessione etimologica -considerata probabile dai moderni- che i Romani stabilirono explícitamente tra *contumelia* e *contemnere*"; Sen. *Dial.* 2, 11, 2: *Contumelia a contemptu dicta est*, *quia nemo nisi quem contempsit tali iniuria notat*.

[15] Cfr. BETANCOURT, en *Derecho Romano Clásico* (Sevilla 1995) p. 595, en donde menciona estos tres significados especiales del término, junto al significado general.

[16] *Lib. singularis de iniuriis*, en *Coll.* 2, 5, 1; aunque debemos destacar el hecho de que la atribución a Paulo del pasaje es muy discutida. Vid. al respecto, SCHERILLO, *Pauli de iniuriis liber singularis*, en *Studi Solazzi* (Nápoles 1948) p. 439 ss. y en *Scritti Giuridici I. Studi sulle fonti* (Milán 1992) p. 73 ss., en los que trata de demostrar que Paulo nunca escribió un *liber singularis de iniuriis* y que éste es una parte del comentario edictal que dedicó Paulo a la *iniuria* (libro 50) o, más bien, su compendio.

[17] MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età republicana* (Milán 1977) p. 2 n. 2, en donde señala que la relación de los significados de *iniuria* con los términos griegos ὕβρις, ἀδίκημα, ἀδικία, puede verse como un signo de no clasicidad del texto de Paulo.; en el mismo sentido, ALBERTARIO, *Introduzione allo studio storico del diritto giustinianeo* (Milán 1935) p. 58. Contra, COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien* (París 1952) p. 321, a favor de la genuinidad del pasaje.

[18] Sobre el significado de la palabra *iniuria* en el contexto del plebiscito aquiliano, vid. LA ROSA, *Il valore originario di iniuria* cit. p. 366 ss.

[19] Vid. al respecto, BEINART, *The relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia*, *Studi Ar. Ruiz* (Milán 1953) p. 279 ss.; CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico* (Milán 1969); SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia : criterii di imputazione e problema della culpa* (Turín 1969) p. 91 ss.; CANNATA, *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, *Labeo* 17 (1971) p. 64 ss.; MAC CORMACK, *Aquilian culpa*, en *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube* (Edimburgo-Londres 1974) p. 201 ss.; PUGSLEY, *On the Lex Aquilia and culpa*, *TR* 50 (1982) p. 1 ss; CANNATA, *Sul Problema della Responsabilità nel Diritto Privato Romano* (Catania 1996), *passim*; ZILIOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano* (Padua 2000) p. 35 ss; VALDITARA, *Damnum Iniuria Datum* 2 (Turín 2005) p. 33, cuando destaca que en el ámbito de la *Lex Aquilia* "le fonti hanno cura di specificare che qui *iniuria* non va inteso nel senso proprio dell'*actio iniuriarum*, di *contumelia*, ma nel significato di *non iure* e quindi di *contra ius*, con un richiamo cioè all'antigiuridicità dell'azione".

sancionado por la *Lex Aquilia*[20], una segunda que relaciona el término *iniuria* con la injusticia -*iniquitas* (ἀδικία)- caso de la *iniuria iudicis*[21], puesto que cuando el pretor o juez no falla en derecho contra alguien, se dice que ha recibido injuria, y el tercer significado la equipara a la *contumelia*[22] (ὕβρις) núcleo central del delito de injurias[23], que comprende todo tipo de ofensas a la personalidad, tanto físicas como morales[24], incluyendo los supuestos que conforman el edicto de *convicio*.

---

[20] No es objeto de nuestro estudio el centrarnos en la *Lex Aquilia*, pero una referencia bibliográfica sí parece necesaria: JOLOWICZ, *The original scope of the Lex Aquilia and the Question of Damages*, *LQR* 38 (1922) p. 223 ss.; TAUBENSCHLAG, s.v. *Lex Aquilia*, en *RE* 12 (1925) p. 2325 ss.; DAUBE, *On the use of the term damnum*, *Studi Solazzi* (1948) p. 93 ss.; ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, *AUPA* 21 (1950) p. 5 ss.; BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit. s.v. *Lex Aquilia*, p. 548; PRINGSHEIM, *The Origin of the Lex Aquilia*, en *Gesammelte Abhandlungen* II (1961) p. 416 ss.; CROOK, *Lex Aquilia*, *Athenaeum* 72 (1984) p. 67 ss.; VON LÜBTOW, *Die Aktionen im Umkreis der Lex Aquilia*, *Labeo* 30 (1984) p. 317 ss.; RODRÍGUEZ ENNES, *Contribución a una nueva hipótesis interpretativa de D. 9, 2, 31*, *Estudios Iglesias* II (Madrid 1988) p. 1055 ss.; DE ROBERTIS, *Damnum Iniuria Datum* (Bari 2000); VALDITARA, *Damnum Iniuria Datum* 2 cit. p. 36 ss.

[21] Vid. al respecto, MANGOLD, *Iniuria iudicis. Drittwirkungen des Fehlurteils im römischen Recht* (Tubinga 2004); STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio, II, Contesti e Pensiero*, en *Collana della Rivista di Diritto Romano* (Milán 2001) p. 251 ss.; MOLLÁ NEBOT, *Relación entre iniuria e iniuria iudicis*, *Liber Amicorum Juan Miquel* (Barcelona 2006) p. 685 ss.

[22] No tiene en cuenta la citada clasificación, HEUMANN-SECKEL, en *Handlexicon* cit. *s.v. iniuria*, considerando dentro del significado general de *inuria* el *non iure*, la *iniquitas*, la *culpa* y el *damnum*, admitiendo únicamente como significado especial el de *contumelia*, quizás porque en el texto de Ulpiano se dice claramente que en especial la injuria se llama *contumelia*, pero entendemos que las otras denominaciones se deben deducir implícitamente a partir del hecho de ser mencionadas después de tratar el significado de *contumelia* , a partir del adverbio *interdum*.

[23] VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht*, *Labeo* 15 (1969) p. 163 ss. en donde destaca como contenido nuclear de la *iniuria* la *contumelia* entendida como menosprecio de la personalidad ajena, no limitada a las evidencias, comprendiendo todo ataque personal que afecte al *status* de *cives*, señalando como uno de los casos la violación del honor; en esta línea, MÉHÉSZ, *La injuria en Derecho Penal Romano* (Buenos Aires 1969) p. 13-14, cuando afirma: "los Romanos consideraban especialmente injuria a la contumelia, llamada también hybrin, palabra que deriva del verbo "contemnere", despreciar, pues la injuria nace precisamente del desprecio que uno siente y hace sentir al prójimo".

[24] Cfr. DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el edictum de adtemptata pudicitia* (Valencia 1999) p. 26.

Nosotros, partiendo de la noción de *iniuria*[25] como delito privado[26] específico, vamos a realizar un análisis del desarrollo gradual de esta acepción, a través del estudio de la evolución histórica[27] del delito de *iniuria*[28], que va desde la rudeza y materialismo primitivos recogidos en la Ley de las Doce Tablas[29], hasta la espiritualización del ilícito[30], conseguido de forma progresiva con la labor reformadora del pretor[31]

---

[25] Vid. DEVILLA, s.v. *Iniuria*, *NNDI* 8 (Turin 1962), p. 705 sobre el significado de la *iniuria* como comportamiento antijurídico lesivo de la personalidad; SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. de ed. inglesa por Santa Cruz Teijeiro (Barcelona 1960) p. 567, cuando aparte de definir la *iniuria* en sentido amplio, al decir que comprende todo acto antijurídico, señala lo siguiente: "La clásica *actio iniuriarum* fue una acción honoraria, pero genéticamente esta acción, tiene su origen en las Doce Tablas y por esta razón, Gayo se ocupa de ella al tratar de las *obligationes ex delicto* en sus Instituciones, las cuales se limitan al estudio del *ius civile*".

[26] Cfr. Gayo 3, 182; *Epit. Gai.* 2, 11, 1; Inst. 4, 1*pr*; D. 44, 7, 4; H.T. 25, 1; resulta de interés la lectura de GIOFFREDI, *I principi del Diritto penale romano* (Turín 1970) p. 29 ss, al destacar que la *iniuria* ya en época republicana recibe una represión pública "ma la cui natura privatística tuttavia resiste a lungo". En un plano más general, PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto romano. Sintesi* (Turín 1994) p. 467 ss. en donde pone de manifiesto la absorción gradual en el período clásico de los ilícitos más graves en el ámbito penal, produciéndose así una superposición entre la acción pública y la privada.

[27] Vid. al respecto, PÓLAY, *Iniuria types in Roman Law* (Budapest 1986) p. 3 ss. en donde cita la *legis actio sacramento in rem* como la fuente más antigua en la que aparece el término *iniuria*, para después reivindicar que "there cannot be any doubt that the types of *iniuria* are older than the Twelve Tables".

[28] Como afirma HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* (Roma 1971) p. 6, "la notion de l'*iniuria* a beaucoup varié dans l'histoire du droit romain... Il faut en envisager au moins trois notions successives : celle du très ancien droit romain, celle de l'edit du préteur et de la loi *Cornelia de iniuriis* et celle de la jurisprudence impériale".

[29] Aún reconociendo, con SANTALUCIA, *Derecho Penal Romano*, trad. Paricio y Velasco (Madrid 1990) p. 59, que: " Aparece diseñada así, ya en el sistema de las XII Tablas, la distinción fundamental, que marca el derecho penal romano de la época clásica, entre delitos públicos (llamados técnicamente *crimina*), perseguidos por el estado… y delitos privados (denominados, con alguna oscilación, *delicta* o *maleficia*), perseguidos por el ofendido en las formas del proceso privado y sancionados con pena privada, siempre pecuniaria, debida a la parte ofendida";

[30] Cfr. SANTA CRUZ TEIJEIRO, *La iniuria en derecho romano*, *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* II (Milán 1982) p. 525, cuando habla de "una constante tendencia evolutiva que abandonando el materialismo y rudeza de la *iniuria* primitiva, acusa una progresiva inmaterialización de este delito".

[31] La actividad innovadora del pretor en lo que se refiere a la *iniuria* (aunque la *iniuria* fue regulada ya bajo esta denominación en las XII Tablas) es destacada por PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*[2] (Turín 1990) p. 597: "ma l'*actio iniuriarum* c.d. generale, esperibile anche per due specie di lesione fisiche (ossia *ossis fractio* e *membri ruptio*) prima configurate e punite in modo diverso, è da più ritenuta

- conducente a que a finales de la época republicana el sistema de las acciones penales sea mayoritariamente pretorio[32]- para finalmente detenernos en la interpretación jurisprudencial del edicto.

Con todo debemos convenir con Schulz[33] que "los juristas clásicos no se contentaron con una interpretación liberal de las reglas del edicto. Discutieron también otros casos de ofensa a la personalidad no previstos en aquella fuente y sugirieron la conveniencia de otorgar para ellos la *actio iniuriarum*". Así las cosas y antes de penetrar en el análisis del largo devenir histórico de este ilícito, conviene advertir que nos hallamos en presencia de una cuestión harto dificultosa, no sólo por la oscuridad de su origen[34] sino, a mayor abundamiento, porque su evolución ulterior – lejos de desenvolverse en etapas

---

un'azione pretoria". En cuanto a la aparición de la *iniuria* en las Instituciones de Gayo (3, 182 y 3, 220 ss.) dedicadas al estudio del Derecho Civil, dentro del elenco de las obligaciones *ex delicto*, a pesar del carácter pretorio de la misma, solamente señalar que su presencia se deba posiblemente al origen de la *actio iniuriarum* en las XII Tablas; así mismo, vid. al respecto, M. FUENTESECA, *El delito civil en Roma y en el derecho español* (Valencia 1997) p. 170, cuando señala que la afirmación de Gayo 3, 88, de que om*nis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*, se debe observar con desconfianza "especialmente desde que se ha venido difundiendo la convicción de que la *obligatio ex delicto* ha sido una construcción tardía de la jurisprudencia, idea generalmente admitida hoy".

[32] Resulta importante señalar la diferencia entre las acciones penales pretorias y las civiles, ya que mientras estas últimas son perpetuas, así como también las acciones pretorias que complementen o sustituyan a antiguas acciones civiles, las acciones pretorias ordinarias son anuales. Cfr. FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*[2] (Madrid 1993) p. 409; vid. con respecto al concepto general de *actio poenalis*, ALBANESE, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma*, en *Synteleia Arangio-Ruiz* (Nápoles 1964), *Scritti Giuridici* I (Palermo 1991), p. 365-383, en donde afirma que uno de los mayores prejuicios de la doctrina romanística reside en el mantenimiento de una rígida contraposición entre *actio reipersecutoria* y *actio poenalis* sin admitir una tercera vía, cual es la denominada *actio mixta*. Esta acción es de indudable y antigua necesidad, como observa TALAMANCA, *Illecito e pena privata in etá republicana*, en *Atti Copanello* (Nápoles 1992) p. 307-310, al decir que en el encuentro dialéctico entre función reipersecutoria y penal se entrecruzan los intereses contrapuestos del ofensor y del ofendido. Así las cosas, "appare soto una luce diversa la questione di quanto la qualificazione –dogmatica e non meramente descriptiva– di azione reipersecutoria o penale abbia influito sulle decisión dei giuristi nel II ed agli inizi del I sec. a.C. sui problema che sarebbero stati poi analizzati in funzione di tali qualifiche".

[33] SCHULZ, *Derecho Romano* cit. p. 569-570.

[34] En palabras de CURSI, *Iniuria cum damno* (Milán 2002) p. 221: "Molto si è discusso e si discute ancora circa l'originaria configurazione del delitto di *iniuria*".

secuencialmente diferenciadas – presenta en diversos períodos cronológicos una superposición de fases[35].

La *Iniuria* en las XII Tablas

Las fuentes son conocidas. Gayo 3, 223[36], nos describe así la pena impuesta por las XII Tablas para las *iniuriae*: *Poena autem iniuriarum ex lege XII Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut conlisum*[37] *trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si servo, CL; propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta. Et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae poenae esse.*

Paulo, en *P.S.* 5, 4, 6, afirma con respecto a la *actio iniuriarum* lo siguiente: *Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. Lege duodecim Tabularum de famosis carminibus*[38], *membris ruptis et ossibus fractis.*

En otro pasaje atribuido a Paulo[39], *Coll.* 2, 5, 4-5, en cuanto a la naturaleza *honoraria* o *legitima* de la *actio iniuriarum*, declara con respecto a esta última: *Legitima ex lege duodecim Tabularum: "qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito". Quae lex generalis fuit; fuerunt et speciales, velut illa: "si os fregit libero, CCC si servo, CL poenam subito <sestertiorum>".*

---

[35] PLESCIA, *The development* cit. p. 273.

[36] Vid. al respecto: DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, *Index* 18 (1990) p. 409, en donde habla de la necesidad de adaptarse la ley decenviral a la realidad social a la que, en cada momento, va a ser aplicada.

[37] Según PLESCIA, *The development* cit. p. 279: "The term *conlisum* (bruising) is probably a gloss".

[38] Única fuente jurídica que incluye los *carmina famosa* dentro de la antigua acepción de la *iniuria*, debiendo destacar asimismo la ausencia en el fragmento de la *iniuria* simple. En relación con esto último, vid. sobre los distintos tipos de *iniuriae*: MÉHÉSZ, *La injuria* cit. p. 23 ss.; por lo que se refiere a las fuentes literarias, vid. Cic., *De Rep*. 4, 10, 12: "*... duodecim Tabullae cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri*"; Plin., *Nat. Hist*. 28, 2, 10-17: *qui malum carmen incantassit*. Más adelante nos referimos a estos vocablos en profundidad.

[39] El *lib. singularis de iniuriis*, sobre el que ya hemos comentado las dudas en punto a la atribución del mismo a Paulo. Vid. *supra*, nota 16.

Las Instituciones de Justiniano, en 4, 4, 7, que reproducen en su primera parte el testimonio de Gayo[40], nos informan del siguiente modo: *Poena autem iniuriarum ex lege duodecim Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae, quasi in magna veterum paupertate…*

A estas fuentes aun podríamos añadir el conocido pasaje de Gelio, *N. A.* 20, 1, 12-13[41], donde se refiere una *disceptatio* entre Favorino[42] de Arlés y Sexto Cecilio[43] Africano[44], sobre lo inadecuadas y excesivamente severas que resultaban las leyes de las XII Tablas. En palabras de Favorino: *Si iniuria(m) alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunto. Quis enim erit tam inops, quem ab iniuriae faciendae libídine viginti quinque asses deterreant? Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris quos ad duodecim Tabulas conscripsit, non probaret : « ... » inquit « L.Veratius fuit egregie homo inprobus atque inmani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim Tabulas quinque et viginti asses iubebat*".

---

[40] Cfr. FERRINI, *Sulle fonti* cit. p. 403, en donde se pronuncia a favor de la alteración de la segunda parte, aunque no realizada por los compiladores, "e non appare donde possa essere desunta".

[41] Sobre el texto de Gelio, vid. por todos: NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike* (Munich 1974) p. 66 ss. *passim*; CRIFÒ, *La lege XII tavole. Osservazioni e problemi*, *ANRW* I (Berlín- Nueva York 1972) p. 115 ss.; DUCOS, *Favorinus et la Loi des XII Tables*, *Revue des Études Latines* 62 (1984) p. 288- 300; CRIST-SCHMIDT, *Geschichte der grieschischen literatur*, *Müllers Handbuch der Klassischen Artentumwissenschaft*, VII, II, p. 600 ss.

[42] Filósofo, uno de los más conocidos sofistas de la primera mitad del siglo II. Su *Historia Multiforme*, se ha perdido. Cfr. BOWDER, *Who was Who in the Roman World* (Oxford 1980) p. 90, con bibliografía.

[43] JÖRS, *s.v. Caecilius*, en *PW* 3 (1889) 1194; BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit. *s.v. Africanus Sextus Cecilius*, p. 356; ORESTANO, *s.v.* Africano Sesto Cecilio, en *NNDI* I, 1 (1957) p. 392; normalmente aparece como *Sextus Caecilius*, sólo *Caecilius* o *Africanus* en las inscripciones del Digesto. Cfr. D'ORS, *Las quaestiones de Africano* (Roma 1997) p. 9, nt. 1.

[44] Para un conocimiento más completo sobre la figura del jurista Sexto Cecilio Africano, cuya obra que conocemos a través del Digesto se reduce a sus *Quaestionum libri IX*, vid. RODRÍGUEZ ENNES, *Algunas precisiones en punto a la vida y obra de Sexto Cecilio Africano*, *IURA* 50 (1999) p. 129 ss.; del mismo autor, *Sexto Cecilio Africano*, en *Juristas Universales*, Rafael Domingo (*ed.*), 1, *Juristas antiguos* (Madrid 2004) p. 176 ss.

A lo que replica[45] Sexto Cecilio Africano[46]: *Iniurias factas quinque et viginti assibus sanxerunt. Non omnino omnes, mi Favorine, iniurias aere isto pauco diluerunt, tametsi haec ipsa paucitas assium grave pondus aeris fuit; nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est. Sed iniurias atrociores, ut de osse fracto, non liberis modo, verum etiam servis factas, inpensiore damno vindicaverunt, quibusdam autem iniuriis talionem[47] quoque adposuerunt*[48].

En cuanto a la Ley de las XII Tablas[49], en concreto en su Tabla octava, comenzaremos por hacer referencia a las Tablas 8. 1a y 8. 1b, casi ignoradas por la doctrina[50] al entender que su contenido no entra en el concepto de *iniuria*, por referirse a fórmulas de encantamiento, que intentan producir un daño a otro pronunciando palabras mágicas[51]. Ahora bien, como nuestro estudio se centra en el edicto *de convicio*, debemos detenernos brevemente aquí, en busca de algún antecedente de la cláusula edictal en la legislación decenviral, en concreto en la Tab. 8. 1, teniendo en cuenta que en el lenguaje común de los romanos los términos *maledicere, maledictum, maledictio* describen el hecho de pronunciar palabras malévolas contra alguno, para criticarlo, escarnecerlo u ofenderlo[52], absorbiendo la acepción

[45] En un análisis totalmente oral, pero que como bien dice BRETONE, *Historia do Dereito romano*, trad. port. (Lisboa 1990) p. 52, "no menos importante que una obra escrita".

[46] RODRÍGUEZ ENNES, *Algunas precisiones* cit. p. 132, quien ante las dudas suscitadas sobre la identificación del personaje geliano con el jurista discípulo de Juliano, declara: "Cabe estimar plenamente zanjada la cuestión, desde la paladina formulación de KUNKEL para quien el jurista Sexto Cecilio Africano es idéntico -"identisch"- al Sexto Cecilio que nos muestra Gelio en 20, 1 [Cfr. *Herkunft und sozialle Stellung der römischen Juristen* (Graz- Viena – Colonia 1967) p. 172]".

[47] Con respecto a la pena del talión prevista en las XII Tablas, vid. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso nel passato*, en *Giuristi adrianei* (Nápoles 1980) p. 19 ss.

[48] Gello 20, 1, 31-32.

[49] Según reconstrucción llevada a cabo por RICCOBONO, *FIRA* I. *Leges* (Florencia 1968).

[50] Vid. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* (Milán 1941) p. 22 ss. cuando declara que nadie podría pretender que las XII Tablas considerasen el *carmen famosum* como un supuesto de *iniuria*, ya que o era uno de los actos a los que alude la Tabla 8.4: *si iniuriam alteri faxsit* -lo que queda excluido ya que la pena impuesta era de 25 ases mientras que en el *carmen famosum* se imponía la pena capital- o se trataba de un delito diferente.

[51] Cfr. HUVELIN, *Les tablettes magiques et le droit romain*, *Études d'histoire du droit commercial romain* (París 1929) p. 219 ss.

[52] MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano* (Milán 1979) p. V.

remota de carácter mágico que consiste en pronunciar palabras con el firme propósito de provocar una desgracia material en el destinatario.

En concreto, la naturaleza del ilícito que se trataba de reprimir en la Tab. 8. 1, es objeto de permanente discusión entre los romanistas[53], que debaten si las XII Tablas[54] sancionaban con la pena capital, además del *carmen malum*[55], también el *carmen famosum*[56].

Tab. 8. 1. a[57]: *Qui malum carmen incantassit…*[58]

Tab. 8. 1. b: *Si quis occentavisset*[59] *sive carmen condidisset, quod infamiam*[60] *faceret flagitiumve alteri*[61]...

---

[53] En palabras de MANFREDINI, *Ibid*. p. 1: "rappresenta uno dei così detti temi eterni su cui non si finirà mai di scrivere ".

[54] HUVELIN, *La notion de l'iniuria* cit. p. 19-20, en donde dice : "On admet souvent en effet que les Douze Tables répriment deux sortes de *carmina*. Les uns sont des sortilèges et des formules magiques (*carmina mala*) ; les autres sont des poésies ou des chansons injurieuses (*carmina famosa*), et l'on semble y comprendre plus ou moins explicitement : Iº les poésies et les chansons *écrites* ; 2º les chansons, railleries ou insultes *verbales*".

[55] BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit. *s. v.* C*armen malum*.

[56] Sobre el concepto de *carmen famosum*: HUVELIN, *Les tablettes magiques* cit. p. 235 ss; VOLTERRA, *Rec. a Massoneau. Le magie dans l'antiquité romaine*, *SDHI* 2 (1936) p. 228 ss; GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano*[3] (Madrid 1982) *s. v. Carmen famosum*, en donde califica este concepto como dudoso que podría indicar "las fórmulas o recitaciones de brujerías por las que se trata de conjurar los malos espíritus, con la finalidad de conseguir la muerte o la enfermedad para alguna persona, y que constituía un delito desde la ley de las XII Tablas, castigado con la pena de muerte", reseñando también otra interpretación más literal que indicaria "las canciones o cantos injuriosos".

[57] Cfr. *FIRA* I, cit. p. 52.

[58] Vid. PLESCIA, *The development* cit. p. 276, cuando se refiere a la interpretación de este fragmento en el sentido de condenar con la pena capital la práctica de magia negra contra una persona, a través de la pronunciación de fórmulas de brujería, diciendo con respecto a la etimología de *incantassit*: "Incanto is a compound verb and consists of *in* and *canto*, the *in* meaning 'against' and *canto* meaning 'to enchant'".

[59] Cfr. Festo, *De Verborum Significatu*, *s.v.* "*occentare*": *occentassint antiqui dicebant quod nunc convicium feceri dicimus, quod id clare et cum quodam canore fit ut procul exaudiri possit.Quod turpe habetur quia non sine causa fieri putatu. Inde cantinelam dici querellam non cantus iucunditatem puto*. En relación con esto, CRIFÒ, *ED* 12 cit. admite la presencia de un supuesto delictivo distinto de la *incantatio* y del *fruges excantare*, más próximo al *convicium facere*, de naturaleza controvertida, creyendo algunos que sería un ilícito asimilable a la *perduellio*; en relación con la ubicación temporal, FRAENKEL, *Rec. a Beckmann Zauberei und Recht im Romsfrühzeit*, *Gnomon* 1 (1925) p. 193, donde habla de la naturaleza jurídica de la glosa por la referencia al *convicium*, ubicándola en la época republicana, o como mucho, augústea; contra, MANFREDINI, *La diffamazione verbale* cit. p. 52, cuando sitúa la glosa en la época de Verrio Flaco por el uso en ella del término *canor*: "Il quale risulta usato del tutto eccezionalmente in tarda età repubblicana e più

Las principales teorías al respecto son dos: una difamatoria, basada en un pasaje de las *Pauli Sententiae*[62] y otras fuentes literarias de la época -sobre todo un texto de Cicerón[63]- de la que parece inferirse que las XII Tablas habrían tomado en consideración, junto a los *mala*

---

diffusamente nella prima età classica"; D'ORS, *Sobre hechizo de cosechas en las Doce Tablas*, *Homenaje a Julio Caro Baroja* (Madrid 1978) p. 155, cuando afirma que *occentare* [*ob (cantare)*] significa afrenta pública de palabra, siendo la preposición *ob* la que indica la presencia de la casa -en concreto la puerta- de la persona infamada. Quede claro que el término *occentare* es un verbo muy poco utilizado, que tan sólo aparece en Cic. *De rep*. 4, 12, en cuatro versos de comedias de Plauto (*Curc.* 145, *Pers.* 569, *Merc*. 408 y *St*. 572) y en un pasaje de Amiano Marcelino 30, 5, 16, único en el que claramente se aprecia el verbo *occentare* con un carácter mágico, como canto de mal agüero del búho.

[60] Un estudio sobre la infamia en el Derecho Romano, que además analiza en un capítulo la presencia de esta figura en la obra de Cicerón: POMMERAY, *Études sur l'infamie en Droit Romain* (París 1937) p. 41 ss.; más actual, CAMACHO, *La Infamia en el Derecho Romano* (Alicante 1997) p. 106, n. 204, en donde declara que en las XII Tablas se utiliza el término *occentare*, cánticos y gritos degradantes, como una forma cualificada de insulto público "al que el Edicto pretorio se refiere como *infamare* en un *convicium facere* D. 47, 10, 5, 2, convirtiéndolo en un delito privado *infamandi causa factum* asumido dentro de la *iniuria*", y distinguiéndolo del *malum carmen incantare*, crimen que consistía en prácticas y artes mágicas que procuraban la desgracia de alguien.

[61] PLESCIA, *The development* cit. p. 276, cuando afirma que: "The ancestors used *occentare* for what the jurists of his time used *convicium facere*, which was done aloud and with a certain sing-song modulation in order that it might be heard from a distance: it was considered to be *turpe* (foul)" ya que se creía que se había realizado *non sine causa*.

[62] *P.S.* 5, 4, 6: *Iniuriarum actio… lege… introducta est. Lege duodecim Tabularum de famosis carminibus….*

[63] San Agustín, *De civ. Dei* 2, 9 (que cita a Cicerón, *De rep*. 4, 12) en medio de una discusión sobre la tendencia de romanos y griegos a hablar mal de sus dioses, cuando declara que son más coherentes los griegos, por cuanto se les permite también hablar mal de los hombres, y sin embargo los romanos condenan en las Doce Tablas el difamar a los hombres; Cic., *Tusc.* 4, 4; Hor., *Epist*. 2, 1, 152-155, quien, hablando de la *Fescennina licentia*, sin nombrar a las XII Tablas, afirma que esta *licentia* concluyó cuando... *lex / poenaque lata, malo quae nollet carmine quemquam/ describi: vertere modum formidine fustis/ ad bene dicendum delectandumque redacti*; Hor., *Sat*. 2, 1, 82-85, conversando con Trebacio para conocer los riesgos de componer sátiras: ... *si mala condiderit in quem quis carmina, ius est / iudiciumque esto, si quis mala; sed bona si quis/ iudice condiderit laudatus Caesare?… solventur risu Tabulae, tu missus abibis.* Cfr. MANFREDINI, *La diffamazione verbale* cit. p. 30, cuando declara que Horacio no concreta qué leyes sancionan el *malum carmen*, por lo que "è del tutto arbitrario asserire che Orazio… quando parla di *malum carmen* con sicuro riferimento al *carmen maledicum* e ne prospetta la repressione ad opera di non meglio precisate leges, si riferisca, fraintendendola, alla norma decemvirale relativa alle formule magiche nocive".

carmina[64], encantamientos o hechizos, también los *famosa carmina*[65], difamaciones o lesiones verbales dirigidas contra una persona, sancionando dichos supuestos con la intestabilidad[66] y la pena capital[67] -la pena de muerte por el sortilegio no está recogida literalmente, sino que se supone sobre la base de un texto de Cicerón[68]- dureza que se comprende por cuanto la difamación producía en la víctima un estado de aislamiento social total y absoluto.

---

[64] Cfr. BURDESE, *Manual de Derecho Público Romano*, trad. Martínez Sarrión (Barcelona 1972) p. 304 cuando dice: "El *malum carmen incantare*, o prácticas mágicas dirigidas a provocar la muerte de alguno sancionadas con la muerte en las XII Tablas, como posiblemente también el *fruges excantare*, o encantamiento de las mieses".

[65] LEONHARD, *PWRE* 4 (1899) col. 1593 *s.v. Carmen famosum*.

[66] MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* trad. esp. P. Dorado (Bogotá 1991) p. 493, no resuelve la cuestión de si la pérdida de la *testamentifactio* quedaba subordinada al caso de que no se ejecutase la pena capital, o si, como sucedía con la pérdida de la ciudadanía en la *perduellio*, está ligada al delito, produciendo efectos retroactivos en caso de que el agente resultase condenado. A mayor abundamiento, MANFREDINI, *La diffamazione verbale* cit. p. 4 y p. 10 n. 17, cita dos tradiciones dentro de estos testimonios: la ciceroniana, según la cual las XII Tablas sancionaban *capite* la difamación emanada del *occentare* y el *carmen condere*, y la postciceroniana, en la que prevalece la concepción de la difamación verbal como similar al *carmen* literario, entendiendo la sanción como el *supplicium fustuarium*; vid. sobre el *fustuarium supplicium*, MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) p. 983, 4 y 985, 5.

[67] MANFREDINI, *La diffamazione verbale* cit. p. 10, cuando dice que en el contexto de una concepción del mundo dominada por la idea de la némesis, "di un destino inteso come una somma di segni positivi e negativi in equilibrio tra loro, non stupisce che la formula incantatoria volta a turbare tale equilibrio, possa essere intesa come un gravissimo illecito passibile della pena di morte".

[68] *De Rep*. 4, 12: *nostrae, inquit, contra duodecim Tabulae cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis occentavisset sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri. Praeclare… veteribus displicuisse Romanis vel laudari quemquam in scaena vivum hominem vel vituperari…* Este fragmento, recogido por San Agustín, en *De. Civ. Dei* 2, 9, y según él citado *ad verbum*, no es textualmente exacto, por cuanto el propio San Agustín añade que modificó algunas palabras *propter faciliorem intellectum*. Sobre esto último, BISCOTTI, *Malum carmen incantare* e *occentare nelle XII Tavole*, *Testimonium Amicitae* (Milán 1992) p. 34, en donde dice que si no se comprendía el texto de Cicerón -a pesar del latín clásico que él empleaba normalmente, entendido por la clase intelectual de la época- era porque reproducía un texto muy antiguo, díficil de entender en la época de San Agustín. Vid. en relación con el procedimiento legal en la época de Cicerón: GREENIDGE, *The legal procedure of Cicero's time* (New Jersey 1971).

Esta dirección doctrinal fue iniciada por Mommsen[69], seguida con las aportaciones de Usener[70] y posteriormente por Fraenkel[71], en palabras de Smith[72]: "Fraenkel's arguments are, in the present writer's opinion, cogent and convincing; he shows that Cicero's words *si quis… flagitiumve alteri* are probably a direct quotation from the Tables; that *sive carmen condidisset* cannot be taken as an explanation of *occentavisset*, that *occentare* is not a synonym for *incentare* and does not mean the same thing[73], and that in the society of the fifth century such a law was understandable and necessary. In these circumstances he sees no reason to doubt the truth of Cicero's words

[69] *Derecho Penal Romano* cit. p. 489 ss. , en donde afirma que en la Ley de las XII Tablas se sancionaba rigurosamente el *carmen famosum*. Así, continúa en la p. 493: "en el antiguo derecho penal, no se incluía dentro del campo de los delitos públicos ninguna otra injuria más que la causada por medio de cánticos o de escritos oprobiosos, y aún estas no eran consideradas como delitos públicos, según se ha dicho (p. 489), como tales injurias, sino en cuanto constituían una lesión de las obligaciones del ciudadano. El cántico injurioso debió de ser, por consiguiente, un delito sometido *ipso iure* al procedimiento de los Comicios con el magistrado…Un senadoconsulto de la época de Augusto fue el primero que, retrocediendo a la concepción originaria de este delito, incluyó los cánticos y los escritos injuriosos entre los crímenes de lesa majestad". Vemos así como el cántico injurioso a que hace referencia coincide de manera esencial con el *convicium* en su sentido primitivo, luego recogido por el pretor en su edicto.

[70] USENER, *Italische Volksjustiz*, *Rheinisches Museum für Philologie* 56 (1901) pp. 2 ss. y en *Kleine Schriften* 4 (Leipzig-Berlín 1913) p. 356 ss.

[71] FRAENKEL, *Rec. a Beckmann* cit. p. 185 ss. y en *Kleine Beiträge zur klassischen Philologie* 2 (Roma 1964).

[72] SMITH, *The Law of Libel at Rome*, *ClQ*, 1, 3-4 (1951) p. 169.

[73] Sobre el significado de *occentare*, vid. USENER (teoría difamatoria) cit. p. 3; HENDRICKSON, *ClPh* 20 (1923) p. 289-308, y *Occentare ostium bei Plautus*, *Hermes* 61 (1926) p. 79- 86; los defensores de la teoría mágica también discrepan al hablar sobre la etimología del término *occentare*, así MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Iniuriensystems* (Breslau 1903) p. 13 ss., lo interpreta como cantar o recitar fórmulas mágicas; HUVELIN, *La notion dell' iniuria* cit. p. 39 ss. dice que *ob* expresa una causa anterior que se remediaría con el *cantare*: "Des deux éléments d'*occentare* (*ob-cantare*), nous connaissons le second, *cantare*. Quant au premier, le préfixe *ob*, il signifie proprement *en échange de, contre*. Toutes les fois qu'on veut exprimer qu'un acte est accompli contre un équivalent (prix, salaire, objet échangé), le mot *ob* s'emploie. De là l'usage régulier de *ob* joint à *res* (*quamobrem*) ou à *causa*. Par là, nous touchons au sens de *ob* dans la langue religieuse et juridique"; BECKMANN, *Zauberei und Recht in Roms Frühzeit. Ein Beitrag zur Geschichte und Interpretation des Zwölftafelrechts* (Münster - Osnabrück 1923) p. 36, cuando declara que del *malum incantare* objeto del *occentare* resultaría la connotación mágica, ya que el término mismo sólo significa "ansingen", cantar contra; vid. supra, nt. 60.

and Cicero's understanding of them[74]". Aunque gozó de predicamento en gran parte de la doctrina romanista[75] del siglo XX, ha sido ya abandonada por la más reciente.

La otra teoría, la más acreditada actualmente[76], es la mágica, que reconoce en la Tab. 8. 1 del código decenviral únicamente la presencia de las fórmulas de encantamiento[77], concretándose el supuesto ilícito en prácticas mágicas negativas y perjudiciales para

---

[74] SMITH, *The Law of Libel* cit. p. 169, quien además añade: "It is in any case *a priori* most improbable that Cicero, one of the leading legal figures of his time, who had in his boyhood learnt the Tables by heart should have completely misunderstood the meaning of this law…".

[75] CUQ, *DS* 3.1 (1900) *s.v. Iniuria,* p. 519 ss; THÉDENAT, *DS* 3.2 (1904) p. 1176 *s.v. Libellus*; JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman Law* (Londres, 1932) p. 175; BRECHT, *PWRE* 34 (1937) col. 1752 ss. *s.v. Occentatio*; MOMIGLIANO, *Rec. a L. Robinson, Freedom of Speech in the Roman Republic*, *JRS* 32 (1942) p. 120 ss.; BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit. *s.v. Occentare*, p. 606; CRIFÒ, *ED.* 12; WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford 1967 reimp. 1984), p. 248; DA NÓBREGA, *Le carmen famosum et l'occentatio*, *Romanitas* 12-13 (1974) p. 324 ss; PETIT, *Tratado elemental de derecho romano* 3 (México 1986) p. 465 n. 461.2; BEHRENDS, *Rec. A Manfredini: La diffamazione verbale nel diritto romano*, *IURA* 31 (1980) p. 214 ss.

[76] Como se puede constatar con las aportaciones de: MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte* cit. p. 11 ss.; HUVELIN, *La notion de l'iniuria* cit. p. 18 ss.; MASSONEAU, *La magie dans l'antiquité romaine. La magie dans la littérature et les moeurs romaines. La répression de la magie* (Paris 1934) p. 136 ss.; VOLTERRA, *Rec. a Massoneau* cit. p. 227 ss.; ROBINSON, *Freedom of speech in the Roman Republic* (Baltimore 1940) p. 3 ss.; PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit. p. 22 ss.; DI PAOLA, *La genesi storica del delitto di iniuria*, *Annali Catania* 1 (1947) p. 283; LINDSAY, *Defamation and the law under Sulla*, *ClPh* 45 (1949) p. 240 ss.; BRASIELLO, *NNDI* 2 (Turín 1958) p. 958 *s.v. Carmen famosum e Carmen malum*; VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht* cit. p. 160; PLESCIA, *The development* cit. p. 276 ss. ; MANFREDINI, *La diffamazione verbale* cit. p. 1 ss.; ID., *L'iniuria nelle XII Tavole* cit. p. 801; PÓLAY, *Iniuria types* cit. p 39 ss., que llega incluso a afirmar: "The term *iniuria*, however, marks the praetorian verbal *iniuria*, formed already in the days of Cicero, and not the *malum carmen* of the Twelve Tables, which is thought by Cicero to be identifiable with the *carmen famosum* of his own age."; BISCOTTI, *Malum carmen incantare* cit. p. 23 ss. ; en el mismo sentido, FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación en el Derecho Romano* (Valencia 2002), p. 163, cuando afirma, con respecto a la tesis mágica: "esta es la hipótesis que nos parece más fiable y es actualmente la más acreditada en la doctrina".

[77] MANFREDINI, *L'iniuria nelle XII Tavole. Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?)*, en *Derecho de obligaciones*. Homenaje a Murga Gener (Madrid 1994) p. 801, n.12, para quien el *malum carmen incantare* es "effettivamente punito nelle XII tavole ma come crimine di magia"; WIEACKER, *Zwölftafelnprobleme*, *RIDA* 3 (1956) p. 467 ss.

alguien, no encuadradas dentro del delito de difamación[78]. Esta tesis se basa principalmente en unos textos de

Plinio, *N.H.* 28, 10[79]

Maximae quaestionis, et semper incertae est, polleantne aliquid verba et incantamenta carminum.

Id. 28, 17-18

Quid? Non et legum ipsarum in duodecim Tabulis verba sunt : 'qui fruges excantassit[80]*' et alibi ' qui malum carmen incantassit?'.*

El autor cita la ley de las XII Tablas atribuyéndole un significado mágico[81] indiscutible, estableciendo un paralelismo con la disposición decenviral que se refiere a las *fruges*[82], cuyo carácter agorero es de sobra conocido[83]. Plinio se refiere en su obra *Naturalis Historia* al

[78] Ni verbal ni escrita. Cfr. HUVELIN, *La notion de l'iniuria* cit. p. 73, en donde concluye que Cicerón "a mal compris, et rapporté a tort à l'injure verbale certaines dispositions des Douze Tables qui punissaient de la peine capitale deux actes magiques : *occentare* et *carmen condere*" ; interesante la aportación de MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte* cit. p. 13 ss. y 97 ss. cuando cree que Cicerón y Horacio referían en sus testimonios cómo se reprimía la difamación en su tiempo, interpretando los *mala carmina* del código decenviral como versos difamatorios.

[79] Así afirma MANFREDINI, *La diffamazione verbale* cit. p. 23: "Una circostanza è oggi fuori discussione: le XII tavole si sono occupate dei sortilegi attraverso *carmina*. L'onesto Plinio ne fa fede e ciò è perfettamente coerente non solo con la concezione del mondo degli antichi romani… ma in particolari con la preferenza accordata, tra i mezzi magici, proprio ai *carmina*".

[80] Existe una corriente interpretativa según la cual las XII Tablas preveían dos casos específicos de encantamiento de los frutos: uno consistente en el hecho de destruirlos (*excantare*) y otro en el hecho de transportarlos de campo ajeno al propio (*pellicere*); es decir, siguiendo a BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui* (Tubinga 1909 reimp. 1969) p. 31, se distinguía entre un *damnum dare* y un *lucrum facere*; vid. WIEACKER, *Zwölftafelprobleme* cit. p. 405.

[81] Reconocido incluso por muchos de los defensores de la tesis difamatoria; cfr: FRAENKEL, *Rec. a Beckmann* cit. p. 188.

[82] Vid. al respecto, PÓLAY, *Iniuria types* cit. p. 40-41, cuando dice que Plinio, al debatir si los conjuros tenían efecto, cita los dos tipos de hechos recogidos en las XII Tablas; *qui fruges excantassit* y *malum carmen incantare*, "But he does not speak about a bewitching song which may cause infamy to somebody"concluyendo que Plinio "speaks about *incantamenta carminum*, connecting it with the locations of the Twelve Tables, referring to the enchantment of crop and the bewitching incantation", pero no con la *iniuria*.

[83] Cfr. SANTALUCIA, *Derecho Penal Romano* cit. p. 56-57 cuando dice: "el que maldice las cosechas o trata de atraer con encantamientos a su propio fundo las mieses del vecino es castigado (probablemente) con la muerte. Norma, esta última, que refleja todavía una concepción primitiva, mágica y supersticiosa, de la que se encuentran abundantes muestras también en otras disposiciones del código

poder de la palabra, y para reafirmar su argumentación[84], habla de los dos preceptos de las XII Tablas que condenan el ilícito cometido por medio del encantamiento a través de los vocablos, quedando claro que Plinio estaba convencido de su significado mágico. Así, *qui malum carmen incantassit* reflejaría el ilícito sancionado, al margen del análisis filológico llevado a cabo por la doctrina, que condujo a diversos pareceres[85].

Expuestas ya las distintas teorías sobre la presencia o no en las Tablas 8. 1 a y b de un ilícito subsumible en la *iniuria*, no parece descabellado afirmar que es más plausible la tesis mágica, actualmente la más aceptada por la doctrina- propia de esa etapa

---

decemviral, ante todo en las prescripciones relativas a la represión de los hechizos y de las prácticas de mal agüero, como el *occentare* y el *malum carmen incantare*", concluyendo que esta expresión fue mal entendida por Cicerón y Horacio, en el sentido de "composición y divulgación de un poema difamatorio, mientras que en origen se refería al pronunciamiento de fórmulas mágicas destinadas a provocar la muerte de un hombre".

[84] Para dejar claro que las palabras tenían fuerza mágica, como declara el propio Plinio en *N. H.* 28, 10.

[85] Cfr. HUVELIN, *La notion de l'iniuria* cit. p. 38, cuando declara : "Le terme *cantare* est géneral. Ses composés ont une signification plus spéciale. Parmi eux, *incantare* a le sens le plus large. Le préfixe *in* y ajoute cette idée, que la formule magique est prononcée pour réaliser une intention déterminée"; D'ORS, *Sobre hechizo de cosechas* cit. p. 158, para quien *incantare* se resume en producir "en algo un determinado efecto mediante fórmulas recitadas, que pueden ir acompañadas de gestos", e incluso de la aplicación de *venena*, considerando el autor que también el *fruges excantare* implicaba el uso de veneno; MANFREDINI, *La diffamazione verbale* cit. p. 8-9, n. 14, dice que *incantare* tiene el significado especial de producir un encantamiento, probablemente nocivo, recitando un *carmen*, y añade, que a diferencia de *cantare*, verbo del que aparece *carmen* como objeto en varios testimonios, "La sola testimonianza citata la quale documenti come oggetto del verbo il mezzo magico e non la persona, animale o cosa su cui se produce l'incantamento è proprio Plin. *Nat.* 28, 17, la quale perció debe essere considerata con sospetto"; el mismo autor habla, además, en p. 2 y 22 ss. de una tesis intermedia, representada mayormente por RONCONI, *Malum carmen e malus poeta*, *Synteleia Ar. Ruiz* cit. p. 958 ss, para quien "*maledicere* avrebbe significato imprecare ed ingiuriare, nello stesso tempo; una consapevole distinzione tra i due significati si sarebbe avuta solo in età avanzata". Esta idea ya estaba presente de alguna forma en MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte* cit. p. 19, p. 95 ss.; PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit. p. 24 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, I (Munich 1971) p. 155, para los que el acto de magia que consiste en la recitación de un *carmen* podía tener también carácter difamatorio; el *carmen malum* era la fórmula encantatoria, que producía infamia, pero en su evolución histórica, en relación con el decaimiento de la creencia mágica, "il *malum carmen* (o l'*occentatio*) sarebbe stato inteso non più come formula incantatoria infamente ma come formula diffamatoria tout court, come *carmen maledicum*", lo que explicaría los testimonios de Cicerón y de Horacio.

arcaica en la que los hechos históricos están muy entremezclados con los mitos y las leyendas – que la tesis difamatoria que pretende retrotraer a una época muy primitiva nociones que exigen un claro desarrollo del pensamiento jurídico.

A continuación, nos vamos a centrar en el estudio y análisis de los preceptos decenvirales que recogen la figura de la *iniuria*[86], como son las Tab. 8. 2, 8. 3, y 8. 4[87]. Ahora bien, antes de analizar cada párrafo en su contexto, debemos dejar patente la falta de unidad en la doctrina[88] en todo lo que se refiere al estudio de la injuria en la época de las XII Tablas[89], admitiendo de forma unánime única y exclusivamente la presencia en la Tabla octava[90] del término *iniuria*, pero con absolutas discrepancias en punto a su significado, ya que, como veremos, una parte de la romanística aboga por la presencia de la *iniuria* en los ilícitos previstos tanto en las Tablas 8. 2, 8. 3, como en 8. 4[91], mientras que otros afirman que la legislación decenviral

[86] Dejando constancia de lo que dice DEL PRETE, en *La responsabilità dello schiavo*, cit. p. 35: "Anzi si può dire che nel primitivo diritto romano esso (la *iniuria*) indichi esclusivamente lesione fisica"; MANFREDINI, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2 ed. (Turín 2001) p. 408, al decir que la *iniuria* en las XII Tablas "si trattava solo di lesioni corporali"; tb. resulta necesario tomar nota de la postura de DA NOBREGA, *L'iniuria dans la Loi des XII Tables*, *Romanitas* 8 (1967) p. 269, cuando al decir que "une *iniuria* que si par leur nature ils étaient plus une offense à l'honneur d'un citoyen qu'une offense à sa personne phisique…", toma una posición diferente a la mayoría de la doctrina respecto a la *iniuria*, que según él se refiere a ofensas morales más que a lesiones físicas, postura aislada y no bien fundamentada.

[87] Vid, la traducción del latín en: RASCÓN GARCÍA/GARCÍA GONZÁLEZ, *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones* (Madrid 1993) p. 21.

[88] Vid. sobre las diferentes posturas doctrinales, el trabajo de HAGEMANN, *Iniuria, Von den XII Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation* (Colonia 1998) p. 1 ss., bien estructurado pero quizás con una admiración excesiva por el trabajo de PUGLIESE, del que llega a decir en p. 2: "Die grundlegende Arbeit dieses Jahrhunderts über *iniuria* ist die von PUGLIESE. Er setzt sich überzeugund mit seinen Vorgängern auseinander, und keiner seiner Nachfolger ist bis heute um eine Diskussion seiner Thesen herumgekommen".

[89]Cfr. GUERRERO LEBRÓN, *La protección jurídica del honor "post mortem" en Derecho romano* (Granada 2002) p. 9 cuando afirma: "El delito de *iniuria* aparece regulado ya en las XII Tablas, donde presenta numerosas ambigüedades".

[90] FIRA 1, *Leges* cit. p. 52 ss.

[91] Cfr. VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht* cit. p. 131 ss. ; PÓLAY, *Iniuria types* cit. p. 16 ss. en donde afirma en la p. 26: "Clauses 2-4 of Table VIII regulate, therefore, three consecutiive *iniuria*-types: the mutilation of a limb to be punished with talion, the fracture of bone to be punished with a definite quantity of crude copper, and a further *iniuria*- type, in respect of which the law, as commented by

prevé como delito de *iniuria* tan sólo el tercero de los supuestos[92]. De estas consideraciones podemos inferir, como dice Cursi[93]: "L'*iniuria* è sicuramente quello che presenta maggiore difficoltà di configurazione, posto che le fonti attestano la risalenza di un significato generico del termine, quale antigiuridicità, che sembrerebbe coesistire con un'accezione tecnica".

Veamos el contenido de las Tablas:

Tab. 8. 2[94]: *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio*[95] *esto*.

Gaius, does not state anything more than "other *iniuriae* – apart from the first two forms".

[92] Vid. como principal exponente de esta tesis: PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit. p. 1-38, aunque en la p. 5, después de considerar que las tres disposiciones decenvirales se refieren a tres tipos delictivos diferentes, sin tener nada en común desde un punto de vista formal, "Fossero per qualche lato connessi e dovessero più tardi venire fusi insieme"; SCHULZ, *Derecho Romano Clásico* cit. p. 568 en donde al referirse a las Tablas 8.2, 8.3 y 8.4, comenta lo siguiente: "El término *iniuria* es usado únicamente en la regla tercera y antiguamente, significó toda ofensa no prevista concretamente en el Derecho propio de los delitos. El *furtum* y el *damnum iniuria datum* no fueron considerados *iniuria* en este sentido y la estrecha conexión de esta regla con las dos precedentes, hace pensar que la palabra *iniuria* es adoptada para significar lesiones físicas menos graves, bofetadas, golpes y agresiones leves en general". Ahora bien, añade que: "Posteriormente la palabra *iniuria* designa las ofensas previstas en las dos primeras reglas…"; SANTA CRUZ TEIJEIRO - D'ORS, *A propósito de los edictos especiales "de iniuriis"*, *AHDE* 49 (Madrid 1979) p. 653, al decir: "Aunque solemos hablar de *iniuriae* como tercer tipo de delito civil, este nombre se daba tan sólo al delito de lesiones menores (*si "iniuriam" alteri faxsit*...) penado por la ley decenviral con 25 ases (Doce Tablas, 8, 4) pero no a los otros dos tipos de lesiones: *membrum ruptum* (8,2) y *os fractum* (8,3)"; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *De los delitos y las sanciones en la ley de las XII Tablas* (Málaga 1988) p. 40 ss.

[93] En *Iniuria cum damno*, cit. p. 224-225.

[94] Vid. al respecto, Gell. 20, 1, 14, cuando dice Favorino: ...*cuius verba nisi memoria me fallit haec sunt: "si membrum rupit, ni cum pacto, talio esto*, lo que ayuda a confirmar el texto de la Tabla 8.2; en relación, *supra*, n. 41; Festo, *De verborum significatu*, cit. *s.v. talionis*: *si membrum rapit, ni cum eo pacit, talio esto*.

[95] Como dice SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, *Storia de Roma* I. *Roma in Italia* (Turín 1988) p. 427 ss., el talión se conserva en este caso como un residuo de la venganza privada; vid. tb. del mismo autor, *Derecho Penal Romano*, cit. p. 57: "La legislación decenviral…en la que el antiguo régimen de la venganza privada aparece ya superado en gran medida por el de las composiciones voluntarias… En este sentido, resultan significativas las sanciones previstas para algunos actos de violencia física contra la persona, que con el paso del tiempo quedarán absorbidos en el concepto general de *iniuria*. En caso de mutilación (*membrum ruptum*) se admite todavía el talión, a no ser que las partes acuerden una composición voluntaria (*ni cum eo pacit, talio esto*); pero en los demás casos de lesiones físicas la composición es impuesta directamente por la ley…."; en relación con la pena del talión prevista en las

Tab. 8. 3: *Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL*[96] *poenam subit sestertiorum*[97].

Tab. 8. 4: *Si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque poena sunto*[98].

De acuerdo con el primer fragmento, en caso de *membri ruptio* – excepto cuando las partes lleguen a un acuerdo– el talión[99] debe ser

XII Tablas, CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso nel passato*, en *Giuristi adrianei* (Nápoles 1980) p. 19 ss.

[96] Cfr. WATSON, *The Law of Obligations* cit. p. 253 n.1, en donde declara: "The 150 *asses* penalty of the XII Tables for *os fractum* would have tended to disappear with the advent of the *lex Aquilia*".

[97] *Coll.* 2, 5, 5, donde habla de sextercios, con clara anticipación; más fiable, Gelio, en *N. A.* 20, 1,13, en donde *Assium* aparece en vez de *sestertorium*: *Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris quos ad XII Tabulas conscripsit, non probaret, "quidam", inquit, "Lucius Veratius fuit egregie homo inprobus atque inmani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat numerari statim secundum XII Tabulas quinque et viginti asses iubebat"*, y 20, 1, 31, en donde Gelio se refiere a ases librales. Precisamente uno de los motivos que aduce MANFREDINI, *Contributi allo studio* cit. p. 9, 54 ss., 68 ss., para declarar que las normas sobre *ossis fractio* e *iniuria* simple no formaban parte de las doce Tablas, es que en aquel tiempo no existían todavía las monedas en ases librales, por lo que es anacrónica la noticia según la cual las XII Tablas establecieron penas pecuniarias fijas expresadas en tales ases. Pero como replica PUGLIESE, *Recensión a* MANFREDINI, *IURA* 29 (1978) p. 195: "É facile, naturalmente, obbiettare che l'ammontare a noi tramandato della pena può essere soltanto il frutto di una conversione in assi librali della pena fissata dalle XII tavole in *aes signatum* o anche in *aes rude*".

[98] Otra reconstrucción es la realizada por BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui* cit. p. 29 ss.: 8.2: *Si membrum rup<s>it, ni cum eo pacit, talio esto*. 8.3: *Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito*. 8.4: *Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunto.*

[99] Vid. al respecto PESARESI, *Studi sul processo penale in età repubblicana* (Nápoles 2005) cuando dice en relación con el talión: "Un'altra applicazione del processo privato alla repressione penale concerne i delitti puniti con l'applicazione della lege del taglione. È assai verosimile, e risponde del resto a una convinzione diffusa, che l'esercizio del taglione, nei casi in cui era ammesso, fosse condizionato all'accertamento giudiziario dell'illecito da parte dell'autorità cittadina, pur essendo poi lasciata l'esecuzione della pena alla parte lesa. Poiché in questi casi –com'è noto l'ipotesi meglio documentata è l'*iniuria*- il delitto è perseguito su iniziativa di parte, non v'è dubbio che si recorreva al processo privato"; resulta de interés el planteamiento de PÓLAY, *Iniuria types* cit. p. 20-21, cuando señala que la aplicación del talión, de acuerdo con la estructura de la "house community", debía realizarse ante el magistrado, de acuerdo a los siguientes casos: Si el daño afectaba a un hijo o esclavo del *paterfamilias*, un hijo o esclavo del que haya causado el daño debe ser mutilado. Ahora bien, si un *paterfamilias* era autor del delito y no tenía hijos o esclavos, lo más probable es que en vez de ejecutar el talión sobre el *paterfamilias*, el magistrado asegurase la sustitución del compromiso por el talión, "in a way no more

aplicado. Aquí entra la cuestión de qué entendieron los *decemviri* por *membri ruptio*, motivo de divergencias doctrinales que conducen a tres posturas diferentes[100]. Una primera[101], iniciada por Huvelin[102], que restringe el significado de *membrum ruptum* a la amputación total y violenta de un miembro u órgano del cuerpo. Para el autor, de acuerdo con la etimología de las palabras recogidas en el fragmento: "*Rumpere* n'est pas synonyme de *frangere,* au moins dans l'ancienne langue latine. Il ne signifie point *fracturer*, fendre, fêler ; mais il se rattache, d'après l'etymologie généralement admise, à la racine *rup*[103], qui signifie *enlever violemment*, *arracher*. C'est bien, en effet, son sens dans l'expression *membrum ruptum*". Así, el miembro *ruptum* no sería el contusionado, magullado o lesionado, sino el amputado o arrancado violentamente. Como dice Von Lübtow[104], seguidor en lo esencial de esta tesis, lo que tipifica al *membrum ruptum* es la pérdida irreversible –total o parcial– de un miembro u órgano del cuerpo[105], en

---

known today. For it is hardly conceivable that a *paterfamilias* after mutilating a slave in someone else's possession could himself be mutilated in the same way"; interesante la conclusión de PETIT, *Tratado elemental de Derecho Romano*, trad. J. Ferrández (Madrid 1926) p. 463, cuando dice que la pena del talión establecida en caso de *membrum ruptum* sólo se llevaba a cabo en ausencia de una composición pecuniaria entre las partes, lo que a su jucio, de hecho sucedía siempre, apoyándose en un texto de Gell. *N.A.* 20, 1.

[100] El precisar qué debemos entender por *membri ruptio* resulta fundamental para nuestros objetivos, como bien indica DI PAOLA, en *La genesi storica del delitto di "iniuria"*, *AUCA* 1 (Nápoles 1947) p. 272, ya que una vez definidos los límites de este delito, se resuelve automáticamente la cuestión: la *ossis fractio* es indicada por su denominación y el contenido de la *iniuria* viene dado por exclusión.

[101] Denominada comunmente restrictiva, como vemos en las palabras de HAGEMANN, *Iniuria* cit. p. 6: "Huvelins stützt diese seine restriktive Auslegung in erster Linie auf die etymologische Analyse von *rumpere*".

[102] *La notion de l'iniuria* cit. p. 9 ss. En donde añade además que si los decenviros mantuvieron en este caso la pena del talión, fue precisamente por la importancia de la lesión inferida.

[103] Testimonio muy antiguo, pero que sustenta esta tesis y refleja el sentir de la doctrina durante épocas muy anteriores, ADAM, *Roman Antiquities: or, an Account of the Manners and Customs of the Romans* (Edimburgo 1792) p. 241: "But if the injury was more atrocius; as, for instance, if any one deprived another of the use of a limb (si MEMBRUM RUPSIT, *i.e. ruperit*) he was punished by retaliation, if the person injured would not accept of any other satisfaction".

[104] *Zum römischen Injurienrecht* cit. p. 131 ss.; igualmente, precisa que la lesión debe ser irreversible en *Untersuchungen zur 'lex Aquilia' de damno iniuria dato* (Berlín 1971) p. 113.

[105] De acuerdo con esta propuesta, PÓLAY, *Iniuria types* cit. p. 17, cuando dice que entre todas las opiniones existentes sobre el *membrum ruptum* "it is the first (la de

contraposición a la fractura de un hueso, en principio susceptible de ser curada.

Una segunda teoría es la extensiva[106], cuyo máximo exponente es Pugliese[107], que incluye en el concepto de *membrum ruptum* la "lesione fisica, che non implichi la frattura di un osso e turbi o annulli, temporaneamente o permanentemente, la normale funcionalità di un membro o di un organo". Así, todo acto material que deje huella en el cuerpo humano[108], y no suponga una fractura de un hueso, supone un *membrum ruptum*[109]. Para el autor, la etimología ofrece argumentos a todas las interpretaciones, ya que *rumpere*[110] etimológicamente significa lesionar, dañar, minorar… y esto permite

---

Huvelin) which seems to be most acceptable in the formulation of Lübtow. According to this, *membri ruptio* is without doubt more serious than *ossis fractio*…and means mutilation of a member, shattering of an organ, i. e. an aggravated assault with an irreversible result".

[106] Cfr. FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación* cit. p. 53, como partidaria de esta teoría, cuando afirma: "nos adherimos a la tesis extensiva, pues pensamos que debemos inclinarnos por un significado del término *membrum ruptum* capaz de restringir el ámbito de la *iniuria* a supuestos lo suficientemente homogéneos como para ser susceptibles de ser sancionados con la misma pena pecuniaria fija, y esto sólo puede conseguirse si, dentro de los actos de violencia física contra la persona, incluimos en la figura del *membrum ruptum* no sólo cualquier amputación o ablación total de un órgano o miembro del cuerpo sino todo acto material que, sin producir la fractura de un hueso, deja huella sobre el cuerpo humano", entendiendo finalmente la autora que la etimología de *rumpere* con el sentido de lesionar, dañar, o minorar, ofrece argumentos a favor de esta interpretación.

[107] *Studi sull'iniuria* cit. p. 33.; al margen de la repercusión del trabajo de Pugliese, debemos dejar claro que el pionero fue APPLETON, en *Notre enseignement de droit romain*, *Mélanges Cornil* (París 1926) p. 51 ss. en donde rebate los argumentos filológicos de Huvelin, basados en una antigua edición de Festo *-rapit* y no *rupit-* por medio de un texto de Servio que, comentando *Aeneidos* 20, 14, dice: *res rapuisset… Veteres laedere "res rapere" dicebant, etiam si nullum rapinae crimen existeret.*

[108] Cfr. PETIT, *Tratado elemental de Derecho Romano* cit. p. 463, n. 461, en donde declara: "Según la interpretación que nos parece más verosímil, *ruptum* debe entenderse, no solamente de *rupture*, sino de pérdida o invalidez, y *membrum* designa toda parte importante del cuerpo humano: de manera que la ley de las XII Tablas, en la gradación que establece, toma por *membrum ruptum* toda herida más grave que la ruptura de un hueso".

[109] Cfr. WATSON, *Personal injuries in the XII Tables*, *TR* 43 (1975) p. 218, en donde atribuye a *membrum* el significado de "pedazo de carne de un ser viviente", entendiendo la Tabla 8.2 como comprensiva de toda lesión corporal, de un hombre libre, esclavo y acaso también de animales.

[110] Pugliese dice *rumpere* como *corrumpere*, de acuerdo con el tercer capítulo de la *lex Aquilia*, recogido por Ulpiano en D. 9, 2, 27, 5: *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria…*".

el amplio uso de *membrum ruptum*[111] en orden a las lesiones producidas, por lo que no se debe aceptar un significado restringido cual es la ablación total o parcial del órgano o *membrum ruptum.*

Comparte el incluir en la norma de la Tabla 8. 2 toda lesión física Völkl[112], exceptuando las lesiones de leve entidad que no determinen un daño visible, lo que según él representa la regulación más antigua de las lesiones corporales, anterior a las XII Tablas y a las Tablas 8. 3 y 8. 4, concluyendo además que sólo las lesiones voluntarias habrían sido penadas[113].

---

[111] *Ibid*. p. 10, 29 ss. en donde sostiene que precisamente si se utilizaba el talión y no una pena pecuniaria fija, era porque en el concepto de *membrum ruptum* se subsumían delitos de muy distinta gravedad; con el mismo pensamiento, SIMON, *Begriff und Tatbestand der iniuria in altrömischen Recht*, *ZSS* 82 (1965), p. 132 ss., p. 164 y 169, quien partiendo del testimonio de Gayo 3, 217: *ruptum enim intelligitur, quod quoque modo corruptum est*, y de Ulpiano, en D. 9, 2, 27, 13 (18 *ad ed*.): *Inquit lex: "ruperit"; rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt, "corruperit"*, afirma que *rumpere* equivale a *corrumpere*, a deteriorar, aunque también entendido como aniquilar o destruir. Rechaza la idea de la amputación basándose en que no puede imponerse la misma pena de 25 ases a una herida de sangre que a una bofetada (teoría aceptada según la tesis de la amputación, que habla de la subsunción de ambas hipótesis en Tab. 8. 4).

[112] *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht. Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt* (Viena-Colonia 1984) p. 42 ss.

[113] Contra lo postulado por VÖLKL, MANFREDINI, en *Le lesioni personali in diriitto arcaico. Rec. a Völkl*, *Labeo* 34 (1988) p. 90 ss. en donde refuta la tesis de este último -según la cual el talión se debe entender como *par vindicta* que supera la etapa de la venganza ilimitada, para convertirse en la respuesta provocada con la misma arma y en la misma parte del cuerpo, con una correspondencia exacta de la reacción a la acción- poniendo como ejemplo de apoyo a su tesis el texto de Gell. *N.A.* 20, 1, 15-17 y 33-34, en donde Favorino subraya la imposibilidad del *aequilibrium* en el talión ya que la *par vindicta* respecto a una lesión involuntaria es siempre involuntaria, por lo que se sobreentiende que las lesiones causadas por un acto fortuito o por una imprudencia también eran sancionadas; cfr. con respecto al valor que se le daba dar al testimonio de Gelio, CURSI, en *Iniuria cum damno* cit. p. 230, n. 29, en relación con la Tabla 8.4: "Ho già detto che Gellio non è l'unica fonte a riportare il testo della norma, ma la sua testimonanza è probabilmente la più attendibbile…"; vid. en apoyo de la tesis de Manfredini, LUZZATTO-CANCELLI, *ED*, s.*v. Dolo*. p. 718, en donde resalta el hecho de que algunos preceptos de las XII Tablas no le dan valor al elemento intencional, destacando los casos de *ossis fractio* y *membri ruptio*; sirve de ayuda el testimonio de GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta en Derecho Romano* cit. p. 34 cuando declara: "En definitiva, la norma prevista en la legislación decemviral para los casos de *membrum ruptum* no parece atender al elemento intencional"; de acuerdo con esto, aunque sea un testimonio anterior, vid. PETIT, *Tratado elemental de Derecho Romano* cit. p. 463, donde indica que no se distinguía si había intención culpable o simple imprudencia.

Seguidor de esta teoría extensiva es también Manfredini[114], en el sentido de entender comprendido dentro de la Tab. 8. 2 cualquier lesión corporal, aun cuando declara que esta tesis no explica el contenido del *os fractum* porque "la frattura di un osso é anzitutto un *membrum ruptum*"[115].

Aún podemos citar una teoria intermedia[116], según la cual *membrum ruptum* implica la pérdida permanente de la funcionalidad de un órgano[117] o parte del cuerpo con autonomía, representada mayormente por Di Paola[118].

Así las cosas, nosotros nos mostramos partidarios de la tesis extensiva, ya que al margen de digresiones filológicas[119] que imputan

---

[114] *L'iniuria nelle XII Tavole. Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?)*, en *Derecho de obligaciones.* cit. p. 804, en donde dice: "… ad attribuire alla norma di *Tab*. 8.2 una portata generale in grado di assorbire qualsiasi lesione corporale. Opinioni, queste ultime, che convidiamo…".

[115] Ya PUGLIESE, *Rec. a* MANFREDINI cit. p. 195, con respecto a otro trabajo anterior de MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria* cit. p. 195, dice que el autor incluye dentro del *membri ruptio* la via de hecho que no produce lesión, lo que llevaría a defender que al tiempo de las XII Tablas tales vias de hecho no habrían estado penadas, lo que "me sembra incompatibile col significato di questa espressione".

[116] Seguida por KASER, *Das Altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Techtsgeschichte der Römer* (Göttingen 1949) p. 29; KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte* (Colonia 1964) p. 36; PLESCIA, *The development* cit. p. 277, en donde declara: "If *membri ruptio* referred to a permanent loss of function of an organ of the body, then *ossis fractio* would have to refer to any 'remediable' bone fracture".

[117] Cfr. DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el Edictum* cit. p. 33, quien sigue esta teoría con la siguiente frase: "En nuestra opinión, la relación entre ambos términos debe referirse al carácter reversible o irreversible de la lesión. Así, entendemos que el *membrum ruptum* se refería a la pérdida permanente de la función de un órgano, con independencia de que ésta fuera causada por amputación (postura restrictiva), fractura u otra forma".

[118] *La genesi storica del delitto di iniuria*, *AUCA* cit. p. 279, en donde lo define como daño permanente en alguna parte del cuerpo, causado por amputación, fractura de hueso u otra forma; además, en p. 274 ss. rebate la postura de Appleton, quien, según él, se basa en pasajes que se refieren a la *res* y no a la persona, entendiendo el sentido del *rumpere* no en la época decenviral sino dos siglos más tarde, cuando el significado seguramente era más amplio. Incluso afirma la mayor gravedad del talión (si no, no se puede explicar por qué no se conservó para la *ossis fractio* y para la *iniuria*), comprendiendo dentro del *membrum ruptum* algunos tipos de fractura ósea, según los efectos que el acto de violencia producía en el sujeto pasivo.

[119] Actuales, como hemos visto en el sentido de atribuir a *rumpere* el significado de *corrumpere*, etc. que pertenecen a un análisis moderno del lenguaje utilizado por los romanos en una época todavía primitiva del derecho, como se ve en la presencia aún de la pena del talión. No creemos que se utilizase el término *ruptum* de forma que tan sólo tuviese un único significado, sino, bien al contrario, fue utilizado por su

un significado estricto al *membrum ruptum* -como amputación de un miembro del cuerpo- es preferible una acepción amplia, en el sentido de incluir en la figura del *membrum ruptum* todo acto material que, sin producir la fractura de un hueso, produzca un daño visible en el cuerpo humano, ayudando a delimitar el ámbito de la *iniuria*, circunscrita a supuestos homogéneos para así poder sancionarlo con la pena fija de los 25 ases señalados.

Por lo que se refiere a la Tabla 8. 3[120], en el caso de *ossis fractio*, también debemos precisar su contenido, aunque hayamos analizado ya de forma conjunta esta Tabla con la 8. 2, por su relación con el *membrum ruptum*.

El texto nos habla de la diferencia de la pena entre la fractura de un hueso, según la víctima sea libre o esclavo. Según Plescia[121], si el *membrum ruptum* se refería a una pérdida permanente de funcionalidad de un órgano del cuerpo, entonces *ossis fractio* se debe referir a una "remediable bone fracture". El hecho de que la fractura fuese curable es lo que explicaría el tipo de sanción prevista[122] por los *Decemviri*, 300 o 150 ases[123], dependiendo de que la persona dañada

significado universal como agresión física que causa un daño visible, y todo ello sin profundizar en el método de transmisión oral de las XII Tablas.

[120] Cfr. *Coll.* 2. 5, 5.

[121] *The development* cit. p. 277-278.

[122] Debemos traer a colación el trabajo de CANNATA, *Delito e obbligazione*", en *Atti Copanello* (Nápoles 1992) ya que en el capítulo I, dedicado a los delitos en las Doce Tablas, después de aseverar que la *obligatio ex delicto* es una estructura ausente en las XII Tablas, expone como argumento de su tesis el hecho de que en caso de *ossis fractio* se tenga que pagar una suma de dinero, así como en la Tabla 8.4. sobre la *iniuria*. El hecho de pasar de la *pactio* o talión del *membrum ruptum* a "l'inserzione di una somma determinata di denaro, che debe funzionare ad un tempo come pena e come mezzo di composizione, non più lasciata all'accettazione arbitraria del danneggiato", a su juicio, reforzado con la norma sobre la *iniuria*, que prevé la sujeción del reo a una pena de 25 ases, "che dovranno essere irrogati da un giudice", prueba que la obligación "dunque, se c'è, non nasce comunque da delitto: essa sarà un'obbligazione da giudicato"; contra, muy anterior pero que reseñamos como exponente de otra postura doctrinal, ORTOLAN, *Historia de la legislación romana* (Madrid 1869) p. 134, en donde afirma: "El nombre de *obligatio* es una expresión más moderna, que pertenece a una lengua jurídica posterior a la ley decemviral…Pero, sea cual fuese el nombre que se le dé, vemos claramente en las XII Tablas que la obligación resultaba del delito (*noxa*)…".

[123] Vid. al respecto, BIRKS, *The early History of Iniuria*, *TIJ* 37 (1969) p. 187, en donde concluye que estas penas deben ser entendidas no como sanciones fijas sino como "ransoms", rescates que deben pagarse para liberar al delincuente de represalias; aunque anterior, ORTOLAN, *Historia* cit. p. 137, al decir, con respecto a la Tabla 8: "la pena, casi siempre revestida más bien de un carácter privado, que de un

fuese libre o esclavo, cantidad, que como dice el autor, quizás fuese el máximo legal establecido, "so that minor bone fractures would carry lower monetary penalties".

Parece quedar claro que era más grave el *membrum ruptum* que la *ossis fractio*, por lo que la pena era mayor en el primer caso[124]. Ahora bien, y de acuerdo con Daube[125], este sistema frecuentemente "have lead to unfair results", ya que el valor de la moneda y de los bienes fluctuaban, por lo que el *membrum ruptum* de un mal esclavo podía causar menos daño a su propietario que el *os fractum* de uno bueno[126].

Por lo que hace al análisis del término *iniuria* contenido en la Tabla 8. 4[127], como hemos señalado anteriormente[128], la doctrina se divide entre los que entienden como *iniuria* sólo el concepto empleado en dicha Tabla[129], a los que dicen que la *iniuria* se encuentra reflejada en las Tablas 8. 2, 8. 3, y 8. 4, por lo que la Tabla octava representa la *iniuria* con sus diversas manifestaciones. Sirva como representante de esta postura doctrinal Pólay[130], cuya argumentación es la siguiente: independientemente de que sólo

carácter público, convirtiéndose en una especie de rescate o de composición o de arreglo pecuniario".

[124] Contra, PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit. p. 8 ss. en donde sostiene que la pena del talión no tiene por qué ser más dura, ya que dada la pobreza de un campesino romano, podía preferir ser azotado antes que ver sacrificado su patrimonio.

[125] DAUBE, *The third Chapter of the lex Aquilia*, *Collected Studies in Roman Law,* I (Frankfurt 1991) p. 6.

[126] *Ibid*. cuando después de añadir que "the *membrum ruptum*, though in itself a more severe wound than an *os fractum*, eventually turned out better and *vice versa*. So the *lex Aquilia* provided that", en el sentido de que la ley Aquilia corrige esas situaciones injustas, contemplando los daños causados en cada caso para sancionarlos de forma adecuada.

[127] Paulo, *Coll*. 2, 5, 5 llama *lex generalis* a esta norma, en contraposición a las *leges speciales* que se refieren al *membrum ruptum* y al *os fractum*; vid. sobre el texto de Paulo, PLESCIA, *The development* cit. p. 280, cuando explica: "Thus, Paulus includes provisos 1a and 1b under the general category of *iniuria* and interprets them as defamatory verses; but he also makes a distinction between *iniuria* in the most common sense and *iniuria* in a special sense" que es como decir, entre *iniuria* en su sentido primario (que indica una injuria personal con una pena de 25 ases) e *iniuria* en su segundo significado el cual incluye *ossis fractio* y *membri ruptio*.

[128] Vid. *supra*, n. 91 y 92.

[129] Como dice PARICIO, *Estudio sobre las "actiones in aequum conceptae"* (Milán 1986) p. 44, n. 2, la interpretación más probable es que las XII Tablas sólo tipificaron como *iniuriae* las lesiones menores.

[130] PÓLAY, *Iniuria types* cit. p. 26 ss. en donde también analiza la ausencia de diferenciación entre libres y esclavos en el caso de la *iniuria* recogida en la Tabla 8.4, en relación con un tema en él recurrente, cual es el de la "house community".

aparezca la palabra *iniuria* en la Tab. 8. 4, el testimonio de Gayo en 3. 223 nos aclara el verdadero significado del término. Así, *Poena autem iniuriarum ex lege XII Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat* nos da una perfecta orientación, según Pólay, "as to the *iniuria*-nature of *membrum ruptum*", añadiendo que en el caso de *os fractum*, el texto gayano: *Propter os vero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, veluti si libero os fractum erat, at si servo CL: propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta*. Por lo tanto, para este autor las claúsulas 2-4 de la Tabla 8 "regulan tres tipos consecutivos de *iniuria*"[131].

A favor de entender como *iniuria* sólo el ilícito recogido en la Tab. 8. 4 se encuentra la tesis -mayormente apoyada por la doctrina[132]- de Pugliese[133], según el cual se concibe la *iniuria* como acto violento que no produce lesiones visibles externamente, considerando dentro del concepto de *iniuria* únicamente los actos violentos leves sin consecuencias lesivas que por ello pueden ser sancionados -

[131] Contra, TALAMANCA, *Rec. a Pólay*, *BIDR* 89 (1986) p. 564 ss. en donde no está de acuerdo con PÓLAY, calificando de improbable la creación en las XII Tablas de categorías generales como la de los delitos de *iniuriae*.

[132] Vid. al respecto, la posición modificada al cabo del tiempo de Manfredini, quien en su obra *Contributi allo studio*, cit. *passim*, llega a la conclusión de que las XII Tablas no conocieron ningún significado jurídico del término *iniuria*, ya que los testimonios de Gayo y la *Coll*. en donde se atribuye a las XII Tablas la presencia del ilícito de *iniuria*, pueden provenir de una "inconsapevole anticipazione della nozione classica di *iniuria*", para años más tarde, en "L'*iniuria* nelle XII Tavole", cit. p. 806, decir ya no tan contundentemente –a partir del valor adverbial del término *iniuria* ínsito en la Tabla 8.4- que: "o *iniuria*, nelle XII tavole, aveva un significato concreto (e non c'é nessum elemento di una certa consistenza che induca a supporlo), oppure, se significava "atto contrario al diritto", *Tab*. 8.4 ci si presenta, nella sua indeterminatezza, come un corpo estraneo nel quadro della concretezza espressiva delle norme decemvirale" tanto en el caso de que se acepte la lectura tradicional (*facere iniuriam*) cuanto se opte por *iniuria facere*; en relación con esto último, y en una época intermedia entre ambos trabajos, MANFREDINI, *Rec. a* PÓLAY, *IURA* 37 (1986) p. 156, cuando comenta que la tendencia más reciente en la literatura es la que circunscribe el término *iniuria* con valor técnico- delictual a la Tab. 8.4.

[133] PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit. p. 10-15, a partir del trabajo realizado por VOIGT, *Die XII Tafeln Geschichte und System des Zivil und Kriminalrechts wie Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten* (Leipzig 1883 reimp. Aalen 1966) p. 516 ss. en donde veía diferente la *iniuria* propiamentte dicha como lesión voluntaria a la personalidad, con respecto a las otras dos figuras, que entrarían en la *noxia nocita*; Pugliese, en su libro, añade además que la *iniuria* no puede castigarse con el talión porque la falta visible de la afrenta impide sancionar de forma equivalente al autor del daño.

independientemente de que tipo sean- con una pena pecuniaria fija de 25 ases.

Aún podemos incluir una tercera propuesta en torno al significado de la *iniuria* en la Tab. 8. 4, que consiste en negar la existencia del delito de *iniuria*, a pesar de reconocer autonomía al supuesto recogido en la misma. Esta teoría, iniciada por Albanese[134], excluye que en la norma de la Tab. 8. 4. el término *iniuria* pueda entenderse como violencia material, concluyendo que "nel preccetto decemvirale che più interessa, il termine *iniuria* non poteva ricorrere con il recente significato materiale e ristretto di 'percossa', bensì doveva ricorrere con il significato generico antico di 'atto *contra ius*'"[135], aunque naturalmente en el ámbito de la violencia física previsto en los dos preceptos que le preceden. También continúa desarrollando esta tesis Völkl[136], según el cual las XII Tablas se habrían establecido en torno a un "*si-iniuria-alteri-faxsit*-Delikt", consistente en cada comportamiento injusto concreto que produzca ofensa a la víctima.

Nosotros encontramos más coherente la tesis de Pugliese, que sostiene que las XII Tablas no designaban con el término *iniuria* un ilícito comprensivo de las tres figuras, sino únicamente el ilícito previsto en la Tab. 8. 4, independiente de las dos anteriores, aunque con una mínima relación. Además, creemos plausible el entender la *iniuria* como el ilícito que no produce huellas visibles[137], sino lesiones leves sin mayores consecuencias, pareciendo razonable el sancionar tales conductas con la pena pecuniaria fija de 25 ases.

Incluso algún autor, al intentar clarificar el significado de las normas previstas en las XII Tablas, 8. 2, 8. 3 y 8. 4, opta por la influencia griega en esta materia[138]. Y vuelve a ser Pugliese[139], quien rechace contundentemente tal teoría, negando la influencia griega en

---

[134] ALBANESE, *Una congettura sul significato di 'iniuria'...* cit. p. 21 ss.

[135] *Ibid*. p. 27-28; incluso conjetura una redacción distinta del fragmento: *Si iniuria aliter faxsit, viginti quinque aeris poenae sunto*. Al cambiar *alteri* por *aliter*, deconstruye la importancia en el texto de la palabra *iniuria*, que asume ahora un escaso relieve en la determinación del caso en cuestión.

[136] VÖLKL, *Die Verfolgung* cit. p. 169 ss.

[137] Vid. al respecto, CORNIL, *Ancien droit romain: le problème des origines* (Bruselas-París 1930) p. 81, en donde afirma que las *iniuriae* designan las violencias ligeras que no dejan huellas materiales, como puede ser una bofetada.

[138] GIOFFREDI, *In tema di iniuria*, *Nuovi Studi di diritto greco e romano* (Roma 1980) p. 155 y 166-167.

[139] G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit. p. 39 ss.

la *iniuria*, que para él constituye una leyenda más que una realidad constatable, ya que la única acción privada que se podía asemejar a la *iniuria*, sancionaba los atentados a la persona contemplando tan sólo las lesiones físicas[140].

Por último, debemos rechazar la posibilidad de que en la *iniuria* contenida en la Tabla 8. 4 esté subsumido el ilícito de ofensa moral[141], además de la física. Al objeto del edicto de *convicio* –específico de nuestro estudio- nos vendría bien apoyar las tesis que hablan de una acepción tan amplia del término *iniuria*, pero creemos improbable que en un momento tan arcaico del derecho ya se incluyan las lesiones morales dentro del concepto de *iniuria*[142]. Además, como hemos visto al hablar del *carmen famosum* y del *carmen malum*, resulta del todo imposible aceptar una pena tan grave como la capital para las hipótesis mencionadas, y una pena tan leve -25 ases- para una *iniuria* extra *corpus*[143].

---

[140] Cfr. SCHULZ, *Derecho Romano* cit. p. 572, cuando declara: "El Derecho referente a la *iniuria* es genuinamente romano. El completo desenvolvimiento del mismo –reglas primitivas de las Doce Tablas, reforma pretoria, interpretación liberal del Edicto por los juristas- es también típicamente romano…La influencia griega en esta materia afirmada por algunos, no ha sido probada ni es probable"; en el mismo sentido, RODRÍGUEZ ENNES, en prólogo al libro de GUERRERO LEBRÓN cit. p. 16, cuando señala: " a mi entender, tal vez se trate de una invención que hunde sus raíces en el añorado prestigio de lo arcaico –por una parte- y de las artes griegas –por la otra".

[141] En su momento esta teoría fue trazada por BINDING, *Rechtsvergleichende Vermutungen zu membrum ruptum, os fractum und iniuria der Lex XII Tabularum*, *ZSS* 40 (1919) p. 108; posteriormente desarrollada por DA NOBREGA, en *L'iniuria dans la loi des XIII Tables* cit. p. 250 ss. sostiene con argumentos de naturaleza comparatística el hecho de entender dentro de la *iniuria* las ofensas morales; así, la *iniuria* es entendida como la αἶλκῆα griega, que expresa no tanto la ofensa física cuanto la afrenta a la persona; y últimamente reafirmada por HAGEMANN, *Iniuria* cit. p. 42 ss.

[142] Vid. al respecto, ALBANESE, *Una congettura* cit. p. 24: "Dunque, pare certo che quelle che furono poi chiamate *inuriae* non *in corpus* non erano previste dalle XII tavole, sotto il profilo esplicito del termine *iniuria*".

[143] Cfr. CURSI, *Iniuria cum damno* cit. p. 237, al decir que la gravedad de las sanciones que el legislador decenviral -coherentemente con la relevancia que el honor tenía en la sociedad más arcaica- fija para el *carmen famosum* y el *malum*…"sono tali da far dubitare che una lesione all'onore del *civis* potesse essere punita soltanto con una pena pecuniaria pari a venticinque assi".

La reforma pretoria.

Las normas contenidas en las XII Tablas fueron eficaces[144] durante algún tiempo[145], ya que debemos apreciar el valor de la *iniuria* en referencia a la realidad social[146] en donde debía ser aplicada, y no la adecuación abstracta de la norma. Así podemos ver como la pena de 25 ases -prevista en las doce Tablas- con la que se condenaba originariamente la *iniuria*, era acorde con las condiciones económicas de la época decenviral, aunque posteriormente la norma se fue mostrando insuficiente, hasta el punto de ser modificada por el pretor[147], a finales del siglo III a. C[148].

---

[144] Como declaran FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos de Derecho* cit. p. 148 ss, la reglamentación jurídica de la *iniuria* en el código decenviral supuso un progreso jurídico-cultural; a mayor abundamiento, declara FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano* 9ª ed. (Madrid 2006) p. 92: "Se parte de la concepción penalista estructurada en las Tablas VIII y IX para proceder, a fines de la República, a la fundamental distinción entre delitos públicos o *crimina*, considerados graves o lesivos para la comunidad en su conjunto, y por tanto perseguibles, a instancia de parte perjudicada o de oficio, por el magistrado competente y sancionados con penas personales aflictivas o penas pecuniarias, y delitos privados o *delicta*, que son acciones delictivas menos graves, perseguibles sólo a instancia de parte y sancionadas con penas pecuniarias", lo que da una idea de la importancia jurídica de la antigua legislación.

[145] Quizás en el periodo comprendido entre el Siglo V y el siglo III a.C.; cfr. VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht* cit. p. 139, cuando declara: "dies war bei dem damaligen hohen Wert dieses noch seltenen Metalls eine erhebliche Summe".

[146] Aunque debemos aquí resaltar las palabras de Gayo, en D. 1, 2, 1 (1 *ad leg. XII Tab.*): *Facturus legum vetustarum interpretationem, necessario prius ab Urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret. Et certe cuiusque rei potissima pars principium est. Deinde, si in foro causas dicentibus nefas, ut ita dixerim, videtur esse, nulla praefatione facta iudici rem exponere, quanto magis interpretationem promittentibus inconveniens erit, omissis initiiis atque origine non repetita atque illotis, ut ita dixerim, manibus protinus materiam interpretationis tractare?...* quien, según DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole* cit. p. 409, parece aclarar que la Ley de las XII Tablas, aun siendo el principio del *ius*, debía adaptarse progresivamente a las distintas realidades sociales en donde venía siendo aplicada, adaptación realizada o bien por el pretor, o por leyes sucesivas "o infine, proprio dall'*interpretatio prudentium*".

[147] Cfr. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta en Derecho Romano* (Madrid 2005), p. 35: "Superada la regulación decenviral, la *iniuria* es regulada por el pretor a través del edicto desde el s. III a. C".

[148] Vid. al respecto, WATSON, *The Development of the Praetor's Edict*", *JRS* 60 (1970) p. 106, y *Law Making in the Later Republic* (Oxford 1974) p. 31 ss, en donde relata que la historia de los edictos comienza a finales del siglo III a.C., utilizando el

Ahora bien, la intervención pretoria[149] se produjo porque las normas arcaicas previstas en las XII Tablas habían caido ya en desuso[150] principalmente por dos motivos: el primero, porque la pena del talión no parecía compatible con la *humanitas*[151] y dejó de aplicarse[152]; el segundo, por la superación de la estimación económica del daño causado, siendo ya insuficiente -además de injusta- la pena fija de 25 ases para condenar la *iniuria* contenida en la legislación

---

pretor los edictos -en la primera centuria- sólo para modificar las sanciones de la ley de las XII Tablas, y además los edictos afectaban sólo indirectamente al derecho sustantivo (mediante la concesión de acciones *in factum*); en el mismo sentido, PLESCIA, *The development* cit. p 280-281, cuando afirma: "The history of the edicts really begins in the last quarter of the 3rd century BC. And it would appear that in the first 100 years the praetors used them merely to modify the laws of procedure and of sanctions of the *Twelve Tables* which were still in vigor"; PÓLAY, *Iniuria types* cit. p. 96, en donde declara: " …the edict-clauses, creating the *iniuria* types, may supposedly have been created beginning from the end of the 3rd century B.C… We consider the second half of the 3rd century as a *terminus post quem* because the golden age of the economic life develops fully in that time…".

[149] Cfr. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. esp. (Madrid 1929 reimp. 1979), p. 533, cuando afirma que las duras penas establecidas en las XII Tablas fueron las que dieron lugar a la *actio iniuriarum aestimatoria* introducida por el pretor; igualmente vid. al respecto, MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, (París 1947-1954 reimp. 1977), p. 42, cuando dice que el pretor tuvo que intervenir para reforzar el sistema de represión de la *iniuria*, hacer desaparecer los vestigios de la venganza privada y sancionar supuestos que no estaban previstos por las XII Tablas; contra, sin argumentos fundamentados a su favor, OURLIAC y DE MALAFOSSE, *Derecho Romano y francés histórico* (Barcelona 1960) p. 574, en donde afirman que el motivo de la intervención del pretor reside en la imposibilidad de la víctima para aplicar en determinados casos la ley del talión.

[150] Cfr. FERRUCCIO FALCHI, *Diritto Penale Romano. I singoli reati* (Padua 1932), p. 65, en donde afirma que las sanciones decenvirales habían caido en desuso:"Il codice decemvirale non poteva esplicitamente abrogarsi per la sua autorità e il suo fascino"; DELAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el edictum* cit. p. 37: "A nuestro juicio, las primitivas reglas contenidas en las XII Tablas cayeron en desuso."

[151] SCHULZ, *Derecho Romano* cit. p. 568, en donde añade "Seguramente, el pretor hizo obligatorio el convenio de una composición".

[152] Vid. al respecto, CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul Diritto Penale dei Romani* cit. p. 237, cuando en relación a la pena del talión prevista en las XII Tablas dice:"ma non c'è memoria che essa siasi e come applicata, certo è che, dai tempi della repubblica in poi, sembra che cotesta pena sia caduta in disuso, ed anche nei primi tempi il taglione, la mutilazione, non pare che abbiano avuta una larga applicazione"; tb. FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación* cit. p. 66: "En relación con el desarrollo de la *iniuria* ulterior a las XII Tablas y hasta la *lex Aebutia* –período que no puede ser estudiado a través de las fuentes-consideramos…que verosímilmente se produjo la ineficacia del talión por obra de la costumbre…".

decenviral[153], ya que sancionaba de forma única cualquier conducta contra *ius* que supusiese injuria, independientemente de su mayor o menor gravedad. Así, la reforma pretoria[154], luego completada con la labor de la jurisprudencia, procuró la ampliación del concepto de *iniuria*, subsumiendo en el ilícito toda lesión corporal o moral -que intente destruir la estima de alguien- que una persona cause a otra, teniendo además en cuenta la gravedad de la ofensa inferida -de acuerdo con la estimación realizada por la víctima, o por el magistrado[155]- e imponiendo una pena pecuniaria en *quantum aequum et bonum videbitur*[156], todo ello sin perjuicio de la potestad del *iudex* de dictar una condena *ex bono et aequo* adaptada a la justicia del caso concreto.

En la última década del siglo II a.C. el pretor con su profusión de edictos -limitados a determinar los derechos del actor en una acción civil- comienza a modificar en profundidad el *ius civile*. Pero será a partir seguramente del año 100 a. C.[157] cuando el pretor, promulgando

---

[153] Cfr. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* cit. p. 494: "Las penas pecuniarias fijas señaladas por el antiguo Código de las Doce Tablas eran tan poco aplicables y tan poco aplicadas como el talión cuando cambiaron las relaciones sociales"; en palabras de TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano* (Zaragoza 1987) p. 501, en donde sigue a GUARINO: "… la pena fija no permitía adecuar la cantidad a la entidad de la ofensa cometida, y en todo caso se había convertido en irrisoria a causa de la devaluación monetaria".

[154] Primero iniciada por obra del pretor peregrino, aunque después también por el pretor urbano, como señala BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho Romano* (Madrid 1997) p. 107, al hablar de la *actio iniuriarum aestimatoria*: "De creación pretoria, seguramente por obra del pretor peregrino…que era concedida en general ante cualquier acto ilícito que fuese contrario a las costumbres tradicionales romanas (*adversus bonos mores*) y que causasen daños físicos o morales a una persona (en el sentido de que dañasen el honor o la reputación de una persona). Objeto de ella era el pago de una suma de dinero más o menos elevada según la gravedad de la lesión".

[155] En caso de injuria ordinaria, la estimación de la ofensa la hace el actor, pero en el supuesto de injurias más graves la realiza el pretor.

[156] Vid. ARIAS RAMOS - ARIAS BONET, *Derecho Romano* II (Madrid 1981) p. 652; así mismo, resulta de gran utilidad la lectura de PARICIO, *Estudio sobre las "actiones in aequum conceptae"*, cit. *passim*.

[157] Cfr. PLESCIA, *The development* cit. p. 281, cuando declara: "In the last 125 years, however, that is to say, during the so-called Roman Revolution Period, the praetors began to alter the substantive law directly, so that by the time of Cicero the edicts had so radically expanded the substantive law that the Law of the Twelve Tables had become obsolete".

edictos individuales que conceden acciones nuevas de derecho sustantivo, consiga la espiritualización del concepto de *iniuria*[158].

El primer edicto[159] que trata sobre la *iniuria*, según el orden edictal de Lenel[160], fue el denominado[161] *edictum generale de iniuriis aestimandis*, que probablemente se ocupaba en un principio de regular sólo las lesiones físicas[162] causadas al actor o demandante, así como a las personas libres bajo su potestad o *manus*[163].

---

[158] Sobre las distintas fases de la evolución de la *iniuria* dice HAGEMANN, *Iniuria* cit. p. 49: "In der Zeit nach dem Erlass der XII –Tafeln bis zum 1. Jhd. v. Chr. erfährt das *iniuria*- Delikt wichtige Umgestaltungen. Leider verfügen wir für deren erste Phasen bis etwa 200 v. Chr. kaum über direkte Quellenzeugnisse, weshalb wir auch hier in vielen Einzelheiten nicht über Vermutungen hinauskommen. Lediglich die danach erfolgte Emanation der Spezialedikte durch den Prätor ist hinreichend belegt, so dass wir den Abschluss dieser Entwicklung kennen: Die Grundlagen des klassischen *iniuria*-Delikts, verfolgbar mit der formularem *actio iniurarum*".

[159] Contra, SANTA CRUZ-D'ORS, *A propósito de los edictos especiales* cit. p. 654-655, cuando dice que el edicto especial (siguiendo la reconstrucción de LENEL) *ne quid infamandi causa fiat* (§193): "Quizá sea el más antiguo de todos, pues presenta la palabra *animadvertam* para anunciar la intervención represiva del Pretor, en tanto el del *convicium* (§191), con su forma "*qui ...dicetur...iudicium dabo*", es probablemente posterior…No se nos conserva el texto del edicto general (§190), pero es posible que no fuera el más antiguo, sino posterior, al menos, al del §193 (*animadvertam*)… la forma *animadvertam* permite pensar en una época bastante remota, anterior a la ley Ebucia"; incluso en relación con el texto de Ulpiano (D. 47, 10, 15, 26): *Hoc Edictum supervacuum esse Labeo ait, quippe quum ex generali, iniuriarum agere possumus...* en el que Labeón considera superfluo el edicto de acto infamatorio, dicen los autores que la razón expuesta no parece muy convincente, "y quizá no fuera exactamente esta la dada por Labeón y Ulpiano. Parece poco probable que, de existir el edicto general, un pretor posterior hubiera añadido un edicto especial para lo que se hallaba protegido por el general"; Vid. al respecto: MANFREDINI, *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis* cit. p. 75, n. 48, quien con respecto a la locución *ex generali <edicto> iniuriarum agere*, dice que puede tratarse de una interpolación.

[160] LENEL, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit. p. 397 ss.; sin embargo, RUDORFF, *De iurisdictione edictum* (Leipzig 1869) p. 174, en materia de *generale edictum* cita otras claúsulas (que luego veremos), pero no toma en consideración la noticia de Gelio sobre el *edictum de iniuriis aestimandis*.

[161] Aunque objeto de múltiples discusiones doctrinales en cuanto a si el enunciar este edicto como *edictum generale* es correcto, o nunca tuvo ese adjetivo de "general", vid. por todos, MANFREDINI, *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis* cit. p. 68, cuando declara: "… il tema del *generale edictum* è uno dei tanti su cui incessantemente si fa ritorno perché tutto è incerto, ivi compresa la stessa emanazione di un editto qualificato da una promessa di azione, nonché la denominazione *generale edictum*".

[162] Posición generalmente aceptada por la doctrina es la que proclama que el edicto recogía todos los casos de ataques físicos; sin embargo, DAUBE, *Nocere and Noxa*, en *Collected Studies in Roman Law* cit. p. 92, de acuerdo con el pasaje de Gell. *N.A.* 20,

La fuente más conocida la representa un pasaje de Gelio, donde se refleja la famosa disputa -ya señalada anteriormente al hablar de las Doce Tablas[164]- entre el filósofo Favorino de Arlés y el jurista Sexto Cecilio Africano.

Gell. 20, 1, 37-38[165]

1, 13, afirma que el edicto general sólo recogía los casos de agresiones físicas de menor gravedad: "The evidence for the view that the '*edictum generale*' does not, from the outset, include serious damage is strong enough. There is the well-known story of Aulus Gellius taken by him from Labeo, which it is superfluous to repeat: it clearly shows that the '*edictum generale*' is designed by its author to take the place, not of the ancient provisions on *membrum ruptum* and *os fractum*, but of the ancient provision on *iniuria*; it clearly shows that the edict is designed to deal with offences like a slap in the face"; contra, WATSON, *The Law of Obligations* cit. p. 250, cuando en relación con el *edictum generale* dice: "The general view is that all types of physical assault were from the outset covered by the edict", para a continuación rebatir los argumentos de Daube, algunos "very strong indeed" pero no concluyentes, en el sentido de demostrar la exclusión de lesiones físicas graves.

[163] WATSON, *Ibid*. p. 248: "The *edictum generale* must originally have been confined to cases where there was physical assault on the plaintiff or a free person in his *potestas* or *manus* since further edicts were later introduced to cover other situations", añadiendo en la p. 250 que, con respecto a los esclavos:"there was a special edict issued giving the *dominus* an action for *iniuriae*", que según la reconstrucción de LENEL sería el §194 DE INIURIIS QUAE SERVIS FIUNT: *Praetor ait: Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deue eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. Item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo*, y del que podemos destacar el hecho de que la injuria proferida a un esclavo *adversus bonos mores* tenga como resultado la concesión inmediata de la *actio iniuriarum*.

[164] Vid. *supra*. n. 41-48.

[165] Elegimos este fragmento por ser el que más controversia suscita con respecto a la existencia o no de un edicto *generale*. Ahora bien, el punto de partida lo representa el texto de Gell. 20, 1, 12-13, con la *disceptatio* entre Favorino y Sexto Cecilio sobre lo rígidas y anticuadas que resultaban las normas de las XII Tablas, poniendo como ejemplo la anécdota de Lucio Veracio: *Si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunto. Quis enim erit tam inops, quem ab iniuriae faciendae libidine viginti quinque asses deterreant? Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris, quos ad duodecim Tabulas conscripsit, non probaret :...inquit 'L. Veratius fuit egregie homo inprobus atque inmani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumena plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim Tabulas quinque et viginti asses iubebat. Propterea 'inquit 'praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt...* La opinión general de la doctrina es que la referencia a Labeón es directa, como sostienen BRETONE, *Ricerche labeoniane. Iniuria* e ὕβρις, *RFIC* 103 (1975) p. 413; VÖLKL, *Die Verfolgung* cit. p. 208; DILIBERTO, *Il commento di Gaio alle XII tavole* cit. p. 413; contra, MANFREDINI, *Contributi allo studio* cit. p. 81, "*Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis*", cit. p. 69 ss. cuando declara: "come se il filosofo

Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo hoc ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.

Otra fuente en la que se apoya la doctrina para afirmar la existencia de un *generale edictum,* la constituye el testimonio de Ulpiano -en relación al comentario de Labeón sobre el edicto *ne quid infamandi causa fiat*- en

D. 47, 10, 15, 26 (77 *ad ed.*)

Hoc Edictum supervacuum esse Labeo ait, quippe quum ex generali iniuriarum agere possumus; sed videtur et ipsi Labeoni, et ita se habet, Praetorem eandem causam secutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui; ea enim, quae notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta.

Si bien la opinión mayoritaria[166] opta por afirmar la teoría de un *generale edictum* refrendado en las fuentes[167], otros, como

---

avesse l'opera sottomano e come se fosse normale per un filosofo andare ad un'udienza imperiale portandosi appresso un'opera di Labeone"; ahora bien, BRETONE, *Atti Copanello* cit. p. 107, en su réplica a Manfredini, no ve motivo de duda si "la parte riguardante l'*inquit* vada referita a Labeone… se esaminiamo i modi di citazione di Gellio, che sono stati studiati dai filologi, vediamo che qui siamo di fronte ad un tipico esempio di pericope…É chiaro che questa citazione letterale poteva essere fatta da un filosofo colto di cose giuridiche…togliere la citazione labeoniana, significa lasciare il testo in sospeso…".

[166] Vid. al respecto, PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit. p. 96 ss., en donde no niega la existencia del edicto, pero le otorga solamente la función de haber generalizado el criterio estimatorio de la pena; SANTA CRUZ-D'ORS, *A próposito de los edictos* cit. p. 655, en donde señalan: "Probablemente este edicto general no anunciaba todavía una acción, sino el nombramiento de un tribunal de *recuperatores* para la estimación de la afrenta", como se deduce del pasaje de Gelio *N.A.* 20, 1, 13: *Propterea, inquit, praetores hanc abolescere et relinqui censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt.*

[167] PLESCIA, *The development* cit. p. 281: "The first edict on *iniuria* is the so-called *Edictum Generale de Iniuriis Aestimandis*"; BRETONE, *Atti Copanello* cit. p. 108, cuando afirma que la expresión *generale edictum* está testimoniada "è attestata; e vi è almeno un testo in cui si trova *ex generali edicto*. In D. 29, 2, 57, 1, ricorre *ex generali edicto succurrere* per il caso di una *in integrum restitutio* in materia di *hereditas damnosa*…Quindi, un riferimento, in D. 47, 10, 15, 26, all'*edictum* in rapporto con il *generali* mi sembra abbastanza plausibile, dal punto di vista dell'analisi del testo"; anteriormente, el mismo autor, en *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*2 (Nápoles 1984) p. 176, declaraba que el edicto fue considerado

Wittmann[168] o Manfredini[169] rechazan tal aseveración. Nosotros creemos probable la existencia del edicto general[170], cuya claúsula edictal se refería tan sólo a lo que fue considerado *iniuria* en esta época[171], o sea, las lesiones causadas a una persona libre[172] para las

---

general sólo a partir de Labeón, como consecuencia de su interpretación de la *iniuria* en el sentido de *contumelia*; MIGLIETTA, *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo intorno al "certum dicere" nell' "edictum generale de iniuriis"* (Lecce 2002) p. 8, cuando declara: "la clausula relativa al cosidetto *edictum "generale" de iniuriis*… ha costituito l'oggetto di attenta riflessione da parte degli studiosi che si sono occupati di tale figura delittuale".

[168] *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, *ZSS* 91 (1974) p. 299 ss. se muestra crítico con el hecho de considerar *generale* el *edictum de iniuriis aestimandis* testimoniado por Gelio, ya que el recurso a la evolución del concepto de *iniuria* no conduce a la existencia del *edictum generale*, sino al *edictum de iniuriis aestimandis*, no dictado por el pretor como edicto general sino en relación a la *iniuria* de las XII Tablas, puesto que si no no se comprendería el motivo que movió al pretor a recoger en su edicto los supuestos especiales de *iniuria*.

[169] *Contributi allo studio* cit. p. 150 ss. en donde rebate los argumentos doctrinales a favor del *generale edictum*, negando que entre el siglo III y II a.C. hubiese emanado un edicto *de iniuriis aestimandis*, y que éste fuese el *generale edictum*. Para él, *ex generali*-"la quale potrebbe essere interpolata"- es una locución que se refiere a la acción y no a un edicto, de forma que la interpretación se debe hacer en el sentido de que la acción va a ser ejercitable independientemente de cualquier edicto; en el mismo sentido, en *Quod edictum*, cit. *passim*. sobre la base de una atenta lectura de Gell., *N.A.* 20. 1. 12-13, 31-32, 37-38, de los textos jurisprudenciales en los cuales compara la mención de la *atrocitas* de las *iniuriae*, y de la posición palingenética contenida en los mismos, dice "prima cosa da farsi era di mettere il magistrato giusdicente nella condizione di potere rubricare il fatto come ingiuria leve, grave o come non ingiuria, e questo poteva avvenire solo imponendo all'offeso di *certum dicere*: "*Qui agit iniuriarum certum dicat quid iniuriae factum sit*" (p. 83), así como Ulpiano, a commento delle parole "*qui agit iniuriarum certum dicat*...", anzitutto afferma che chi agisce non debe vagare risolvendosi per una *aestimatio* non appropiata ma debe dire esattamente quale ingiuria ha subito" (p. 84). Por todo esto, no debió existir un autónomo "*edictum generale de iniuriis aestimandis*" relativo a las lesiones físicas (para las cuales, el ofendido debía recurrir, en un determinado momento, a la sola *lex Cornelia de iniuriis*; contra, MIGLIETTA, *Elaborazione di Ulpiano* cit. p. 49: "Il mio pensiero sia diverso (per impostazione e per conclusioni) da quello del Manfredini", rebatiendo luego cada uno de sus argumentos.

[170] Vid. al respecto, PARICIO, *Estudio sobre las "actiones"* cit. p. 47, cuando señala que la interpretación del término *iniuria* "no en el sentido de lesión inferida, sino en el de ofensa moral producida –*contumelia*-extendió aquel primitivo Edicto a los otros casos de *iniuria* y sólo desde ese momento cabe hablar con propiedad de Edicto General, *generale edictum*, para referirse al Edicto primitivo".

[171] Cfr. SCHULZ, *Derecho Romano* cit. p. 568.

[172] Cfr. WATSON, *The Law of Obligations* cit. p. 250, cuando al referirse a la ampliación jurisprudencial del edicto afirma: "Despite the original restriction to physical assault, the Republican jurists early extended the *edictum generale* to cover cases where no blow had been struck".

que el pretor concedía una *actio iniuriarum*[173], denominación moderna con que se conoce a la *actio de iniuriis aestimandis*[174].

Fecha del edicto general

Otra cuestión importante es la de situar en el tiempo la figura del edicto general, esto es, en qué fecha fue dictado y promulgado, a efectos de poder delimitar posteriormente la figura del edicto *de convicio*. Es discutida en la doctrina la posible fecha del edicto general, que fluctúa entre los que sitúan dicho edicto desde el año 227 a.C. hasta los que dicen que surgió hacia el año 150 a.C., concretando Von Lübtow[175] tan sólo el hecho de que todos los edictos de injurias pertenecen a época republicana, siendo el más antiguo el edicto sobre el que Gelio informa y el más reciente el denominado por Labeón *generale edictum*. En cualquier caso, el edicto debió ser promulgado antes del año 81 a.C. ya que como dice Schulz[176], la *lex Cornelia de iniuriis*[177] de la época de Sila, del año 81 a.C.: "debió ser posterior al Edicto pretorio que introdujo una *actio iniuriarum aestimatoria*, pues

[173] Se suele admitir que la fórmula edictal de la *actio iniuriarum* constaba sólo de *demonstratio* (*Coll*. 2, 6, 4 la reproduce: *quod Auli Agerii mala pugno percussa est*) y *condemnatio* (reconstruida por LENEL, en *EP*[3], cit. p. 399: "… *quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. condemnari, tantam pecuniam, dumtaxat HS…, si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas fuit, recuperatores Nm. Nm Ao.Ao. c.s.n.p.a*"). Vid, al respecto, PARICIO, *Estudio sobre las* "*actiones*" cit. p. 51 ss. en donde plantea como hipótesis verosímil el hecho de suponer que todas las fórmulas *in factum* lo que llevaban a la cabeza era una *demonstratio*, y no sólo la *actio iniuriarum*; exponente de las diferentes hipótesis con respecto a las partes de la fórmula de la *actio iniuriarum*, HAGEMANN, *Iniuria* cit. p. 56-57.

[174] SCHULZ, *Derecho Romano* cit. p. 568, cuando dice: "Eventualmente el pretor intervenía y concedía una *actio de iniuriis aestimandis*. En la *formula* autorizaba a los jueces a fijar la penalidad que les pareciese "procedente y equitativa" (*quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ob eam rem condemnare*). Los autores modernos llaman a esta acción *iniuriarum aestimatoria*, pero tal denominación no es clásica".

[175] *Zum römischen Injurienrecht* cit. p. 155.

[176] *Derecho Romano*, cit. p. 572.

[177] Vid. al respecto: VÖLKL, *Zum Verfahren der actio legis Corneliae de iniuriis*, *Scritti Guarino* (Nápoles 1984) p. 571 ss.; BALZARINI, *Ancora sulla lex Cornelia de iniuriis e sulla repressione di talune modalità di diffamazione*, *Estudios Iglesias* cit. p. 581 ss.; más reciente, LEHMANN, *Die sullanische Strafgesetzgebung und ihr Verhältnis zur lex Cornelia de iniuriis* (Berlín 2005).

la historia de L. Veratio, atribuida a Labeón, carecería de sentido si la *lex Cornelia*[178] hubiese estado vigente en esta época".

Una parte de la doctrina, de acuerdo con la fecha plausible de la *Asinaria* de Plauto (205 a.C.)[179] que según ellos se refiere indirectamente a la fórmula de la acción general, y teniendo en cuenta las fechas en las que mayor devaluación sufrió el as[180] -según Mattingly[181], una primera, en el año 217 a.C. que devaluó el as de 10 a 6 onzas, y una segunda, que en el año 209 a.C. deja su valor de 6 en 3 onzas- sugieren como etapa más adecuada para situar el nacimiento del edicto a finales del siglo III a.C., en concreto alrededor de los años 208-206 a.C., opinión sustentada por Birks[182], Watson[183] y Plescia[184],

---

[178] Ulp. D. 47, 10, 5*pr* (56 *ad ed.*): *Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum, verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat*, donde se aprecian los tres supuestos para los que se preveía la ley; vid. al respecto, PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit. p. 117 n. 1, donde no considera genuina la última parte recogida en el Digesto, cuando se dice: ... *Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus, verberatusve, domusve eius vi introita sit. Apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia continer*; sin embargo, VÖLKL, *Zum Verfahren* cit. p. 571 n. 48, se declara a favor de la autenticidad del texto.

[179] PLESCIA, *The development* cit. p. 282; vid. al respecto, DUCKWORTH, *The Nature of Roman Comedy. A Study in popular Entertainment* (Princeton 1952) p. 55, al afirmar que la *Asinaria* es una de las comedias más antiguas de Plauto.

[180] En este sentido, WITTMANN, *Die Köperverletzung an Frein im klassischen römischen Recht* (Munich 1972) p. 26, en donde reconoce en la devaluación del as de finales del siglo III a.C. un seguro *terminus post quem* con respecto a la emanación del edicto de *iniuriis aestimandis*.

[181] *The first Age of Roman Coinage*, *JRS* 35 (1945) p. 73.

[182] *The early history of iniuria* cit. p. 195.

[183] *The Development of the Praetor's Edict* cit. p. 112 ss. Aunque reconoce que la evidencia del texto de Plauto no es absoluta, por lo que considera probable -pero no cierto- que *Asinaria* 371 se refiera al edicto general de *iniuria* cuando Leonide, la esclava, dice: *pugno malam si tibi percussero*. Así, observa como evidencias más claras el lenguaje utilizado por Gelio en *N.A.* 20, 1, 13, en concreto en el uso del vocablo *crumena* (raramente utilizado fuera de Plauto) que describe la bolsa con dinero que llevaba el esclavo de L. Veracio -Festo lo declara obsoleto en su época- y la utilización del verbo *depalmare*, lo que le lleva a decir que esta historia es antigua. Concluye Watson diciendo que sería imposible para el esclavo llevar una bolsa cargada de monedas de diez onzas cada una de peso, por lo que la fecha más acertada para este pasaje es cuando se reduce el as a la mitad de su peso, lo que se puede situar (aunque sea también objeto de discusión) entre el 227 y el 208 a.C.

[184] *The development* cit. p. 282: "There is also some disagreement concerning the date of the edict, ranging from about 225 to 150 BC. Both an indirect reference in Plautus'*Asinaria* (probable date: c. 205 BC) and the two major debasements of the Roman currency *As* within 10 years… suggest 208-206 as the probable date of the edict".

quien afirma incluso que el valor (y por lo tanto su peso) del as se habría reducido en un setenta por ciento en diez años.

Otros, sin embargo, consideran excesivo situar este *edictum generale* en el siglo III a. C.[185], por lo que señalan la primera mitad del siglo II a.C.[186] como la fecha más adecuada para el edicto *de iniuriis aestimandis*[187]. Así nosotros, que consideramos acertada la que fija la primera mitad del siglo II a.C. como la más probable con respecto a la reforma pretoria que produjo el edicto *de iniuriis*, teniendo en cuenta además la historia general de los edictos pretorios.

El edicto de convicio

Originariamente, el *edictum generale* sancionaba en su cláusula edictal las lesiones físicas causadas al cuerpo de un hombre libre, sin tener en cuenta otros tipos de ofensa a las personas. Con todo, pronto comienza el siguiente paso en la evolución de la *iniuria*, cuando el pretor -quizás de forma gradual[188]- publica diferentes edictos particulares que sancionan otros tipos de lesiones, las morales, que afectaban a la fama o dignidad de las personas, como sucede en el caso concreto del edicto *de convicio*[189]. Si se hizo necesaria la labor del pretor para sancionar determinadas ofensas al honor, resulta claro que todavía entonces la *iniuria* no era un concepto general comprensivo de todo tipo de lesiones[190].

Los edictos especiales[191] que fueron surgiendo para reprimir ilícitos contra el honor no recogidos en el edicto general, de acuerdo con la reconstrucción llevada a cabo por Lenel[192], son los siguientes:

---

[185] Como declaran SANTA CRUZ-D'ORS, *A propósito de los edictos* cit. p. 655.

[186] Cfr. DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio* cit. p. 42: "Alrededor de la primera mitad del siglo II a.C., el pretor emana un edicto que introduce la nueva acción formularia que, en aquel momento, probablemente únicamente se refería a las lesiones físicas".

[187] SCHULZ, *Derecho Romano* cit. p. 572.

[188] SCHULZ, *Ibid.* p. 568: "El pretor, tal vez gradualmente, añadió otros casos, ampliando así el viejo concepto de la *iniuria*".

[189] SANTA CRUZ-D'ORS, *A propósito* cit. p. 653, en donde afirman: "el tipo delictual de las *iniuriae* ofrece un desarrollo del todo singular…el derecho pretorio, desmaterializando progresivamente el concepto de *iniuriae*, ofreció sucesivas acciones pretorias para una serie de supuestos de lesiones, no ya físicas, sino morales, como son, en concreto, el *convicium*, y también la *appellatio*, la *abductio comitis* y la *adsectatio*".

[190] FERRINI, *Diritto penale* cit. p. 233.

[191] Vid. al respecto, PLESCIA, *The development* cit. p. 284, cuando dice que junto a estos edictos especiales, existen otros suplementarios: "The next four edicts are rather

A.- *Edictum de convicio*: en palabras de Ulpiano, D. 47, 10, 15, 2 (57 *ad. ed.*):

Ait praetor: QUI ADVERSUS BONOS MORES CONVICIUM[193] CUI FECISSE CUIUSVE OPERA FACTUM ESSE DICETUR, QUO ADVERSUS BONOS MORES[194] CONVICIUM[195] FIERET, IN EUM IUDICIUM DABO.

En D. 47, 10, 15, 4, se concreta el significado del término *convicium*[196]: *Convicium autem dicitur vel a concitatione, vel a conventu, hoc est a collatione vocum; quum enim in unum complures voces conferuntur, convicium appellatur, quasi convocium.*

Por otro lado, la importancia de la expresión *adversus bonos mores* en el texto del edicto resulta innegable, como elemento que identifica el ilícito que reprime el magistrado. Así, en D. 47, 10, 15, 5, añade el pretor: *"adversus bonos mores", ostendit, non omnem in unum collatam vociferationem praetorem notare, sed eam, quae bonis moribus improbatur, quaeque ad infamiam vel invidiam alicuius spectaret.*

---

supplementary; they followed the edict *ne quid infamandi causa fiat* in short intervals".

[192] *EP*[3] cit. p. 400 ss.

[193] Según Labeón, en D. 47, 10, 15, 3, *convicium* es injuria.

[194] No entendido como un concepto abstracto, sino como se desprende de Ulpiano en D. 47, 10, 15, 6: *Idem ait: <<adversus bonos mores>> sic accipiendum, non eius, qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis*. Vid. al respecto, MEZGER, *Stipulation und letztwillige Verügung contra bonos mores, Klassisch – römischen und nachklassischen Recht* (Göttingen 1930) p. 18, cuando considera interpolado el fragmento desde *non eius* hasta *accipiendum* por ser ésta una explicación superflua; PÓLAY, *Iniuria types* cit. p. 105, donde afirma que la expresión *adversus bonos mores* se refiere a "the *boni mores* in the state (this term meaning, therefore, objective measure)".

[195] Aparte del uso edictal, el vocablo *convicium* en ocasiones se utiliza para designar afrentas que pueden dar lugar a una represión pública, como señalan SANTA CRUZ-D'ORS, *A propósito* cit. p. 657, en donde ponen como ejemplos: "cuando hay *convicium*, por parte de quien apela, contra el juez apelado (D. 49, 1, 8: *non debere conviciari ei a quo appellat*, y D. 47, 10, 42: *iudici ab appellatoribus convicium fieri non oportet*, cuya inserción en el título de la *actio iniuriarum* no implica que ésta fuera la acción apropiada); así también, cuando hay *convicium* contra el propio patrono, en cuyo caso impone un castigo el prefecto de la ciudad (D. 1, 12, 1.10) o el gobernador provincial (D. 37, 14, 1). Estos *convicia* no tienen que ver con el edicto especial *de convicio* (§ 191)".

[196] Incluso en D. 47, 10, 15, 7, se dice que según Labeón la vocería (*convicium*) se le puede hacer no solo al que está presente, sino también al ausente.

B.- *Edictum de adtemptata pudicitia*[197]: de acuerdo con Ulpiano, D. 47, 10, 15, 15-24, y Gayo 3, 220, sancionaba los atentados al pudor de las mujeres honradas -*matresfamilias*- y de los jóvenes de ambos sexos que portaban la toga *praetexta*[198].

C.- *Edictum ne quid infamandi causa fiat*[199], que según Ulpiano D. 47, 10, 15, 25-33, sancionaba cualquier cosa que alguien realizase, con palabras o actos, con la intención de difamar a otra persona[200].

Por lo que se refiere a la cronología del edicto *de convicio*, epílogo de nuestro trabajo, debemos señalar la importancia de haber sido seguramente el primer edicto especial promulgado después del *edictum generale de iniuriis aestimandis*, para proporcionar fundamento legal a las ofensas cometidas contra el honor. Como dice Plescia[201], de ser así, "this edict is one of the earliest examples of the new type of edicts which began to modify and develop the substantive law of Rome and it should be dated toward the last half of the second century BC, i.e., during the early period of the so-called Roman Revolution".

Más concreto en cuanto a la fecha de aparición del edicto *de convicio* es el sector doctrinal[202] que lo ve reflejado en la *Rhet. ad Herennium* 1, 14, 24: *mimus quidam nominatim Accium poetam conpellavit in scaena. Cum eo Accius iniuriarum agit. Hic nihil aliud defendit nisi licere nominari eum cuius nomine scripta dentur agenda*, y 2, 13, 19[203]: *C. Caelius iudex absolvit iniuriarum eum qui Lucilium poetam in scaena nominatim laeserat, P. Mucius eum qui L. Accium*

---

[197] La fórmula no nos ha sido transmitida, pero LENEL *EP*[3] cit. p. 400, de acuerdo con el comentario de Ulpiano, deduce que el edicto contenía lo siguiente: *si quis matrifamilias aut praetextato praetextataeve comitem abduxisse sive quis eum eamve adversus bonos mores appellasse adsectatusve esse dicetur*.

[198] Cfr. DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio* cit. p. 77 ss. en donde examina en profundidad este edicto.

[199] D. 47, 10, 15, 25 y LENEL *EP*[3] cit. p. 401: *Ait praetor: ne quid infamandi causa fiat; si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam*.

[200] Cfr. FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación* cit. p. 153 ss. en donde hace un análisis exhaustivo de la claúsula edictal.

[201] *The development* cit. p. 283.

[202] HUVELIN, *La notion* cit. p. 32-35; DAUBE, *Ne quid infamandi causa fiat*, *Collected Studies* cit. p. 468 ss. ; WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, *ZSS* 91 (1974) p. 312 ; CURSI, *Iniuria* cit. p. 264 ss.

[203] Vid. al respecto, HAGEMANN, *Iniuria* cit. p. 60, en donde declara: "Der Auctor *ad Herennium* erwähnt, wie gesehen, in 2, 3, 19 zwei Prozesse, die Fälle des *convicium* betreffen und aufgrund der Lebensdaten der Beteiligten zwischen 140 und 85 v. Chr. Stattgefunden haben müssen ".

poetam nominaverat condemnavit, que, como dice Watson[204], "P. *Mucius* (*praetor* in 136 b. C., consul in 133) gave an action to a poet insulted from the stage", por lo que habría sido promulgado en torno al último tercio del siglo II a.C.

Según Schulz[205]: "Fueron éstas las claúsulas contenidas en el Edicto de Adriano, aunque existieron ya sustancialmente en el siglo I a. C.", y para Von Lübtow[206], los tres edictos especiales emanaron uno detrás de otro, no pudiendo determinarse con seguridad la relación temporal entre ellos, aunque sí el orden en el Album de Juliano: primero el edicto *de convicio*, luego el *de adtemptata pudicitia* y por último el *ne quid infamandi causa fiat*.

Nosotros creemos, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, que el edicto *de convicio* fue el primero[207] en ser dictado por el pretor para acometer la reforma de la *iniuria*, al objeto de extender su ámbito de actuación a todo tipo de ofensas, incluidas las que hacen referencia al honor, como es este caso. Por ello, podemos estimar la fecha del último tercio del siglo II a.C. como la de emanación del edicto que condena *qui adversus bonos mores convicium*.

---

[204] *The Law of Obligations* cit. p. 251, en donde aclara además que no se refiere al edicto *ne quid infamandi causa fiat*, y que tampoco está basada la acción en la *lex Cornelia de iniuriis*.
[205] *Derecho Romano* cit. p. 569.
[206] *Zum römischen*... cit. p. 156 ss.
[207] Contra, SANTA CRUZ-D'ORS, *A propósito* cit. p. 654 ss., quienes consideran el edicto *ne quid infamandi causa fiat* como el más antiguo de todos los edictos especiales; sin embargo, PARICIO, *Estudio sobre las "actiones"* cit. p. 45, n. 6, declara como arriesgada esta conjetura.