

Algunas cuestiones en torno a la *verberatio*

Luis RODRÍGUEZ ENNES

(*Université de Vigo*)

1. *Precisiones terminológicas*

La fustigación que, como veremos, asume diversos nombres y gradaciones, es una sanción antiquísima –que quizá por su propia simplicidad- se conserva en el decurso de los siglos¹. A fines de la época republicana aparece considerada, juntamente con la flagelación, bajo dos aspectos: o como accesoria de otras penas o como autónoma.

Ya en las XII Tablas se presenta bajo el primer aspecto², siendo designada con la expresión técnica *verberare*, y precede a la pena de muerte en sus varias especies –exceptuada la *per gladium*- a la condena *ad metalla* o *ad opus publicum perpetuum* y también a otras penas menores, según las circunstancias fácticas³. En la propia ley decenviral viene considerada como pena independiente en aquellos casos en los que el hecho –que da lugar habitualmente a la condena capital⁴- se

¹ U.BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Nápoles 1937, p.388.

² XIIITab.1.10 y 14: *vinctus verberatusque igni necari iubetur; verberibus affici et de saxo praecipitari*. (Según el FIRA, I, 56-57, la reconstrucción se hace sobre la base de D.47.9.9, Gai 4 ad I. XII tab., y Gell., N. A., 11.18.8), en el mismo sentido, vid., C.RASCÓN, y J.M.GARCÍA GONZÁLEZ, *Ley de las XII Tablas*, Madrid 1993, p.24.

³ C.FERRINI, *Diritto penale romano*, Milán 1899, p.158; Th.MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p.305ss.

⁴ En los tiempos antiguos, poena capitis siempre significa sentencia de muerte; más tarde según E.LEVY, *Die röm. Kapitalstrafe*, Ges. Schr. 2, p.325ss., significa capitis deminutio, una “muerte civil”. Pero el mismo autor dice que en la época postclásica, la transformación del procedimiento, la nivelación del estado civil, la brutalidad de los tiempos, la menor estima de la vida humana, determinaron que –por esa época- la sentencia a la pena capital se generalizase [Cfr. E.POLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, p.175, nt.7].

cometió por casualidad *-casu-*, es decir, “por descuido” – *neglegentia*⁵– o por un menor⁶.

Se debió hacer un repetido uso de este mecanismo sancionador en la *coercitio* republicana⁷, ya que la flagelación o la fustigación constituye uno de los instrumentos ordinarios de la coerción doméstica y militar, como testimonian promiscuamente las fuentes literarias al hablar de *verbera*⁸, como vocablo que designa en sentido lato las penas corporales. Los principales instrumentos empleados son: el bastón *-fustis*⁹–; los vergajos *-virgae*¹⁰– sobre todo de madera de olmo o abedul, el instrumento por excelencia de los lictores; una caña nudosa – *ferula*– que constituía el artilugio más común de golpear a los estudiantes, para efectuar este castigo –denominado con la palabra griega *catomum*, que literalmente significa “sobre la espalda”– los alumnos

⁵ Así, el sumo pontífice le podía infligir la *verberatio* a una vestal en caso de extinción del fuego sagrado. Cfr. C.LOVISI, *Vestale, incestus et iurisdiction pontificale sous la République romaine*, en *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité* 110 (1998) p.722 (en lo sucesivo MAFRA).

⁶ XII Tab.8.10: *si vero casu, id est neglegentia aut noxiam sarcire, iubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigator* (cfr. nt.2).

⁷ Como es sabido, la *coercitio* es el acto del que se sirve el magistrado para utilizar medios punitivos contra el *civis* que desobedece sus órdenes o perturba el ejercicio de sus funciones. Vid., al respecto, nuestro trabajo *La 'provocatio ad populum' como garantía fundamental del ciudadano romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana*. Studi Biscardi IV, Milán 1983, p.73ss.

⁸ Según Isid., *Orig.*, 5. 27.14: *Verbera dicta, qui cum agitantur, aere verberant. Hin flagra et plagae et flagella, quia cum flatu et strepitu in corpore sonant. Nam plagae, quasi flagae; sed plagae et flagra primae positionis sunt, flagella autem per diminutionem dicta*. También aparecen referencias a los *verbera*, entre otros, en Plaut. *Most.* 5.2.45: *verberibus caedere, lutum, pendens*; Id., *Pers.*, 2.3.17: *verberibus caedere*; Ter., *And.* 1.2.28: *adulescentem nudari jubet verberaque adferri*; Liv., 8.28.4. *Verbera saetosa movebat arator*; Verg., *Aen.* 5.147: *Concussere iugis pronique in verbera pendent*.

⁹ Plaut., *Am.* 1.1.202: *aufferere, non abibis, si ego fustem sumpsero*; Cic., *Verr.* 2.4.43.94: *male muletati clavis ac fustibus*; Id., *Pis.* 30.73: *non opus est verbis sed fustibus*; Cael., ap. Cic., *Fam.* 8.8.9: *si filius meus fustem mihi impingere volet?*; Hor., *Sat.* 1.3.134: *quos tu nisi fuste coerces*; Id., *ibid.*, 1.5.22: *mulae caput fuste dolare*; Juv., 9.98: *fuste aperire caput*. Para Isid., *ibid.*, 16: *fustes sunt quibus iuvenes pro criminibus feriuntur*, y añade que se denominan así porque se mantienen en pie clavadas en un agujero: *quod praefixi in fossis stent*.

¹⁰ Isid., *ibid.* 18, las define en estos términos: *virgae sunt summitates frondium arborumque, dictae quod virides sint, vel quod vim habeant arguendi; quae si levis fuerit, virga est; si certe nodosa vel aculeata, scorpio rectissimo nomine, quia acuato volvere in corpus infigitur*.

eran izados sobre la espalda de un compañero mientras que otro le sujetaba las piernas¹¹. Los castigos se mantienen vivos en los recuerdos de juventud de muchos escritores antiguos: Horacio llamaba *plagosus* (proclive a dar golpes) a su maestro L. Orbilo Pupilo; Marcial describe los gemidos de los niños que frecuentaban la escuela; Galeno se limitaba a recomendar la severidad solo para la edad en la que el niño era capaz de comprenderla. Todavía en el siglo IV de nuestra era las penas corporales fueron usadas corrientemente. San Agustín relata que fue golpeado terriblemente porque no entendía el griego, mientras que Libanio se preocupaba por crear una casuística punitiva¹². En las escuelas también se empleaba a menudo el látigo de piel de anguila - *anguilla*¹³ - sin duda por su ligereza. Pero como instrumento de disciplina, la *anguilla* era susceptible de agravaciones sabiamente graduadas. Más rudos eran el *scorpio*, especie de trenzas hechas de cuerdas con nudos en las extremidades¹⁴ y el erizo en el que los nudos estaban erizados de cerdas de puerco. Pero el más terrible de estos dolorosos adminículos era el *flagrum* -que no podía ser confundido con el *flagellum* propiamente dicho¹⁵- era una especie de látigo cuyos golpes provocaban fracturas y múltiples contusiones y que presentaba diversas modalidades: 1) *flagrum multijugis talis ovium tesseratum*¹⁶, es decir, guarnecido con huesecillos; 2) El *plumbum* o *plumbata*¹⁷, compuesto de hilos de hierro rematados con bolas plúmbeas cuyos efectos son comparados por Prudencio con los del granizo¹⁸.

¹¹ A.M.REGGIANI, *Educazione e scuola, Vita e costumi dei romani antichi*, X, Roma 1990, p.79ss.

¹² Horat., *Epist.* II.1.70; Mart., IX.29.5; 68.4; XII, 57.4-5; Aug., *Conf.* I. 9.14.15.

¹³ Isid., *Orig.* 5.27.15 quien se inspira en Plin., *N. H.* 9.391.

¹⁴ *Ibid.*, 18, vid. la nt.10.

¹⁵ El *flagellum* solo se empleaba contra los esclavos y los extranjeros; por el contrario, los fustes eran privativos de los *cives*. Calístrato, en D.48.19.28.2, afirma que *non omnes fustis caedi solent, sed hi dumtaxat qui liberi sunt*. La neta separación existente entre la *fustium verberatio* y la *flagellorum castigatio* es confirmada por Paulo en D.47.9.4.1 cuando señala que *liberos quidem fustibus caesos in triennium relegabis (...) servos flagellis caesos in metallum damnabis*. Sobre estos textos, vid. U.BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, cit., p.391ss.; M.BALZARINI, *Pene detentive e 'cognitio extra ordinem' criminale*, Studi Guarino VI, Nápoles 1984, p.2873, nt.30. Acerca de la *flagellorum castigatio*, cfr. G.FOUGÉRES., s. v. *flagellum*, en DS 2 (1886) p.1154.

¹⁶ Apul., *Met.* 8.28 ; Sen., *De ira* 3.19.

¹⁷ Prud., *Peristeph.* 10.116 y 121 ; Ovid., *Metam.* 10.227; D.Th., 9.35.2.

¹⁸ *Ibid.*: *pulsatus illa grandine*.

2. *Verberatio poenalis y castigatio militaris*

La ley romana solo permitía para los hombres libres la fustigación o la paliza que no eran infamantes¹⁹ como apuntaba Ferrini. “una dose moderata di bastonate (*fustibus caedi*) é especialmente verso gli *humiliiores*, una delle più frequenti pene di polizia²⁰”. El látigo era aplicado por los dueños a los esclavos quienes, en el caso de cometer injuria *atrox, domino absente*, eran apaleados con el *flagrum* (D.47.10.9.3: *praesidi offerendus est qui eum flagris rumpat*). Un rescripto de Caracalla recogido en D.1.15.3.1 confiere al *praefectus vigilum* el derecho a apalear a los habitantes de las *insulae* que descuidan las precauciones relativas al fuego: *et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium, aut fustibus castigat eos qui negligentium ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus fustium castigationem remittit*. El usufructuario de un esclavo tenía derecho a infligirle una ligera corrección (*castigatio levis*) pero no con latigazos (D.7.1.23). Bajo los últimos emperadores –constituciones de Valente y Valentiniano del 376 d. C.- el suplicio de la *plumbata* es calificado de *inhumanis* por el Código Teodosiano²¹. La comedia latina nos reenvía a los gritos proferidos por los esclavos tras ser apaleados por el *lararius* o ejecutor de las decisiones brutales del *dominus*²². En el derecho penal decenviral, el magistrado golpeaba con vergajos al niño culpable de la destrucción nocturna de las cosechas²³. La verga era el instrumento usual del castigo doméstico. Asestar algunos golpes a quienes habían desobedecido o faltado al respeto al *pater* era una práctica normal por no decir cotidiana. Así las cosas ¿cómo sorprenderse si –en caso de infracciones más graves- la verga se convertía en instrumento de muerte?²⁴ La fustigación a muerte no requería instrumentos especiales,

¹⁹ D.48.23,2 pero no la *verberatio civis*.

²⁰ C.FERRINI, *Diritto penale*, cit., p.158.

²¹ CTh.9.35.2.

²² Plaut., *Curc.* 4.11.128; *Most.* 1.1.1.56; *Pseud.* 1.2.13.1240; *Capt.*, 1.1; *Men.* 951, *Terent. Ad.* 2.128; 5.2.69; Hor., *Sat.* 1.3.119; *Epist.* 1.16.47; 2.2.15; *Martial.* 10.62.8.

²³ XIITab.8.9; Plin., *N. H.* 18.3.12.

²⁴ Es sabido que las vestales debían conservar su virginidad mientras permaeciesen como sacerdotisas. El quebrantamiento de este deber constituía un *incestus* que acarrea la flagelación a muerte tanto para ella como para su amante. Cfr. C.LOVISI, *Vestale, incestus*, cit., p.703. Vid., para las fuentes, Cat., *apud Fest.*, *Probrum* 277 L.; Zon., 7, 8; Dion. Hal., 8.99; 9.40; Liv., 22.57-3-4; Suet., *Dom.* 8; Plin., *Epist.* 4.11.10; Dion Cas., 79.9.

aparatos especiales, ceremonias especiales. Simple y eficaz, resolvía sin problemas particulares una desagradable necesidad²⁵.

Uno de los suplicios más antiguos consistía en la flagelación letal de un condenado atado al *arbor infelix* que, según Plinio, *N.H.* 16.108.45 no germinaba más, era estéril. En un segundo momento fue sustituido por la *furca* (Liv. 1.26.10) un palo en forma de Y en cuya bifurcación se colocaba la cabeza del condenado: no se trataba originariamente de un verdadero instrumento de suplicio, sino de un simple soporte. Posteriormente dos modificaciones lo transformaron en un artilugio mortífero: un palo horizontal viene a cerrar el triángulo de la bifurcación, pasando por detrás de la nuca. El asta fue alargada por lo que el condenado se encontraba colgado sobre el terreno sufriendo, en consecuencia, una suerte de ahorcamiento que le ocasionaba la muerte por la dislocación de las dos vértebras cervicales. Distinto era el *patibullum*, una barra de madera colocada horizontalmente tras la cabeza del condenado a cuya extremidad venían atadas las muñecas: eso servía para mantener alargados los brazos durante la flagelación y podía estar apoyada en dos palos hincados verticalmente en el suelo. La cruz –tal como hoy la entendemos– nace en una segunda etapa, cuando a la flagelación le sigue la exposición del condenado, el *patibullum* era fijado a un palo vertical plantado en el terreno, viniendo así a constituir el brazo horizontal de la cruz²⁶. El parricida antes de ser encerrado en el odre y arrojado al agua, tenía que ser golpeado con vergas *sanguinae*. El significado de *sanguinae* –color de la sangre– podía aludir tanto a que se pintaban previamente de rojo o –como se infiere de Bas.60.4.5– se coloreaban de rojo con la sangre del reo. Para Cantarella²⁷, cuya opinión compartimos, las *virgae* reciben el nombre de *sanguinae* en el momento en que se prescribe su uso. Es evidente, por lo tanto, que tenían que ser rojas desde que se destinaban a la fustigación, no a su término. Como sabemos el rojo era el color mágico en el que se teñían entre otras cosas las cintas que ataban las varas de los lictores.

Mommsen ha indicado la diferencia de principio que existía entre las penas aplicadas a los civiles y aquellas que afectaban a los milita-

²⁵ E.CANTARELLA, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma*, trad. esp. M.P.Bouysson y M.V.García Quintela, Madrid 1996, p.139.

²⁶ C.VISMARA, *Il supplizio come spettacolo, Vita e costumi*, cit., XI, Roma 1990, p.23.

²⁷ E.CANTARELLA, *Los suplicios capitales*, cit., pp.260-261.

res²⁸. Mientras que las primeras estaban basadas sobre un elemento moral –fundamento de todo derecho penal en una sociedad civilizada– el legislador militar debía tener en cuenta las necesidades de la guerra y de la victoria. De ahí que los castigos parezcan *prima facie* desproporcionados con los hechos punibles²⁹. Modestino en D.49.16.3.1 nos ha transmitido una clasificación de las *militum poenae*, figurando en primer lugar la *castigatio*. Bajo este nombre se entiende un castigo corporal. El más usual era la flagelación con varas o sarmientos (*fustuarium supplicium*), prueba de ello lo constituye el dato de que los centuriones tienen como distintivo de su grado un sarmiento en sus manos, símbolo o instrumento de sus funciones disciplinarias³⁰. Se aplicaba en numerosos supuestos, a veces incluso como preludio de la pena capital; así, por ejemplo, por rebelión contra los jefes, homicidio en el campamento, pillaje o pérdida del armamento; también existen casos en los que este tipo de penas corporales era suministrado a oficiales culpables de atentar contra la disciplina o el honor militar (Vell. Paterc. 2.7.8 cita el ejemplo de un *magister equitum* y Liv. 29.9.4, el de algunos tribunos). El *fustuarium supplicium*, en su modalidad más severa, conducía a la muerte del reo. Polibio nos describe así un apaleamiento: se reúne el consejo de los tribunos, se juzga al culpable y si es condenado se le somete al apaleamiento: “un tribuno toma un bastón y toca simplemente con él al condenado, enseguida la legión entera lo apalea con todas sus fuerzas, con frecuencia sucumbe en medio de las tropas reunidas”³¹. Con todo, la *castigatio* era practicada de modo distinto si el sujeto pasivo de la misma era un *civis romanus* o un *peregrinus*: en el primer caso se le golpeaba con sarmientos, en el segundo con varas (Liv. *Epit.* 57). Esta distinción subsiste en época

²⁸Th.MOMMSEN, *Strafrecht*, p.305ss.

²⁹ Vid., a este respecto: V.GIUFFRÉ, *Lecture e ricerche sulla “Res militaris”* 1, Nápoles 1996; ID., *Il diritto militari dei romani*, Bolonia 1980; ID., *Militum disciplina e ratio militaris*, en ANRW II, 3, (Berlín-Nueva York 1980), p.23ss.; N.CERCANI, *Del reati delle pene e dei giudici militari presso i romani* (Nápoles 1981); S.E.PHANG, *Roman military service. Ideologies of discipline in the late Republic and early Principate*, Cambridge 2008; J.M.BLANCH NOUGUÉS, *Una vision jurídica sobre el ejército romano*, RGDR 17 (2011).

³⁰A algunos centuriones se les iba demasiado la mano. Tácito recuerda al centurión Lucilio, a quien las legiones de Panonia llamaban por el mote *cedo alteram*, porque apenas rompía una verga en las espaldas de un soldado pedía otra y otra diciendo *cedo alteram* (Tac., *Ann.* 1.44).

³¹ Polib. 6.37.

imperial: *pro qualitate loci, aut fustibus subjiiebatur aut virgis* (Vit. Alex., 51).

3. *Verberatio y provocatio ad populum*

Las relaciones entre el ciudadano y el poder se manifiestan fundamentalmente en dos terrenos: la administración y la justicia. La monarquía etrusca, con aquel poder regio que forjó el *imperium* de los magistrados romanos y cuyos símbolos representaban el *ius vitae necisque* sobre los *cives*³², situó en su centro el derecho punitivo del rey. Suceden al rey, en el ejercicio de la persecución criminal, los magistrados supremos de la *civitas* que se convierten en tutores y garantes del ordenado desenvolvimiento de la vida ciudadana y de la seguridad interior del Estado. Fuera del campo de la venganza privada –y naturalmente de las transgresiones de índole religiosa que constituyen competencia del colegio pontifical- todas las actividades de tipo punitivo, desde el simple poder disciplinario hasta la verdadera y propia represión criminal, son conferidas a los supremos magistrados de la *civitas* en ejercicio de su *imperium*. De ahí procede, precisamente, el carácter solemne, apremiante, religioso –en cierto sentido- del ejercicio y de las manifestaciones de poder en Roma, al que tantas referencias existen en las fuentes literarias. Así se explica, por tanto, que, en ciertas ocasiones, la sola aparición de los cónsules o del dictador, rodeados de todo el aparato del *imperium*, bastase para infundir al pueblo una suerte de terror religioso³³.

³² La asociación de la *segur* con las *fasces* en un único objeto, simboliza los poderes judiciales, militares y, quizás, religiosos del jefe de la *civitas* que dieron lugar a la noción de *imperium*, adoptada por los romanos por influencia de la monarquía etrusca. En efecto, los escritores latinos de la época imperial atribuyen tal origen al uso de las *fasces* y los *lictors*. La más antigua representación de las *fasces* se encuentra en un bajorelieve etrusco de Chiusi del siglo V a. C. y es también etrusca la estela funeraria del siglo VI a. C. que contiene la primera manifestación gráfica de la *segur* (Cfr. R. MONIER, *À propos de quelques études récentes sur les anciennes magistratures romaines*, en IVRA 4 (1953), p.90ss. y bibliografía allí citada).

³³ Así, en el 449 a. C. la sola aparición de L. Quincio, recientemente nombrado dictador, y de Servio Ahala, su *magister equitum*, precedidos de sus *lictors*, bastó –según nos refiere LIV. en 4.14 –para dejar asombrado al pueblo: *Postero die dispositio praesidiis cum in forum descendisset conversatque in eum plebs novitate rei ac miraculo esset*. Todavía casi trescientos años después –en el 168 a. C.- la simple presencia de tal aparato externo suscitará entre los macedonios sentimientos de sorpresa y de terror (Ibid., 45.29.2: *Adsuētis regio imperio tamen novi imperii formam terribilem*

El poder aparece entonces en una situación de extraordinaria preeminencia frente a los ciudadanos. La realidad, sin embargo, era diferente, ya que la preocupación por mantener dentro de ciertos límites tan amplísimo poder; por impedir, en definitiva, cualquier tentativa de tiranía o de opresión sobre los demás ciudadanos, cristalizó en una institución fundamental: la *provocatio ad populum*³⁴ que ya Cicerón calificó de *patrona civitatis ac vindex libertatis*³⁵, Livio de *unicum praesidium libertatis*³⁶ y que la romanística celebra unánimemente como la conquista esencial, el más precioso privilegio de la *libertas*³⁷.

La *coercitio* de los magistrados tendrá, pues, un límite: la *provocatio* que, en la medida que subordina la imposición de las más fuertes sanciones y, en primer lugar, de la pena de muerte, a un control político por la máxima asamblea ciudadana, constituye la garantía inmediata de la *libertas*, cualidad y atributo supremo del *civis*³⁸. El *ius provocationis* es verdaderamente un derecho que se interpone de la forma

praebuit tribunal, summoto aditus, praeco, accensus, insueta omnia oculis auribus-que quae vel socios, nondum hostis victos, terrere possent.

³⁴ Acerca de los orígenes, evolución histórica y régimen jurídico de la *provocatio ad populum*, vid.: L.RODRÍGUEZ ENNES, *La provocatio ad populum como garantía*, cit., pp.74-114 y *Nuevas perspectivas en torno a la evolución histórica de la provocatio ad populum*, Recueils de la Société Jean Bodin 46 (1989) p.12ss.

³⁵ Cic., *de orat.* 2.48.199.

³⁶ Liv., 3.55.

³⁷ Vid., entre otros P.FREZZA, *Corso di Storia del Diritto romano*, Roma 1954, p.74; P.BONFANTE, *Storia del Diritto romano* 4, I, Milán 1958, p.97, J.GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité*, París 1967, p.320; C.NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, París 1976, p.429; C.RASCÓN, *A propósito de la represión de las bacanales en Roma*, Estudios Ursicino Álvarez, Madrid 1978, p.400; B.SANTALUCCIA, *Epoca Reppublicana: lo sviluppo del proceso criminale e le leggi de provocatione*, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milán 1979; L.AMIRANTE, *Sulla provocatione ad populum fino al 300*, IVRA 34 (1983) p.1ss.; M.HUMBERT, *Le tribunat de la plébe et le tribunal du peuple: remarques sur l'histoire de la provocatio ad populum*, MEFRA 100 (1988) pp.431-503; ID., *La peine en droit romain*, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, 1991, pp.133-183; C.VENTURINI, *Proceso penale e società política nella Roma repubblicana*, Pisa 1996; ID., *Variazioni in tema di provocatio ad populum*, INDEX 37 (2009) p.69-84; A.FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público romano*¹⁰, Madrid 2007, p.244ss.

³⁸ Es claramente ilustrativo al respecto el siguiente pasaje de Cicerón quien al hablar en *de rep.* 1.40 acerca de los derechos del ciudadano romano, exalta la plena libertad de la que disfrutaba en tiempo de paz: *sic noster populus in pace et domi imperat, et ipsis magistratibus minatur, recussat, appellat, provocat*. El propio Livio en 3.45.8 califica al *auxilium tribunicium* y a la *provocatio de duas arces libertatis*. Vid., también, en el mismo sentido Dionis. 6.58.

más completa y eficaz entre el ciudadano y la sombra del poder; significa con dieciocho siglos de antelación –como ha puesto de manifiesto Nicolet³⁹– una conquista imprescriptible de los derechos de la persona del mismo rango que el *habeas corpus*.

Cicerón hace remontar la *provocatio* a la época monárquica⁴⁰, tradición también recogida por Livio⁴¹. El testimonio más antiguo de este derecho sería el ofrecido en el mítico de Horacio, único superviviente de la lucha de los curiacios, condenado a muerte por haber matado a su hermana e indultado por el pueblo en razón a la benemérita conducta que había tenido para con la patria⁴². Es obvio que no cabe calificar a este episodio de producto de la imaginación de Livio pero no cabe duda de que se trata de la reelaboración, con oportunos aditamentos, de una antigua leyenda del patrimonio épico. En efecto, todo parece indicar –como muy bien apunta Santalucía⁴³– que la conducta horaciana fue tipificada originariamente como *parricidium* y que la intervención popular en el juicio tuvo lugar única y exclusivamente a instancia del rey que quería, con el apoyo de la intervención pública, liberar al héroe de la cruel pena prevista por la *lex horrendi carminis*. Solo en época más tardía, cuando los analistas quisieron crear, con vistas a confirmar la antigüedad de la *provocatio*, un proceso arquetípico que remontase la institución a la edad regia, la antigua leyenda fue convenientemente reelaborada procediéndose a la transformación del *parricidium* originario –que, no daba lugar a un juicio de *provoca-*

³⁹ C.NICOLET, *Le métier de citoyen*, cit., p.430.

⁴⁰ Cic., *de rep.* 2.31: *Provocationem autem etiam a regibus fuisse, declarant pontifici libri, significant nostri etiam augurales.*

⁴¹ Liv., 26.5-12; 8.33.8: *Videro, cessurusne provocatione sis, cui rex Romanus Tullus Hostilius.*

⁴² Liv., 1.26.6; Dionis., 3.22.3-6; Val. Max. 8.1.1; Flor. 1.3.6, vid. también Fest., s. v. *sororium tigillum*. La construcción de este episodio como un caso de *perduellio* procede, en gran parte, de una reelaboración relativamente reciente, por lo que –en modo alguno– podemos considerar aceptable la postura de aquellos autores que proceden a una simple valoración en clave retrospectiva del texto liviano sin haber previamente establecido en qué medida tal relato es fiel a la leyenda originaria [Cfr., entre otros, A.H.J.GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, Londres 1901, p.306; C.H.BRECHT, *Perduellio*, Munich 1938, p.125; P.FREZZA, *Corso*, cit., p.76; G.GROSSO, *Provocatio per la perduellio, provocatio sacramento e ordalia*, BIDR 63 (1960) p.21ss.; ID., *Brevi note sull'antico diritto e processo penale romano*, Studi Antolisei, Milán 1963, p.122; A.BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, BIDR 69 (1966) p.342.ss.].

⁴³ B.SANTALUCIA, *Epoca repubblicana*, cit., p.49.

tio- en una hipótesis de *perduellio* que en cuanto tal permitía *provocare ad populum*. Las fuentes que recuerdan el legendario proceso (Liv. 1.26.5-12; Dio. Hal. 3.22.3-6; Val. Max. 8.1.1; Flor. 1.3.6, Fest., s. v. *sororium tigillum*) muestran evidentes trazas de la superposición de la versión más reciente a la originaria y permiten colegir las dificultades que hallaron los antiguos escritores para cambiar los términos de una leyenda vetusta muy difundida en la conciencia popular.

Así las cosas, no cabe abrigar dudas de que la *provocatio* sea una institución típicamente republicana, creada como límite a la arbitrariedad de los magistrados. La tradición la hace nacer en el año I de la República⁴⁴. Con todo, algunos decenios más tarde la *provocatio ad populum* está ausente de la legislación decenviral y no fue añadida en el curso de su modernización. La explicación bien puede radicar en que esta ley trata de la justicia criminal, no de la *coercitio* de los magistrados⁴⁵. Se suele atribuir la primera ley reguladora de la institución al legendario cónsul P. Valerio quien por sus desvelos en pro de los intereses populares recibiría el sobrenombre de Publícola⁴⁶. De acuerdo con el testimonio de numerosas fuentes literarias⁴⁷, una *lex Valeria de provocatione*, del mismo año de la fundación de la República, estableció que *ne quis magistratus civem romanum adversus provocationem necaret, neve verberaret*⁴⁸.

Muchos autores modernos que dudan –y con razón– de la existencia de la *provocatio* en época regia, han acogido esta tradición viendo en el *ius provocationis* el signo de la afirmación del poder del pueblo ya en los inicios del nuevo régimen⁴⁹. Sin embargo, siguiendo a Gaudemet⁵⁰, creemos que es difícil admitir –al menos para una época anterior al siglo V a. C.– que tal institución había originariamente constituido un arma de defensa de la plebe contra el patriciado. En nuestra opinión, la valoración de las fuentes permite argumentar que quizás se

⁴⁴ G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani*, Milán 1912, p.190.

⁴⁵ A. MAGDELAIN, *De la coercion capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple, Ius, imperium, auctoritas*, Roma 1990, p.569.

⁴⁶ Liv. 2.8.1; Cic., *de rep.* 2.31; Plut., *Popl.* 1.

⁴⁷ Cic., *ibid.*; Liv., 2.8.2; 2.29.10-12; 3.20.8; Dionis. 5.19; 5.70; Plut., *Popl.* 11.

⁴⁸ Cic. *ibid.*

⁴⁹ Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, Leipzig 1887, pp.351ss.; J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of Roman Criminal Law* 1, Oxford 1912, p.144; P. FREZZA, *Corso*, cit., p.76, n.17; J. BLEICKEN, *Ursprung und Bedeutung der Provocation*, ZSS 76 (1959) p.349.

⁵⁰ J. GAUDEMET, *Institutions*, cit., p.321, nt.4

tratase de un remedio introducido por el patriciado en su propio interés, para protegerse contra los posibles abusos de los magistrados; remedio que –al menos teóricamente- está abierto a los plebeyos, ya que éstos –al igual que los patricios- también formaban parte del *populus romanus*, pero que en la práctica bien difícilmente se podía utilizar en la época más antigua de la República en la que los patricios detentaban el monopolio del poder. Además, como ha demostrado De Francisci, retrotraer la introducción del *ius provocationis* a los inicios de la República sería inverosímil, no sólo por el hecho de que presupondría largamente desarrollada la actividad comicial –que se inicia más tarde- sino también porque atribuye a magistrados que debían ser celosos de su poder la iniciativa de una autolimitación con vistas a distinguir su potestad de la regia⁵¹. El predicamento del que ha gozado la opinión tradicional⁵², descansa –sin mayores apoyaturas- en la creencia común de los escritores romanos tardorrepublicanos y de la era augustea de que todas las instituciones de libertad habían nacido tras la caída de la monarquía. Lo cierto es que, en este campo, como en tantos otros, la caída de la monarquía no provocó innovaciones revolucionarias, fue solo en el discurrir de la constitución republicana cuando se va configurando paulatinamente un verdadero y auténtico derecho de *provocare ad populum*⁵³.

Acorde con una tradición –que algún autor califica de poco fundada⁵⁴- la *verberatio* era utilizada por los cónsules en los primeros tiempos de la República contra aquellos que hacían caso omiso de la llamada a las armas⁵⁵; según otra⁵⁶, la misma *lex Valeria* del 509 a. C.,

⁵¹ P.DE FRANCISCI, *Per la storia dei comitia centuriata*, Studi Arangio Ruiz I, Nápoles 1953, p.22. En contra, B.SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, trad. esp. Javier Paricio y Carmen Velasco, Madrid 1990, p.41, en cuya opinión es el cambio constitucional producido con el paso de la monarquía a la república el que conduce al nacimiento de la *provocatio ad populum*.

⁵² Vid., la nt.49.

⁵³ A unas conclusiones semejantes, aunque por caminos diferentes, llega F.DE MARTINO, *Storia della costituzione romana I*, Nápoles 1958, pp.166ss.

⁵⁴ Así, E.DE RUGGIERO, *Il consolato e i poteri pubblici in Roma*, Roma 1900, p.857.

⁵⁵ Liv. 2.55.4: *His vocibus alii alios cum incitassent, ad Voleronom Publiliium de plebe hominem, quod ordines duxisset, negaret se militem fieri debere, lictor missus est a consulibus. Volero appellat tribunos. Cum auxilio nemo esset, consules spoliari hominem et virgas expediri iubent.* Más testimonios livianos en Ibid. 3.69.7.

⁵⁶ Cic., *de rep.*, 2.31.53-55: *Idemque (P. Valerius), in quo fuit «Publicola» maxime legem ad populum tulit eam quae centuriatis comitiis prima lata est, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret, neque verberaret.* Abriga

que introduce la *provocatio* para la pena de muerte, la admite también para la *verberatio*⁵⁷. Con todo, cabe constatar de un modo fehaciente que una de las *leges Porciae* prohíbe sin ambages esta medida coercitiva⁵⁸, considerada como pena autónoma en punto a la ejecución capital, de la que solía ser preludio⁵⁹. En cualquier caso, tal prohibición de *verberare* se refiere solo al *civis*⁶⁰. Livio afirma categóricamente que

dudas respecto de la veracidad de los hechos narrados en este texto, J.DUNCAN CLOUD, *Provocatio. Two Cases of Possible Fabrication in the Annalistic Sources*, Studi Guarino III, Nápoles 1984, pp.1365ss.; Vid., además de los analistas citados, Val. Max 4.1.1; Dionis. 5.19

⁵⁷ Sobre la crítica a los elementos legendarios en las *Leges Valeriae de provocatione*, vid., L.RODRÍGUEZ-ENNES, *Sobre los orígenes de la prohibición legislativa de la verberatio civis*, Estudios Hernández-Tejero II, Madrid 1992, publ. 1994), pp.485ss.

⁵⁸ En realidad, el único testimonio explícito señalando la existencia de estas leyes homónimas y de análogo contenido, es el de Cic., *de rep.* 2.31.54: *tres leges Porciae trium Porciorum*; ya que Liv., en 10.9.4 solo deja constancia de una Lex Porcia: *Porcia tamen lex sola pro tergo civium lata videtur, quod gravi poena, si quis verberasset necassetve civem Romanum sanxit y el propio arpinate, en otros textos, habla de una sola lex Porcia (pro Rab. Perd., 3.8: an... de civibus Romanis contra legem Porciam verberatis aut necatis plura dicenda sunt?; ibid., 4.12-13; in Verr., 2.5.62.162; 63.163)*, aunque –como señala F.DE MARTINO– esto no basta para restar valor a la precisa afirmación contenida en *de rep.*, 2.31.54, habida cuenta de que en los demás textos se le otorga un particular relieve a un solo aspecto: el de la *verberatio* (Cfr. *Storia della Costituzione*, cit., II, p.372, nt.46).

⁵⁹ Tal es la opinión de Th.MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p.42, nota 1. Vid., en el mismo sentido, J.L.STRACHAN-DAVIDSON, *Problems*, cit., p.110, nt.1, quien explicita así la tesis mommseniana: “I think, on the whole, that Mommsen has made out his case, that the *necare et verberare* forbidden by the Valerian law must refer to scouring preliminary to death, and that stripes alone were not recognized as a substantive punishment in any regular criminal trial, but were left as a means of *coercitio* in the hands of magistrate until forbidden by the elder Cato”. También, U.BRASIELLO, *La repressione*, cit., p.389, al que esta postura le “sembra conforme”.

⁶⁰ De ahí que no exista impedimento legal alguno para que el cónsul pudiera servirse de la *verberatio* contra los *non cives*, como hizo Marcelo, cónsul en el año 50 d. C., contra un habitante de como (Cfr. Cic., *ad fam.* 5.11.2, App., *B.C.* 2.26; Plut., *Caes.*, 29) y Augusto contra los histriones Stefanión e Hilán (Cfr. Suet., *Aug.* 45) pese a que según Tac., *Ann.* 1.7.7, había prohibido que se golpeará con varas a este tipo de actores, esta inmunidad, pues, se habría visto exceptuada en los casos apuntados. Incluso Sall., *Iug.* 69, nos relata que un oficial, que había sido nombrado prefecto de una de las recientemente conquistadas ciudades númeras, guarnecida por tropas romanas y a quien se le acusó de abandonar su puesto, fue condenado, azotado y ejecutado *nam is civis ex Latio erat*. Para A.N.J.GREENIDGE, *The Legal Procedure*, cit., I, p.409, nt.1. la explicación salustiana del inciso final radica en que “a Latin by origin Turpilius was yet subject to the martial law of Rome”.

*Porcia tamen lex sola pro tergo civium lata videtur*⁶¹; Cicerón, por su parte, dirige durísimas acusaciones contra Verres por haber castigado con la *verberatio* a un ciudadano romano en Mesina⁶², exaltando, al propio tiempo, las normas romanas protectoras del *status civitatis*⁶³.

Las fuentes mencionan tres *leges Porciae*⁶⁴ -tradicionalmente fechadas en torno al 195 a. C.⁶⁵ -aunque la parquedad de los datos existentes no nos permiten aportar más que simples conjeturas a la hora de determinar su autor, existen bastantes probabilidades de que la primera de ellas fuese debida a Catón, cónsul en el 195, que pronunció una *suasio* en este sentido⁶⁶ y, como pone de manifiesto el propio Rotondi, sería de todo punto ilógico “che la *suasio* si riferisca a una legge proposta da altri”⁶⁷. Otra de las *leges Porciae* viene atribuida a Porcio Leca, tribuno de la plebe en el 199 y pretor en el 195 a. C., cuya memoria se vio perpetuada en una moneda acuñada en conmemoración de la nueva normativa de la *provocatio*⁶⁸ que, según un amplio sector de la romanística⁶⁹ que hizo extensiva a la esfera del *imperium mili-*

⁶¹ Liv. 10.9.4. Para J.L.STRACHAN-DAVIDSON, es imposible evitar la conclusión de que el *pro tergo* constituye una reminiscencia de la frase catoniana *pro scapulis* – Fest., s. v. “*pro scapulis*”- y añade: “that we have found in Cato’s law that which protects the Roman citizen in all places and under all circumstances from the lictor’s rod” (Cfr. *Problems*, cit., I, p.125).

⁶² Cic., in *Verr.* 2.5.62.161: *Clamabat ille miser civem esse Romanum, municipem Consanum...* 162: *Caedebatur virgis in medio foro Messanae civis Romanus, iudices, cum interea nullus gemitus, nulla vox alia illius miseri inter dolorem crepitumque plagarum audiebatur nisi haec: “Civis romanus sum”. Hac se commemoratione civitatis omnia verbera depulsurum cruciatumque a corpore deiecturum arbitratur.*

⁶³ Cic., *Pro Rab. Perd.* 4.11: *Porcia lex virgas ab omnium civium romanorum corpore amovit.*

⁶⁴ Vid. la nt.58.

⁶⁵ P.DE FRANCISCI, *Per la storia*, cit., p.105 A F.DE MARTINO le parece más verosímil que las tres leyes pertenezcan a un mismo período histórico; en tal sentido, las *leges Porciae* se imbricarían en la política de reconstrucción constitucional dirigida por Catón contra el poder personal y las tendencias autoritarias de una parte de la *nobilitas* (cfr. *Storia*, cit., II, p.268). Empero, para G.ROTONDI, el silencio de Livio al respecto “debe far inclinare a una data recenté” (cfr. *Leges publicae*, cit., p.269).

⁶⁶ Fest., s. v. “*pro scapulis*”: *cum dicit Cato, significat pro verberatio.*

⁶⁷ G.ROTONDI, *Leges publicae*, p.268.

⁶⁸ Sobre la moneda, vid., sobre todo: Th.MOMMSEN, *Geschichte des römischen Münzwesens*, Berlín 1860, p.552; H.MATTINGLY, *Roman Coins*, Londres 1923-1936, p.82; M.CRAWFORD, *Roman Republican Coinage*, Cambridge,1974, p.313, nt.301.

⁶⁹ Así, Th.MOMMSEN, *Strafrecht*, cit. p.34, nt.3; J.L.STRACHAN-DAVIDSON, *Problems*, cit., p.118; G.PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell’imperium nella repression penale*, Muto 2, p.27ss. Con todo, P.BONFANTE [*Storia del Diritto romano* I, Milán 1958,

tae. La moneda representa la escena de un hombre armado a cuya diestra se sitúa un lictor que extiende la mano a un tercer personaje vestido de toga, figurando grabada la palabra *provoco*. ¿Quién pronunció la palabra? Se ha pretendido que sería el *togatus* para protegerse del militar que le ha tendido el brazo⁷⁰. Es poco probable. El autor de la *provocatio* es evidentemente el personaje central al que se refiere la leyenda. Este militar une el gesto a la palabra para dirigirse al *togatus*, que representa al pueblo romano como se ha justamente destacado⁷¹. Igualmente en la lengua latina el singular tiene un valor colectivo, por ejemplo *miles* designa al ejército. Toda la tensión de la escena recae entre el mando militar y la soberanía popular, tema caro a los romanos. Así interpretada, esta moneda muestra la extensión de la *provocatio* al ejército en beneficio de los soldados.

Como es sabido, en los delitos estrictamente militares la pena infligida, incluso la capital era ejecutada sumarísimamente; no existía ninguna garantía ni para el ciudadano romano legionario, ni para el extranjero que formaba parte de las tropas auxiliares, aunque fuese un oficial⁷². Empero, en la época de las grandes conquistas mediterráneas la excesiva prepotencia adquirida por los jefes del ejército, así como la extraordinaria dispersión geográfica de los destacamentos de tropas que, a menudo, obligaban al *civis romanus miles* a permanecer alejado de Roma largos años, determinó una extensión del *ius provocationis* a la esfera del *imperium militiae*, que —como hemos visto— generalmente se le atribuye a una de las *leges Porciae*. Como el *iudicium populi* solo podía tramitarse ante los comicios, cuando un legionario en posesión del *status civitatis* perpetraba un delito por el que —caso de ser juzgado en Roma— debería concedérsele la *provocatio*⁷³, el comandan-

p.202] duda si la extensión de la *provocatio* al *imperium militiae* se debe a una de las *leges Porciae* o a la *lex Sempronia*. Entiende —a nuestro juicio acertadamente— que los textos son genéricos y no permiten una respuesta acerca de este interrogante: Cic., *in Verr.* 2.5.63.163: o *lex Porcia*, o *leges Semproniae*; Id., *pro Rab. perd.* 4.12: *C. Gracchus legem tulit ne de capite civium Romanorum iniussu vestre indicaretur* 13: *tu mihi etiam legis Porciae*; Id., *in Catil.* 4.5.10: *at vero C. Caesar intellegit legem Semproniam esse de civibus Romanis constitutum*.

⁷⁰ Así, A. MAGDELAIN, *De la coercitio capitale*, cit., p.583.

⁷¹ En este sentido se pronuncian los a. citados en la nt.68.

⁷² Sall., *Iug.* 68; Appian., *B.C.* 2.26; Cic., *ad Att.* 5.11.3.

⁷³ Sall., *Ibid.* 49.4 atestigua que en el 108 a. C. el comandante militar no podía ordenar la flagelación o la ejecución de un ciudadano romano mientras que sí podía hacer lo propio en el caso de que el reo fuese latino (*Turpillius... iussus a Metellus causam*

te del ejército estaba obligado a enviar el reo ante los magistrados ordinarios de la *civitas* frente a cuya sentencia podía ejercitarse el *ius provocationis*⁷⁴. Con todo, la disciplina militar no toleraría jamás la abolición de la *coercitio* capital en el ejército y el castigo corporal a los soldados se mantuvo siempre: en lugar de aplicar la flagelación por los vergajos –la *verberatio*– se contentaba con la corrección a golpes de sarmiento⁷⁵ o de *fustes*.⁷⁶

Por otra parte, los *cives* que habitaban en las *coloniae* de Roma y en las *liberae et foederatae civitates* itálicas, antes de la guerra social o en las provincias tras este período, tenían la *communio comitiorum* y el *ius provocationis* que fue extendido mediante una ficción tras el límite de la primera piedra miliar *extra pomerium*⁷⁷. Hay una evidencia del empleo de este procedimiento en el caso de un crimen cometido por un *civis* en Italia durante la Segunda Guerra Púnica⁷⁸; además toda la acusación de Cicerón contra Verres por la *verberatio* ilegítima

dicere, postquam sese parum expurgat, condemnatus verberatusque capite poenas solvit: nam is civis ex Latia erat).

⁷⁴ Vid., al respecto A.W.ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik* I, Berlín 1865-1869, p.56; Th.MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p.34 quien opina que el proceso se debería renovar. En contra, G.PUGLIESE, *Appunti* cit., p.29.

⁷⁵ Liv., *Pers.* 57: *quem militem extra ordinem deprehendit, si Romanus esset, vitibus, si extraneus virgis cecidit* (en 134 a. C.).

⁷⁶ Tampoco fue abolido el *fustuarium supplitium*, una suerte de linchamiento practicado por el conjunto de los soldados que nos describe vívidamente Polibio en 6.37 (vid. la nt.31).

⁷⁷ Es sabido que el límite entre el *imperium domi militiaeque* fue originariamente el *pomerium* –que Festo, gráficamente, califica de *quasi promurium, id est proximum muro*- y más tarde la primera piedra miliar extra muros. Liv. 3.20, dice que la expresión *pomerium* data de la segunda mitad del siglo V a. C.; con todo, la cuestión entre el *pomerium* y la primera piedra miliar fue disputada todavía en el 215 a. C. (ibid. 24.9). La expresión simbólica de esta limitación del *imperium* se encuentra en la costumbre de que los fascios de los cónsules dentro de la ciudad no portaban el hacha. Fuera del *pomerium* ya era territorio *militiae*, y el cónsul ostentaba el *ius vitae necisque* por lo que poseía el hacha (cfr. Liv. 8.7.19; 8.32.10; 25.16.19; 26.16.3, Cic., *in Verr.* 3.156; 5.118; 5.142).

⁷⁸ Según el relato de Liv., 29.21.22, Q. Pleminio, propretor y legado de P. Escipión en el 205 a. C. expolió la ciudad de Locri, sita en el sur de Italia y los locrinios se quejaron de ello al Senado. El Senado nombró una comisión encargada de investigar los hechos que halló a Pleminio y a sus cómplices culpables –*damnaverunt*- y los enviaron encadenados a Roma. Pleminio falleció en prisión antes de que terminase el *iudicium populi* que había investigado su crimen. La comisión no tenía carácter judicial y no pronunció sentencia, meramente se limitó a investigar y los preliminares del juicio tuvieron lugar en Roma.

prueba de un modo indirecto que el *imperium* del gobernador en la provincia a su cargo no era ilimitado⁷⁹.

No existen, en definitiva, dudas de que una de las *leges Porciae* –y precisamente la reputada de progeñe catoniana– prohibía la *verberatio* del *civis romanus* de un modo absoluto. Tal es la tesis que goza de mayor predicamento en la romanística desde que –tiempo ha– fue expuesta por Zumpt⁸⁰; empero Greenidge entiende que del texto de las verrinas debe inferirse el carácter inmoral –no antijurídico– del acto de Verres⁸¹. Con todo, pensamos que la prohibición de la *verberatio* por la legislación *porciana* es total, ya que –caso contrario– carecería de explicación el hecho de que el torturado no pronunciase jamás la palabra *provoco*, limitándose a gritar ante el foro de Mesina: *civis romanus sum*⁸²!

4. La cláusula edictal *si servum alienum adversus bonos mores verberavisse*

Los juristas clásicos distinguían las *iniuriae* inferidas al esclavo con el fin de ofender al titular de la *dominica potestas*⁸³, que el *dominus* ejercitaba *suo nomine*, de las específicamente dirigidas contra el esclavo; e incluso para estas últimas concedían al titular de la potestad la *actio iniuriarum*⁸⁴, que en este caso actuaba *servi nomine*. Los es-

⁷⁹ Cic., *in Verr.* 2.5.62, 161-162; *ibid.* 63.163.

⁸⁰ A.W.ZUMPT, *Das Criminalrecht*, cit., I, p.52.

⁸¹ A.H.J.GREENIDGE, *The Legal Procedure*, cit. I, pp.320ss.

⁸² Cic., *In Verr.* 2.5.62.162: *Caedebatur virgis in medio foro Messanae civis romanus, iudices, cum interea nullus genitus, nulla vox alia illius miseri inter dolorem crepitumque plagarum audiebatur nisi haec: "Civis Romanus sum"*.

⁸³ Ulp. D.47.10.15.34 (77<57>*ad ed.*: *Praetor ait: qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse, deus es iniussu domini quaestionem habuisse dicitur, in eum iudicium dabo; ítem si quid aliud factum esse dicitur, causa cognita iudicium*. Del mismo se infiere, según R.WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der Klassischen Injurienklage*, en ZSS 91 (1974) p.399, que el *dominus servi* –en caso de *iniuria* inferida al esclavo– no podía ejercitar la *actio iniuriarum* sino bajo determinadas circunstancias y, en concreto, cuando alguno hubiera dirigido la injuria contra el esclavo con la intención de injuriarle a él personalmente, como cuando alguien azota sin motivo a un esclavo ajeno en presencia de su dueño y a pesar de la protesta del mismo “para exponer al dueño a la burla de otros” o el caso del *ludibrio habere* de un esclavo ajeno que consiente en el comportamiento del ofensor –D.47.10.26-. Para A.TORRENT, “el pretor concedía al dueño del esclavo la *actio iniuriarum* en cuanto los daños causados al esclavo hubieran sido realizados in *contumeliam domini*” (cfr. *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza 1987, p.503).

⁸⁴ El comentario de Ulpiano comienza –Ulp. D.47.10.15.35 (77<57>*ad ed.*)– con una reflexión sobre la necesidad del edicto afirmando que no se debe dejar sin castigo por

clavos no podían de *iure* ser sujetos pasivos de la *iniuria*⁸⁵. Sin embargo, el pretor, a través del llamado por Lenel, edicto de *iniuriis quae servis fiunt*⁸⁶, promete acción⁸⁷ al dueño por la *verberatio*⁸⁸ de su esclavo y por la *quaestio*⁸⁹ ocurridas sin su orden⁹⁰ y contra las buenas

el pretor la injuria hecha al mismo esclavo, mayormente si se hiciera con azotes o mediante tormento, *hanc enim et servum sentire palam est*. B.ALBANESE, *Le persone nel Diritto Privato Romano*, Palermo 1979, p.137, ve en esto un reconocimiento “dell’autonoma personalità umana del servo” y de su dignidad. Según R.WITTMANN, *Die Entwicklungslinien*, cit., p.340 en el caso en el que se le posibilita al dueño el ejercicio de la acción *servi nomine*, el ofensor no ha pretendido burlarse mordazmente del dueño, pero en todo caso ha actuado *in contumeliam domini*. Para un análisis del supuesto de que alguien convocase a la turba para azotar al esclavo delante de la misma e inferirle injuria recogido en Ulp. D.47.8.4.14 (56 *ad ed.*) vid. F.RABER, *Grundlagen Klassischer Injurienansprüche*, Viena-Colonia-Graz 1969, p.118.

⁸⁵ Gai. 3.333 e I.4.4.3. *Servo ipsi quidem nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri debetur*. R.WITTMANN, *Die Entwicklungslinien* cit., p.339 diferencia los casos de la *iniuria* inferida al *alieni iuris* libre (que no precisaba la tipificación de un supuesto de hecho especial sino simplemente “Bestimmungen über das Verhältnis des Klagrechts” del que tiene la potestad: Ulp., D.47.10.17.10) y la ocasionada al esclavo que encontró la regulación especial del supuesto de hecho en el edicto *de iniuriis quae servis fiunt*. La causa de este tratamiento diferenciado radica en que en los *alieni iuris* libres se presupone la aptitud de ser objeto de una *iniuria* por sí solos, por lo que solo debía ser precisado el modo de actuar su defensa –“das Wie des Rechtsschutzes”- mientras en el esclavo la misma eventualidad de verse amparado por el derecho das “Ob des Rechtsschutzes”- requería una reglamentación especial del supuesto.

⁸⁶ O.LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig 1927, p.401, nt.7 señala que esta titulación no está pensada como rúbrica del edicto, pues de otro modo no podría haber dicho Gai.3.222: *servo ipsi nulla iniuria intelligitur fieri*.

⁸⁷ Ulp. D.47.10.15.34 (77<57>*ad ed.*) el texto aparece reproducido en la nt.83.

⁸⁸ Ulp. D.47.10.15.40 (77<57>*ad ed.*): «*Verberasse*» *dicitur abusive, et qui pugnis caeciderit*. M.MARRONE, *Rec. a Raber*, IVRA 22 (1971) p.78 dice que *verberare* “fu dapprima intenso nel significato litterale di bastonare (Gai.3.222), piu tardi, nel piu significato letterale di battere (*pulsare* : D.47.10.15.40)” y que la *verberatio* era siempre *iniuria atrox*. F.RABER trata de mostrar con respecto al significado de *verberare* un antagonismo entre Gai.3.222 (*at si quis... pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula nec temere petenti datur*) y Ulp. D.47.10.15.40 (cfr. *Grundlagen*, cit., p.81. Sin embargo, para R.WITTMANN, *Die Entwicklungslinien*, cit., p.34, mientras *pugno percutere* en Gayo no es sino el caso del modelo de fórmula de la *actio iniuriarum* pudiendo ser una simple bofetada, en Ulpiano *pugnis cadere* significa “mit Fautschieben (auf den Sklaven) hineindreschen”. La expresión *verberare* no se limita aquí al caso de *flagellis caedere* (D.47.10.17.2) ni de *loris rumpere* (D.47.10.15.39) sino que significa “das Verplügen des Sklaven, welche Mittel dabei auch immer angewandt worden sein mögen”.

⁸⁹ En Ulp. D.47.10.15.41 (77<57>*ad ed.*) se entiende por *quaestionem* los tormentos y el dolor del cuerpo para arrancar la verdad, así como *quam malam mansionem dicunt*,

costumbres. Como bien dice Raber⁹¹ la exigencia de la actuación *adversus bonos mores* constituye una “Objektivierung der Injurienhaftung”. En consecuencia, para que la *verberatio* del *servus alienus* sea considerada objeto de reprobación debe efectuarse contra las buenas costumbres, según se infiere de la cláusula edictal de *iniuriis quae servis fiunt*⁹². No se consideran injurias los azotes dados con ánimo de corregir o de enmendar y tampoco los inferidos por un magistrado municipal al esclavo que, con petulancia, atentaba a su honor y a sus insignias⁹³.

En D.47.10.15.6 Ulpiano nos precisa el verdadero alcance de la expresión *adversus bonos mores*: *Idem ait: adversus bonos mores sic accipiendum, non eius, qui fecit, ut generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis*⁹⁴. Así las cosas, la expresión *adversus bonos mores* se refiere no a la específica sensibilidad o moralidad de los sujetos sino a las normas de la sociedad que da cobijo a ofensor y

pero no una mera interrogación o un leve amedrentamiento. G.CARNAZZA RAMETTA, *Studi sul diritto penale dei romani* (Roma 1972) p.49, refiriéndose a la confesión de los esclavos como prueba en el proceso, dice que “venivano storte colla tortura”. M.MARRONE, *Rec. cit.*, p.158 señala que el precepto, en el curso de la era del Principado, permanece “limitato ai giudici civili”.

⁹⁰ O con orden del dueño, pero excediéndose en sus límites, según Labeón –Ulp. D.47.10.15.42 (72<57>*ad ed.*)- la orden de torturar puede darla también el tutor, procurador o curador, en su caso –Ulp. D.47.10.17.1 (57 *ad ed.*).

⁹¹ F.RABER, *Grundlagen*, cit., pp.82 y 119.

⁹² Para M.KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit in klassischen römischen Recht*, ZSS 60 (1940) p.137 la contravención de las buenas costumbres es un requisito especial para que haya responsabilidad por *verberare* a un *servus alienus*. Con todo, se trata de una exigencia común a todos los supuestos de *iniuria* [Cfr. U.VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht*, Labeo 15 (1969) p.164, quien cita a este respecto Coll.2.5.2. *Commune omnibus iniuriis est, quid semper adversus bonos mores fit idque non fieri alicuius interest*].

⁹³ Ulp. D.47.10.15.38.39 (77<57>*ad ed.*): *Adiicitur: «adversus bonos mores», ut non omnis omnino, qui verberaverit, sed qui adversus bonos mores verberavit, teneatur, ceterum si corrigendo animo, aut si quis emendandi, non tenetur*, sobre este pasaje, vid. B.BONFIGLIO, *Corruptio servi*, Milán 1998, p.156.

⁹⁴ Para E.MEZGER, la parte de texto que va desde *non eius* hasta *accipiendum*, es decir, la explicación de que las buenas costumbres no se refieren al autor de la agresión, está interpolada por entenderla superflua e inconexa con el curso de la frase (cfr. *Stipulation und letztwillige Verfügung «contra bonos mores» in Klassisch-römischen und nachklassischer Recht*, Gottinga 1930, p.18). En todo caso, esta posible interpolación del texto no desvirtúa la naturaleza objetiva del requisito que comentamos sino que, al contrario, hace más fácil la interpretación del término *adversus bonos mores* destacando que se trata de *adversus bonos mores huius civitatis*.

ofendido, significando, en consecuencia, una medida de carácter objetivo⁹⁵.

La moderna romanística califica a este supuesto de *iniuria* indirecta⁹⁶, partiendo de Gai.3.222 cuando afirma que no se comete injuria contra el propio esclavo sino contra el *dominus* a través suya –*servo autem ipsi quidem nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri debetur*-. Con todo, debe tratarse de unan *iniuria atrox* para que se considere como una afrenta al dueño –*sed ita cum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte in contumeliam domini fieri videtur*-. El mismo jurista explica que esto sucede cuando alguien azota a un esclavo ajeno –*veluti si quis alienum servum verberaverit*-, con ello queda patente que el esclavo no es, en modo alguno, el sujeto pasivo del ilícito ya que quien sufre realmente la afrenta es el *dominus* siempre y cuando la conducta punible constituya una *iniuria atrox* y, en este sentido, como hemos visto, el propio Gayo considera especialmente grave la *verberatio*, mientras que no entiende digno de protección al insulto –*convicium facere*⁹⁷– o el hecho de golpear con el puño –*pugno percutere*⁹⁸–.

⁹⁵ Para A.D.MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, Milán 1979, pp.64-65: los *boni mores* eran apreciados no a la luz de criterios especulativos sino de aquél que prácticamente era reconocido como correspondiente al bien común. En parejos términos se pronuncia M.MARRONE, *Considerazioni in tema di iniuria*, en Synteleia Arangio-Ruiz I, Roma 1964, p.480: “in proposito i giuristi ebbero cura di precisare che non si trattava di *mores* individuali, ma dei *mores* della *civitas*”. Como señala E.POLAY, *Iniuria types*, cit. p.105 “This term meaning, therefore, objective measure”.

⁹⁶ Vid., por todos, M.GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta en Derecho romano*, Madrid 2005, con un prólogo de nuestra autoría.

⁹⁷ M.J.BRAVO BOSCH, *La injuria verbal colectiva*, Madrid 2007.

⁹⁸ M.FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación en el Derecho romano*, Valencia 2002, p.97ss.