

ESTHER DOMÍNGUEZ LÓPEZ

*De ciertos crimina extra ordinaria: la
“sollicitatio alienarum nuptiarum” y la
“interpellatio matrimonii”*

ABSTRACT

Sembra emergere dalle fonti che, a un certo momento, il fatto di insidiare la moglie di qualcuno o di adoperarsi per minarne l'unione nuziale sia stato ritenuto un reato, perseguibile *extra ordinem*. Di questi comportamenti, che si collegano ad altri già sanzionati dal pretore nel suo noto *edictum de adtemptata pudicitia*, siamo a conoscenza grazie alla testimonianza del giurista Paolo, in *Sententiae* 5.4.5 e 14; questi passi sono abbastanza trascurati dalla dottrina, forse perché trasmessici in un'opera fortemente sospettata di interpolazioni. Questo lavoro si propone dunque di approfondirne lo studio; dopo averli messi in correlazione con i delitti sanzionati dal pretore, lo scritto si chiude con qualche cenno alla problematica del tentativo e del suo riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico romano.

It would appear that at a certain point in time, the act of persecuting another's wife or attempting to break up her marriage was considered a crime, punishable extra ordinem. The testimony of the jurist Paulus in his Sententiae 5.4.5 and 14, branches of which have been rather neglected by the doctrine, perhaps because they belong to a work that is highly suspicious of interference, provides us with knowledge of these facts, which are added to certain other forms of behaviour already sanctioned by the praetor in his well-known edictum de adtemptata pudicitia. The aim of this work is, therefore, to study in depth the crimes punished by the praetor, concluding with a mention of the problem of attempt and its recognition by the Roman legal system.

PAROLE CHIAVE

Sollicitatio, Interpellatio, Adtemptata pudicitia, Crimina extraordinaria, Pudicitia.

KEY WORDS

Sollicitatio, Interpellatio, Adtemptata pudicitia, Crimina extraordinaria, Pudicitia.

ESTHER DOMÍNGUEZ LÓPEZ*

DE CIERTOS CRIMINA EXTRA ORDINARIA:
LA “SOLLICITATIO ALIENARUM NUPTIARUM” Y LA
“INTERPELLATIO MATRIMONII”^{**}

SOMMARIO: 1. Introducción. 2. La “*sollicitatio alienarum nuptiarum*” y la “*interpellatio matrimonii*”. Delimitación conceptual. 3. Precedentes tardo-republicanos. *Edictum de adtemptata pudicitia*. 3.1. Tenor literal del *edictum de adtemptata pudicitia*. 3.2. Análisis de las conductas sancionadas: *comitem abducere*, *appellare*, y *adsectare*. 4. De la acción privada a la represión *extra ordinem* de carácter penal. Consideraciones finales.

1. Introducción

D. 47.11.1 pr. (Paul. 5 sent.): *Sollicitatores alienarum nuptiarum, itemque matrimoniorum interpellatores, etsi effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur.*

PS 5.4.5: *Sollicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores et si effectu sceleris potiri non possint, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur.*

El primer fragmento, ubicado en el libro 47, título 11 de Digesto, *De extraordinariis criminibus*, está tomado como vemos del libro 5, título 4 de las *Sententiae* de Paulo, *De iniuriis*. Si damos crédito a su contenido, en tiempos del jurista severino se habrían sancionado como *crimina extraordinaria* los siguientes dos comportamientos: el hecho de *sollicitare* a la mujer de otro, esto es seducir, o tratar de seducir, a la mujer casada (*alienarum nuptiarum*); y la *interpellatio matrimonii*, esto es, alterar o romper la estabilidad conyugal con el objetivo de contraer matrimonio subsiguiente con la misma mujer. Se añade, a renglón seguido, que serían

* Universidad de Málaga.

** El presente trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto SEJ-163-G-FEDER, “Los derechos y ‘no derechos’ de la mujer en la historia”.

castigados los que así actuaren aun cuando no hubieren podido conseguir su propósito delictivo: *effectu sceleris potiri non possint*, pues lo que se castigaba era la perniciosa liviandad de su voluntad, *propter voluntatem perniciosae libidinis*; lo que literalmente vendría a significar la dañina ligereza de su comportamiento.

La primera cuestión que plantea la interpretación del texto es la delimitación de las concretas conductas que según el citado testimonio se habrían criminalizado *extra ordinem* a partir de un cierto momento. Esto implica la necesidad bien de deslindarlas, bien de conectarlas con otros ilícitos similares, ya sancionados en épocas anteriores, con el objetivo de determinar si estamos ante conductas diversas o ante la criminalización de delitos privados. Más concretamente, puesto que se habla en primer término de *sollicitare* a la mujer ajena¹, hay que profundizar en la posible conexión con el delito de adulterio, pues de consumarse la seducción podríamos situarnos efectivamente ante una relación extra-conyugal, sancionada ya desde tiempos de Augusto, en su conocida *Lex Iulia de adulteriis coercendis* (a. 18 a 16 a.C.). Y por otro lado, en la *interpellatio matrimonii* de la que también se habla en el texto como conducta punible *extra ordinem*, podríamos entender implícita una *iniuria*, un atentado al honor de la familia o al pudor de la mujer, que como delito privado también había sido ya contemplado y castigado desde finales de la República mediante el edicto pretorio *De adtemptata* (o *attemptata*) *pudicitia*, por lo que se impone el estudio de este delito privado y su también posible conexión con el crimen público del que se trata aquí.

La segunda cuestión problemática que la interpretación del fragmento en examen plantea, viene motivada por la aclaración que introduce el jurista Paulo (o que se atribuye al jurista) en la segunda parte del texto, cuando se advierte que tanto el *sollicitator* como aquél que *interpella* para romper el matrimonio, respondían extraordinariamente *etsi effectu sceleris potiri non possunt* (o *possint* en la versión de PS), pues lo que se castigaba – explica – es la perniciosa liviandad de su voluntad: *propter voluntatem perniciosae libidinis*. Algunos – de los pocos, también hay que decirlo –

¹ Lo que en opinión de E. OSABA, *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, Madrid 1997, 270, permitiría entender comprendidas, implícitamente, además de la mujer casada, a la hija de familia e incluso a la *vidua*, pues lo que se quiere señalar es «que el seductor se ha introducido en un terreno que no le pertenece».

estudiosos que han fijado su atención en el texto², han creído ver en tal afirmación una referencia o antecedente histórico de lo que en la penalística moderna se conoce como tentativa de delito³. Más precisamente, se trataría siempre siguiendo esta opinión, de una tentativa de adulterio⁴. Para otros, sin embargo, las conductas sancionadas habrían tenido una consideración autónoma o independiente; es decir, se trataría, volviendo a la terminología actual y a los riesgos que ello implica, de un delito consumado, incardinable más precisamente y a partir de ese cierto momento en el ámbito de la *iniuria*.

Planteada así la cuestión o, mejor dicho, las cuestiones que rodean la interpretación del fragmento y para tratar de dar respuesta a las mismas, procedemos en este orden a tratar de despejar el primer interrogante que nos hacíamos, esto es, en qué consistían exactamente las conductas que se castigaron a partir de un cierto momento, según el testimonio atribuido a Paulo, como *crimina extraordinaria*. A continuación, abordaremos el estudio de las conductas incluidas en el *edictum de adtemptata pudicitia*, en

² El desinterés de la doctrina hacia el estudio, en general, de la represión *extra ordinem* de las diversas subespecies de *iniuria*, quizá pueda explicarse, como sugiere M. BALZARINI, «De iniuria extra ordinem statui». *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova 1983, 7 (uno de los pocos trabajos dedicado ad hoc a la cuestión), por la propia escasez de fuentes de que disponemos, lo que ha dado lugar a resultados siempre fragmentarios y a veces errados en la interpretación de las mismas (*vid.* particularmente nt. 6).

³ Entre los trabajos generales a propósito del tratamiento de la tentativa en la experiencia jurídica romana, pueden consultarse: E. COSTA, *Il conato criminoso nel diritto Romano*, en BIDR 31 (1921) 20-28; C. FERRARINI, *Il tentativo nelle leggi e nella giurisprudenza romana*, en ID., *Opere*, V, Milano 1930, 41-72; ID., *Ancora sul tentativo*, en *Opere cit.*, 73-105; U. BRASIELLO, *s.v. Tentativo (dir. rom)*, en NNDI XVIII (1971) 1130-1133; J.C. GENIN, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain*, Lyon 1968; M.U. SPERANDIO, 'Dolus pro facto'. *Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli 1998; y C. CHEVALIER, 'Dolus pro facto accipitur'. *Alle origini del concetto di tentativo*, en L. GAROFALO (a cura di), *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive* I.2, Napoli 2022, 1137-1185.

⁴ Postura mantenida particularmente en relación a los fragmentos en examen, por B. BIONDI, *Diritto romano cristiano II*, Milano 1952, 308, quien tomó como punto de apoyo fundamental en sostén de tal teoría el fragmento de D. 47.11.1 pr. en examen, creyendo encontrar ulterior testimonio en tal sentido en tema de falsificación de moneda «per cui la volontaria desistenza importa l'esenzione dalla pena», con base en D. 48.10.19 pr.; y M.A. DE DOMINICIS, *Riflessi di costituzioni imperiali del basso Impero nelle opere della giurisprudenza postclassica*, s.l. 1955, 65.

que creemos encontrar el precedente más cercano de tales *crimina*. Y para concluir, realizaremos unas breves reflexiones sobre la problemática de la “tentativa”.

2. La “*sollicitatio alienarum nuptiarum*” y la “*interpellatio matrimonii*”. Delimitación conceptual

Comenzando por el verbo *sollicitare*, se entiende literalmente por tal el hecho de «agitar fuertemente, mover de su asiento, conmover»⁵, empleándose más precisamente con el significado de «solicitar, tentar, instigar, seducir, sobornar». El *sollicitator*, en el contexto específico del fragmento en cuestión, es por tanto el que tenta, inquieta, instiga, soborna o, en definitiva, seduce a la mujer de otro con el objetivo, no de contraer matrimonio con ella – como se deduce de la contraposición con la otra conducta que se sanciona –⁶, sino de mantener una relación adúltera con la misma.

Por su parte, el verbo *interpellare*, utilizado al parecer por el jurista para definir la segunda de las conductas que ya en su tiempo se habrían criminalizado *extra ordinem*, tiene el significado literal de «turbar, impedir, interrumpir»⁷, siendo así que el *interpellator matrimonii* del que habla el texto, sería aquél que tiene como objetivo interrumpir el normal desenvolvimiento de una unión legítima y estable, provocar esto es la ruptura de un matrimonio, con el propósito – debemos deducir, pues para mantener una relación sexual con la misma no es preciso que se disuelva el matrimonio precedente – de tomar como esposa a la antes casada con otro.

Bajo mi punto de vista, ni uno ni otro supuesto guardan relación directa con el delito de adulterio, y menos aún creo que quepa hablar del mismo delito en grado de tentativa⁸. Es diversamente la perniciosa voluntad de aquél que trata de forzar de alguna manera la voluntad de la

⁵ R. DE MIGUEL, *Nuevo Diccionario Latino-español etimológico*, Madrid 1914, 868.

⁶ H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907, rist. Graz 1971, 635.

⁷ DE MIGUEL, *Nuevo Diccionario* cit., 486.

⁸ Nos encontramos, como ya fue advertido con mucho acierto por FERRINI, *Il tentativo* cit., 68, ante un único delito de injurias; más precisamente, siguiendo sus palabras, ante un «reato di corruzione di costumi».

mujer casada para que acceda a una relación con él, o que se interpone en un matrimonio para provocar su ruptura, lo que se viene a castigar, como además se reconoce *apertis verbis* en la parte final del fragmento: *voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur*⁹. La posible consecución del resultado es, bajo esta perspectiva, ajena a la estructura del delito de que se trata en uno y otro caso, el cual se articula antes al contrario en torno a dos elementos esenciales: de un lado, la *sollicitatio* o *interpellatio*, como conductas positivas y unilaterales (es importante destacarlo) que suponen una perturbación u obstáculo para la estabilidad matrimonial; y, de otro, esa voluntad e intencionalidad perniciosa del *sollicitator* y/o *interpellator*, que supone un atentado contra el honor o las buenas costumbres, una injuria en definitiva (enseguida volvemos sobre el argumento). No en vano, los compiladores colocan el fragmento bajo el título *De extraordinariis criminibus*, junto a subespecies delictuales tan dispares como: emporcar las aguas o arrojar lodo sobre alguien (§1.1); ciertos tipos de asociaciones ilícitas promovidas por razón de religión o voto (§ 2); acaparar o encarecer mercancías (§ 9), o la charlatanería de los encantadores de serpientes (§ 11). Y en la versión reconstruida por Lenel de las *Pauli Sententiae*, se reproducen todas estas conductas bajo el preciso título *De iniuriis*, compuesto por 22 párrafos.

A fuer de lo expuesto, y sin perjuicio de que volvamos sobre el argumento en las páginas finales de este trabajo, el hecho de que en los fragmentos en examen no se mencione en modo alguno a la mujer contra la que se proyectan las citadas instigaciones o intimaciones inmorales, constituiría un argumento más en contra de una posible referencia al delito de adulterio, ya perfecto ya imperfecto. En efecto, el adulterio era, como ya

⁹ El inciso fue declarado sospechoso de interpolación particularmente por BIONDI, *Il diritto romano cristiano* cit., 312. Por mi parte considero más acertada la opinión de BALZARINI, «*De iniuria extra ordinem statui*» cit., 176, según la cual, el hecho de que el jurista Paulo pudiera hablar de *propter voluntatem perniciosae libidinis* «non significa che risulti repressa la mera intenzione criminosa, ma che il comportamento (ingiurioso) in oggetto viene punito, dal punto di vista del diritto criminale straordinario, in vista della sua colorazione quale reato contro in buon costume». En efecto, y aunque se prescinda del mismo, no variaría el sentido del texto, pues lo que se sanciona aquí es un tipo de *iniuria extra corpus*, cualificada por la intención inmoral y desestabilizadora del autor de la misma. Así, PS 5.4.1: *Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus: in corpus verberibus et illatione stupri, extra corpus conviciis et famosis libellis, quod ex adfectu uniuscuiusque patientis et facientis aestimatur*.

fue advertido por Ferrini¹⁰, un *crimen commune* (a diferencia de los delitos unilaterales) por cuanto precisaba la intervención o co-participación de más de un sujeto para poder ser llevado a cabo o ser intentado¹¹, si bien en caso de consumarse a la fuerza se excluyese el dolo y por ende la responsabilidad de la mujer¹². Es más, lo que se reprendía precisamente con el mismo era la conducta inmoral, impúdica de la mujer (o con mujer) casada, en cuanto con ella se mancillaba el honor o la dignidad del grupo familiar, en concreto del *pater* y/o del marido, que eran los que realmente sufrían la afrenta; suponían en suma un atentado contra la estabilidad de la institución matrimonial¹³. Por tanto, entiendo que si el legislador hubiere tenido en mente castigar el adulterio, aun no consumado, habría debido tomar en consideración también y principalmente la postura o

¹⁰ C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, rist. Roma 1976, 107.

¹¹ De aquí la facultad del marido, perfectamente evidenciada en las fuentes, de ejercitar la correspondiente *accusatio* frente a la mujer: D. 48.5.40 pr. (Pap. 15 *respons.*): *Vim passam mulierem sententia praesidis provinciae continebatur: in legem Iuliam de adulteriis non commisisse respondi, licet iniuriam suam protegendae pudicitiae causa confestim marito renuntiari prohibuit*.

¹² Como nítidamente se afirma en la parte final de D. 48.5.14.7 (Ulp. 2 *ad ed.*: [...]*ceterum quae vim patitur, non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur*), texto por todo lo demás, no exento de críticas de interpolación. A favor de la sustancial clasicidad del fragmento, particularmente G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocium, stuprum*, Lecce 1997, 206-212, con amplias referencias bibliográficas sobre la cuestión.

¹³ No en vano, la relativa ley augustea vino a suponer un freno al poder del *pater* sobre la *filia* por cuanto, de un lado, disciplinó el ejercicio del *ius occidendi* al exigir el concurso de diversas circunstancias – entre ellas la flagrancia del delito – para que el padre pudiera darle muerte y, de otro, porque configuró el adulterio como crimen público, sacándolo por ende del ámbito doméstico en el que, hasta ese momento, tenía lugar la represión de tales conductas. No olvidemos, por otro lado, que hasta bien entrado el Bajo Imperio lo que calificaba de adúltera la relación era precisamente el hecho de estar casada la mujer: el adulterio era un delito que cometía la mujer casada al mantener relaciones sexuales con hombre distinto del marido. Será sólo a partir del s. V cuando la relación extramatrimonial del hombre casado se configurará también como adulterio, quedando a partir de entonces la mujer legitimada para divorciarse del mismo iusta causa. A propósito del delito de adulterio, pueden cfr., entre otros: E. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, en *Studi Scherillo* I, Milano 1972, 253 ss.; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit., 18 ss.; P. PANERO ORIA, *Ius occidendi e ius accusandi en la Lex Iulia de adulteris coercendis*, Valencia 2001, 112 s.; y A. TORRENT, *Derecho penal matrimonial romano y poena capitis en la represión del adulterium*, en *RIDROM* 17 (2016) 269 ss.

comportamiento de la mujer ante la seducción o los requerimientos del tercero.

En suma, parece que nos encontramos ante un crimen de injurias que se consumaba al margen y antes de que el autor pudiera, llegado el caso, conseguir su último propósito: *etsi effectum sceleris potiri non possunt*. Sin embargo, la sanción era diversa en uno y otro caso, lo que de entrada se muestra en coherencia con la facultad otorgada al juez en el ámbito de la represión *extra ordinem* de graduar la pena, según la gravedad de los hechos¹⁴:

D. 47.11.1.2 (Paul. 5 sent.): *Qui puero stuprum, abducto ab eo vel corrupto comite, persuaserit, aut mulierum puellamve interpellaverit, quidve impudicitiae gratia fecerit, donum praeberit, pretiumve, quo is persuadeat, dederit, perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur; corrupti comites summo supplicio afficiuntur.*

PS 5.4.14: *Qui puero praetextato stuprum aliudve flagitium abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit, mulierem puellamve interpellaverit, quidve pudicitiae corrumpendae gratia fecerit, donum praeberit pretiumve, quo id persuadeat, dederit, perfecto flagitio capite punitur, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio afficiuntur.*

La interpretación de ambos textos ha suscitado no pocas dudas entre la doctrina, por la asimilación que se hace en la primera parte, al describir las conductas que se sancionan, entre la *abductio* y la *persuasio* del *puer praetextatus* con el objeto de estuprarlo¹⁵ y la *interpellatio mulierum puellamve, pudicitiae corrumpendae gratia*. En uno y otro caso, en efecto, si el autor había logrado su propósito (*perfecto flagitio*) era castigado con la

¹⁴ Sobre la evolución en el tránsito de la represión ordinaria a la represión extraordinaria, *vid.* ampliamente U. BRASIELLO, *La repressione penale nel diritto romano*, Napoli 1937, 16-57, punto de partida y fundamento de su pormenorizado estudio sobre la evolución de la pena en Roma. Y particularmente sobre la pena en el ámbito de la *cognitio extra ordinem*, *ivi*, 189 ss.

¹⁵ Debe excluirse, siguiendo a F. BOTTA, “*Per vim inferre*”. *Studi su ‘stuprum’ violento e ‘raptus’ nel diritto romano e bizantino*, Cagliari 2004, 77, una posible referencia por parte ya del «estensore delle Sententiae» a la teoría diferenciadora entre *violentia ablativa* y *compulsiva* que, siguiendo al mismo autor, aparece solo en la doctrina intermedia de los s. XVII y XVIII, y fue compendiada por DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis*, Napoli 1773.

pena capital, al igual que el *comes* que se había dejado corromper; y en caso contrario (*imperfecto*), se le sancionaba con la *deportatio in insulam*. Dejamos por el momento de lado la problemática relativa a la posible factura postclásica de la norma recogida en los textos en examen¹⁶, que trataremos de despejar una vez analizada en el apartado siguiente de este trabajo la disciplina clásica relativa a los delitos contra la *pudicitia*, a los que *prima facie* se conectan las conductas ahora criminalizadas *extra ordinem*. Sí me pronuncio sin embargo a favor de la lógica del razonamiento, independientemente del momento histórico en el que el mismo se hubiere podido desarrollar pues, en efecto, como con acierto ha dejado escrito Botta, las hipótesis contempladas en los textos en examen guardan una perfecta homogeneidad entre ellas, por tanto no se trata en el primer caso de *stuprum per vim illatum*¹⁷, sino de estupro consentido, por más que el consentimiento se hubiere obtenido con «blandizie», siendo bajo esta perspectiva asimilable a la *interpellatio de estupro* de la mujer o de la *puella*, que se contempla juntamente y a continuación. Uno y otro caso, se tratan en efecto como atentados contra la *pudicitia*; a diferencia del *inferre stuprum* donde, siguiendo la opinión del mismo autor, lo que se prioriza es el carácter injurioso de la conducta sexual violenta, la *contumelia*, considerándose expresamente al sujeto pasivo del mismo, víctima del delito¹⁸.

De aquí que, volviendo a una idea ya avanzada con anterioridad y que desarrollaremos en el § 4 de este trabajo, creemos que debe descartarse toda conexión entre la disyuntiva que establece el texto entre “delito perfecto” y “delito imperfecto”, a efectos de pena, y la problemática de la tentativa de delito¹⁹. La injuria se consuma al margen del concreto

¹⁶ En este sentido, particularmente, E. LEVY, *Rehabilitierung einer Paulussentenzen*, en SDHI 31 (1965) 5; y M.A. DE DOMINICIS, *Di alcuni testi occidentali delle Sententiae riflettenti la prassi postclassica*, en *Studi Arangio-Ruiz* IV, Napoli 1953, 532. Frente a ellos, cfr. BALZARINI, «De iniuria extra ordinem statui» cit., 175-177, quien aboga por la sustancial clasicidad de los fragmentos en examen, a pesar de que ninguna fuente con anterioridad a las *Pauli Sententiae* califique el *stuprum* como *iniuria*.

¹⁷ Éste se encuentra tratado entre las *iniuria in corpus* en el párrafo primero del mismo cuerpo: *Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus: in corpus verberibus et illatione stupri, extra corpus conviciis et famosis libellis [...]* (PS 5.4.1).

¹⁸ BOTTA, “*Per vim inferre*” cit., 73-79.

¹⁹ Recordemos que BIONDI, *Il diritto romano cristiano* cit., 308, toma como base fundamental en tal sentido el fragmento de D. 47.11.1 pr., al que pretende dotar de un

resultado que se alcance, por cuanto consiste precisamente en atentar contra la *pudicitia*; ocurría sólo que en virtud de cuál fuese tal resultado, la pena sería convenientemente graduada por el juez²⁰.

3. Precedentes tardo-republicanos. *Edictum de adtemptata pudicitia*

A los efectos de profundizar en la concreta o concretas especies delictuales que según los testimonios de Paulo en examen habrían sido ya en su tiempo configuradas como *crimina extraordinaria*, nos planteamos ahora la posible conexión de las mismas con el delito de injurias. Recordemos grosso modo – solo para situar la cuestión, pues no podemos hacer un estudio en profundidad del argumento – que, como es sabido, a la obra del pretor debemos el haber otorgado una configuración precisa al delito de injurias, partiendo de aquellas primitivas formas previstas en el código decenviral, referidas a diversos supuestos de lesiones físicas (*membrum ruptum, os fractum, si iniuriam* [...]: XII Tab. 8.2-4)²¹, para acabar abarcando cualquier atentado contra la personalidad, incluidas las ofensas morales. En este iter, siguiendo la reconstrucción de Lenel, contaríamos con un primer edicto general *De iniuriis aestimandis* emanado

carácter general, pese a que se refiere a una concreta subespecie delictual.

²⁰ Como ya fue advertido por FERRINI, *Il tentativo* cit., 68 s.; ID., *Ancora sul tentativo* cit., 94.

²¹ XII Tab. 8.3: *Coll. 2.5.5* (Paul. *lib. sing. et tit. De iniuriis*): *Iniuriarum actio aut legitima est aut honoraria. Legitima ex lege duodecim tabularum qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito. Quae lex generalis fuit: fuerunt et speciales, velut manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito sestertiorum. Gai 3.223: Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero, fractum aut conlissum 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 pecuniariae poena esse.* A propósito, cfr. las fundamentales aportaciones, entre otros, de: P. HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, en *Mélanges Ch. Appleton*, Lyon-Paris 1903, 371 ss.; G. PUGLIESE, *Studi sulla 'iniuria'*, Milano 1941, 1 ss.; A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, Milano 1977, 16 ss.; J. PLESCIA, *The development of 'iniuria'*, en *Labeo* 23 (1977) 271-279; y B. ALBANESE, *Una congettura sul significato di "iniuria" in XII tab. 8.4*, en *IURA* 31 (1980) 21 ss. Para la doctrina más reciente, vid. M.V. SANNA, *Alle radici dell'iniuria*. 'Viginti quinque asses', en *Scritti in onore di P. Ciarlo*, Napoli 2022, 2002 ss.

en torno al s. II a.C., que sancionaba todo tipo de lesiones corporales, y que se habría visto posteriormente complementado con la emanación de los sucesivos edictos particulares, que sancionaban otro tipo de ofensas o atentados contra el honor. Cuales son: *el edictum de conviciis*, que castigaba la injuria verbal, *adversus bonos mores*, realizada mediante el *convicium*, esto es, en público, en voz alta, mediante vociferación; el *edictum de adtemptata (o attemptata) pudicitia* – que es el que nos interesa particularmente²² –, que sancionaba supuestos concretos de atentados contra el pudor de *matresfamilias* y jóvenes de ambos sexos que portaban la toga *praetexta*²³; y el *edictum de iniuris quae servis fiunt (ne quid*

²² De la *Pudicitia*, o Diosa del pudor, nos habla Juvenal en el prólogo del libro 6 de sus *Saturae*, como ideal de feminidad ya tristemente desaparecido en su tiempo, al que se opondría la mujer viciosa «que rivaliza con el hombre en la lucha y el vino», que nos refiere Séneca en sus *Epistolae* (95.21) y en su tratado sobre el matrimonio, donde afirmará que se trata de hecho de la virtud más importante que debe tener una mujer, pues perdida la misma, se arruinan todas las demás (sobre la obra L. FRASSINELTI, *Gli scritti matrimoniali di Seneca e di Tertulliano*, en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo* 88 [1955] 151-188). También Valerio Maximo invoca a la Diosa, en cuanto poder fuerte que dirige y condiciona la vida moral de los individuos: *Unde te virorum pariter ac feminarum praecipuum firmamentum, Pudicitia, invocem? Tu enim prisca religione consecratos Vestae focus incolis, tu Capitolineae Iunonis pulvinaribus incubas, tu Palatii columen augustos penates sanctissimumque Iuliae genialem torum adsidua statione celebras, tuo praesidio puerilis aetatis insignia munita sunt, tui numinis respectu sincerus iuventae flos permanet, te custode matronalis stola censetur: ades igitur et cognosce quae fieri ipsa voluisti* (*Fact. et dict. memor.* 6.1.1). Más precisamente, sostiene RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis* cit., 309-310, que es posible distinguir entre un significado genérico del término, aplicado por igual a hombre y mujer, y otro más específico (que es el que habría asumido en la citada ley), referido a la lealtad de la esposa, para indicar la corrección moral de su comportamiento en contra del adulterio, que pondría en riesgo la integridad del matrimonio o, lo que es igual, la *pudicitia*. También para E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Milano 1995, 154, la *pudicitia* afectaba tanto al hombre como a la mujer «[...] infatti, anche l'uomo aveva la sua *pudicitia*, che perdeva (diventando *impudicus*) se si prestava ad essere soggetto passivo di un rapporto omosessuale [...]», y era tanto una cuestión interna, en referencia a la virginidad, como una cuestión externa, de imagen: «Sul piano formale, invece, la *pudicitia* era un problema di immagine. Chi incontrava per strada una *materfamilias* o un ragazzo doveva essere in grado di poterli classificare subito, a prima vista, come persone per bene [...]». Sobre los atributos femeninos, A. CASTRESANA, *Catálogo de virtudes femeninas*, Madrid 1993, 22-24; y R. RODRIGUEZ MONTERO, *Hilvanando atributos femeninos en la antigua Roma*, en SDHI 79 (2013) 305-324.

²³ Como explica M.J. BRAVO BOSCH, *Algunas consideraciones sobre el 'edictum de adtemptata pudicitia'*, en *Dereito. Revista xuridica da Universidade de Santiago de*

infamandi causa fiat), que castigaba toda actuación, mediante palabras o hechos, dirigida a difamar a otro. Los sujetos pasivos del delito, que en la experiencia jurídica romana (si usamos terminología actual) no siempre se correspondían con el titular del “bien jurídico protegido”, eran como veremos, las *matresfamilias*, comprendiéndose en tal expresión ya la mujer soltera, ya la casada o viuda, ingenua o liberta, de vida honesta, y los jóvenes de ambos sexos, libres, que portaban la toga *praetexta*²⁴.

Compostela 5.2 (1996) 41-53, hasta los 17 años en tiempos de la República (14 durante el Imperio), los jóvenes portaban una toga que podía estar rematada con un galón u orla púrpura, que recibía el nombre de *toga praetexta*, la cual era sustituida cumplida tal edad por la toga viril; y en cuanto a las mujeres, portaban una *stola* con pliegues que llegaba hasta los pies (*ad talos demissa*), y que en el caso de las que hubieran tenido al menos tres hijos, podía estar rematada en púrpura. Un estudio detenido sobre la vestimenta de las distintas mujeres en función de su status o condición social es el llevado a cabo por D. DE LAPUERTA MONTOYA, *El elemento subjetivo en el 'edictum de adtemptata pudicitia': la contravención de los 'boni mores' como requisito esencial para la existencia de responsabilidad*, en Anuario da Facultade de Dereito Universidade da Coruña 2 (1998) 248-251. Como explica la autora, parece que el uso de la *stola*, sustituida a partir del s. III d.C. por la *dalmatica* o *colobium* (también hasta los pies) estaba reservado a las matronas, pues las esclavas llevaban túnicas menos solemnes aunque fueran igualmente cubiertas por entero, en tanto que las meretrices eran distinguidas de unas y otras por el tipo de túnica corta a veces medio transparente, y de un característico tono *galbinus* (verde amarillento). Similarmente, apostilla A. MANDAS, “*Minus peccare videtur*”. *Sul perimetro applicativo dell'edictum de adtemptata pudicitia*, en TSDP 16 (2023) 18, que la vestimenta era una cuestión de reconocimiento externo: «[...] anche la *materfamilias*, detta appunto *stolata*, avrebbe potuto essere – almeno tendenzialmente – facilmente riconosciuta per strada proprio grazie alla *stola* purpurea, spesso abbinata al *pallium*, che la copriva sino ai piedi e costituiva senza dubbio segno distintivo di un determinato ceto sociale».

²⁴ Pues son las buenas costumbres las que hacen honesta a una mujer, no las nupcias ni su nacimiento: *matrem familias accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit; matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt, atque separant; proinde nihil intererit, nupta sit, an vidua, ingenua sit, an libertina; nam neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores* (D. 50.16.46.1.1, Ulp. 57 *ad ed.*). No obstante, y como con acierto precisa DE LAPUERTA MONTOYA, *El elemento subjetivo* cit., 240, muy posiblemente el edicto habría mirado sólo a la protección de las mujeres y jóvenes de alto rango, como se desprende particularmente del hecho de que se aluda a la costumbre de contar con protección de un acompañante, reservados a las personas de alto rango social, y de que se hable de *praetextati*, pues los niños de familias pobres llevaban una toga más sencilla. Sobre la evolución del término, en origen limitado a la *uxor in manu* (Gell. Noct. 18.6.4), *vid.* A. GUARINO, *Le matrone e i pappagalli*, en ID., *Inezie di giureconsulti*, Napoli 1978, 165 ss.; W.

3.1. Tenor literal del *edictum de adtemptata pudicitia*

La reconstrucción del *edictum de adtemptata pudicitia*²⁵ ha sido en parte posible solo gracias a los testimonios de Gayo (3.220), reproducido en I. 4.4.1, y de Ulpiano (D. 47.10.15.15-24), así como en Coll. 2.5.4, pues se desconoce el tenor del edicto, así como su fecha de promulgación²⁶. En todo caso, la doctrina acepta mayoritariamente la reconstrucción propuesta

WOŁODKIEWICZ, *Attorno al significato della nozione di 'materfamilias'*, en *Studi in onore di C. Sanfilippo*, III, Milano 1983, 733 ss.; R. FIORI, *Materfamilias*, en BIDR 35-36 (1993-1994) 455 ss.; y L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984, 15. Vid. también M. GUERRERO LEBRÓN, *La idea de 'materfamilias' en el 'edictum de adtemptata pudicitia'* (Huelva 2003), en P. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. PANERO ORIA (coord. por), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo X (Derecho penal romano)*, s.l. 2021, 105-118, según la cual la contraposición entre *praetextata* y *materfamilias* indicaría que este último término se reservaba en el edicto a la mujer casada (momento en que debía de ser *praetextata*) y a la mujer *sui iuris*.

²⁵ Sobre la problemática relativa a la inclusión de tal expresión en la cláusula edictal, y los diversos posicionamientos doctrinales, vid. D. DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el 'edictum de adtemptata pudicitia'*, Valencia 1999, 78-79.

²⁶ CANTARELLA, *Secondo natura* cit., 155-156, cree encontrar en el *Curculio* de Plauto (35-38: *Nemo ire quemquam publica prohibet via; dum ne per fundum saeptum facias semitam, dum ted abstineas nupta, vidua, virgine, iuventute et pueris liberis, ama quid lubet*), en que se habla de *nuptae*, *virgines* y *viduae* (la misma tripartición que hace el pretor) una explícita referencia al edicto, si bien el hecho de que se mencione como asunto de actualidad abogaría, siempre según la autora, por su promulgación en fechas cercanas a la composición de la obra (a. 193 a.C.). «le parole di Palinuro, che parafrasano l'editto, sono evidente riferimento a un avvenimento recente, una battuta volta a sollecitare l'ilarità del pubblico, un'allusione a un fatto di attualità, del quale si discuteva e sul quale, probabilmente, si faceva dell'ironia». Participando de la opinión mayoritaria en doctrina, DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio* cit., 49-53 (con amplias referencias bibliográficas al respecto), prefiere situar la génesis del edicto en torno a la primera mitad del s. II a.C., y siempre en un momento posterior a la promulgación de la *Lex Scantinia* (siguiendo una opinión difundida entre la doctrina, la A. se inclina por situarla a finales del s. III a.C., pero las fuentes no permiten fijar con exactitud la fecha de su promulgación, más allá del a. 50 a.C., como fecha *ante quem*; a propósito, vid. D. DALLA, «Ubi Venus mutatur». *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano 1987, 86 ss.). Finalmente, BRAVO BOSCH, *Algunas consideraciones* cit., 44, fija como fecha *ante quem* de la promulgación de todos los edictos especiales el a. 81 a.C., momento de aparición de la *Lex Cornelia de iniuriis*, pues – argumenta – el testimonio de A. Gellio en relación al caso de abuso de L. Veratio, en que menciona para el mismo la intervención pretoria, hace suponer que tal *lex*, que introdujo un

por Lenel a partir del testimonio de las fuentes, según la cual el edicto habría quedado redactado en los siguientes términos²⁷:

Si quis matrifamilas aut praetextato praetextataeve comitem abduxisse sive quis eum eamve adversus bonos mores appellase adserctatusve esse dicetur.

Veamos en todo caso qué dicen las fuentes de referencia, a comenzar por el texto manualístico de Gayo, reproducido de manera sustancialmente idéntica (aunque con más detalle) en la versión justinianeas²⁸:

Gai 3.220: *Iniuria autem committitur non solum eum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit, sive quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere proscrisperit, sive si quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit, "sive quis matrem familias aut praetextatum adsecratus fuerit", et denique aliis pluribus modis.*

Además de las lesiones corporales, tales como la *pulsatio* o la *verberatio* (sancionadas como es sabido desde tiempos de Sila mediante la *Lex Cornelia de iniuriis*), advierte el jurista que hay injuria también cuando se afrenta públicamente con palabras a alguien (*convicium facere*), ya diciendo que es insolvente a sabiendas de que no debía nada, o escribiéndole libelos o poemas difamatorios, y cuando se asedia a mujer honrada o a un joven: *matrem familias aut praetextatum adsecrari, et* – añade – *aliis pluribus modis.*

Por su parte, el testimonio de Ulpiano, extraído de los libros 56 y 57 de sus comentarios al edicto, se recoge en D. 47.10, sub título *De iniuriis et famosis libellis*. Conforme a su conocida tendencia generalizadora, el jurista

proceso público (*quaestio de iniuriis*) para ciertos casos de *iniuria*, no existía aun.

²⁷ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, tit. XXXV, 400.

²⁸ I. 4.4.1: *Iniuria autem committitur non solum, quum quis pugno pulsatus aut fustibus caesus vel etiam verberatus erit, sed et si cui convicium factum fuerit, sive cuius bona, quasi debitoris, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil si eum debere; vel si quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret; sive quis matremfamilias aut praetextatumve assectatus fuerit; sive cuius pudicitia attentata esse dicetur, et denique aliis pluribus modis admitti iniuriam, manifestum est.*

comenzará explicando que, siguiendo la enseñanza de Labeón (a la que se remite expresamente), hay dos modos de inferir injuria: *aut re aut verbis*, o lo que es lo mismo, *manus inferuntur aut non manus inferuntur*²⁹:

D. 47.10.1.1.1-2 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Iniuriarum autem fieri Labeo ait aut re, aut verbis; re, quoties manus inferuntur, verbis autem, quoties non manus inferuntur, convicium fit. 2. Omnemque iniuriam aut in corpus inferri, aut ad dignitatem, aut ad infamiam pertinere; in corpus fit, quum quis pulsatur, ad dignitatem, quum comes matronae abducitur, ad infamiam, quum pudicitia attentatur.*

Como ejemplo de *iniuria manus inferuntur*, es decir, causada material o físicamente, alude a la *pulsatio*, considerada junto a la *verberatio* y la violación de domicilio, un crimen público castigado en la *Lex Cornelia de iniuriis*. A renglón seguido, y como caso de injuria no física, alude a una de las tres conductas comprendidas en el edicto *De adtemptata pudicitia*, cual sea el hecho de quitarle a la matrona el acompañante (*comitem abducere*) y, añade en sentencia generalizante: *ad infamiam cum pudicitia adtemptatur*, lo que debemos entender en referencia genérica a cualquier atentado contra la *pudicitia*, además del mencionado expresamente.

La noticia se completa con el testimonio del mismo jurista que se recoge en el fragmento 15 (§§15-24) del mismo título, en que aparecen detalladas y explicadas cada una de las tres conductas comprendidas en el mentado edicto, cuales son: *comitem abducere*, *appellare* y el *adsectari* (único caso este último que Gayo mencionaba – lo recordamos – expresamente):

D. 47.10.15.19 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Tenetur hoc edicto non tantum qui comitem abduxit, verum etiam si quis eorum quem appellavisset assectatusve est.*

²⁹ A Labeón se debe, en opinión de ciertos autores, el hecho de haber elaborado una noción técnica de la iniuria en sentido de contumelia, bajo la cual habrían quedado reagrupados los distintos tipos de injurias, resultando a partir de ese momento innecesarios (*supervacui*: D. 47.10.15.26) los edictos particulares. En tal sentido, *vid.* particularmente MANFREDINI, *Contributi allo studio cit.*, 160-163.

Se trataba pues de tres tipos de atentados contra la *pudicitia*, o lo que es igual, contra la honorabilidad o integridad moral de mujeres y jóvenes, pero siempre entendido esto desde un punto de vista objetivo, de lo que social y públicamente se entendía por tal³⁰. Pues atentar contra la *pudicitia* implicaba, como sentenciaba el jurista Paulo en un plano general, volver de público a impúdico a alguien, externa o públicamente, se entiende:

D. 47.10.10 (Paul. 45 *ad ed.*): *Adtemptari pudicitia dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat.*

En efecto, el hecho de ser sometidos las *matresfamilias* o los jóvenes *praetextati*, públicamente, a un galanteo excesivo (*blandae orationes*), a un cortejo insistente (*adsectari*) e incluso de tratar de dejarles solos, sin la protección del *comes* (*comes abducere*) eran considerados per se conductas injuriantes que atentaban contra las buenas costumbres, *boni mores*, es decir, contra lo que social y moralmente se consideraba recto, adecuado, y debían ser por ende castigadas³¹. Más precisamente, Ulpiano las cataloga como *iniuria atrox*, pues para tener tal consideración – explica – no era preciso que la injuria se infiriese al cuerpo:

D. 47.10.9 pr. (Ulp. 57 *ad ed.*): *Sed est quaestionis, quod dicimus re iniuriam atrocem fieri, utrum si corpori inferatur, atrox sit, an et si non corpori, ut puta vestimentis scissis, comite abducto, vel convicio dicto. Et ait Pomponius, etiam sine pulsatione posse dici atrocem iniuriam, persona atrocitatem faciente.*

³⁰ Como bien explica S. FUSCO, 'Edictum de adtemptata pudicitia', en D@S 9 (2010), 96: «Il fatto che la dea *Pudicitia* appartenesse alle divinità da invocare in momenti di particolare pericolo per la *civitas*, lascia intendere che tale virtù era così importante da coinvolgere aspetti della vita dei Romani non direttamente ed esclusivamente connessi con la sessualità. Ed in effetti la *pudicitia* non rimase mai relegata alla sfera etica individuale, ma la sua presenza o assenza presupponeva sempre un collegamento molto stretto tra morale sessuale soggettiva e vita pubblica».

³¹ Como advirtiera GUARINO, *Le matrone e i pappagalli* cit., 176, a propósito de la consideración objetiva del pudor, en el sentido de lo que socialmente consideraba acorde a la dignidad del sujeto, cuando en los textos se habla de proteger a las *virgines*, lógicamente no había que proceder antes de admitir la demanda a una *inspectio corporis* a fin de determinar la concreta y subjetiva moralidad de las mismas.

3.2. Análisis de las conductas sancionadas: *comitem abducere*, *appellare*, y *adsectare*

Veamos ahora cómo se concretaba cada una de estas conductas incluidas en el edicto pretorio:

D. 47.10.15.15-18 (Ulp. 77 ad ed.): *Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur, multo minus si meretricia veste feminae, non matrumfamiliarum vestitae fuissent; si igitur non matronali habitu femina fuerit, et quis eam appellavit, vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur. 16. Comitem accipere debemus eum, qui comitetur et sequatur, et, ut ait Labeo, sive liberum, sive servum, sive masculum, sive feminam. Et ita comitem Labeo definit, qui frequentandi cuiusque causa, ut sequeretur destinatus, in publico privatove abductus fuerit; inter comites utique et paedagogi erunt. 17. Abduxisse videtur, ut Labeo ait, non qui abducere comitem coepit, sed qui perfecit, ut comes cum eo non esse. 18. Abdussixit autem non tantum is videtur, qui per vim abduxit, vero is quoque qui persuasit comiti, ut eam desereret.*

Siguiendo el orden propuesto del edicto, comenzamos por la actuación consistente en *comitem abducere*. El *comes*, tal como explica Labeón, podía ser tanto de condición libre como esclavo, hombre o mujer, y su misión era acompañar a las mujeres honestas (*mater familias*) y a los jóvenes de ambos sexos (*praetextati*) cuando salían a la vía pública, a fin supuestamente de protegerles de ataques inoportunos o indecorosos de terceros³². También y a partir de un cierto momento, siguiendo el testimonio del mismo jurista, se habría encomendado tal misión a los *paedagogi*, esclavos o libertos normalmente de origen griego, en quienes las familias más acomodadas delegaban la educación de los hijos³³. Alejar o apartar a la fuerza al *comes* comprometía la honorabilidad del protegido³⁴, pues el hecho de aparecer

³² A propósito del término *comes*, vid. B. MUSSO ARRAITIA, 'Adtemptata pudicitia'. El acoso callejero en la experiencia jurídica romana, en REHJ 42 (2020) 158-159

³³ A propósito, BRAVO BOSCH, *Algunas consideraciones cit.*, 49.

³⁴ Al parecer de F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Graz 1969, 55, la necesidad de proteger a los jóvenes estaría relacionada con la propagación de la pederastia en aquellos tiempos. El acceso carnal con los jóvenes había sido castigado por la *Lex Scantinia* (promulgada en una fecha imprecisada, entre finales del s. III y mitad s. I a.C.; a propósito, vid. nt. 26). En su edicto, el pretor castigará sin embargo el hecho menos grave

en público sin escolta podía ser interpretado como señal de ligereza de costumbres o baja condición³⁵. Hay que tener en cuenta también, volviendo al mismo testimonio, que a efectos de sanción edictal, quedaba equiparada la persuasión a la fuerza (§18 *supra* cit.).

Por su parte, el *appellare* era una conducta *adversus bonos mores*, consistente – aclara Ulpiano en los fragmentos siguientes – en atentar con dulces palabras, *blanda oratione*, contra el pudor de alguien, diferenciándose así del *convicium* (conducta sancionada en el relativo *edictum de conviciis*), que consistía en proferir insultos, públicamente, a voces³⁶, pues aunque también esto – sentencia el jurista – era una injuria, no se entiende que atentase contra la *pudicitia* u honorabilidad de otro:

D. 47.10.15.20-21 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam attentare; hoc enim non est convicium facere, sed adversus bonos mores attentare. 21. Qui turpibus verbis utitur, non tentat pudicitiam, sed iniuriarium tenetur.*

Finalmente, explica Ulpiano en qué consistía el *adsectari*, tercera conducta recogida – lo recordamos – en el edicto en cuestión:

D. 47.10.15.22 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Aliud est appellare, aliud assectari; appellare enim, qui sermone pudicitiam attentat, assectatur, qui tacitus*

pero igualmente sancionable, de comprometer la honorabilidad o dignidad social de los mismos en público, pero sin acceso físico. Sobre la relación entre ambas acciones, explica DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio* cit., 96 nt. 67, retomando el discurso de CANTARELLA, *Secondo natura* cit., 143 ss.: «L'editto de *adtemptata pudicitia* e la *Lex Scatinia* convivivano senza interferire poiché la *pudicitia* tutelata dalle due disposizioni aveva una diversa configurazione: la *Lex Scatinia* si occupa della *pudicitia* sul piano sostanziale, della *pudicitia* come verginità (sia dell'uomo che della donna, poiché l'uomo perde la *pudicitia* diventando *impudicus*, cioè soggetto passivo nella relazione omosessuale). Al contrario, la *pudicitia* del nostro editto potrebbe essere definita "formale", nel senso di costituire un problema di immagine».

³⁵ Como explica E. CANTARELLA, *La mujer romana*, Santiago de Compostela 1991, 40: «quien alejaba el escolta a una *materfamilias* o a un *praetextatus* ponía en peligro su imagen: sin escolta aparecían frente a los demás como personas de costumbres fáciles».

³⁶ D. 47.10.15.4 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Convicium autem dicitur vel a concitatione, vel a conventu, hoc escollatione vocum; vocum anim in unum complures voces conferuntur, convicium appellatur, quasi convocium.*

frequenter sequitur; assidus enim frequentia quasi praebet non nullam infamiam.

Consistía el *adsectari*, según leemos, en seguir con frecuencia, asiduamente, (*taciter ac frequenter*) a persona honesta con intención de atentar, de comprometer, su honorabilidad. Pues no todo el que siguió o cortejó, precisa el jurista a renglón seguido, puede ser demandado por la acción del edicto, sino el que lo hizo con intención de atentar contra los *bonos mores*³⁷:

D. 47.10.15.23 (Ulp. 77 *ad ed.*): *Meminisse autem oportebit, non omnem, qui assectatus est, nec omnem, qui appellavit, hoc edicto conveniri posse; neque enim si quis colludendi, si quis officii honeste faciendi gratia id facit, statim in edictum incidit, sed quis contra bonos mores hoc facit.*

Así pues, si se hizo por diversión, broma o cortesía (*colludendi vel officii honeste gratia*) – advierte Ulpiano – no quedará sujeto a la sanción edictal. Siguiendo idéntico razonamiento, el mismo jurista afirmaba en el citado §15 que aquél que hubiese cortejado a una doncella vestida como esclava o a una *mater familias* vestida como meretriz, incurre en menor o mucho menor culpa (*minus peccare videtur* o *multo minus peccare*, respectivamente), aunque quedará sujeto a la acción general de injurias³⁸. Lo recordamos:

³⁷ Expresión contenida muy probablemente en el tenor literal de la relativa cláusula edictal en relación al *adsectari* y al *appellare*, pues el hecho del *comitem abducere* llevaba implícita ya tal violación, por lo que habría resultado superflua su mención expresa. En tal sentido, DE LAPUERTA MONTTOYA, *El elemento subjetivo* cit., 241-242.

³⁸ Nos recuerda E. CANTARELLA, *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tacita a Sulpicia*, Valencia 1997, p. 185-186 nt. 176, que «La toga era una indumentaria (una especie de abrigo) que fue usada antiguamente, tanto por hombres como por las mujeres, pero que, cuando Sulpicia escribe, solo la usaban los hombres y las prostitutas. En efecto, lo que usaban las *matronae* era la *stola* (una larga capa con esclavina) que, junto a la *vita* (una cinta de lana entrelazada en el cabello), se había convertido en el símbolo de su *status* y de su honestidad». Interesante al punto también la descripción de las diversas vestimentas que ofrece Ulpiano en el siguiente fragmento: *Vestimenta omnia aut virilia sunt, aut puerilia, aut muliebria, aut communia, aut familiarica. Virilia sunt, quae ipsius patrisfamiliae causa parata sunt, veluti togae, tunicae, palliola, vestimenta stragula, amphitapa, et saga, reliquae similia. Puerilia sunt, quae ad nullum alium usum pertinent, nisi puerilem, veluti togae praetextae, aliculae, chlamydes, pallia, quae filiis nostris comparamus. Muliebria sunt, quae matrisfamiliae*

D. 47.10.15.15 (Ulp. 77 ad ed.): *Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur, multo minus si meretricia veste feminae, non matrumfamiliarum vestitae fuissent; si igitur non matronali habitu femina fuerit, et quis eam appellavit, vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur.*

El texto ha sido objeto de amplias críticas por la doctrina, a comenzar por las expresiones *minus peccare* y *multo minus peccare* que han dado pábulo, por el empleo del comparativo, a la teoría por algunos autores sostenida de posible un acortamiento de la sentencia originaria del jurista, en la que se habría eliminado la otra parte de la comparación, referida seguramente a la *appellatio* de las vírgenes vestidas acorde a su status³⁹. Y particularmente sospechoso resulta también, en opinión de algunos autores, el empleo de un verbo desprovisto de significación jurídica, cual es el *peccare*⁴⁰. Más dudosa todavía resulta la interpretación de la conclusión a la que se llega al final del fragmento. A saber, después de afirmar que aquél que *minus peccare* o que incluso *multo minus peccare*, al haber cortejado o haberle quitado el acompañante a la matrona no ataviada como tal, o vestida como meretriz, *igitur*, conjunción que introduce lo que se supone resultado de la afirmación anterior, *iniuriam tenetur*, es decir, queda sujeto

causa sunt comparata, quibus vir non facile uti potest sine vituperatione, veluti stolae, pallia, tunicae, capitia, zonae, mitrae, quae magis capitis tegendi, quam ordinandi causa sunt, comparata, plagulae, penulae. Communia sunt, quibus promiscue utitur mulier cum viro, veluti si eiusmodi penula palliumve est, et reliqua huiusmodi, quibus sine reprehensione vel et vir, vel uxor utatur. Familiarica sunt, quae ad familiam vestimendam parata sunt, sicuti saga, tunicae, penulae, lintea, vestimenta stragula, et consimilia (D. 34.2.23.2, Ulp. 44 ad Sab.). Sobre el particular puede cfr. J. GUILLÉN, *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos I*, Salamanca 1977, 265 ss.

³⁹ En tal sentido, entre los más recientes, FUSCO, 'Edictum de adtemptata pudicitia' cit., 3, y MANDAS, 'Minus peccare videtur' cit., 20.

⁴⁰ Particularmente en este sentido se manifestó G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, en ZSS 66 (1948) 346 s., seguido entre otros por G.L. FALCHI, *Diritto penale romano. I singoli reati*, Padova 1932, 62-69, quien propuso la eliminación de tales expresiones y su sustitución por el inciso final: *non tenetur*, lo que equivaldría sin embargo a modificar sustancialmente la sentencia del jurista, tal como se recoge en el fragmento en examen. De *peccare* se habla además en otros textos cuya genuinidad no parece discutirse; *vid. ad ex. D. 44.7.52 pr. de Modestino*. Por lo demás y contra el argumento, *vid. texto supra*.

a la acción de injurias, cuando la consecuencia lógica habría sido rechazar en tal supuesto tal acción pues se entiende (*igitur*) que se ha pecado menos, o incluso mucho menos. Para solucionar lo que *litteris verbis* parece una incongruencia, proponen algunos autores introducir la partícula negativa “non”, delante de *iniuriam tenetur*, excluyéndose así en caso de error en cuanto al status social de la mujer, inducido por una no adecuada vestimenta, el ejercicio de la acción por injurias (ya la particular del *edictum de adtemptata pudicitia*, ya la general del *edictum de iniuriis*), contra el autor⁴¹. Pero esto supone alterar sustancialmente el sentido del texto, para lo que no parecen existir motivos de peso, más allá de una deficiente redacción de la sentencia.

Una interesante propuesta de conciliación del texto que deja salva su sustancial genuinidad es la realizada por F. Raber⁴². Según el autor, el texto es genuino pero no se comprende bien porque fue acortado por los compiladores justinianeos, en el punto en que el jurista severino explicaba que, siendo frecuente en su tiempo que las matronas se ataviaran de manera no acorde a su dignidad o rango social, el hecho de *appellare* a las mismas no podía quedar impune, pero sí se justificaba que el juez tuviese en cuenta tal circunstancia a la hora de fijar su *aestimatio*, pues en tales casos el sujeto habría pecado menos, o mucho menos, por cuanto víctima de engaño⁴³.

⁴¹ En tal sentido, particularmente H. FUCHS, *Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht*, en SZSR 75 (1959) 33; y BESELER, *Beitrage zur Kritik* cit., 346 ss. La teoría ha sido más recientemente acogida por autores como MANDAS, ‘*Minus peccare videtur*’ cit., 21, según la cual: «Stupisce, infatti, che l’offensore – pur ‘peccando di meno’ qualora l’abito fosse risultato fuorviante rispetto al rango di colei che lo indossava – sembri essere comunque tenuto a titolo di *iniuria*. Per alcuni, tale incongruenza potrebbe spiegarsi solo aggiungendo un *non*, che si sarebbe perso nella trascrizione, prima di *iniuriarum tenetur*» (vid. nt. 66 con reenvío a ulterior bibliografía en tal sentido).

⁴² F. RABER, *Frauentracht und “iniuria” durch “appellare”*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano 1971, 633-646, parte para su reconstrucción de otros dos fragmentos del mismo jurista Ulpiano: D. 47.10.15.20 y 23, en que se fijarían – siempre según su opinión – los presupuestos del *appellare* sancionado en el edicto *De adtemptata pudicitia*. A saber: el presupuesto objetivo constituido por la vestimenta adecuada como signo de distinción de las mujeres de clases altas; y la violación de los *bonos mores*, que faltarían en el caso en examen. Lo que no quiere decir, concluye también el autor partiendo del testimonio de Tertuliano (*De pallio* 4.9), que la *appellatio* (impropia) a mujer ataviada como cortesana quedase impune.

En opinión de otros autores, con los que acordamos, el fragmento puede considerarse en esencia genuino y atribuible al jurista severino⁴⁴, pero siempre que se entienda la afirmación *iniuriam tenetur* en referencia no a la acción del edicto *De adtemptata pudicitia*, sino del *edictum generalis de iniuriis*, pues de lo contrario ciertamente, el tenor literal del texto resultaría incomprensible, aunque admitiésemos un acortamiento del mismo, al modo propuesto por Raber. En efecto, debemos partir de la consideración de que el edicto que tratamos sancionaba determinadas conductas dirigidas a atentar contra la *pudicitia*, término que a la sazón habría constado *expressis verbis* con toda probabilidad en la propia rúbrica del mismo y que hacía referencia, como líneas atrás explicábamos, a una virtud, la más importante virtud, que debían tener las matronas⁴⁵. Consecuencia lógica de ello sería, y así cobra pleno sentido el *igitur* del texto, que en los supuestos tratados en que el atuendo había inducido a error al autor de la perturbación en cuanto a la pertenencia o estrato social de la mujer, no podía tener lugar contra él la acción derivada del edicto especial, pues no se puede pretender atentar contra la honorabilidad o dignidad social de una persona que creemos desprovista de *honestas*. Faltaría pues ese ánimo o intención de atentar contra la *pudicitia*, contra la reputación u honorabilidad de la matrona, comprometiendo su dignidad social, siendo este elemento subjetivo esencial del delito. Se requería, en efecto, que el sujeto actuase consciente y voluntariamente, *adversus bonos mores*. Tal injuria específica se podía manifestar, como hemos visto,

⁴³ La tesis ha sido en este punto rebatida por DE LAPUERTA MONTOYA, *El elemento subjetivo* cit., 248-252, autora que lleva a cabo (como ya referimos) un documentado estudio sobre las costumbres romanas en lo que atañía al vestir en aquella época, y concretamente y siguiendo la tripartición que de las mujeres hace el fragmento en examen, se ocupa de la vestimenta de las *materfamilias*, las esclavas y las prostitutas. Estudio que le lleva a acordar con GUARINO, *Le matrone e i pappagalli* cit., 165 ss., que en aquella época las diferencias sociales entre las mujeres se evidenciaban en la ropa que portaban y de aquí que Ulpiano no pensase tanto en un supuesto engaño o error en la persona, sino en el hecho de que la mujer que no se ataviaba según su condición social, no lo hacía “inocentemente”, por lo que quedaría sujeta a la acción general por injurias.

⁴⁴ Así, entre otros: R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, 30 ss.; J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, A. D'ORS, *A propósito de los edictos especiales 'de iniuriis'*, en AHDE 49 (1979) 657; y DE LAPUERTA MONTOYA, *ibidem*.

⁴⁵ Vid. nts. 22 y 23 del presente trabajo.

apartándoles el acompañante para hacerlas aparecer como personas de baja reputación o costumbres fáciles, profiriendo palabras insinuantes, normalmente de trasfondo sexual, públicamente, o bien sometiéndolas a un cortejo incesante. Pero en caso de error, ausente – como acabamos de explicar – este preciso *animus iniuriarum*, se excluiría la aplicación del edicto. Y no se trata tanto de configurar la *matronalis vestimenta* como elemento objetivo necesario para el ejercicio de la acción edictal particular⁴⁶. Sino de ausencia de ese *animus iniuriarum* específico que se exigía en el edicto *De adtemptata pudicitia*⁴⁷, y que consistía en la intención de atentar contra la *pudicitia* de las matronas y los jóvenes *praetextati*, ausente aquí por un error en la persona inducido por una vestimenta no acorde al rango social⁴⁸.

⁴⁶ En opinión de R. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, en ZSS 91 (1974) 314-320, la vestimenta era un presupuesto objetivo para que tuviera lugar la aplicación del edicto *De adtemptata pudicitia*, pues la virgo no ataviada con la toga *praetextata* no se consideraba *praetextata*, del mismo modo que la matrona ataviada como meretriz era tomada por tal, pues el *habitus matronalis* era inherente a la condición de *materfamilias*. Y de aquí que considere perfectamente lógico el *igitur* del texto pues, en efecto, no tiene lugar en tales condiciones la acción del edicto especial, sino la general *actio de iniuriis*. En esta línea, entienden SANTA CRUZ TEIJEIRO, D'ORS, *A propósito de los edictos especiales* cit., 658 que, si contra las meretrices es claro que no cabía hablar de *appellatio* en el sentido de conducta perseguida en el edicto, cuando la matrona no vestía acorde a su condición, la tutela de la misma lógicamente y por la misma razón, era menor y se actuaría a través de la acción general de injurias. Similarmente, sostiene DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio* cit., 77 ss., que el edicto solo protegía a ciertos sujetos caracterizados externamente por la vestimenta, por lo que de algún modo lo que habría tratado Ulpiano en el fragmento en cuestión fue salvar la laguna que en los supuestos contemplados se producía, recurriendo a la acción general.

⁴⁷ Sobre la «absoluta necesidad» del elemento intencional en el edicto, *vid.* particularmente DE LAPUERTA MONTOYA, *El elemento subjetivo* cit., 241 nt. 21.

⁴⁸ Siguiendo el testimonio de Isidoro (*Etymol.* 19.25.5: *Amiculum est meretricum pallium lineum. Hunc apud veteres matronae in adulterio deprehensae induebantur, ut in tali amiculo potius quam in stola polluerent pudicitiam*) para diferenciarlas bien de las matronas, a las sorprendidas en adulterio se les impuso la obligación de llevar sobre la túnica corta con que vestían, en lugar de la *stola*, el *amiculum*, una suerte manto de lino, «para que mancharan su pureza preferentemente vestidas con esa pieza antes que con la stola». Sin embargo, como bien precisa, FUSCO, *Estudio* cit., 96 ss., aunque en las fuentes hay huellas de una fuerte correspondencia «tra identità formale, data dall'abito, e identità sostanziale», en el fragmento en examen Ulpiano afronta la problemática realidad de su tiempo, cuando las categorías no eran tan rígidas ni tan conectadas al atuendo, siendo posible que la matrona no vistiese como tal. De esta forma, el jurista habría desenvuelto su discurso con

Y en cuanto a la consecuencia *iniuria tenetur*, no pude sorprender que aunque no se pudiese ejercitar por las razones expuestas la acción del edicto particular *De adtemptata pudicitia*, fuese sin embargo perfectamente reprehensible la conducta del sujeto mediante el edicto general *De iniuriis*, en caso de tratarse de una matrona no ataviada conforme a su rango, o aun de esclavo/a. A tal conclusión puede llegarse por la lectura del siguiente fragmento, atribuido al mismo jurista:

D. 47.10.9.4 (Ulp. 57 *ad ed.*): *Si quis tam feminam, tam masculum, sive ingenuos sive libertinos, impudicos facere adtemptavit, iniuriarium tenebitur. Sed et si servi pudicitia adtemptata sit, iniuriarium locum habet.*

Quedan sujetos a la acción por injurias, asevera Ulpiano, todos aquéllos que hubieran atentado contra la *pudicitia* de una persona (ya fuera mujer, como hombre, ingenua o liberta), así como aquél que atentase contra la *pudicitia* de un esclavo/a. En estos casos, podríamos deducir que estamos ante una *iniuria* simple (en contraposición a la *iniuria atrox* referida a *matresfamilias* y *praetextati*)⁴⁹ sancionable mediante el edicto general *De iniuriis* o, en el caso del esclavo, mediante el *edictum de iniuriis quae servi fiunt*⁵⁰. Creo que esta interpretación resulta plausible y podría salvar la sustancial genuinidad del controvertido fragmento en examen. Y no creo que obste el hecho de que contra aquél que “perturbarse” a una meretriz, en línea de principio y propiamente, no cupiese ejercitar acción alguna, pues al tratarse de personas desprovistas absolutamente de *honestas*, no cabría hablar de *animus iniuriandum*, pues ninguna injuria se puede proferir a las mismas. De aquí han tratado de extraer algunos autores la conclusión, que en el fragmento en examen, Ulpiano no pudo y por la misma razón, haber hablado tampoco en relación al que “atentase” contra

base en el elemento subjetivo del *animus iniuriarum*: así, el que ofendía a una mujer de bien, pero no ataviada como tal, no tenía ánimo de ofender a la *pudicitia* de una matrona, pero sí y en todo caso de atentar contra la pudicitia de una mujer, afrenta tutelada en el edicto general *De iniuriis*.

⁴⁹ Vid. D. 47.10.9 pr., *supra* cit.

⁵⁰ Al respecto advierte no obstante A. TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza 1987, 503, que el ejercicio de la correspondiente acción por parte del dueño del esclavo estaba condicionado al hecho de haberse inferido la injuria *in contumeliam domini*, es decir, con la intención de injuriarle a él, personalmente.

la matrona vestida como meretriz de la acción de injurias, ni particular ni específica⁵¹. Por mi parte considero, apelando a un razonamiento ya expuesto, que de resultar ser la mujer una matrona, si bien ataviada como prostituta, el *error in personam* sólo excluiría la responsabilidad en virtud del *edicto de adtemptata pudicitia*, pero no en cuanto a la acción general por injurias. Y en tal caso, se produciría consecuentemente una disminución de la pena, al considerarse que el autor *minus pecca* o aun, más precisamente, *multo minus pecca*, circunstancia ésta que tendría que tener en cuenta el juez a la hora de realizar su *aestimatio*⁵².

Dejando ya un lado la polémica en cuanto al texto, y para concluir, una breve referencia a la acción derivada del edicto⁵³. Sujetos pasivos eran, lo recordamos, tanto la *materfamilias* como los jóvenes *praetextati*, de ambos sexos, que hubieran sufrido un ataque a su *pudicitia*, ya sea mediante el *comitem abducere*, la *appellatio* y el *adsectari*. Todos estos casos eran considerados, lo recordamos también, como una *iniuria atrox*, pues como explicaba Ulpiano refiriendo el parecer de Pomponio, en el mencionado

⁵¹ En este sentido particularmente GUARINO, *Le matrone e i pappagalli* cit., 165 ss., para quien la mención a la matrona ataviada como una meretriz y a una posible disminución de la pena, era totalmente inaceptable desde la perspectiva del jurista clásico «un'impostazione di stampo, dirò così, tertullianesco» (187), pues en tal supuesto entendía que no existía injuria alguna, ni siquiera mucho más leve (*multo minus peccare*). Básico en tal sentido resultaría, según el autor, el *SC de matronarum lenocinio coercendum*, del que nos da noticia Tácito (*Ann.* 2.85.1-3), y que habría sido promulgado para combatir la relajación de las costumbres femeninas en fraude de las leyes augusteas. En el mismo sentido, considera FALCHI, *Diritto penale romano* cit., 67, que en tal caso «manca essenzialmente l'agire ingiurioso», y proponía resolver la contradicción añadiendo un *non* delante de *iniuria tenetur* de la última frase. No del todo clara me resulta al punto la tesis sostenida por FUSCO, *Estudio* cit., pues si bien por un lado afirma que en este caso el *error in personam* elimina el *animus iniuriandi* en relación a la matrona, pero no en relación al resto de personas, a continuación propone la comparación con la hipótesis inversa de la meretriz ataviada como matrona, respecto de la cual entiende que el pretor la habría excluido del ámbito de protección, ya fuera del edicto *De iniuriis* general, ya específico.

⁵² Pues como advierte WITTMANN, *Die Körperverletzung* cit., 31 nt. 37, la *pudicitia* de una esclava era estimada en menor medida que la de una ingenua. Interpreta no obstante el texto en referencia al edicto especial *De adtemptata pudicitia*, BRAVO BOSCH, *Algunas consideraciones* cit., 50; tesis también compartida por MANDAS, '*Minus peccare videtur*' cit., 33-34, para quien la referencia al *minus peccare* o *multo minus peccare* solo se entiende si partimos de que se trata de la misma especie delictual, graduada internamente según el caso.

⁵³ A propósito, ampliamente, DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio* cit., 131-169.

fragmento de D. 47.10.9 pr., para que tuviera tal consideración no era preciso que el ataque se infiriese sobre el cuerpo⁵⁴. Tratándose de un tipo de injuria, la correspondiente acción sería, como la general *de iniuriis*, de tipo penal caracterizada por su intransmisibilidad tanto activa como pasiva, antes de la *litis contestatio*⁵⁵, y de carácter infamante⁵⁶. Y en cuanto a la condena, y aunque que en la versión del edicto reconstruida por Lenel no se aluda a la misma expresamente, al tratarse de formas especiales de *iniuria*, la misma habría consistido siempre y en todo caso en una condena pecuniaria, estimada por el juez tomando como base lo fijado en la *litis contestatio* (*actio aestimatoria cum taxatione*). Más precisamente, tratándose de supuestos de *iniuria atrox*, correspondía al pretor la *taxatio*, a la que debería ajustarse el *iudex*, pues parece en efecto que las injurias por *adtempata pudicitia* se resolverían ante el *iudex* único, en lugar de ante los *recuperatores*, llamados a conocer por el contrario de los supuestos de injurias físicas⁵⁷.

4. De la acción privada a la represión *extra ordinem* de carácter penal. Consideraciones finales

En la evolución postclásica del delito de injurias (o ya tardo-clásica)⁵⁸ es comúnmente admitida por la doctrina la tendencia a limitar la acción

⁵⁴ D. 47.10.9 pr. (Ulp. 57 ad ed.): *Sed est quaestionis, quod dicimus re iniuriam atrocem fieri, utrum si corpori inferatur, atrox sit, an et si non corpori, ut puta vestimentis scissis, comite abducto, vel convicio dicto. Et ait Pomponius, etiam sine pulsatione posse dici atrocem iniuriam, persona atrocitatem faciente.*

⁵⁵ Sobre la intransmisibilidad de las acciones penales, en general, *vid.*: P. DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano 1912, 257 ss.; J.M. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Madrid 1997, 69 ss.; y L. RODRÍGUEZ-ENNES, *Reflexiones en torno a diversos delitos de derecho honorario*, en F. CAMACHO DE LOS RÍOS, M. ARÁNZAZU CALZADA GONZÁLEZ (coord. por), *El Derecho penal: de Roma al derecho actual*, Madrid 2005, 534, entre otros.

⁵⁶ Sobre el particular, *vid.* A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en el Derecho romano*, en *Homenaje a J. Vallet de Goytisolo* 4, Madrid 1982, 329 ss.; y F. CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia en el Derecho romano*, Alicante 1997, 63 ss.

⁵⁷ Sobre la polémica acerca de la presencia de los *recuperatores* en los procesos por delitos de injuria, *vid.* ampliamente M.J. BRAVO BOSCH, *La injuria verbal colectiva*, Madrid 2007, 222-228.

privada a los casos menos graves y a convertir en *crimina publica* aquellas injurias consideradas de mayor entidad⁵⁹. También parece aceptarse casi unánimemente el predominio, a partir de un cierto momento, de la represión criminal de la injuria. Este régimen ya aparece reflejado bastante claramente en el título relativo de las *Sententiae* paulinas (5.4), cuyo testimonio encuentra confirmación ulterior en otras fuentes tardo-clásicas, *in primis* en el siguiente fragmento extraído de los *Libri iuris epitomarum* de Hermogeniano⁶⁰:

D. 47.10.45 (Hermog. 5 epit): *De iniuria nunc extra ordinem ex causa et persona statui solet et servi quidem flagellius caesi dominis restituuntur, liberi vero humilioris quidem loci fustibus subiciuntur, ceteri autem vel exilio temporali vel interdictione certae rei coercentur*⁶¹.

Esta generalización del procedimiento cognitorio extraordinario de tipo penal, habría tenido una repercusión más que gravosa para el condenado, pues frente a la *actio iniuriarum aestimatoria* del proceso civil formulario, que comportaba una sanción siempre económica, en el ámbito de la represión criminal *extra ordinem*, la sanción prevista para los distintos casos de *iniuria* sería, en muchos casos, la pena capital⁶². La escasez de

⁵⁸ En este sentido se ha pronunciado particularmente BALZARINI, «*De iniuria extra ordinem statui*» cit., 37 ss.

⁵⁹ No obstante, y en opinión de MOMMSEN, *El Derecho Penal Romano* II cit., 261, «en la época postclásica el delito de injurias recibe el mismo tratamiento que el *furtum*, continuó siendo permitido hacer uso con respecto a él de la acción privada, pero en muchísimos casos se empleaba un procedimiento criminal público que, a pesar de recibir el nombre de extraordinario, era en realidad un procedimiento cualificado por injurias».

⁶⁰ A propósito del texto ampliamente M. BALZARINI, *La represión de la iniuria en D. 47.10.45 y en algunos rescriptos de Diocleciano*, en RFDUC 59 (1980) 247; ID., «*De iniuria extra ordinem statui*» cit., 15-16. Según el autor, el que escribió estos *Libri iuris epitomarum* de los que se extrae el fragmento en examen, no es otro que el compilador del *Codex Hermogenianus*, funcionario de la corte del emperador Diocleciano, y cuyo testimonio es por tanto clave para conocer el régimen vigente en la represión de la *iniuria* en los inicios de la etapa postclásica.

⁶¹ Fundamentales en tal sentido resultan los testimonios de C. 9.35.5-10, en que se reproducen diversos rescriptos relativos de Diocleciano.

⁶² Como explica BIONDI, *Diritto romano* cit., 572-574, a partir de un cierto momento el derecho romano admitirá ampliamente la pena de muerte, aunque podía en la práctica sustituirse por el *exilium* voluntario, siendo las sanciones en general – apostilla – especialmente severas y ásperas en la legislación de los emperadores cristianos; tanto que

testimonios, hace con todo complicada la reconstrucción de todas las fases intermedias de esta evolución. Pero lo que sí conocemos bastante bien es su punto de llegada. En efecto, en coherencia con su sabida tendencia sistematizadora, Justiniano realizará una reordenación de la materia, en la que volverá en cierta forma a la casuística de las fuentes clásicas, reagrupando bajo una noción única de *iniuria*, las diferentes hipótesis de ofensas, ya fueran físicas, ya atentados al pudor, incluyendo las ofensas morales. Al tiempo que, y esto es lo realmente novedoso, reestablecerá la importancia de la acción privada situándola al mismo nivel que la represión pública, en el sentido de otorgar a la víctima la facultad de elegir entre una u otra vía: *criminaliter agere vel civiliter*⁶³. Fundamental al punto resultan los siguientes testimonios:

I.4.4.1: *Iniuria autem committitur non solum, quum quis pugno pulsatus aut fustibus caesus vel etiam verberatus erit; sed et si cui convicium factum fuerit; sive cuius bona, quasi debitoris, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere; vel si quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret; sive quis matremfamilias aut pretextatum praetextatamve assectatus fuerit; sive cuius pudicitia attentata esse dicetur; et denique alii plurivus modis admitti iniuriam, manifestum est.*

I.4.4.10: *In summa sciendum est, de omni inuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter [...].*

Justiniano calificará de *terribilis* los libros de Digesto relativos a la materia penal, siendo en su época por el contrario frecuentes los reclamos a la *humanitas* o *miseratio*. Por su parte, estima LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* cit., 325 ss., que fueron la brutalidad de los tiempos y el desprecio a la vida humana apreciables sobre todo a partir del Bajo Imperio, los factores que influyeron en la generalización de la pena capital. En todo caso, y tratándose de las *iniuriae*, el castigo no era siempre, como advierte BALZARINI, «*De iniuria extra ordinem statui*» cit., 230, la muerte, sino un abanico grande de sanciones, desde las pecuniarias, pasando por la fustigación o el *exilium*, que se determinaban en función de la gravedad del hecho y de la condición de las personas implicadas. Para la evolución en general del concepto de pena capital y sus distintas manifestaciones o consecuencias, desde el primitivo *interdictum aquae et ignis*, al *exilium*, vid. BRASIELLO, *La repressione penale* cit., 97-130.

⁶³ Aunque es de suponer, siguiendo a BALZARINI, «*De iniuria extra ordinem statui*» cit., 14, que el agredido habría optado casi siempre, con toda seguridad, por la vía criminal.

Nos centramos ya nuevamente en las injurias referidas como *crimina extra ordinaria* en las *Pauli Sententiae*, particularmente la *sollicitatio alienarum mulierum* y la *interpellatio matrimonii* (PS 5.4.5 = D. 47.11.1 pr.). No sin antes aludir brevemente a las de sobra conocidas dudas o sospechas que suscita la clasicidad de tal fuente, cuyo conocimiento se nos ha transmitido de manera indirecta e incompleta, la mayor parte a través de la *Lex Romana Wisigothorum*, de Digesto y en menor medida de la *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, los *Fragmenta Vaticana* y de otras fuentes postclásicas. Sin ánimo de profundizar aquí en la nebulosa que rodea su naturaleza, fecha de composición y autor, recordemos sólo que ya desde finales del pasado siglo XIX, las dudas al respecto de la romanística más insigne llevaría a Beseler a negar la paternidad paulina del mismo⁶⁴. No obstante, a partir del análisis crítico llevado a cabo por Levy a mitad del pasado s. XX, se daría un impulso nuevo a los estudios sobre la cuestión, orientándose generalmente los mismos desde entonces hacia la depuración textual de los diversos estratos apreciables en la obra, sin dejar de reconocer un sustrato originario tardo-clásico en la misma⁶⁵. De forma mayoritaria se admite hoy, en efecto, que la obra no es de Paulo y que habría sido compuesta alrededor del 300 d.C., sobre la base de material paulino, sufriendo posteriormente alteraciones que algunos autores,

⁶⁴ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen 1911, 68 s.

⁶⁵ Según E. LEVY, *A palingenesis of the opening titles as a specimen of research in west roman vulgar law*, Itaca (NY) 1945; ID., *Weströmisches Vulgarrecht*, Weimar 1956, en la composición de la obra cabría reconocer seis estratos, pues contaríamos con un primer trabajo realizado por autor anónimo a partir de los escritos de Paulo, poco antes del 300, al cual se habrían ido sumando hasta un total de cinco modificaciones posteriores (entre el 300 y el 533). Por tanto, sería solo la primera versión la que estaría más cerca de los postulados clásicos, apreciándose en las demás al contrario claras características de la vulgarización postclásica. Ahora bien, del estudio pormenorizado que hace de las 83 sentencias recogidas en los seis primeros títulos del libro 1, extrae la conclusión de que cincuenta encajan en el primer estadio (a. 300); que una minoría de las restantes reflejarían los cambios acontecidos en los 150 años posteriores (segundo estadio); muy pocas el régimen justiniano, y que no habrá traza alguna del derecho visigodo. El testigo de Levy ha sido particularmente recogido por J.A. GODDARD, *Palingenesis de PS 1,7 de 'integri restitutione'*, en *Estudios de Derecho Romano en Honor de Alvaro D'Ors I*, Pamplona 1987, 89 ss.; y ID., *Palingenesis de los títulos relativos a la restitutio integrum por causa de dolo, menor edad o ausencia (1,8-1,9A) de las Sentencias de Paulo*, en REHJ 10 (1985) 13 ss., entre otros trabajos.

contradichos por otros⁶⁶, entienden completadas ya en el sentido de contar con un texto definitivo, a finales del s. IV⁶⁷.

Ocupándonos sin más de las figuras objeto de estudio, creo que pese a las diferencias evidentes entre las figuras particulares de injurias previstas en el edicto *De adtemptata pudicitia* y los *crimina extraordinaria* a los que alude el testimonio atribuido a Paulo, se puede apreciar una cierta correlación entre las mismas. Recordemos lo que se prescribía en las fuentes paulinas de referencia:

D. 47.11.1 pr. (Paul. 5 sent.): *Sollicitatores alienarum nuptiarum, itemque matrimoniorum interpellatores, etsi effectum sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur.*

PS 5.4.5: *Sollicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores et si effectum sceleris potiri non possint, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur.*

De entrada y desde el punto de vista objetivo, creo que existe una similitud clara entre los supuestos de hecho aquí contemplados, a saber: la *sollicitatio* y la *interpellatio*, y las conductas contempladas en el edicto *De adtemptata pudicitia*, y más concretamente con el hecho de *appellare* a las *matres familias* o a los jóvenes *praetextati*, que el jurista Ulpiano definía – lo recordamos – del siguiente modo:

⁶⁶ Entre otros M. KASER, *Das römisches Privatrecht*, München 1966, 6 ss.; y A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona 1977, 142; ID., *De nuevo sobre los estratos de las Pauli Sententiae*, en BIDR 37-38 (1995-1996) 3-23, sostuvieron en atención a los influjos helenísticos presentes según en la obra, alteraciones de la misma realizadas por los juristas escolásticos orientales.

⁶⁷ En este sentido, entre los más representativos, podemos destacar a F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953; y F. WIEACKER, *Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen 1960. Particular relevancia ha tenido también la tesis en esta línea sostenida por M. LAURIA, *Ricerche su 'Pauli sententiarum libri'*, en Annali della R. Università di Macerata 6 (1930) 33 ss., según el cual la obra se habría redactado en el 294 d.C., posiblemente en Africa, confirmando así la *communis opinio* del origen occidental y pre-postclásico de la misma. Sobre la problemática tradición del texto, con referencia a bibliografía más reciente, *vid.* I. RUGGIERO, *Ricerche sulle 'Pauli Sententiae'*, Milano 2017, 79 ss.

D. 47.10.15.20-21 (Ulp. 77 ad ed.): *Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam attentare; hoc enim non est convicium facere, sed adversus bonos mores attentare. 21. Qui turpibus verbis utitur, non tentat pudicitiam, sed iniuriarium tenetur.*

Por *sollicitare* se entendía – también lo recordamos – el hecho de «solicitar, tentar, instigar, seducir, sobornar», siendo el *sollicitor* el que trataba, en definitiva, de seducir a la mujer de otro. Por su parte, la *interpellatio* consistía en tratar de «turbar, impedir, interrumpir» el normal desenvolvimiento de una unión legítima y estable o de provocar su ruptura. En ningún caso se menciona en los fragmentos en examen el uso de la fuerza, por lo que es de suponer que tales tipos de perturbación se canalizarían a través de gestos o palabras, no precisamente mal sonantes (pues se trataba de seducir, no de espantar), sino muy similares, si no idénticas, a las *blanda orationes* en las que, a decir del jurista Ulpiano, se concretaba el *appellare*, en oposición a las palabras *turpis* u obscenas. Creemos que nos encontramos en efecto ante el mismo tipo de palabras o expresiones insinuantes, de claro tinte o trasfondo sexual, que encerrarían una oferta inmoral hecha a la mujer ajena, bien para conseguir un acceso carnal con la misma en el primer supuesto (*sollicitatio*), bien para conseguir la ruptura de su matrimonio, en el segundo (*interpellatio*).

La diferencia con la *appellatio* referida en la cláusula edictal es, no obstante, también clara: lo que ahora se reprende *extra ordinem* es el hecho de dirigir tales insinuaciones contra la mujer casada, con objeto bien de cometer adulterio con la misma, bien de conseguir romper su matrimonio. ¿Por qué, nos podríamos preguntar entonces, se configuran tales comportamientos como *crimina extra ordinaria* de *iniuria*, si el régimen hasta entonces en vigor permitía su persecución, bien mediante la acción privada, bien mediante la *accusatio publica ex crimen stuprum vel adulterium* o *ex crimen de vis*, según los casos? Creemos que los fragmentos en examen reflejan una tendencia, que debía estar ya asentada en el momento en que se realizó la obra, consistente en otorgar un tratamiento unitario de la *iniuria*, priorizando o privilegiando para ello el elemento subjetivo consistente en la sola intención de injuriar, por parte de quien es

capaz tanto de inferirla como de sufrirla; en definitiva, del *capax doli*⁶⁸. De aquí, que en el citado fragmento de PS 5.4.5 se insista en que las conductas serán sancionadas *etsi effectum sceleris potiri non possint*, Y de ahí también que en el comentado parágrafo 14, donde como vimos se trata de la *abductio* o la *persuasio* del *puer praetextatus*, como conducta asimilable a la *interpellatio* de *stupro* de la *mulier* o de la *puella* (en cuanto supuestos en ambos casos de estupro no violento), se especifique a renglón seguido que quien así actúa lo hace *pudicitia corrumpendae gratia*, queriéndose indicar con claridad que es este animus el elemento clave para definir la injuria. La correlación entre las conductas descritas y el delito privado de *adtemptata pudicitia* resulta por lo demás, bajo este prisma, bastante evidente a mi modo de ver, pues la instigación al estupro es, en definitiva, un atentado contra la *pudicitia*. Por todo, acordamos con Balzarini, uno de los más firmes defensores de la clasicidad de las soluciones propuestas en los fragmentos en examen, cuando afirma que «Il sistema cognizionale comportava il superamento di molti schemi tradizionali, e non è pensabile che i giuristi classici – soprattutto dell’ultima età classica – non ne abbiano tenuto conto. Proprio l’estensione del concetto di inuria quale risulta da questo titolo ne è, credo, eloquente testimonianza»⁶⁹.

De todo lo anterior se desprende también y con esto concluyo, que las conductas sancionadas en nada guardan relación con la problemática de la tentativa de delito; sin que para tal afirmación sea óbice el hecho de que en el fragmento de las *Pauli Sententiae* en examen se haga la distinción entre *perfecto e imperfecto flagitio*, para castigar en el primer caso el autor con la pena capital, y con la *deportatio*, en el segundo⁷⁰, pues se venían a castigar dos conductas distintas. A saber, un delito consumado de injurias *propter voluntatem perniciosae libidinis* sancionado con la *deportatio*, o un delito

⁶⁸ Así resulta con claridad de PS 5.4.1: *Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus [...] quod ex adfectu uniuscuiusque patientis et facientis aestimatur [...]*. Similarmente D. 47.10.3.1-2 (= PS 5.4.2-3). A propósito, *vid.* BOTTA, “Per vim inferre” cit., 75 nt. 126, con amplias referencias bibliográficas al respecto.

⁶⁹ BALZARINI, «De iniuria extra ordinem statui» cit., 178.

⁷⁰ Recordamos el texto: *Qui puero praetextato stuprum aliudve flagitium, abducto ab eo vel corrupto comite, persuaserit, mulierem puellamve interpellaverit, quidve corrumpendae pudicitiae gratia fecerit, domum praeberit, pretiumve, quo id persuadeat, dederit, perfecto flagitio, capite punitur, imperfecto, in insulam deportatur; corrupti comites summo supplicio afficiuntur* (PS 5.4.14).

también consumado de estupro o adulterio, castigado con la pena capital⁷¹. Donde el concreto resultado alcanzado, solo era tenido en cuenta para graduar la condena. Sin ánimo de profundizar en una cuestión que requeriría en todo caso un estudio ad hoc, entendemos siguiendo a Mommsen⁷², que para la tentativa falta en la experiencia jurídica romana, tanto la palabra como el concepto⁷³. Las conductas consideradas injuriantes, ya fuera por vía edictal, ya como crimen extraordinario, eran siguiendo terminología moderna delitos de actividad, no de resultado, y más precisamente aún delitos de palabra, de *unico actu*, en los que no se

⁷¹ A propósito, cfr.: FERRINI, *Il tentativo* cit., 68; BALZARINI, «*De iniuria extra ordinem statui*» cit., 177 nt. 137; y más recientemente SPERANDIO, '*Dolus pro facto*' cit., 62 y 185 ss.; y CHEVALIER, '*Dolus pro facto accipitur*' cit., 1158 ss.

⁷² T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, rist. Darmstad 1955, 59 y 95 ss. Ello no obstante y partiendo de una concepción marcadamente subjetivista del problema de la responsabilidad, el autor sostiene la punibilidad de los actos preparatorios en el ámbito de la experiencia penal romana (sólo en relación a los *crimina*, no a los delitos privados), si bien como formas perfectas de delito. De idéntica orientación participan, entre otros: COSTA, *Il conato criminoso* cit., 20 ss.; G. LONGO, *Il tentativo nel diritto penale romano*, en AFGG (1977) 65 s.; y GENIN, *La répression* cit., 44, autores todos que, partiendo de la relevancia del elemento intencional, sostienen la punibilidad con carácter general de la tentativa sobre todo a partir del Imperio. En el lado opuesto se sitúan los autores que excluyen que la figura hubiere tenido en ningún momento un tratamiento autónomo, *per se*, en el ámbito de la experiencia jurídica romana, centrada antes al contrario en la represión penal objetiva de las conductas, materializadas a través del resultado. En esta línea, además de los autores citados en la nota precedente, podemos destacar a BRASIELLO, s.v. *Tentativo* cit., 1131 ss.

⁷³ "Tentare", derivado según unos de "tenere", esto es, tocar, palpar repetidas veces, y según otros y creemos más acertadamente de "tendere", verbo con función dinámica que significa esforzarse, dirigirse, tender a, y que acabará asumiendo el significado actual de "intento" (A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1976, s.v. *Tentare*), resulta poco utilizado en las fuentes jurídicas romanas con el sentido moderno de tentativa, empleándose antes bien y en su lugar con tal significación el término "conatus". Por otro lado, conviene también tener en cuenta que aun participando posiblemente de la misma raíz, resulta diáfano que "tentare" y "adtentare" o "attemptare" (contracción de *ad temptare*) no tienen el mismo significado: la tentativa (*tentare*) sería el "intento", en el sentido moderno del término, en tanto que el atentado tiene para nosotros una significación distinta y asociada generalmente a cierto tipo de delitos políticos, que abarcan una serie de actos, incluidos los preparatorios, conducentes a un fin, siendo este fin lo que se criminaliza. Como explica L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal* VII, Buenos Aires 1977, 387, el atentado es también tentativa, pero tentativa de un gravísimo crimen. También son reconocibles dentro del ámbito de la experiencia jurídica romana formas de delito en las que, como explica CHEVALIER, '*Dolus pro facto accipitur*' cit., 1153

puede hablar de tentativa. Creo que las fuentes analizadas han dejado bastante claro que esas injurias de que se trata no eran consideradas un momento dentro del iter criminal; no eran entendidas, desde luego, como actos preparativos ni de comienzo de la ejecución de un posible futuro adulterio o estupro, aunque pudieran acabar en tal resultado, sino que eran objeto *in se* e *per se* de reprochabilidad y, por tanto, se entendía que debía castigarse a su autor.

ss., el elemento constitutivo de los mismos consistía precisamente la no realización o imperfección material de la conducta; *in primis*, el *crimen maiestatis*, al que vendrían asimilados bajo este perfil otras figuras criminales, como la *proditio* o el *perduellio*.

