A PROPÓSITO DE LA *ACTIO INIURIARUM*¹ Emma Rodríguez Díaz

El derecho a la dignidad y al honor está considerado como un derecho de la persona, innato, universal e irrenunciable en cuanto deriva de la propia naturaleza humana. Se concibe como un bien jurídico cuya trascendencia ha sido objeto de atención por los derechos privados y ocupa, también, un lugar destacado en la normativa constitucional y en las declaraciones internacionales de derechos: el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948 expresa que la dignidad es el fundamento de validez de cada uno de los derechos que la propia Declaración recoge. El art. 10.1 de nuestra Constitución de 1978 dice, entre otras cosas, que la dignidad de la persona es el fundamento del orden político y de la paz social e, igualmente, el art. 18.1, dentro de la sección segunda del título I dedicado a los derechos fundamentales, recoge la garantía del derecho al honor, el cual, antes de la regulación constitucional, estaba previsto en una de las leyes fundamentales, concretamente en el art. 4 del Fuero de los Españoles².

La normativa básica y programática de nuestra norma fundamental ha sido desarrollada legislativamente: el honor está protegido por el ámbito civil al considerar indemnizables los daños causados a él, en función del art. 1.902 del C.C., tal como ha venido sosteniendo el T.S. desde la sentencia de 6 de diciembre de 1912; actualmente la ley que específicamente se ocupa del derecho al honor es la Ley 1/1982 de Protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, modificada en 1996 para evitar problemas de prejudicialidad; también el código penal de 1995 tutela el derecho al honor por medio de la tipificación de hechos constitutivos de delito que atentan contra él: el chantaje, la difamación, la calumnia, la injuria.

A la injuria se refieren los arts. 208 y ss. del vigente C.P.; el art. 208 nos define la injuria como la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama u honor objetivo o bien la estimación que la persona tiene de sí misma u honor subjetivo. El bien jurídico protegido por el precepto es la dignidad, núcleo del honor, de naturaleza inmaterial y valorativa que abona la presencia de problemas interpretativos.

El delito de injurias tiene su origen en el Derecho romano, donde *la iniuria* era uno de los cuatro actos ilícitos que el *ius civile* en el periodo clásico reconocía como generadores

1.- Puesto que el presente congreso está dedicado al Derecho de personas y proceso, hemos considerado conveniente estudiar algunos aspectos de la Recepción del derecho romano en relación a la *actio iniuriarum* tomando como base las cuestiones más relevantes planteadas por un auto de admisión de querrela por injurias del s.XVII, dictado en la villa de Cangas del Narcea, Asturias.

2.- Fuero de los Españoles, tít. I, cap. I, art.4: "Los españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar. Quien lo ultrajare, cualquiera que fuese su condición, incurriría en responsabilidad". Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948: "... Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...". Textos recopilados por LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Los documentos constitucionales y supranacionales con inclusión de las leyes fundamentales de España*, Madrid, 1973.

de obligaciones además del *furtum*, la rapiña y el *damnum iniuria datum*, encuadrados todos ellos, dentro de la categoría de los *delicta*.

No se sabe con certeza el régimen de la injuria en Derecho romano antiguo: los juristas Gayo, 3,223 y Paulo, Coll. 2,5,5 (*libro singulari et titulo de iniuriis*)² nos remiten a la ley de las XII Tablas donde se recogen dos supuestos de daños físicos contra las personas y uno de ofensa física sin lesión o injuria pura y simple, protegidos por una *actio iniuriarum* ya recogida, según Paulo, Coll. 2,5,4 (*idem*) y P.S. 5,4,6³ en la ley de las XII Tablas. El *membrum ruptum* en Tab.8,2: (*Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto*) consistía en la inutilización o amputación de un órgano o un miembro. La ley recoge el talión como consecuencia de la comisión de estas lesiones, salvo acuerdo entre las partes; la dureza de la pena pretendía, según Aulo Gelio en sus Noches Aticas 20,1,12, reprimir el delito.

El *os fractum* o rotura de un hueso cuya pena consistía en el pago de 300 ases si el ofendido era un hombre libre y de 150 si era esclavo: Tab.8,3, según Gayo 3,223 y Coll.2,5,5 de Paulo.

La *iniuria* pura y simple consistente en cualquier lesión de menor relieve cuya pena era el pago de 25 ases: Tab.8,4: *Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt*.

La opinión tradicional ha incluido dentro de la noción de injuria para el Derecho romano antiguo los tres supuestos, si bien recientemente se entiende la injuria como delito de lesiones menores sin incluir los conceptos de *membri ruptio* y *ossis fractio*⁴.

El derecho pretorio vino a alterar este régimen arcaico al generalizar el concepto de *iniuria* de las XII Tablas e introducir una *actio iniuriarum in factum y aestimatoria* general⁵ bajo la cual, según D'Ors, se comprenden un grupo de acciones similares que persiguen hechos ilícitos distintos⁶.

²- Gayo, 3,223: *Poenam 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...* Paulo, Coll. 2,5,5: *Legitima ex lege duocedim tabularum: qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito. Quae lex generale fuit: fuerunt et speciales, velut illa: "si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subit sestertiorum"*.

³- Paulo, Coll. 2,5,4: *...Iniuriarum actio aut legitima est aut honoraria. P.S. 5,4,6: Iniuriarum actio, aut lege, aut more, aut misto iure introducta est.*

⁴- Ha sido PUGLIESE, G., *Studi sull'iniuria*, Milano, 1941, quien inició un cambio en la interpretación de las referidas disposiciones de las XII Tablas y criticó la opinión común hasta entonces dominante. En este sentido D'ORS, A., y SANTA CRUZ TEJEIRO, J., *A propósito de los edictos especiales de iniuriis*, AHDE, t. XLIX, 1979, págs. 653 y ss.; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *De los delitos y las sanciones en la ley de las XII Tablas*, Málaga, 1988, págs. 40 y ss.; MANFREDINI, A., *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, págs. 30 y ss., realiza un examen del estado actual de la doctrina sobre este aspecto.

⁵- D.47,10,15,25 (*Ulp., LXXVII. ad ed.*): *Ait praetor: 'ne quid infamandi causa fiat. si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam.* D.47,10,15,27 (*idem*): *Generaliter vetuit praetor quid ad infamiam alicuius fieri. proinde quodcumque quis fecerit vel dixerit, ut alium infamet, erit actio iniuriarum....* D.47,10,17,5 (*Ulp. LVII. ad ed.*): *Ait praetor 'arbitratu iudicis: utique quasi viri boni, ut ille modum verberum imponat.*

⁶- D'ORS, A. y SANTA CRUZ TEJEIRO, J., op. cit., págs. 653 y ss., siguiendo a LENEL, afirman que el título de *iniuriis* tenía un primer edicto de carácter general al que seguían otros especiales referidos al *convicium*, a la *adtemptata pudicitia*, a *quod infamandi causa fit*, a las afrentas inferidas a esclavos, a la acción noxal por las injurias de un esclavo, otro por injurias a hijos de familia y, finalmente, un edicto regulador de un *iudicium contrarium*.

La generalización de dicho concepto se ve claramente en un fragmento de Ulpiano reproducido en las *Inst. Iust.* 4,4 pr., *de iniuriis*:

D.47,10,1 pr., (*LVI. ad ed.*): *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. hoc generaliter. specialiter autem iniuria dicitur contumelia. interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniustie sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, contumeliam autem a contemnendo.*

En este párrafo la injuria presenta dos acepciones:

1º) En sentido genérico, injuria es el acto contrario a derecho⁷, es la violación de un precepto normativo protector de intereses jurídicos.

2º) En sentido específico la injuria indica contumelia expresión que, según *Inst. Iust.* 4,4 pr. *de iniuriis*, deriva del verbo *contemnere*, despreciar.

Tras los dos significados, Ulpiano refiere tres sentidos de injuria: en primer lugar, como daño producido con culpa castigado por la ley Aquilia; en segundo lugar, como equivalente a injusticia y hace alusión a los pronunciamientos judiciales de los magistrados que fueran ilegales *-iniustitia*⁸ - o *inicos -iniquitas*⁹ -; y, por último, como contumelia o menosprecio, de donde nace la intencionalidad ofensiva, elemento esencial de este delito D.47,10,3,1 (*Ulp., LVI. ad ed.*).

De lo dicho hasta ahora, se desprende el diferente alcance del concepto romano de injuria y el vigente en nuestro derecho. En la regulación romana la injuria era un concepto heterogéneo que implicaba cualquier acto antijurídico y más concretamente la ofensa a un *civis* física o moral.

D.47,10,1,2 (*Ulp., LVI. ad ed.*): *Omnemque iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere...*

En nuestro derecho prevaleció la injuria como ultraje al honor, concepción que, según Serra Ruiz¹⁰, tiene su causa en la regulación de Partidas debido a la equivocada frase de la Partida VII, tít. IX, ley I según la cual "Injuria en latín tanto quiere decir en romance como deshonor que es fecha á otro á tuerto ó á despreciamiento dél". Dejando aparte el equívoco terminológico, podemos deducir dos cosas: Que el régimen de Partidas, como ocurría en Derecho romano, exige la intencionalidad ofensiva, y que respecto al derecho vigente,

⁷-También D.9,2,5,1 (*Ulp., XVIII. ad ed.*) a propósito de la ley Aquilia dice: *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius...*

⁸-Ulpiano define la *iustitia* en D.1,1,10 pr. (*I. reg.*): *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*

⁹-Ulpiano define la *iustitia* en D.1,1,10 pr. (*I. reg.*): *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*

¹⁰- IJ. 4,4 pr. *de iniuriis*

la definición de Partidas fue tomada como criterio de referencia en la redacción del art. 457 del anterior C.P.: "es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona"; actualmente, el elemento subjetivo del injusto o *animus iniuriandi* no es exigido en el art. 208 del C.P. de 1995¹¹.

El carácter genérico con que la Partida VII nos define la injuria obtiene su consecución en el desarrollo detallado que observamos a lo largo del tít. IX: en la ley III, destacamos que puede injuriarse a otro verbalmente o por escrito haciendo cantigas, rimas o dictados con intención infamante; la ley IV, trata de injurias a mujeres de buena fama y la ley V, habla de la deshonra de hecho, por citar parte de la regulación.

La posibilidad de cometer injuria de palabra o por hecho es característica del Derecho romano que han recibido las Partidas en la ley I, tít. IX, Partida VII, las cuales añadieron una tercera posibilidad que es la injuria escrita o por libelo famoso -ley III-, forma de injuriar mediante panfleto ya conocida en el Derecho romano y de clara influencia griega: D.47,10,5,9 (*Ulp., LVI. ad ed.*); D.47,10,6 (*Paul., LV. ad ed.*); P.S. 5,4, 1 y 15.

La Novísima Recopilación Lib. XII, tít. XXV, se deja influenciar por las Partidas pues recoge injurias orales y de hecho, pero tampoco fue ajena al Fuero Real Lib. IV, tít. III, donde simplemente se sistematizan una serie de conductas verbales afrentosas, tal como hicieron el Fuero Viejo de Castilla Lib. II, tít. I, ley IX y el Fuero Juzgo Lib. XII, tít. III¹². El Fuero Viejo y el Fuero Juzgo hablan de injurias verbales contra el honor pero sólo el Fuero Juzgo, en la ley VII del título y libro referidos, recoge un supuesto de injuria de hecho.

De toda esta normativa se desprende que nuestra legislación intermedia tendió a dar a la injuria el carácter de atentado contra el honor personal, calificando como afrentas graves ciertos insultos que varían según la época, si bien los más reiterados son los que afectan a la vida moral del ofendido, su fama o su reputación, como traidor, hereje, gafo o cornudo.

Concretamente "cornudo", agravio de larga historia y considerado ultraje cualificado, fue recogido de manera expresa en las compilaciones más relevantes castellanas: Fuero Viejo de Castilla Lib.II, tít. I, ley IX, en el Fuero Real Lib.IV, tít. III, ley I; Nueva Recopilación Lib. VIII, tít. X, ley II y en la Novísima Lib. XII, tít. XXV, ley I.

Semejante denuesto fundamentó la presentación de querrela criminal por Juan Alvarez vecino de Cangas, Asturias, en abril de 1645 de donde se desprenden algunos aspectos procesales relevantes¹³.

El primer párrafo, de inicio del proceso criminal, manifiesta: "...*parescio presente Juan Alvarez vezino desta villa y dixo que como mexor aya lugar derecho se querellaba y querello criminalmente de Lucia de Cobos vezina desta villa y contando el caso de su querrela por relación verdadera...*".

¹¹- SERRA RUIZ, R., *Honor, honra e injuria en el derecho medieval español*, Murcia, 1969, págs. 223 y ss.

¹²- BERNAL DEL CASTILLO, J., *El delito de injurias* en La Ley, 25 de marzo de 1996, págs. 1 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. MORALES PRATS, F., *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, 1996, págs. 368 y ss.; en contra: MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, Valencia, 1996, págs. 240 y ss.

¹³-Se duda si el título es original pues no existe en el texto latino y más bien se cree añadido en el s. XIII. GROIZARD, A., *El código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, Madrid, 1913, pág. 380.

De lo expuesto resultan dos aspectos a comentar: de un lado, confirmamos que se trata de una querrela a instancia de parte y, de otro, la necesidad de una injuria sufrida realmente.

En cuanto al primer punto decir que, en nuestra legislación actual, el principio de perseguibilidad de oficio de las infracciones penales quiebra con los delitos de calumnia e injuria, los cuales, al ser catalogados como delitos de carácter privado, exigen un acto de parte, la querrela por el ofendido para el conocimiento de la causa: art. 808 LECr. y art. 467.3 del antiguo C.P.: "Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la parte ofendida..."; no cabe, por tanto, ni la presencia de la acusación pública ni de la popular: arts. 104 y 105 LECr¹⁴.

La necesidad de querrela también la preveen la Novísima Recopilación Lib.XII, tít. XXV, ley I; el Fuero Real, Lib. IV, tít. III, ley I y la Partida VII, tít. IX, ley I que añade además la posibilidad de querrellarse por las ofensas hechas incluso estando ausente el ofendido.

Esta regulación deriva de la consideración que de la injuria como *delictum privatum* hacía el Derecho romano¹⁵; la persecución de la injuria se realizaba por medio de la *actio iniuriarum* concedida por el Magistrado previa petición de parte. Se discute si la *lex Cornelia de iniuriis* del año 81 a.C. introdujo una nueva acción civil privada añadida a la pretoria para los supuestos de *pulsare, ververare y domum vi introire*, o bien, si creó un procedimiento especial para los tres casos mencionados en virtud del cual, la acción privada de injurias se ejercita conforme al procedimiento criminal de la *quaestio*. La primera opción prevaleció en la antigua doctrina, sin embargo, los recientes estudios se inclinan por la segunda alternativa¹⁶. Lo que sí podemos deducir de las fuentes es que la represión de la *lex Cornelia* siguió teniendo carácter privado en el sentido de hacer necesaria la denuncia del ofendido, lo que suponía, la inadmisión de la *accusatio publica* abierta a todo ciudadano¹⁷: D.47,10,5 pr. (*Ulp., LVI. ad ed.*)¹⁸.

Respecto a la segunda cuestión, es decir, que se trate de una injuria realmente sufrida como requisito para la admisión de la querrela es algo exigido por el Derecho romano: D.47,10,7 pr. (*Ulp., LVII. ad ed.*), P.S. 5,4,9¹⁹, expreso en la *demonstratio* de la fórmula. A *sensu contrario* se desprende que las injurias virtuales, como fueron denominadas por Zoltán²⁰, es decir, las injurias de hecho pero no de derecho, no dan lugar a sanción.

¹⁴.- Archivo Histórico Provincial de Asturias. Sección de Protocolos. Caja 13.474.

¹⁵.- Véase: DEL MORAL GARCÍA, A., *Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal*, Madrid, 1990, págs. 123 y ss.

¹⁶.-Existente también en época posclásica: C.9,35,7 Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Paenentiano, (a. 293): *Iniuriarum causa non publici iudicii, sed privati continet querelam*.

¹⁷.- Ver por todos: MANFREDINI, A., *Contributi allo studio dell'"iniuria" in età repubblicana*, cit., págs. 218 y ss.

¹⁸.- VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1972, pág. 563; también D'ORS, A. y SANTA CRUZ TEJEIRO, J., op. cit., pág. 659.

¹⁹.- D.47,10,5 pr. (*Ulp., LVI. ad ed.*): *Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem...*

²⁰.-D.47,10,7 pr. (*Ulp., LVII. ad ed.*): *Praetor edixit: qui agit iniuriarum, certum dicat, quid iniuriae factum sit: quia qui famosam actionem intendit, non debet vagari cum discrimine alienae existimationis, sed designare et certum specialiter dicere, quam se iniuriam passum contendit. P.S. 5,4,9: Qui per calumniam injuriae actionem instituit, extra ordinem punitur...*

Las injurias no sancionables podían serlo:

a) Por razón de la veracidad de la declaración; de tal forma queda libre de pena quien difamó a un culpable D.47,10,18 pr.(*Paul., LV. ad ed.*)²¹, aunque parece ser que el derecho posclásico no lo permitió si el ofensor injurió con ánimo de afrenta: C.9,35,5 de Impp. Diocl. et Max. AA. Vict., (a.290)²²

b) Por la falta de intencionalidad: no está sujeto a la acción de injurias el que injurió en broma, D.47,10,3,3 (*Ulp., LVI. ad ed.*)²³, o por error, D.47,10,3,4 (id.)²⁴, ni tampoco los incapaces, como los furiosos o impúberos, D.47,10,3,1 (id.)²⁵.

Las Partidas hacen la recepción del Derecho romano en este ámbito:

1º Partida VII, tít. I, ley XIV, previo traslado de la demanda al acusado, obliga al demandante a jurar "... que se non mueve maliciosamente, mas que cree que aquel á quien acusa que es en culpa et que fizo aquel yerro de quel face la acusacion..." trámite previsto también en la Novísima Recopilación, Lib. XI, tít.III, ley I: en ésta, la presentación por escrito de la demanda no hace necesario el juramento. La Partida VII, tít. I, ley XIX permite al juez desamparar la acusación si ésta se hizo sobre alguna falsedad.

2º Partida VII, tít. IX, ley I, afirma que si el ofensor prueba la certeza de su afirmación no será penado tanto por decir verdad como por la conveniencia del conocimiento de los delitos y delincuentes: D.47,10,18 (*Paul., LV. ad ed.*)²⁶.

3º Partida VII, tít. IX, ley XVIII, dispone que quien injuriase a mujer virgen u otra de buena fama por ir vestida con ropas de malas mujeres o por encontrarse en casas de éstas en el momento de la injuria, no puede ser penado pues la mujer le indujo a un error; reproducción de lo previsto en D.47,10,15,15 (*Ulp., LXXVII. ad ed.*).

4º Partida VII, tít. IX, ley VIII, dice que los hombres o mujeres mayores de diez años y medio pueden ser acusados de injuria salvo que fuese un loco o desmemoriado. Ley que se completa con la Partida VII, tít. I, ley IX, que añade la figura del furioso.

En nuestro derecho no es necesario una declaración jurada del *querellante*; el art. 277.4º de la LECr. prevee que en la redacción de la querrela, aquél exponga la relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar y momento en que ocurrió, si se supiere, pudiendo el juez inadmitir la querrela si considera los hechos no delictivos: art.313 LECr.

El art. 210 del C.P. prevee una limitada *exceptio veritatis* cuando dice que "El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas", cuyo antecedente es el art. 461 A.C.P.

²¹-ZOLTAN MEHESZ, K., *La injuria en derecho penal romano*, Buenos Aires, 1970, págs. 14 y ss.

²²-D.47,10,18 pr.(*Paul., LV. ad ed.*): *Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire.*

²³-C.9,35,5: *Si non convincii consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit....*

²⁴-D.47,10,3,3: *Quare si quis per iocum percutiat, aut dum certat, iniuriarum non tenetur.*

²⁵-D.47,10,3,4: *Si quis hominem liberum caeciderit dum putat servum suum, in ea causa est, ne iniuriarum teneatur.*

²⁶- D.47,10,3,1: *Sane sunt quidam qui facere non possunt, utputa furiosus et impubes, qui doli capax non est...*

Las limitaciones son dos²⁷: de una parte, las imputaciones deben venir referidas a los hechos, lo que permite concluir que las injurias referidas a opiniones o juicios de valor o las relativas a la ejecución de actos quedan excluidas; de otra, dichas imputaciones deben afectar a hechos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o a hechos constitutivos de faltas o infracciones administrativas.

De lo dicho podemos afirmar que frente a la reglamentación romana y de Partidas, nuestro nuevo C.P. no reconoce la veracidad como causa que excluye la antijuridicidad del delito de injurias pues la falsedad o no de las imputaciones no forma parte del concepto legal de injurias; es discutible la oportunidad de la limitación de la prueba de la verdad para salvaguardar el derecho a la intimidad aun en perjuicio de mermar otros derechos como el de libertad de expresión, de información o incluso el bien jurídico honor. Estas disposiciones no dejan de ser medidas político-criminales que, en muchos casos, conducen a situaciones paradójicas que deberán ser subsanadas por la doctrina penalista.

Siguiendo con la tramitación de la querrela observamos que el ofendido presenta cinco testigos directos como medio probatorio de los hechos que se refieren en el escrito de querrela, respecto de lo cual, el Derecho romano nada dice a tal efecto. El Fuero Viejo de Castilla Libro II, tít. I, ley 9, es el único que habla de cinco testigos en juicio de injurias pero no dice si pueden ser testigos de referencia o no. Nuestro derecho es más preciso, pues el art. 813 de la LECr. dispone la obligación de presentar testigos directos en las causas por injuria vertida de palabra.

Finalmente, el juez dicta auto de admisión de querrela criminal y ordena al alguacil que "ponga presa a la dicha Lucia de Cobos en el suetano de la carcel de la Villa de Cangas y se le secuestren los bienes que tubiere" tal como dispuso el querellante en su escrito...; en cumplimiento del auto atras llego a casa de la dicha Lucia de Cobos para le prender y secuestrar sus bienes y no hallandola puso en secuestro en manos y poder de Pedro Fernández cuñado de la dicha Lucía los bienes siguientes: tres mantas usadas; diez quartos en dineros y quatro panes de a medio real y uno de dos quartos y una maniega y media emina de trigo y una olla y un cofre de todo lo qual se dio por entregado siendo testigos Domingo de Cortina y Domingo de Arango y Pedro Fernandez de la Cortina becinos desta Villa...".

La redacción del auto se ajusta a lo dispuesto en la Nueva Recopilación, derecho vigente en la villa de Cangas en el momento de suceder los hechos:

1.- En su Lib. IV, tít. X, ley III, dispone que si la persona contra la que se debe proceder criminalmente, "no pudiere ser avido, para lo prender, i fuere el delito de calidad, en que se devan secuestrar sus bienes, esto se haga sin esperar ningun pregon...";

2.- quien realizaba la detención, el alguacil, debía contar con mandamiento: Nueva Recopilación, Lib. IV, tít. XXIII, ley VII: "Mandamos que ninguno de los alguaciles de la nuestra Casa, i Corte, i Chancilleria, ni de las otras Justicias prenda persona alguna sin mandamiento...".

²⁷.- D.47,10,18: *Eum, qui nocentem infamavit, non essem bonum aequum ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire*. Véase la opinión en contra de ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t.III, Madrid, 1875, págs. 259 y ss.

3.- Parece ser que en esta época, los delitos graves perseguidos por querrela -donde podemos encajar nuestro supuesto, pues es insulto cualificado: Nueva Recopilación, Lib. VIII, tít. X, leyes II y III- llevaban implícito el secuestro de bienes como medida preventiva, siendo obligatorio su inventariado y depósito hasta que el alcalde o juez proveyera cosa distinta: N.R., Lib. IV, tít. XXIII, ley VII "...i si el preso por los dichos Alguaciles fuere sobre querrela, ò acusación porque deva perder sus bienes, ò parte dellos, los dichos Alcaldes, i Justicias hagan escribir, è inventariar sus bienes ante Escrivano público, i los dèn en fiado à persona llana, i abonada, hasta que los dichos Alcaldes, i Justicias provean sobre ello lo que sea de justicia".

Nuestro art. 277.6º de la LECr., que regula el contenido de la querrela, dice entre otros que en ella se expresará "la petición de que se admita la querrela..., se proceda a la detención y prisión del presunto culpable, o a exigirle fianza de libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos que así proceda".

La LECr. alude, en primer lugar, a la declaración de voluntad del querellante por la que expresa su intención de que comience la causa criminal para, después, permitirle solicitar la detención y el embargo de bienes como medidas cautelares, cuya adopción, por tanto, depende de su petición por el ofendido.

En Derecho romano, la ley de las XII Tabas, tab.1,1 establecía medidas para garantizar la celebración del proceso y evitar la rebeldía del demandado: *Si in ius vocat, [ito]. ni it, antestamino: igitur em capito*.

En época clásica encontramos una figura con fines cautelares, la *missio in possessionem*, que sirvió de garantía al pretor para asegurar el desarrollo normal del proceso al permitir que un ciudadano, con la autorización del magistrado y previa petición, pudiera poseionarse de bienes ajenos para constreñirle a realizar determinados actos; parece ser que este "envío en posesión" implicaba una verdadera *possessio* en la época de Quinto Mucio: D.41,2,3,23 (*Paul., LIV. ad ed.*), pero como se extrae del propio fragmento, es probable que avanzada la etapa clásica implicara sólo detentación, permitiendo el pretor la posesión y venta de bienes en algunos casos, por ejemplo, cuando el demandado se oculta con intenciones defraudatorias: D.42,4,7,1 (*Ulp., LIX. ad ed.*).

En cuanto al ingreso en prisión hemos de decir que sólo aparece en Derecho romano con carácter de pena, no como medida cautelar: D.47,10,38 (*Scae., IV. regul.*); D.48,19,28, 7 (*Callist., IV. de cognit.*).

En Derecho romano arcaico la penas se imponían conforme a una cuantía fija: la pena de la iniuria pura y simple, consistente en cualquier lesión de menor relieve, era el pago de 25 ases: Tab.8,4: *Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt. Se cree que en época de la Lex Aebutia, fue emanado por el pretor un edictum generale en que prometió una actio iniuriarum que permitía acceder a un iudicium recuperatorium de iniuriis aestimandis*: A. Gell, N.A., 20,1,13 y Cic. *inv.* 2,59-60²⁸; se caracterizaba en que el juicio no se desenvolvía ante un *iudex* único sino ante un colegio de *recuperatores*; las penas eran siempre pecuniarias y, según Gayo, 3,224, su cuantía era impuesta por el juez según la libre estimación

²⁸.- QUINTERO OLIVARES, G. MORALES PRATS, F., Comentarios a la parte especial del derecho penal, Pamplona, 1996, págs. 375 y ss.

del ofendido; dicha estimación debía venir recogida en la *condemnatio*, si bien el juez podía disminuirla cuando entendía que la petición del ofendido era excesiva; el juez fijaba la reparación pecuniaria en proporción a la gravedad de la injuria como consta, entre otros fragmentos, en: D.47,10,15,25 (*Ulp., LXXVII. ad ed.*); D.47,10,7,7 y 8 (*Ulp., LVII. ad ed.*); D.47,10,17,3 (*id.*); D.47,10,9 pr.,1 y 2 (*id.*); I.J. 4,4,9; Gayo, 3,225; P.S. 4,4,8.

Dice Ferruccio²⁹ que en derecho justiniano el querellante no estaba obligado a tasar la injuria, lo que deduce de la incompleta reproducción en la compilación justiniana de la mencionada cláusula edictal: *Inst. Iust.* 4,4,7, donde la mención de la *aestimatio* preventiva del ofendido está insertada como derecho histórico. Según el autor, tampoco en el caso de injurias *ex lege Cornelia* el ofendido fue obligado a indicar el valor pecuniario atribuido a la injuria sufrida porque la disposición de la *aestimatio* por el ofendido era norma honoraria y por tanto no válida para las injurias estatuidas *ex lege*: D.47,10,37 (*Marc., XIV. inst.*).

La fijación de la pena por el ofendido es consecuencia del carácter intrínseco de la *actio iniuriarum* cual es la *vindictam spirantem* o venganza personal como medio de satisfacción por el agravio sufrido. En época primitiva, la forma de restituir el equilibrio jurídico-social era la ley del talión; cuando el estado impone límites a la acción de la justicia privada lo hace determinando las penas y modos de proceder; sin embargo, respecto a las injurias, aunque la última palabra la tiene el juez, el pretor permite la fijación previa de la pena por el ofendido, con lo cual no pierde totalmente el sentido vengador que la inspiró al principio.

La legislación castellana previa a Partidas: Fuero Real, Lib. IV, tít. III, ley II y Fuero Viejo de Castilla ley 9, tít. I, Lib. II, siguieron el criterio de penas fijas igual que la ley de las XII Tablas: el Fuero Real castiga el denuesto "cornudo" con 300 sueldos además de tener que desdecirse de él públicamente. En el Fuero Viejo de Castilla, las palabras injuriosas se castigan con 500 sueldos si es fijosdalgo o 300 si es labrador.

La ley XXI, tít. IX, Lib. VII de Partidas sigue el derecho romano clásico y prevee que el juez debe penar las injurias según su gravedad; la pena está prevista para algunas deshonras, como las realizadas por rimas o cantigas -ley III- o a los muertos -ley XII-, pero como dice el legislador, no puede señalar pena a todas las deshonras porque las personas y los hechos son desiguales. En cualquier caso, establece con carácter general que el deshonrado puede pedir dos cosas, o enmienda de dinero estimada por el propio injuriado o escarmiento, pero una y otra quedan al arbitrio del juez quien deberá valorar las circunstancias del delito para determinar su gravedad.

La Novísima Recopilación, Lib. XII, tít. XXV, ley I vuelve a la situación anterior a Partidas, pues es la propia ley la que establece la cuantía de la pena; ésta dependerá de la gravedad de la injuria y la categoría de los sujetos: para el insulto que nos ocupa, "cornudo", el autor debe desmentirlo ante el Alcalde y hombres buenos y pagar 300 sueldos equivalentes a 1.200 maravedís; si se tratase de un hijodalgo la pena pecuniaria aumentaría a 500 sueldos, igual a 2.000 maravedís pero no es necesario su desmentido. La Novísima no

²⁹- MANFREDINI, A., op. cit., págs. 150 y ss. y 215. FERRUCCIO FALCHI, G., *Diritto penale romano, vol. II*, Padova, 1932, pág. 86.

fue ajena al *arbitrium* o *aestimatio* introducida por las Partidas y finalmente recoge una cláusula de arbitrio judicial al permitir que el juez pueda poner pena mayor a las previstas según la cualidad de las personas y de las palabras.

En nuestro derecho la pena de prisión ha sido abolida por el art. 209 del actual C.P. que dispone la pena de multa de seis a catorce meses para las injurias graves con publicidad y de tres a siete meses para las realizadas sin publicidad. Las injurias leves son constitutivas de falta con una pena de multa de diez a veinte días, según el art. 620.

A pesar de la determinación de las penas, el juez goza de cierta libertad en un doble sentido: de una parte, porque hablar de una pena de multa de tres a siete meses no es sinónimo de penas fijas sino del establecimiento de límites dentro de los cuales el juez puede actuar imponiendo la cuantía que estime conveniente según las circunstancias del caso. De otra parte, porque una injuria será constitutiva de delito o falta según su gravedad: puesto que la gravedad de la injuria depende de lo que públicamente se entienda por tal, podemos afirmar que el juez goza de un grado de discrecionalidad en su interpretación.

Emma Rodríguez Díaz