

LA CONTUMELIA INDIRECTA EN LOS ATAQUES A LA BUENA REPUTACIÓN DE LA MUJER E HIJOS

DORA DE LAPUERTA MONTOYA
UNIVERSIDAD DE VIGO

Si revisamos la evolución que experimenta el delito de *iniuria* en el Derecho romano, puede observarse cómo su regulación revela un proceso de progresiva desmaterialización del ilícito, desde la pura lesión física¹ hasta la ofensa a la buena reputación y al decoro, de carácter típicamente romano. Tal proceso de idealización, ha sido profusamente demostrado por la doctrina², por lo que nos limitaremos a señalar ahora que, sin desechar corrientes interpretativas anteriores³, aquella evolución encontrará su colofón en la llamada *interpretatio labeoniana*, esto es, en la identificación de la injuria con afrenta, con *contumelia*.

¹ El Pretor partirá de la regulación de las lesiones físicas de la ley decenviral, que únicamente tipificaba como *iniuria* las lesiones físicas leves. Lo inadecuado de unas obsoletas penas pecuniarias fijas determinará, hacia la primera mitad del S.II a.C, la emanación de un edicto pretorio introductorio de la *actio iniuriarum aestimatoria*, dirigido a la penalización de cualquier tipo de lesión física inferida a un hombre libre y posibilitador de una condena correlativa a la gravedad de la lesión. En el último tercio de ese mismo siglo, como consecuencia de la tan manida sensibilidad romana hacia el honor, el Pretor extenderá su protección, a través de edictos especiales, a determinados supuestos específicos de lesión moral. Esta paralela regulación de ofensas físicas y morales posibilitará la progresiva idealización del concepto de injurias del primer edicto, proceso que encontrará su colofón en la *interpretatio labeoniana*, esto es, en la identificación de *iniuria* con afrenta, con *contumelia*, y que permitirá el carácter general del edicto pretorio, dirigido ahora a la represión de cualquier ofensa voluntariamente causada.

² Vid. por todos, LAPUERTA, D., *Estudio sobre el "edictum de Adtempata Pudicitia"* (Valencia 1999) p. 29 ss.

³ Coll.2,5,1 atribuye a Labeón la asimilación entre *iniuria* y *contumelia*, en el sentido de afrenta a la dignidad de una persona. Sin embargo, sin pretender restar un ápice de importancia a la interpretación labeoniana en cuanto posibilitadora de una definición y regulación unitaria de la *iniuria*, vemos ya precedentes, a nuestro juicio importantes, desde comienzos del siglo I a.C. Vid. al respecto, MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana* (Milán 1977) p. 16 n. 2; *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis en Illecito e pena privata in età repubblicana* (Nápoles 1992) p. 192; WITTMANN, *Die köperverletzung an Frein im klassischen römischen Recht* (Munich 1972) p. 23 ss. Más recientemente, BRETON, *Ricerche labeoniani. Iniuria e hybris*, en *RFIC* 103 (1975) p. 413 ss; *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*² (Nápoles 1982) p. 175 ss., defiende como innovación específica de Labeón la concepción de la injuria como *contumelia*.

*melia*⁴, con ofensa moral producida. A partir de este momento, todas las ofensas voluntariamente causadas a un hombre libre recibirán un tratamiento uniforme y podrán ser perseguidas por una misma y única acción: la *actio iniuriarum aestimatoria*⁵.

No obstante, la identificación de injuria con *contumelia* no sólo permitió la uniformidad en el tratamiento procesal de los distintos tipos injuriosos, sino que posibilitó también el nacimiento del concepto de injuria indirecta, esto es, de la posibilidad de que determinados sujetos, por el hecho de ostentar la condición de padre, marido o *dominus* pudieran perseguir, *suo nomine*, las injurias sufridas por las personas unidas a ellos por relaciones afectivas o de potestad⁶. Es claro que las concretas injurias inferidas a los hijos *in potestate*, a las mujeres o a los esclavos no tienen otro sujeto pasivo que ellos mismos (aunque sea *de facto* y no *de iure* en el caso del esclavo), sin embargo, dichas injurias pueden hacer sufrir una *contumelia* indirecta, una daño moral a los sujetos antes mencionados. La razón de ser de esta especie de “salpicadura” hay que buscarla siempre en la especial susceptibilidad romana frente a la estima pública: al igual que cuando alguien es públicamente respetado, tal respeto se extiende a los familiares que dependen de él y están bajo su natural protección, también cuando se causa injuria a la mujer o al hijo, queda dañada la pública estimación del padre o marido⁷.

Los juristas clásicos se refieren en numerosas ocasiones a la injuria indirecta pero, quizás, el texto que con mayor precisión refleja el concepto y razón de ser del carácter expansivo de la *contumelia* sea el siguiente pensamiento de Ulpiano: se hace injuria a alguien, o por él mismo o por medio de otras personas; a él mismo cuando directamente se hace la injuria al mismo padre o a la misma madre de familia; por medio de otras, cuando se hace por consecuencia, cuando se les hace a mis descendientes o a mi mujer o a mi nuera; porque nos

⁴ D.47,10,1pr. *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia; Coll.2,5,3. Hoc edictum ad eam iniuriam pertinet, quae contumeliae causa fit.*

⁵ El relieve que la *iniuria*, con el significado de *contumelia*, asume en el período clásico, fue puesto de manifiesto en la ya clásica obra de HUVELIN, *La notion de l'«iniuria» dans le très ancien Droit romain* (Lyon-París 1903) p. 101: «Une notion nouvelle est apparue et a grandi. C'est la notion de *contumelia*» que Huvelin define como «le mépris que l'on fait d'autrui, c'est-à-dire, la volonté d'outrager», y que, como bien destaca este autor, servirá de lazo común a todos los delitos que impliquen el desprecio de la personalidad ajena, tendiendo, en consecuencia, a fundirlos en una única noción.

⁶ Vid. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* 2 (París 1977, reimp. de 5^a-6^a ed.) p. 45: al menos desde la época de Neracio, se acepta la lesión múltiple y simultánea de varias esferas de intereses.

⁷ Vid. FERRINI, *Diritto Penale Romano* (ed. Roma 1976) p. 238 ss.

⁸ Ulpiano D. 47,10,1,3 (56 ad ed): *Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. Per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.*

EL DERECHO DE FAMILIA; DE ROMA AL DERECHO ACTUAL

afecta a nosotros la injuria que se les hace a los que están sujetos a nuestra potestad, o a nuestro afecto⁸.

Versando este Congreso sobre el Derecho de familia, centraremos este trabajo en analizar exclusivamente cómo opera el concepto clásico de injuria indirecta en relación con los vínculos familiares, dejando de lado, aunque la jurisprudencia clásica lo trata en numerosas ocasiones, el supuesto de la *contumelia* indirecta del *dominus* con ocasión de las injurias inferidas a su propio esclavo. Al respecto nos limitaremos a indicar que los juristas clásicos diferenciaban las *iniuriae* inferidas al esclavo con el *animus* de ofender a su *dominus*, de aquéllas en las que faltaba tal intención. Así, si bien jurídicamente, los esclavos no podían ser sujetos pasivos del delito de injurias, la injuria causada a un esclavo ajeno podía ser perseguida por su *dominus*, no sólo actuando *servi nomine*⁹, sino también, como injuria indirecta, actuando *suo nomine*, en el supuesto de que el pretor estimara que el agresor del esclavo actuó con la intención de ofender al titular de la *dominica potestas*, “*in contumelia domini*”¹⁰.

En cualquier caso, tanto la jurisprudencia clásica como la doctrina actual¹¹, cuando acuden al concepto de injuria indirecta lo hacen, preferentemente, dentro del marco de las relaciones familiares: la injuria indirecta nace de la *contumelia* sufrida por el padre o el marido con ocasión las injurias inferidas a los hijos y a la mujer. El protagonismo de estos lazos familiares nos ha parecido razón suficiente para renunciar al análisis de casos aislados¹² y proceder a

⁸ A este propósito responde el llamado por LENEL, E.P.³ p. 401, “edicto de *iniuriis quae servis fiunt*”. Cfr. Ulpiano D. 47,10,15,34 (57 ad ed.): *Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse, deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo; item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo.* En estos supuestos la *actio iniuriarum* podía concurrir con la *actio legis Aquilia* si el esclavo resultaba herido.

¹⁰ Cfr. TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano* (Zaragoza 1987) p. 503: “el pretor concedía al dueño del esclavo la *actio iniuriarum* en cuanto los daños causados al esclavo hubiesen sido realizados *in contumeliam domini*”. Por consiguiente, fuera de los supuestos de la flagelación y del tormento, cuando el siervo sea objeto de una *iniuria* con la intención, por parte del agresor, de ofender a su *dominus* [Ulpiano D.47,10,15,35 (57 ad ed.)], el pretor podrá conceder contra aquél, sobre la base de una sumaria valoración del caso, la acción de injurias al *dominus* ofendido.

¹¹ Vid. entre otros, BONFANTE, *Instituciones de derecho romano*, trad.cast. de la 8^a ed. italiana por Bacci y Larrosa, Madrid 1929 (reimp.1979) p. 533; FERRINI, *ibid.* p. 238 ss.; IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*⁶ (Barcelona 1979) p. 486 ss; LAVAGGI, “*Iniuria* e «*obligatio ex delicto*» en *SDHI* (1947-48) p. 142 ss.

¹² Especialmente interesante resulta el supuesto, planteado por Ulpiano en D. 46,10,1,6 (56 ad ed.), de la injuria realizada al entierro o cometida contra el cadáver, ya sea antes o después de la adición de la herencia. Es sabido por todos el carácter de *actio vindictam spirans* de la *actio iniuriarum*, no obstante, parece cuestionarse aquí la regla de la intransmisibilidad hereditaria activa de esta acción. Sin entrar en profundizaciones, pues el fragmento ha sido tratado sobradamente por la doctrina y, sin dejar de reconocer una cierta subjetividad a la *hereditas iacens*, creemos que no cabe considerarla titular de tal acción porque la herencia no puede sentir la *iniuria*, no puede sentir la necesidad de venganza. La *actio iniuriarum* puede corresponder sólo al heredero en cuanto ofendido por la injuria que él ha sufrido en la persona del difunto. No es que la acción correspondiera en principio al difunto y que se transfiera al heredero con el conjun-

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

centrar este trabajo en la afrenta indirecta derivada de una especial manifestación del delito de injurias, la que aparece en la reconstrucción del edicto de LENEL¹³ bajo la rúbrica edictal *De adtempata pudicitia*, “uno de los breves islotes edictales en el amplio y complejo panorama de la *iniuria*”¹⁴: *Si quis matrifamilias aut praetextato praetextataeve comitem abduxisse sive quis eum eamve adversus bonos mores appellasse adsectatusve esse dicetur.*

Los motivos de esta elección son varios. En primer lugar, si, como se ha dicho, el fundamento de la *contumelia* indirecta se encuentra en la especial sensibilidad romana hacia la estima pública, pensamos que este concreto supuesto de injurias expresa, como ningún otro, tal hipersensibilidad del romano a cuanto pueda suponer una ofensa al honor, a la respectabilidad, a la buena reputación. En segundo lugar, los criterios de diferenciación social, siempre presentes en la *mens* romana y en el pensamiento de los juristas, se hacen especialmente patentes en este especial tipo injurioso. En tercer lugar, como veremos a continuación, la específica cualidad de los sujetos pasivos determina que los casos de atentado al pudor sean un principal exponente de la injuria indirecta por vínculos familiares y afectivos. Finalmente, la conjunción de las anteriores razones, planteará una interesante casuística en el campo de la legitimación procesal de los distintos miembros de la familia.

Antes de proceder al análisis de los casos y consecuencias de la *contumelia* indirecta del padre y/o marido por efecto del edicto de *adtempata pudicitia*, creemos necesario referir brevemente algunas reglas sustanciales y procedimentales que rigen los supuestos de injuria indirecta en general. En este sentido, esquemáticamente, podemos recoger las siguientes reglas:

1. El reconocimiento de la *contumelia* indirecta implica que, si el sujeto pasivo de la *iniuria* es un *alieni iuris* o una mujer casada, de un único hecho delictivo podrán nacer hasta tres acciones diferentes: la acción ejercida por el titular de la *potestas* en nombre del ofendido; la acción, ejercida *suo nomine* por el titular de la *potestas* como consecuencia de la *contumelia* indirecta sufrida y, en su caso, la acción ejercida por el propio sujeto pasivo de la injuria.

2. En estos supuestos, la pluralidad de sujetos activamente legitimados ante un delito de injurias no se considera interdependiente, sino que se justifica por la existencia de injurias distintas, cada una de ellas con su propia estimación,

to hereditario, sino que la *actio iniuriarum* nace teniendo como titular al propio heredero como ofendido: el heredero de un difunto cuyo entierro o cadáver haya sufrido injurias, se convierte en titular de la acción por la injuria indirecta sufrida por el simple hecho de ser heredero. Vid., con distintas posturas respecto a la posible interpolación del fragmento: CENDERELLI, *Il caractere non patrimoniale dell'actio iniuriarum e D.47,10,1,6-7*, en *IURA* 15 (1964) p 163 ss.; DE SIMONE, *D.47.10.1.6-7*, en *Labeo* 12 (1966) p. 356 ss.; y, más recientemente, LA PENNA, *D. 47,10,1,6-7. Iniuria post mortem testatoris e intransmissibilità dell'actio iniuriarum*, en *Testimonium Amicitiae* (Milán 1992) p. 181 ss.

¹³ LENEL, E.P.³, p. 400.

¹⁴ FUENTESECA, P., *Prólogo a Estudio sobre el “Edictum de Adtempatata pudicitia”* (Valencia 1999).

de forma que el ejercicio de una acción no tiene por qué consumir el resto de las posibles¹⁵.

3. La absoluta necesidad del elemento intencional para que exista responsabilidad por injurias¹⁶, no es incompatible con el error *in personam* como causa de exculpación del delito de injurias. No obstante, la *contumelia* indirecta puede sobrevivir a pesar del error sobre la condición del sujeto pasivo. Así, nos dice Paulo que si alguno cree que un hijo de familia es padre de familia, no se puede considerar que infiere la injuria al padre, del mismo modo que no infiere la injuria al marido si creyera que la mujer es viuda. Esto es así porque la injuria no se dirige a la persona del padre o del marido, sino que la intención del autor es inferir la injuria al hijo (como padre) y a la mujer (como viuda). Sin embargo, si supiera que es hijo de familia sin saber de quién era hijo, el padre puede ejercitar en su propio nombre la acción de injurias (de igual modo el marido, si el ofensor supiera que la mujer estaba casada), porque, por medio del hijo o de la mujer, hay voluntad de inferir injuria a un padre o a un marido¹⁷.

4. Por las mismas razones, si bien, en general, el consentimiento del injuriado es causa de exculpación por el delito de injurias, se entiende, sin embargo, que “de tal modo afecta a nuestro decoro la injuria que se les hace a nuestros descendientes”, que tal consentimiento sólo impedirá la legitimación activa del sujeto pasivo o, en su caso, del titular de la *potestas* en su nombre, pero no afectará, en absoluto, a la posibilidad de perseguir el ilícito *suo nomine*, por la *contumelia* indirectamente sufrida¹⁸.

Es el momento de revisar cómo operan estas reglas generales en los supuestos de injurias por atentado al pudor. Para ello, es requisito previo referir brevemente cuáles fueron las conductas punibles y quiénes los concretos sujetos pasivos de este especial tipo injurioso.

¹⁵ Cfr. LAVAGGI, «*Iniuria*» e «*obligatio ex delicto*» cit. p. 188: es una hipótesis común de concurso ideal de delitos, cada uno de ellos sigue su propio recorrido. La acción intentada *suo nomine* por el *paterfamilias* no es distinta de cualquier otra acción por las posibles injurias que al padre se le hayan inferido directamente, ni interviene, de ninguna forma, sobre el desarrollo de la acción *filii nomine*.

¹⁶ Tal esencialidad se refleja claramente en Paulo D.47,10,4 (50 ad ed.): *Si, quum servo meo pugnum ducere vellem, in proximo te stantem invitus percusserim, iniuriarum non teneor.*

¹⁷ Paulo D.47,10,18,4-5 (55 ad ed.): *At quum aliquis filiumfamilias patremfamilias putat, non potest videri iniuriam patri facere, non magis quam viro, si mulierem viudam esse credat, quia neque in personam eorum confertur iniuria, nec transferri per personae putationem ex persona filiorum ad eos potest, quum affectus iniuriam facientis in hunc, tanquam in patremfamilias, consistat. 5. Quod si scisset filiumfamilias esse, tamen si nescisset, cuius filius esset, dicerem, inquit, patrem suo nomine iniuriarum agere posse, nec minus virum, si ille nuptam esse sciret; nam qui haec non ignorat, cuicunque patri, cuicunque marito per filium, per uxorem vult facere iniuriam.*

¹⁸ Cfr. Ulp. D. 47,10,1,5 (56 ad ed.): *Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiam si volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.*

Siguiendo la reconstrucción edical antes citada¹⁹, el edicto de *adtemptata pudicitia* se concreta en tres tipos de conductas punibles:

- a. cortejar con dulces e insinuantes palabras eróticas (*appellare*)²⁰.
- b. seguir por la calle de forma discreta y fastidiosamente insistente (*adsectari*)²¹.
- c. alejar al acompañante (familiar o esclavo = *comes*) que determinadas personas llevan siempre en sus apariciones en público como escudo protector de su honor (*comitem abducere*)²².

Se trata de tres actividades que, claramente, sólo pueden desarrollarse en la calle o en lugar de público tránsito y que comparten un cierto carácter equívoco, incierto²³. Son conductas que, contempladas en abstracto, nada tendrían de ofensivas, pero dirigidas contra un específico grupo de personas, se consideran contrarias a las reglas que rigen la sociedad romana y atentatorias al honor de las personas protegidas. Y ¿quiénes son las personas protegidas por nuestro

¹⁹ La reconstrucción que defiende LENEL se fundamenta, en gran parte, sobre I.4,4,1, el cual, a su vez, reproduce con algunas añadiduras a Gayo 3,220. De la conjunción de ambos pasajes, LENEL, basándose en el libro 57 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto y en Paulo (Coll 2,5,4), rechaza la figura de la *pudicitia adtemptata* y explica las figuras de *comitem abducere*, *appellare* y *adsectari*. Para LENEL, las palabras *adtemptata pudicitia* que aparecen varias veces en los Comentarios de Ulpiano, no pertenecerían al Edicto sino, únicamente, a la rúbrica.

²⁰ Ulpiano D.47,10,15,20 (57 ad ed.): *Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam attentare; hoc enim non est convictum facere, sed adversus bonos mores attentare*. Nos dice Ulpiano que corteja quien con palabras atenta a la honestidad [D.47,10,15,22 (57 ad ed.): *appellat enim, qui sermone pudicitiam attentat*] y, anteriormente, nos matiza que *appellare* es atentar a la honestidad de alguien con «dulces palabras» y *qui turpidus verbis utitur, non tentat pudicitiam, sed iniuriarum tenetur* [D.47.10.15.21 (57 ad ed.)]. El *appellare* no consiste, por tanto, en decir obscenidades o en utilizar un lenguaje claramente soez; dirigirse con *turpidus verbis* a una persona que pudiera ser víctima de atentado al pudor, no da lugar a la acción especial de *adtemptata pudicitia*, sino a la *actio iniuriarum general*. Para que haya atentado al pudor por *appellare*, las palabras utilizadas deben ser *blanda* y deben ser contrarias a los *boni mores*, esto es, al sentido común del pudor.

²¹ Gayo 3,220: *Gaius iniuriam autem committitur non solum sive quis matrem familias aut praetextatum adsectatus fuerit*. Ulpiano D. 47,10,15,22 (57 ad ed.): *Aliud est appellare, aliud adsectari;... adsectatur, qui tacitus frequenter sequitur; assiduo enim frequentia quasi praebet nonnullam infamiam*. *Adsectari* es seguir en silencio (*tacitus*) pero con fastidiosa y abusiva insistencia (*assidua enim frequentia*). Una única persecución no era suficiente para justificar el acto delictivo del *adsectari*; el honor de la persona quedaba dañado si era perseguido frecuentemente y de forma discreta. El *status social* de la persona quedaba dañado por la reiteración. Cfr. SANTA CRUZ TEIJEIRO, *La iniuria en Derecho Romano*, en *Studi Sanfilippo* 2 (1982) p.536.

²² *Comitem abducere*, literalmente, significaba alejar al acompañante [Ulpiano D.47,10,15,19 (57 ad ed.)]. Para poder comprender el contenido de este tipo injurioso es necesario recordar que durante un largo período de tiempo era costumbre entre los pertenecientes a las clases elevadas romanas y, según nos transmiten las fuentes literarias, exclusivamente entre este tipo de gente, que las mujeres y jóvenes no anduvieran solos por la vía pública, sino que fueran acompañados siempre de un siervo o de un familiar, el *comes*. Alejar al acompañante de una mujer, haciéndola permanecer sola en la vía pública implicaba, además de la vergüenza o el ridículo, exponerla a la mala fama, exponerla al peligro de que se la confundiera con una meretriz o con una persona de condición servil. Cfr. CANTARELLA, *La mujer romana* (Santiago de Compostela 1991) p.40; SEGÚN NATURA. *La bisexualidad en el mundo antiguo*, trad.cast. M^ÁM. Linares García (Madrid 1991) p.155.

²³ GUARINO, *Le matrone e i papagalli*, en *Inzie di Giureconsulti* (Nápoles 1978) P. 174.

edicto?. La identificación de los sujetos pasivos es fundamental a la hora de determinar los terceros que se verán indirectamente afectadas por la *iniuria* inferida a aquéllos, por ello, nos parece conveniente detenernos brevemente en precisar, con cierta exactitud, las cualidades distintivas de las personas cuyo pudor se protege, lo que, por otra parte, nos permitirá justificar el carácter “clasista” del edicto al que antes nos hemos referido.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar²⁴, la reconstrucción que hace Lenel sobre el edicto de *adtemptata pudicitia* está, en gran parte, fundada en I.4,4,1 que, a su vez, reproduce con varias añadiduras a Gayo 3,220. De la combinación de ambos pasajes cabe deducir la existencia de tres concretos sujetos pasivos: la *materfamilias*, el *praetextatus* y la *praetextata*.

Antes de analizar qué debemos entender por cada uno de estos tres términos, conviene aclarar un punto previo que afecta a los sujetos pasivos pero que afecta, igualmente, a la entera configuración de la figura delictual. No se exige en nuestro edicto que la *materfamilias* y el *praetextatus* (*praetextata*) sean especialmente virtuosos, de forma que la acción del sujeto activo tuviera que estar dirigida a corromper tal virtud. Es cierto que la lectura de algunas fuentes pueden conducirnos a esta errónea interpretación²⁵, sin embargo, debemos entender que el pretor persigue los actos de atentado al pudor, no en cuanto sean actos lesivos de la precisa moralidad de la *materfamilias* o del *praetextatus*, sino en cuanto, en general, superen los límites consentidos por las buenas costumbres, por el común sentido del pudor. Precisamente, la especial exigencia de intencionalidad que requiere toda *iniuria* punible²⁶ se traduce, en el supuesto de la *adtemptata pudicitia*, en la voluntaria contravención de los *boni mores*²⁷: el agresor debe actuar *adversus bonos mores*, expresión que, tal como matiza la jurisprudencia, no se refiere a la específica sensibilidad o moralidad de los sujetos, sino a las normas de la sociedad que da cobijo a ofensor y ofendido, significando, por tanto, una medida de carácter objetivo que, de alguna forma, se nos muestra como parámetro obstaculizante de cualquier in-

²⁴ Vid. *supra*. n.p. 19.

²⁵ Así, Ulpiano nos habla de intentar «hacer impúdicos» (D.47,10,9,4: *si quis tam feminam, quam masculum, sive ingenuos, sive libertinos, impudicos facere..*) o, en la misma línea, Paulo señala que hay *adtemptata pudicitia* cuando se hace de forma que el sujeto pasivo, de púdico, pasa a ser impúdico (D. 47,10,10: *Attentari pudicitia dicitur, quum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat*).

²⁶ Vid. LAPUERTA, *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 da Universidade da Coruña* 2 (1998).

²⁷ Aunque no conservamos el texto literal del edicto de *adtemptata pudicitia*, no hay por qué dudar de que la expresión *adversus bonos mores* se recogiera originariamente en dicha cláusula. La misma aparece en las cláusulas edictales que fijan los presupuestos del *convicium* [Ulpiano D.47,10,15,2 (57 ad ed.)] y en la de *iniuriis quae servis fiunt* [Ulpiano D.47,10,15,34 (57 ad ed.)] y, además, como explica KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit in klassischen römischen Recht*, en ZSS 60 (1940) p.131; *Das Römische Privatrecht I*³ (Munich 1971) p.195-196, la referencia a los *boni mores* entre los juristas es realmente muy frecuente.

interpretación extensiva del pudor y del honor²⁸. Lo que el pretor trata de proteger es el pudor objetivamente considerado, la dignidad social de los sujetos pasivos. Esta finalidad del edicto se hace patente si realizamos un somero análisis de los sujetos protegidos.

En una primera aproximación, el término *materfamilias* debe entenderse aplicable a una mujer libre, de cualquier edad²⁹. Sin embargo, entendemos que tan amplio concepto de *materfamilias* debe limitarse en lo que a nuestro edicto se refiere. Nuestro edicto contempla un concepto de *materfamilias* restringido por cotas sociales de honestidad y honorabilidad. Como señala Ulpiano³⁰, son las buenas costumbres las que distinguen a la *materfamilias* de las demás mujeres. Es esta definición social que resalta la honorabilidad de la matrona como modelo femenino de dignidad y pudor³¹ la que vemos reflejada en el edicto de *adtemptata pudicitia*³². Ello por varias razones:

En primer lugar, la costumbre de llevar acompañante cuando se acudía a un lugar público estaba reservada a la alta clase social, es decir, a las matronas y jóvenes de alto rango³³. Las mujeres libres de la plebe no iban acompañadas del *comes* como escudo protector de su honor. Respecto de estas últimas no era posible, por tanto, el *comitem abducere*.

En segundo lugar, como se verá a continuación, el término *praetextati* estaba reservado a los jóvenes de ambos sexos pertenecientes a las clases pudientes. Entonces, si los niños debían pertenecer a las clases altas ¿por qué no las matronas?

En tercer lugar, como hemos señalado, la exigencia de la contravención de los *boni mores* hace que el pudor sea valorado de una forma objetiva, en el sentido de honorabilidad, de buena fama; se trataba de proteger la «imagen» del sujeto pasivo (ya que nuestro edicto no contempla la efectiva agresión sexual). Por ello, no parece probable que las mujeres libres pertenecientes a la plebe, reaccionasen acudiendo al Pretor ante las atenciones de los provocadores³⁴.

²⁸ Cfr. Ulp. D. 47,10,17,6 (57 ad ed.): «adversus bonos mores» sic accipiendum, non eius, qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis. Si bien esta declaración está expresada en relación con el *convicium*, creemos que puede trasladarse a los *boni mores* a los que se refiere Ulpiano en D.47,10,15,20 (57 ad ed.): *Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam attentare; hoc enim non est convicium facere, sed adversus bonos mores attentare.*

²⁹ Sobre el sentido extensivo y corriente de *materfamilias* vid. KUNKEL, s.v. *materfamilias*, en PWRE 14,2 (1930) 2183ss. En relación el significado de *materfamilias* como mujer honesta que vive de acuerdo con las buenas costumbres en los textos referidos a la *iniuria* vid. WOLODKIEWICZ, *Attorno al significato della nozione di materfamilias*, en *Studi in onore di C.Sanfilippo III* (Milán 1983).

³⁰ Cfr. Ulp. D. 50,16,46,1 (59 ad ed.)

³¹ Vid. CASTRESANA, *Catálogo de virtudes femeninas* (Madrid 1993) p.44 ss.

³² Cfr. CREMADES / PARICIO, “*Dos et Virtus*”. *Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres* (Barcelona 1983) p. 21. “... de esta forma el modelo ético llega a ser modelo jurídico, modelo sobre el que asentar consecuencias jurídicas, también en el caso de la mujer.

³³ Naev.Danae fragm.6; Sen.Contr.2,7,3.

³⁴ Los límites sociales del edicto de *adtemptata pudicitia* son tales que, según hemos defendido en otras ocasiones, vid. LAPUERTA, *El elemento subjetivo en el “edictum de Adtemptata*

Este criterio de diferenciación social se aprecia más claramente en los otros dos sujetos pasivos del edicto de *adtemptata pudicitia*: el *praetextatus* y la *praetextata*. El *praetextatus* es el que lleva la toga *praetexta*, toga a la que se ha añadido una orla de púrpura. Esta toga era llevada, además de por determinadas autoridades, por los niños y niñas de las familias nobles, ya que, según nos narran las fuentes literarias³⁵, los niños de familias pobres llevaban la toga sencilla³⁶. En este sentido, cabe destacar cómo el término *praetextatus* es claramente indicador de un determinado rango social³⁷.

De todo lo expuesto, podemos concluir que no cabe identificar mujeres y niños en general como sujetos pasivos de *adtemptata pudicitia*. Los es sólo una determinada mujer, la *materfamilias*, la matrona romana perteneciente a la alta clase social. De la misma forma, únicamente son sujetos pasivos de *adtemptata pudicitia* el *praetextatus* y la *praetextata*, es decir, los niños de la alta sociedad distinguidos, precisamente, por portar la toga *praetexta*. Son estas tres categorías de personas las que requieren la presencia de un *comes* en sus apariciones públicas y son éstas las tres únicas categorías protegidas por nuestra cláusula edictal³⁸.

Para precisar las especialidades procedimentales³⁹ que produce la injuria indirecta en los supuestos de atentado al pudor, hemos juzgado oportuno dife-

Pudicitia» cit. p. 242 ss.; *Estudio sobre el “edictum de Adtemptata Pudicitia”* cit. p. 111 ss., entendemos que la necesidad de una vestimenta determinada constituye un presupuesto objetivo para la aplicación del edicto de atentado al pudor y que, por tanto, cabe entender el *minus peccare* de Ulp. D. 47,10,15,15, como negación de la existencia de los presupuestos objetivos de nuestro edicto: la intención de Ulpiano es suplir una laguna del edicto de *adtemptata pudicitia*, recurriendo, de forma subsidiaria, a la acción general de injurias para una serie de supuestos en los que no es posible la aplicación de nuestro edicto por estar éste dirigido a unos sujetos determinados, caracterizados objetivamente por su forma de vestir. Lo que el polémico fragmento plantea, al igual que en D.47,10,15,21 (*qui turpibus verbis utitur, non temptat pudicitiam, sed iniuriarum tenetur*), es la relación entre la acción especial de *adtemptata pudicitia* y la acción general de injurias, optando Ulpiano por una interpretación restrictiva del edicto de *adattemptata pudicitia*: si los niños no llevan la toga *praetexta* y la mujer no lleva el *habitus matronalis*, no entra en juego la acción especial sino la general.

³⁵ Ps.Asc., en *Cic. Verr.* 3,44.

³⁶ El uso de la toga *praetexta* variaba según el sexo: las chicas la abandonaban en el momento de contraer matrimonio y los chicos en el momento en que tomaban la *toga virilis* o *toga pura*, es decir, a los 17 años en tiempos de la República y a los 14, en tiempos del Imperio.

³⁷ POLAY,E. *Iniuria Types in Roman Law* (Budapest 1986) p.112 n.31 y 159.

³⁸ En contra de la opinión de algunos autores, vid. entre otros, RABER, *Frauentracht und „iniuria“ durch „appellare“*, en *Studi Volterra III* (1971) p. 645, si bien admitimos que la *pudicitia* de la esclava pudiera estar de alguna forma protegida en cuanto ofensa al *dominus*, no creemos que tal protección pudiera basarse en nuestro edicto, ya que la realización de las conductas punibles en la persona de la esclava no podían suponer menoscabo del buen nombre o respetabilidad de su *dominus* o *domina*. Cfr. Ulp. D. 47,10,9,4 (57 ad ed): *Si quis tam feminam quam masculum, sive ingenuos sive libertinos, impudicos facere adtemptavit, iniuriarum tenebitur. Sed et servi pudicitia adtemptata sit, iniuriarum locut habet.* En un esfuerzo por mantener la genuinidad de la cláusula “*sed et rell*”, cabría defender que la posible *contumelia* sufrida por el dueño por este tipo de acoso a sus *servi* podría verse satisfecha a través de otro medio: el edicto de *iniuris quae servis fiunt*.

³⁹ Especial mención requiere el caso del liberto, si bien, teniendo presentes los criterios de diferenciación social que caracterizan el edicto de *adtemptata pudicitia*, su papel no podrá ser

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

renciar una serie de casos atendiendo al *status familiae* y al sexo del sujeto pasivo⁴⁰: de un lado, consideraremos los supuestos en que el sujeto pasivo sea un *alieni iuris*, es decir, una persona sometida a la *potestas* del *paterfamilias* o a la *manus* del marido. De otro lado, finalizaremos este estudio, examinando cómo operan las reglas de legitimación procesal en el supuesto de que el sujeto pasivo, cualquiera que sea su sexo, sea *sui iuris*.

Nos dice Gayo que se estima que sufrimos injuria, no sólo si se nos hace personalmente, también si se hace a uno de los descendientes que están bajo nuestra potestad, y también a nuestras mujeres aunque no estén bajo nuestro poder marital⁴¹. En el mismo sentido, Justiniano, tras referirse en el fragmento inmediatamente anterior a los supuestos de *adtemptata pudicitia*⁴², repite que la injuria puede padecerse no sólo por sí mismo, sino también por sus hijos en potestad y por su esposa⁴³. A mayor abundamiento, PS. 5,4,3: *Si liberis qui in potestate sunt aut uxori fiat iniuria, nostra interest vindicare: ideoque per nos actio inferri potest. Si modo is qui fecit in iniuriam nostram id fecisse doceatur;* y C. 9,35,2, también respecto al atentado al pudor: *Iniuriarum actio tibi dupli ex causa competit, quum et maritus in uxoris pudore, et pater in existimatione filiorum propiam iniuriam pati intelligantur* (a. 230).

Dentro del grupo de personas sometidas a la potestad del *paterfamilias*, estudiaremos de forma separada el supuesto de que la *materfamilias* del edicto sea una *filiafamilias* casada, supuesto especialmente interesante por entrar juego la *contumelia* indirecta del marido frente a la *contumelia* y *patria potestas* del padre.

Si el *praetextatus*, la *praetextata* y la *materfamilias* están sometidos a la potestad del *paterfamilias*, sólo a él corresponde, en principio, la legitimación activa⁴⁴. Como señala Lavaggi⁴⁵, si bien el sujeto pasivo de la *iniuria* es el hijo,

más que marginal. Según se deriva de Ulp. D. 47,10,11,7 (57 *ad ed.*) en relación con Ulp. D. 47,10,7,2 (57 *ad ed.*), salvo en los casos de *iniuria atrox*, el liberto no tiene contra el patrono la acción de injurias ni por las injurias sufridas en su persona ni por las inferidas a su mujer e hijos. Sin embargo, el marido de la liberta, habiendo sufrido injurias su mujer, sí podrá ejercitar contra el patrono de ésta la acción de injurias en su propio nombre, siempre que, como matiza Ulpiano, no se trate de una leve corrección a la casada, pero sí, por ejemplo, de una afrenta impúdica. En cualquier caso, resulta bastante dudoso que tal “afrenta impúdica” pueda referirse a los supuestos específicos de atentado al pudor.

⁴⁰ Para el proceso criminal Vid. RESINA, *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano* (Madrid 1996).

⁴¹ Cfr. Gayo 3,221: *Pati autem iniuriam videmur non solum per nosmet ipsos, sed etiam per liberos nostros, quos in potestate habemus, item per uxores nostras, quamvis in manu nostra non sint...*

⁴² Cfr. I. 4,4,1: ... *sive quis matremfamilias aut praetextatum praetextatamve assectatus fuerit; sive cuius pudicitia attentata esse dicetur...*

⁴³ Cfr. I. 4,4,2: *Patitur autem quis iniuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: iten per uxorem suam; id enim magis praevaluat.*

⁴⁴ Vid. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* (Leipzig 1899) trad.cast.de P.Dorado, (reimp. Bogotá 1991) p. 492 ss. Sobre la capacidad del *filius* para actuar en el proceso privado, vid. SOLAZZI, *Sulla capacità del filius familias de stare en giudizio*, en *BIDR* 9 (1898) p. 113 ss.; y PUGLIESE, *Lezione sul processo civile romano* (Venecia 1946) p. 253 ss.

⁴⁵ LAVAGGI, «*Iniuria*» e «*obligatio ex delicto*» cit. p. 182 ss.

la facultad de actuar en su nombre es un poder propio y originario del padre, adquirido exclusivamente en función de la *potestas* paterna: cesada la patria potestad, cesará la facultad de actuar *in nomine filii*. Así, una vez muerto el padre o emancipado el hijo, éste adquirirá automáticamente el poder de perseguir por sí mismo la injuria sufrida, bien entendido que tal adquisición no se produce porque la *actio iniuriarum* sea activamente transmisible, que no lo es, sino por el simple hecho de convertirse el hijo en *sui iuris*, de adquirir la potestad sobre sí mismo⁴⁶. En estos supuestos, se ve claramente la concurrencia de delitos antes mencionada: el padre podrá perseguir, *nomine filii*, la injuria causada a los sometidos a su potestad y, *suo nomine*, la *contumelia* indirecta que dicha injuria ha causado en su propia persona. Para ello procederá con fórmulas distintas, cada una con su propia estimación⁴⁷, de modo que el ejercicio de una acción no produce la consumación de la otra. Ello explica que, aún en determinados supuestos de *error in personam* que imposibilitan la *contumelia* indirecta del padre o marido⁴⁸ y en los que sólo resulta injuriado el propio hijo o mujer, continúe siendo el propio padre quien ostente la legitimación activa para ejercer la *actio iniuriarum* en nombre de aquéllos.

Esta regla general sufre ciertas correcciones a través del edicto de *si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur*⁴⁹, cláusula edictal que no contiene un tipo especial de *iniuria*, sino únicamente una provisión procesual, previendo que en determinadas circunstancias excepcionales⁵⁰, pueda el hijo ejercer por sí mismo e independientemente de su padre la *actio iniuriarum*: en ausencia del padre y del procurador, se otorga la *actio iniuriarum al filius* (o *filia*) que ha sufrido la *iniuria* porque se puede suponer, razonablemente que,

⁴⁶ En todo caso, será necesario que el padre no haya consumido la acción ni haya remitido la ofensa. Al respecto, LAVAGGI, *ibid.* n. 179 comenta dos pasajes atribuidos a Juliano, D. 46,8,22, 9-10 (56 *Dig.*) planteando la posible alteración justiniana para posibilitar la transmisión de la *actio iniuriarum al filius familia* incluso *post item contestatam*.

⁴⁷ Cfr. CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul diritto penale dei romani* (Roma 1972) p. 219: la injuria inferida a varias personas es apreciada de diverso modo, atendiendo a la cualidad de las mismas. Cfr. Ulp. D. 47,10,30,1 (*ad Sab.*): *Si filio iniuria facta sit, quum utrique, tam filio, quam patri, acquisita actio sit, non eadem utique facienda aestimatio est*. Lo que Paulo, D. 47,10,31 (*ad Sab.*) justifica aludiendo a la posible mayor dignidad del hijo: *quum possit propter filii dignitate maior ipsi, quam patri iniuria facta est*.

⁴⁸ Tal ocurre cuando el sujeto activo infiere la injuria al hijo pensando que es padre de familia o a la mujer casada pensando que es viuda. Cfr. el ya mencionado fragmento de Paulo D. 47,10,18,4-5 (55 *ad ed.*).

⁴⁹ LENEL, E.P.³ p. 402. Ulp. D. 47,10,17,10 (57 *ad ed.*): *Ait praetor: Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur et neque is, cuius in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat: causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicetur, iudicium dabo*.

⁵⁰ El carácter excepcional del la legitimación del *filius*, contrasta con Paulo D. 44,7,9 (9 *ad Sab.*). Vid. al respecto VÖLK, *Zum Verfahren der «actio legis Corneliae de iniuriis»*, en SODALITAS. *Scritti in onore di A. Guarino* 2 (Nápoles 1984) p. 600 ss. y LAVAGGI, *ibid.* p. 190 ss. Para este autor, en la línea antes mencionada, cuando el Pretor concede la fórmula *iniuriarum* al hijo, no hace sino considerarlo, a los fines del ejercicio de la acción, como si ya fuese *paterfamilias*.

de haber estado presente el *pater*, también habría reclamado la acción. En todo caso, la concesión de la acción dependerá de la *cognitio* del pretor.

La jurisprudencia clásica, respondiendo al proceso de lenta liberalización de la *patria potestas* propio de la época, elabora una detallada casuística en desarrollo de esta cláusula edictal. Así, la *praessumptio* de que si el padre hubiera estado presente habría entablado la acción se amplía también al supuesto de que el padre estuviera presente pero no tuviera la capacidad necesaria para entablar la acción (17,11: *propter furorem, vel quem alium casum dementiae*), considerando, ficticiamente, que está ausente. El poder del *paterfamilias* continúa siendo venerado por la jurisprudencia clásica al establecer que si el *pater*, estando presente, no quiere entablar la acción o si perdona al autor de la injuria, la persona sometida a su potestad no obtiene la acción (17,12); sin embargo, en esta situación, el otorgamiento de la acción también debe ser ponderado, pues si el *filius* que ha sufrido la *iniuria* es un hombre honesto y, por su parte, el padre fuera una persona vil y abyecta (*patris persona viles abiectaque sit*), el pretor, considerando la ficción de que el padre está bajo tutela, otorgará la acción al hijo porque “no debe el padre muy vil medir la afrenta de su hijo por su propia vileza” (17,13). Si, una vez contestada la demanda, se ausenta el padre o el hijo se emancipa, se transferirá la acción al hijo (17,14)⁵¹.

La casuística clásica regula por separado el supuesto del nieto que permanece bajo la patria potestad del abuelo y sufre una injuria. En este caso, si el abuelo no está presente pero sí lo está el padre, de acuerdo con Juliano, se otorgará antes la acción al padre que al nieto, ya que el deber natural (*officium*) de aquél es proteger a su hijo en vida del abuelo (17,18)⁵².

Por lo demás, en el supuesto de que se cometa una *iniuria* contra el hijo y no haya nadie para entablar la acción en nombre del padre, el pretor otorga la acción de forma inmediata al *filius*, con la ficción de considerarle, bien emancipado o bien instituido heredero, desheredado o heredero que utiliza el *beneficium abstinendi*; ello debido a que no sería muy equitativo que el pretor retirara la acción al *filius* en el supuesto de que el *pater* no tuviera ningún cuidado por el honor de una persona bajo su potestad (17,22)⁵³.

En conclusión, en el supuesto de *iniuria* cometida contra una persona sometida a la *potestas* de *paterfamilias*, la discreción del pretor tiene, en ciertos casos, una significación decisiva en cuanto a otorgar la legitimación activa. Así, la expresión del edicto *causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicetur, iudicium permitti* significa que el pretor ponderará cuánto tiempo está ausente el padre, si no estaba obligado a regresar antes y si la persona que quiere

⁵¹ Como señala la doctrina, el pensamiento clásico se corresponde mejor con el fragmento 12 (*plane si praesens agere nolit, vel quia differt, vel quia remittit atque donat iniuriam, magis est, ut filio actio non detur*) que con las mitigaciones introducidas en los fragmentos 13 y 14. Es opinión mayoritaria la interpolación de estos dos últimos fragmentos. Vid. al respecto D'ORS, *Executio*, en AHDE 16 (1943) p. 747 ss.

promover la acción es o no capaz de ejercitárla (17.17). En cualquier caso, la acción ejercitada por el hijo consumirá la correspondiente a su padre por el mismo concepto (17.21), aunque, nada impedirá que, si fuera el caso, el padre ejercite *nomine proprio* la acción por la injuria indirecta sufrida.

Como ya hemos anunciado, el supuesto de la *filiafamilias* casada requiere un análisis separado porque también el marido, a pesar de no tener la *manus* sobre ella (ya que continúa bajo la patria potestad del padre), puede ejercitar la *actio iniuriarum, suo nomine*, en el supuesto de que la mujer sufriera injurias. La legitimación activa del marido en estos supuestos, ha sido cuestionada por algunos autores en lo que al periodo clásico se refiere⁵⁴. No obstante, pensamos que tal desvinculación de los poderes familiares se justifica, ya en esta época, por dos razones principales. En primer lugar, como ya se ha dicho, el término *materfamilias* en los supuestos de atentado al pudor se identifica con la matrona perteneciente a la alta clase social, y de todos es sabido el rechazo a la celebración de la *conventio in manu* en el seno de la alta sociedad romana, no sólo en época clásica avanzada sino, incluso, en la etapa final republicana⁵⁵. En segundo lugar, la recalcada sensibilidad del romano hacia cuanto atañe a su honorabilidad permite entender que la respetabilidad del marido, a pesar de no ostentar la *manus maritalis*, se vea afectada por las afrentas al honor de su mujer. En este sentido, son numerosas las fuentes clásicas en las que no se hace referencia a la situación en potestad de la mujer y, cuando se hace, es precisamente para excluir la necesidad del requisito de la *manus* de cara a la legitimación procesal del marido por la injuria indirecta sufrida.

Según estas fuentes, en el supuesto de la *filiafamilias* casada, estarían legitimados para entablar las acciones de injurias tanto el *paterfamilias* (en nom-

⁵² Ulpiano (17,15) plantea también la posibilidad de que, el padre estuviera representado por un procurador y éste descuidara la acción o colaborara con la parte opuesta en el proceso; en este caso, el pretor transferirá la acción a la propia persona injuriada.

⁵³ No obstante, se discute en la doctrina el carácter espurio de este pasaje. Vid. a favor y en contra de su interpolación, respectivamente, D'ORS, *ibid.* p. 747 ss; LAVAGGI, *SDHI* cit. p. 194 ss.

⁵⁴ Así, para FERRINI, *Diritto Penale Romano* cit. p. 239, en el Derecho clásico parece que el principio estaba limitado a la *uxor in manu*, ofreciendo la siguiente reconstrucción del final de Gayo 3,221: "... item per uxores nostras, cum in manu nostra sunt". De hecho, el "non" no aparece en el *Codex Veronensis*, más se recoge en la versión latina de Seckel-Kübler, en su séptima edición (Teubner, Leipzig 1935 reimpr. 1969) que contiene ya los complementos al texto gayano provenientes de hallazgos posteriores (P. Oxy. XVII núm. 2103 y de PSI. XI núm. 1182). Por su parte, MONIER, *Manuel élémentaire* cit. p. 45 n.2, defiende la interpolación del entero "cum in manu nostra sint", para justificar que el derecho y deber del marido de vengar las ofensas inferidas a su mujer es consecuencia de que el derecho de accionar era inherente a la *manus*. En cualquier caso, como señalamos en el texto, Gayo 3,221, no es la única fuente que recoge la legitimación activa del marido con independencia de la *manus*. Así, Ulpiano, en D. 47,10,1,3, transcrita más arriba, distingue ya las personas sometidas a nuestra potestad de las sometidas a nuestro afecto y en D. 47,10,1,9, transmitiendo la opinión de Neracio, jurista de la época de Trajano, defiende expresamente la legitimación del marido frente a la injuria inferida a su mujer, hija de familia.

⁵⁵ Vid. entre otros, SCHULZ, *Derecho romano clásico*, (trad. esp. Barcelona 1960) p. 99 ss.; CREMADES / PARICIO, "Dós et Virtus", cit. p. 16.

bre propio y en nombre de la hija) como el marido (en nombre propio) y, con el carácter excepcional que acabamos de ver, la propia *filiafamilias*. Así se desprende de Paulo, D.47,10,18,2 (55 *ad ed.*), que lo justifica por la existencia de injurias distintas cada una con su propia estimación, defendiendo que el marido puede ejercitar en su propio nombre la acción por la injuria inferida a su mujer, *filiafamilia*, en tanto en cuanto el reo sería condenado si la mujer no estuviese bajo la potestad de nadie: *Si nupta filia familiae iniuriā acceperit et vir et pater iniuriarum agant, Pomponius recte putat tanti patri condemnandum esse reum, quanti condemnetur, si ea viuda esset, viro tanti, quanti condemnaretur, si ea in nullius potestate esset, quod sua cuiusque iniuria propriam aestimationem haberet. Et ideo si nupta in nullius potestate sit, non ideo minus eam iniuriarum agere posse, quod et vir suo nomine agat*⁵⁶.

La legitimación del padre en este caso, se justifica igualmente en la regla general según la cual, al padre cuyo hijo sufrió injurias, se le permite perseguir en dos juicios su propia injuria y la de su hijo⁵⁷.

Los comentarios de Ulpiano al edicto *de adtemptata pudicitia* (57 *ad ed.*) finalizan, precisamente, haciendo especial referencia a la legitimación activa del *sponsus* por las injurias inferidas a la *sponsa*⁵⁸. Si bien, técnicamente, cabría la traducción del término *sponsus* por el actual de esposo, pensamos que no es cuestión banal que, en este caso, y sólo en este, Ulpiano emplee los términos *sponsus* y *sponsa* en lugar de los generalmente utilizados *vir* y *uxor*, para referirse a los cónyuges. Ello nos permite deducir que este fragmento, perfectamente auténtico, ha extendido la posibilidad de *contumelia* indirecta más allá de los lazos estrictamente familiares, valorando la supuesta ofensa moral del prometido por los sutiles ataques a la buena reputación de su prometida⁵⁹. En todo caso, el pasaje que comentamos refuerza la idea de que, con independencia de cuál sea el *status familiae* de la mujer, el marido ha de estar legitimado para entablar la acción de injurias porque tiende a *contumelia* suya cualquier injuria que se le haga a su esposa. Es interesante apuntar, frente a los autores que defienden la supuesta igualdad del marido y la mujer en los llamados matrimonios libres⁶⁰, que no se da el supuesto inverso. Es decir, si la injuria

⁵⁶ Gráficamente lo explica Gayo, 3, 221 *in fine*: ... itaque si veluti filiae meae, quae Tūto nupta est, iniuriā feceris, non solum filiae nomine tecum agi iniuriarum potest, verum etiam meo quoque et Titti nomine. En el mismo sentido I. 4,4,2.

⁵⁷ Neracio D.47,10,41 (5 membr.): *Pater, cuius filio facta est iniuria, non est impediendus, quo minus duobus iudiciis et suam iniuriā persequatur et filii.*

⁵⁸ Ulpiano D.47,10,15,24 (57 *ad ed.*): *Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat.*

⁵⁹ No es opinión exclusiva nuestra. Vid. IGLESIAS, *Derecho Romano* cit. p. 487; ORLIAC / MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico* (trad. esp. Barcelona 1960) p. 575.

⁶⁰ Vid. SHULZ, *Derecho romano clásico* cit. p. 110; *Principios del Derecho romano*, trad. cast. de Abellán Velasco (Madrid 1990) p. 116 ss. Lo cierto es que, como señala IGLESIAS, *Derecho Romano* cit. p. 555: "bajo ciertos aspectos, marido y mujer no están en pie de igualdad, sino que ésta se subordina a aquél. La mujer –y no el marido– es castigada por el adulterio. Al marido compete la defensa de la esposa, confiriéndole la ley la acción de injurias por razón de las ofensas

EL DERECHO DE FAMILIA: DE ROMA AL DERECHO ACTUAL

hubiese sido inferida al marido, la mujer no podrá ejercitar la acción porque *quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est* (Paulo, D.47,10,2 y, en el mismo sentido, I.4,4,2⁶¹).

Dentro del grupo de los sujetos pasivos *alieni iuris* queda el último supuesto de la mujer casada *e in manu*, es decir, sometida a la *potestas* del marido o, si el marido fuese un *filiusfamilia*, del *paterfamilias* de éste. Nos interesa, sin embargo, el primer supuesto ya que, respecto del segundo, regirían las normas expuestas anteriormente⁶². En este supuesto, aplicando la regla general ya vista de Ulpiano D.47,10,1,3 (56 *ad ed.*) el marido puede entablar la *actio iniuriarum* por las injurias inferidas a su mujer y, aplicando por analogía la regla de Neracio recogida en D.47,10,41 (*Pater, cuius filio facta est iniuria, non est impediendus, quo minus duobus iudiciis et suam iniuriam persequatur et filii*), pensamos que podrá perseguir en dos juicios diferentes su propia injuria y la de su mujer.

Para concluir, nos resta únicamente analizar los supuestos en que el sujeto pasivo sea una persona *sui iuris*. En el edicto de *adtemptata pudicitia*, tendrá esta condición, en primer lugar, el *praetextatus*, en los supuestos de muerte o pérdida de ciudadanía de su *paterfamilias* o en el supuesto de *emancipatio*.

No parece necesario recordar que, por razón de la edad, los romanos distingüían entre *puberes*, mayores de catorce años (según la opinión proculeyana adoptada por Justiniano) e *impuberes*, menores de esta edad. Dentro de esta última categoría se diferenciaba, a su vez, entre *infantes* (menores de siete años en los clásicos)⁶³ e *impuberes infantia maiores* (mayor de siete años y

inferidas a la misma. El marido tiene a su favor los *interdicta de uxore exhibenda et ducenda*, para reclamar la mujer a todo tercero que la tenga indebidamente". En el mismo sentido, NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca 1988) p. 38, destacando especialmente la prohibición establecida por la *lex Iulia de maritandis ordinibus* que impedía a los ingenuos desposarse con una mujer *in adulterio deprehensa*. El matrimonio con una mujer adúltera era un *iniustum matrimonium*; el marido, sin embargo, no era castigado por adulterio.

⁶¹ Cfr. Paulo, D. 47,10,2 (50 *ad ed.*). En el mismo sentido, I. 4,4,2: *Patitur autem quis iniuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: iten per uxorem suam; id enim magis praevaluit.... Contra autem, si viro iniuria facta sit, uxor iniuriarum agere non potest; defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, aequum est.* Cfr. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, en *Opere* 2 (Milán 1929). p.403: «Nella prima parte il frg.2 coincide, con le ordinarie sostituzioni personali, con G.3,221. La seconda parte coincide con D.47,10,2, Paul *ad ed*: non è inverosimile che si tratti delle Istituzioni di Paolo, a cui si dovrebbe in tal caso attribuire anche la chiusa».

⁶² No obstante, a él se refiere expresamente I. 4,4,2 *in fine*: *Sed et sacer nurus nomine, cuius vir in potestate est, agere potest.*

⁶³ El *infans*, al igual que el *furious* no podrán ser sujetos pasivos de injurias (se entiende en los casos en que no quepa hablar de *iniuria* indirecta, naturalmente), porque, en el Derecho clásico, sujetos pasivos de la *iniuria* sólo pueden serlo aquellos *qui sentiunt*. Cfr. PS. 5,4,2. La contradicción existente entre D. 47,10,3 pr. (que recoge la regla clásica) y los fragmentos 1 y 2 se explica porque estos últimos fragmentos se refieren al concepto publicístico de la *inturia*, no al privatístico. El *furious* y el *infans* no podrán ser sujetos pasivos del delito privado de injurias. Sí lo serán cuando, en la época postclásica (a la que seguramente pertenece el autor de la crítica), la persecución *extra ordinem* de la *iniuria* prevalezca sobre la persecución privada. Vid. DONATUTI, *Il soggetto passivo dell'iniuria*, en *St. Ratti* (Milán 1934) p. 511 ss.

menor de catorce). Los *puberes*, si eran *sui iuris*, tenían plena capacidad de obrar, mientras que los *impuberes* requerían de la presencia de un tutor que, bien supliera su incapacidad (caso de los *infantes*) o bien la completara pres- tando su *auctoritas* (supuesto de los *impuberes infantia maiores*).

A la vista de estas reglas, si el *praetextatus* de nuestro edicto tenía entre catorce y diecisiete años (edad en la que abandonan la *toga praetexta* para tomar la *viril* en la época clásica)⁶⁴, era ya considerado *puber* y, por tanto, podía entablar la *actio iniuriarum* por sí solo. En el supuesto de que fuera un *impuber infantiae maior*, creemos posible que necesitara la *auctoritas* de su tutor que completaría su insuficiente capacidad para postular, debido a que era el propio injuriado quien procedía a la *aestimatio iniuriam*, pudiéndose condenar al ofensor *quanti iniuriam passus aestimaverit*⁶⁵. En este sentido, nos recuerda Ulpiano (D.47,10,11,2): *Agere quis iniuriarum et per se et per alium potest, ut puta procuratorem tutorem ceterosque, qui pro aliis solent intervenire.*

Estas diferenciaciones por razón de la edad no juegan respecto de la *praetextata*; la mujer *sui iuris*, aunque llegara a la pubertad (fijada en la edad de doce años), seguía sometida a tutela. Era esta la llamada *tutela mulierum*, a la que estaban sometidas todas las mujeres de cualquier edad que no lo estuvieran a la *patria potestas* o a la *manus*. Se trata de una situación arcaica⁶⁶, vinculada a la antigua familia agnática que, como reconoce Gayo (1, 189-190) no tiene, en su época, fundamento serio alguno, pues mientras que la tutela de los impúberes por razón natural aparece conveniente para aquel que no ha llegado a la edad adulta (*id naturali rationi conveniens est*), para la tutela de las mujeres no se puede invocar razón apreciable alguna (*nulla pretiosa ratio suasisse videtur*), ya que la razón sacada de la *levitas animi*, que es la que normalmente se aduce, a Gayo le parece *magis speciosa quam vera* (más aparente que real). Ciertamente, la idea de la *levitas animi*, la *imbecillitas mentis*, la *infirmitas sexus*, tan repetida por los retóricos y por el propio Gayo⁶⁷ como justificación histórica de la *tutela mulierum*, no parece argumento válido para la existencia de tal tutela en el último tiempo de la república y en todo el

⁶⁴ Vid. *supra* n. 36.

⁶⁵ Cfr. Gayo 3,224; I 4,4,7; Bas. 60,21,11,1. En los supuestos de *iniuria* leve, la *aestimatio* la realizaba el propio ofendido y el juez condenaría a una cantidad similar o menor, pero nunca mayor a la fijada por el demandante. No ocurría lo mismo en los supuestos de *iniuria atrox*, pues era el Pretor quien estimaba la gravedad de la misma. De acuerdo con Ulp. D. 47,10,9 pr. (57 *ad ed.*), recogiendo la opinión de Pomponio respecto al *comitem abducere*, se deduce que, excepcionalmente, nuestro delito podrá ser cualificado como *atrox*, atendiendo a la condición de las personas implicadas y al lugar (más o menos público) de comisión del mismo. En cualquier caso, si las conductas castigadas en el edicto son realizadas por un esclavo, la *iniuria* siempre será *atrox*.

⁶⁶ DAZA MARTINEZ/RODRIGUEZ ENNES, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Alicante 1993) p.422.

⁶⁷ Cfr. Val. Max. 9,1,3: *imbecillitas mentis*; Séneca, *Controv.* 1,6,5: *imbecillitas*; Séneca, *ad Marciam* pr.: *infirmitas muliebris animis*. Igualmente es reproducida por Gayo, 1,144: *propter animi levitatem*.

período clásico. Más bien parece que la razón que inspira este tipo de tutela habría que buscarla en el imperio de la costumbre, en el mantenimiento de un decoro convencional que exigía que la mujer no participase en la vida pública⁶⁸.

En cualquier caso, si bien la tutela de las mujeres era para Gayo “no sólo una figura jurídica sin clara justificación, sino también un simple recuerdo histórico, una práctica de los antiguos que habría caído totalmente en desuso”⁶, lo cierto es que la tutela sobre las *feminae puberes* se mantiene durante toda la época clásica y nos parece acertado pensar⁷⁰ que la conservación de tan anticuada institución durante este periodo guarda muy estrecha relación con las normas inspiradas en la política demográfica dictadas por Augusto. Si la *infirmitas sexus* hubiera sido la razón que inspiró la *tutela mulierum*, el *ius liberorum* otorgado a las *ingenuae* con tres hijos y a las libertas con cuatro⁷¹ podría considerarse más un castigo que un premio, ya que su concesión no podría suprimir la *infirmitas*⁷².

Volviendo al plano procesal que veníamos analizando, la regla general es que la mujer *sui iuris* requería de la *auctoritas* del tutor si el juicio de injurias era un *iudicium legitimum*, es decir, un juicio celebrado en la ciudad de Roma, ante un *unus iudex* ciudadano romano y entre litigantes también romanos. Si, por el contrario, se trataba de un *iudicium imperio continens* (o *quod imperio continentur*), esto es, cuando faltaba alguno de los anteriores requisitos, podía entablar la *actio iniuriarum* por sí sola. Este es el principio general contenido en la fuentes⁷³, no obstante, dados los especiales caracteres de los supuestos de atentado al pudor, creemos que estamos ante un claro ejemplo de que la *auctoritatis interpositio* del *tutor mulieris* sólo pudo ser, si llegó a serlo, una pura y simple formalidad. Sabemos que el magistrado podía compelir al tutor a prestar su *auctoritas* si había una razón de peso para forzarle⁷⁴, y ¿qué mayor razón que la protección de la reputación social de la *materfamilias*? En estos supuestos, ni siquiera se justificaría la presencia del tutor por una perjudicial *aestimatio* de la *iniuria*, ya que la mujer púber era perfectamente capaz de realizarla por sí sola.

⁶⁸ Vid. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico* cit. p.174.

⁶⁹ CASTRESANA, *Catálogo de virtudes* cit. p.110.

⁷⁰ Tal como hace SCHULZ, *ibid.* p. 172: “después de las *leges Iulia et Papia Poppaea* este razonamiento (el de la *infirmitas sexus*) era absurdo”.

⁷¹ Vid. CANTARELLA, *La calamidad ambigua*, trad. cast. De A. Pociña (Madrid 1991) p. 211.

⁷² El beneficio del *ius liberorum* concedido por Augusto en los términos señalados, se amplió más tarde a otras categorías de mujeres por sucesivos emperadores y, finalmente, una constitución de Honorio y Teodosio del año 410 (C. 8,59,1) concedió el *ius liberorum* a todas las mujeres. Para la evolución de la tutela, vid. ZANINI, *Studi sulla tutela muliebre* (Turín 1976).

⁷³ Cfr. Ulp.Tit. 11,27: *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suaee permittant in contubernio alieni servi morari, si remmancipi alienent...*

⁷⁴ Cfr. Gayo, 1,190: ... *et in quibusdam causis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam iniutus auctor fieri a praetore cogitur.*

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

Si la mujer *sui iuris* estuviese casada, volvería a entrar en juego el concepto de la *contumelia* indirecta del marido, que legitimaría a éste a perseguir su propia injuria *nomine proprio*: *Et ideo si nupta in nullius potestate sit, non ideo minus eam iniuriarum agere posse, quod et vir suo nomine agat*⁷⁵.

⁷⁵ Paulo, D. 47,10,18,2 (55 *ad ed.*).