



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Carvajal, Patricio-Ignacio

La función de la pena por la "iniuria" en la Ley de las XII Tablas

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXXV, noviembre, 2013, pp. 151-178

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173829696005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA FUNCIÓN DE LA PENA POR LA “INIURIA”
EN LA LEY DE LAS XII TABLAS*

[The Function of the Penalty for “Iniuria” in the Law of the Twelve Tables]

PATRICIO-IGNACIO CARVAJAL**
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

En el Derecho arcaico de la Ley de las XII Tablas no existió una noción general de la *iniuria* y debe evitarse la anticipación del concepto clásico a entonce. Por lo demás, que las conductas hubieran sido sancionadas con una escala de penas que correspondía a su mayor o menor gravedad es una ilusión. Las únicas conductas sancionadas fueron la *membri ruptio* (VIII,2) y la *ossis fractio* (VIII,3), y en ambos casos se aplicó el talión. La Tab. VIII, 4 no parece referirse a una conducta autónoma, sino a la comisión intencional de los delitos de la Tab. VIII, 2 y 3, y la suma de dinero de 25 ases que establece es sólo el monto para una eventual composición pecuniaria que exima del talión si así lo desea la víctima.

PALABRAS CLAVE

Ley de las XII Tablas – *Iniuria* – Talión
– *Membrum ruptum* – *Os fractum*.

ABSTRACT

The Archaic law of the Law of the Twelve Tables had no general notion for the *iniuria* and the anticipation of the classic concept to entonce should be avoided. Furthermore, that the behaviors had been penalized with a scale of punishments in accordance to its greater or lesser degree is an illusion. The only behaviors punished were the *membri ruptio* (VIII,2) and the *ossis fractio* (VIII,3), and in both cases the Talio was applied. It seems that Table does not refer to an autonomous behavior, but to the intentional commission of the felonies of Table VIII, 2 and 3, and 25 asses that establishes is just the amount for a probable pecuniary composition that may exempt from the Talio if the victim so wishes.

KEYWORDS

Law of the Twelve Tables – *Iniuria* – Talio – *Membrum ruptum* – *Os fractum*.

RECIBIDO el 14 y ACEPTADO el 31 de agosto de 2013

* El presente trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1095220, del proyecto FONDECYT Regular N° 1100452 y del Proyecto Anillo-CONICYT, código SOC 1111.

** Profesor de Derecho romano en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Av. Bernardo O'Higgins, 240, Santiago, Chile. Correo electrónico: carvajal@uc.cl.

I

Una reconstrucción moderna de las normas decenvirales que nos ocupan¹ –dejando de momento a un lado el texto de Catón, *Origines* 4²–, debería ser la siguiente:

2. SI MEMBRUM RUPSIT, NI CUM EO PACIT, TALIO ESTO.
3. SI OS FREGIT LIBERO, CCC, SI SERVO, CL POENAM SUBITO.
4. SI INIURIA ALTERI FAXSIT, VIGINTI QUINQUE POENAE SUNTO.

Traducción

2. Si rompe un miembro, y no pacta con él, habrá talión.
3. Si fractura un hueso a un libre, habrá una pena de 300 (ases), si a un esclavo, de 150.
4. Si injustamente hace a otro, habrá veinticinco (ases) como pena.

Según la versión más difundida en la doctrina³, el tratamiento decenviral

¹ Sobre las cuestiones de la reconstrucción del texto, véase: CARVAJAL, P.-I., *Apuntes sobre la injuria en las XII Tablas y su transmisión textual*, en *Revista Chilena de Derecho*, 40 (2013) 2, en prensa.

² Cfr. *Prisciani Grammatici Caesarensium Institutionum Grammaticarum Libri XVIII*, ex recensione Martini Hertzii, I: *Libros I-XII continens*, en *Grammatici Latini ex recensione Henrici Keilii*, II: *Prisciani Institutionum Grammaticarum Libri I-XII ex recensione Martini Hertzii* (Hildesheim, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, 1961, pero, Leipzig, 1855), p. 254.

³ VOIGT, M., *Die XII Tafeln Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten* (Verlag von A. G. Liebeskind, Leipzig, 1883), dos volúmenes; HUVELIN, P., *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, en *Mélanges Ch. Appleton* (Lyon, A. Rey, imprimeur-éditeur, 1903), *passim*; BINDING, K., *Rechtsvergleichende Vermutungen zu membrum ruptum, os fractum und iniuria der lex XII Tabularum*, en *ZSS. Rom. Abt.*, 40 (1919), pp. 106-112; APPLETON, Ch., *Nôtre enseignement du droit romain. Ses ennemis et ses défauts*, en *Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges Cornil* (Sirey, Paris, 1926), I, pp. 43-79 (esp. pp. 51 ss.); LUZZATO, G.-I., *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane* (Milano, Giuffrè, 1934), pp. 173 ss.; PUGLIESE, G., *Studi sul "iniuria"* (Milano, Giuffrè, 1940), I, pp. 1 ss.; DI PAOLA, S., *La genesi storica del delitto di iniuria*, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, 1 (1946-7), pp. 268 ss.; KASER, M., *Das altrömische "Ius": Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1949) pp. 207 ss.; SIMON, D., *Begriff und Tatbestand der "iniuria" in altrömischen Recht*, en *ZSS., rom. Abt.*, 82 (1965), pp. 132-187; DA NÓBREGA, V., *L'iniuria dans la loi des XII Tables*, en *Romanitas*, 8 (1967), pp. 250-279; BIRKS, P., *The Early History of "iniuria"*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 37 (1969), pp. 163-208; LÜBTOW, U. von, *Zum römischen Injurienrecht*, en *Labeo*, 15 (1969), pp. 131-167; KASER, M., *Das römische Privatrecht* (2ª edición, München, Beck, 1971), I, pp. 156-157; WITTMANN, R., *Körperverletzung an freien im klassischen römischen Recht* (München, Beck, 1972), pp. 3 ss.; WATSON, A., *Personal Injuries in the XII Tables*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 43 (1975), pp. 213-222; HALPIN, A. K. W., *The Usage of "iniuria" in the Twelve Tables*, en *The Irish Jurist*, 11 (1976), p. 344-354; MANFREDINI, A., *Contributi allo studio dell' "iniuria" in età repubblicana* (Milano, Giuffrè, 1977), pp. 15 ss.; PLESCIA, J., *The Development of "iniuria"*, en *Labeo*, 23 (1977), pp. 271-289; PUGLIESE, G., rec. Manfredini, *Contributi allo studio dell' "iniuria" in età repubblicana*, en *Iura* (1978), pp. 193-206; GIOFFREDI, C., *In tema di "iniuria" (sui fattori di formazione del Diritto romano in età preclassica)*, en *Nuovi Studi di Diritto greco e romano* (Romae, Pontificia Universitas Lateranensis, 1980),

de la injuria distinguía, como tres delitos autónomos: la rotura de un miembro (*membri ruptio*), que daba lugar al talión salvo que se realizara una composición pecuniaria entre el ofensor y la víctima; la fractura de un hueso (*ossis fractio*), caso en el cual hubo una sanción de 300 o 150 ases, según si la víctima era un hombre libre o uno esclavo; y el acto violento leve (propriadamente, la *iniuria*), cuya sanción era de 25 ases.

Sin embargo, este cuadro general —que nosotros no compartimos—, está lejos de ser claro y pacífico tanto en su desenvolvimiento histórico como en sus aspectos dogmáticos. En primer lugar, no hay acuerdo respecto del significado de *membrum ruptum*, *os fractum* e *iniuria*. La *membri ruptio* de la Tabla VIII,2 consistiría, según algunos, en la pérdida física de una extremidad (mutilación)⁴ y, según otros, en la pérdida de su funcionalidad —lo cual incluiría una *ossis fractio* que tuviera este efecto—⁵; pero también ha sido entendida como cualquier tipo de lesión corporal⁶, o como cualquiera que no constituya una *ossis fractio*⁷. Por su parte, la *ossis fractio* de la Tabla VIII,3 se ha entendido generalmente como una lesión menos grave que la del *membrum ruptum*, por cuanto no produciría,

pp. 145-172; VÖLKL, A., *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht* (Wien – Köln – Graz, Böhlau, 1984), pp. 16 ss., 40 ss. y 144 ss.; PÓLAY, E., *Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom*, en ZSS., rom. Abt., 101 (1984), pp. 142-189; PÓLAY, E., *Iniuria types in Roman law* (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986), pp. 16 ss.; WESTBROOK, R., *Nature and Origins of the Twelve Tables*, en ZSS., rom. Abt., 105(1988), pp. 103 ss. (pp. 74-121); RODGER, A., *Introducing “iniuria”*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 59 (1991), pp. 1-11; BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Note sulla parola “poena” in XII Tab. 8.3 e 8.4*, en CASADEI, E. - SGARBENTI, G. (editores), *Studi in Onore di Enrico Bassanelli* (Milano, Giuffrè, 1995), pp. 793-816; ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996), pp. 1050-1053; BIGNARDI, A., “*Frangere*” e “*rumpere*” nel lessico normativo e nella interpretatio prudentium, en *Nozione, Formazione e Interpretazione del Diritto. Dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo* (Napoli, Jovene, 1997), I, pp. 11-60; SANTALUCIA, B., *Diritto e proceso penale nell’antica Roma* (2ª edición, Milano, Giuffrè, 1998), pp. 60-61; HAGEMANN, M., *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur justinianischen Kodifikation* (Köln – Weimar – Wien, Böhlau, 1998); CURSI, M. F., *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano* (Milano, Giuffrè Editore, 2002), pp. 221 a 268; LA MISMA: *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del Diritto privato* (Napoli, Jovene, 2010), pp. 7 a 19; BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Lezioni di Diritto privato romano* (Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2012), III, pp. 260 a 268; GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano* (2ª edición, Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013), II, pp. 302 y 303.

⁴ HUVELIN, P., cit. (n. 3), pp. 91 ss.; LÜBTOW, U. von, cit. (n. 3), pp. 131 ss.; KASER, M., *Das römische*, cit. (n. 3), p. 156; PÓLAY, E., *Iniuria-Tatbestände*, cit. (n. 3), pp. 152 ss.; PÓLAY, E., “*Iniuria*” types, cit. (n. 3), p. 17; ZIMMERMANN, R., cit. (n. 3), pp. 1050-1051.

⁵ DI PAOLA, S., cit. (n. 3), pp. 279 ss.

⁶ BIRKS, P., cit. (n. 3), pp. 178 ss.; MANFREDINI, A., cit. (n. 3), pp. 72 ss.; VÖLKL, A., cit. (n. 3), pp. 47 ss.

⁷ APPLETON, Ch., cit. (n. 3), pp. 51 ss.; PUGLIESE, G., *Studi sull’“iniuria”*, cit. (n. 3), p. 33; DI PAOLA, S., cit. (n. 3), pp. 281 ss.; DA NÓBREGA, V., cit. (n. 3), pp. 250 ss.; LÜBTOW, U. von, cit. (n. 3), pp. 131 ss.; WITTMANN, R., cit. (n. 3), pp. 3 ss.; WATSON, A., cit. (n. 3), p. 218; SANTALUCIA, B., *Diritto*, cit. (n. 3), p. 61 n. 47; BIGNARDI, A., cit. (n. 3), pp. 15-16; HAGEMANN, M., cit. (n. 3), pp. 40 ss.

dependiendo de las diferentes teorías, amputación o disfuncionalidad⁸. Finalmente, la noción de *iniuria* de la Tabla VIII,4 habría consistido, según la versión más difundida, en un acto caracterizado por ser contrario al derecho⁹, o bien, en uno de violencia física¹⁰; respecto del cual hay que distinguir, en consecuencia, si debía ser voluntario¹¹ –o incluso doloso–¹², o si simplemente bastaba con haber sido la causa material de la lesión¹³.

II

En nuestra opinión, el más probable desarrollo histórico de las lesiones personales en el código decenviral es el siguiente. Hasta antes de la intervención del pretor para regular las *iniuriae*, hacia el siglo II. a. C., los únicos delitos sancionados parecen haber sido la *membra ruptio* y la *ossis fractio*¹⁴. Esto, por varias razones. Primero, porque el uso mismo de la palabra *iniuria* para denotar la *verberatio* –acto de violencia física o material–, como ha demostrado Albanese¹⁵, no tiene respaldo en las fuentes arcaicas, ni siquiera en Plauto y Terencio¹⁶, sino que apenas comienza a observarse en las obras altoimperiales¹⁷. Además, las primeras disposiciones edictales versaron sobre la *verberatio contra bonos mores*, expresión que no parece referirse a lesiones leves o sin consecuencias visibles (*iniuria*) –lo cual sería un ulterior desarrollo del pretor–, sino a aquellas más graves constituidas

⁸ DI PAOLA, S., cit. (n. 3), pp. 276 ss.; ZIMMERMANN, R., cit. (n. 3), p. 1051 n. 8; BIGNARDI, A., cit. (n. 3), pp. 14 a 27; CORBINO, A., *Il dettato aquiliano. Tecniche legislative e pensiero giuridico*, en “*Fides, Humanitas, Ius*”. *Studi in Onore di Luigi Labruna* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2007), pp. 1137-1138.

⁹ APPLETON, Ch., cit. (n. 3), pp. 55 ss.; LUZZATTO, G. I., cit. (n. 3), p. 183; PUGLIESE, G., *Studi sull’iniuria*, cit. (n. 3), p. 20; DI PAOLA, S., cit. (n. 3), pp. 288 ss.; LÜBTOW, U. von, cit. (n. 3), pp. 134 ss.; WITTMANN, R., cit. (n. 3), pp. 22 ss.; CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), p. 225.

¹⁰ HUVELIN, P., cit. (n. 3), pp. 100 ss.; SIMON, D., cit. (n. 3), pp. 136 ss.; WITTMANN, R., cit. (n. 3), pp. 14 ss.

¹¹ Véase: CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), p. 226.

¹² VOIGT, M., cit. (n. 3) p. 517; BINDING, K., cit. (n. 3), p. 108; PUGLIESE, G., *Studi sull’iniuria*, p. 13 n. 2; WATSON, A., cit. (n. 3), p. 222.

¹³ PÓLAY, E., “*Iniuria*” types, cit. (n. 3), pp. 67 ss.

¹⁴ Véanse: VOIGT, M., cit. (n. 3) p. 521; LUZZATTO, G. I., cit. (n. 3), pp. 182 ss.; PUGLIESE, G., *Studi sull’iniuria*, cit. (n. 3), pp. 11 a 14; DI PAOLA, S., cit. (n. 3), pp. 271 n. 10 y 290 ss.; WATSON, A., cit. (n. 3), p. 221; CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), p. 224 n. 9; TALAMANCA, M., *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, en L. CAPOGROSSI-COLOGNESSI - M. F. CURSI (editores), *Forme di responsabilità in età decenvirale* (Napoli, Jovene, 2008), pp. 94 ss.; CURSI, M. F., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del Diritto privato* (Napoli, Jovene, 2010), pp. 9-10 y 14-15.

¹⁵ ALBANESE, B., *Una congettura sul significato di “iniuria” in XII tab. 8.4*, en *Ivra*, 31 (1980), pp. 25-28.

¹⁶ Cfr., por todos: PLAUT., *Bacch.* 443; *Cist.* 180-181; *Most.* 888-896; *Rud.* 414; *Aul.* 643, 794; TERENT., *Adelph.* 162 y 166; *Phorm.* 983-984; *Hec.* 401.

¹⁷ Cfr. HORAT., *Sermones* 2,6,28; LIV. II,29,4.; XXXVIII,24,10; PETRON., *Satir.* 96,4; 108,5; 132,3; SEN. Mai., *Controversiae* 7,6,13; QUINTIL., *Declamationes maiores* 298; ALBANESE, B., cit. (n. 15), pp. 25-28.

precisamente por los tradicionales *membrum ruptum* y *os fractum*¹⁸. Por otra parte, también vale la pena observar la “técnica legislativa” distinta en la tipificación de la *membri ruptio* y la *ossis fractio* decenvirales, por un lado, y la *iniuria* pretoria, por otro. Nótese que el *membrum ruptum* y el *os fractum* son delitos cualificados por su resultado¹⁹, no sólo en época decenviral sino que incluso todavía en la *lex Aquilia de damno* a través del *frangere* y el *rumpere*²⁰. En cambio, el delito denominado posteriormente *iniuria* no es denotado por su resultado, sino por las conductas que lo producen –*verberare*, *percutere*, *pulsare*, etc.–²¹. Y de hecho, esta descripción de la conducta se transformó en un elemento esencial del delito cuando todas las formas de lesión personal fueron englobadas por una noción general de *iniuria* pretoria, puesto que necesariamente se debía introducir dicha conducta en la *demonstratio*: “*Quod ... Aº Aº pugno mala percussa est..., q. d. r. a.*”²²; tal como ocurre con el modélico “*pugno malam si tibi percussero*” de la obra de Plauto²³, o con el “*manus suae palma verberare*” de Lucio Veracio narrado por Labeón²⁴. Una vez que se había puesto de relieve la naturaleza de la conducta por sobre el daño causado por la lesión en la definición del delito, hubo de distinguirse, como hizo Ofilio, según D. 47,10,5,1 (Ulp., 56 *ed.*), por ejemplo, entre un golpe y un empujón: “*verberare est cum dolore caedere, pulsare, sine dolore*” (golpear es percutir con dolor, empujar, sin dolor), cuestión que en época de la Ley de las XII

¹⁸ Véase, para comprender la inicial protección sólo de aquellas lesiones más significativas: D. 47,10,15,44 (Ulp., 77 *ed.*): “*Itaque praetor non ex omni causa iniuriarum iudicium servi nomine promittit: nam si leviter percussus sit vel maledictum ei leviter, non dabit actionem: at si infamatus sit vel facto aliquo vel carmine scripto puto causae cognitionem praetoris porrigendam et ad servi qualitatem [...] habebit igitur praetor rationem tam iniuriae, quae admissa dicitur, quam personae servi, in quem admissa dicitur, et sic aut permittet aut denegabit actionem*” (“Y así, el pretor no prometerá por toda causa el juicio de injurias en razón del esclavo: pues si hubiera sido golpeado levemente u ofendido a éste levemente, no dará la acción: y si hubiera sido infamado, o por algún otro hecho o por un canto escrito, pienso que la cognición de la causa del pretor debe extenderse también a la cualidad del esclavo... en consecuencia, el pretor tendrá en cuenta tanto a la injuria, que se dice recibida, cuanto a la persona del esclavo, en quien se dice recibida, y así o permitirá o denegará la acción”). Véase: CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), p. 224 n. 9.

¹⁹ En nuestra opinión, se trata de delitos, romper un miembro y fracturar un hueso, los cuales constituyen resultados típicos que dejan de lado, probablemente por el carácter arcaico de esta regulación, muchos otros tipos de lesiones físicas posibles. Véase: HUVÉLIN, P., cit. (n. 3), pp. 13-18.

²⁰ BIGNARDI, A., cit. (n. 3), pp. 11-14 y 27 ss.

²¹ Así ya, en términos genéricos, pero aplicados al interior del texto decenviral, respecto del *membrum ruptum* y el *os fractum*, como delitos de resultado (evento), y de la injuria, como delito de mera conducta –pues ella cree en la existencia de un delito específico proveniente de la Tabla VIII,4–. Con todo no se puede compartir la tesis de Manfredini, sin base alguna, respecto de que en Aulo Gelio se cambió un supuesto “*iniuria verberare*” por el “*iniuria facere*”. Véanse: MANFREDINI, A., cit. (n. 3), pp. 78-84; CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), pp. 230, 235 y 236; LA MISMA, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del Diritto privato* (Napoli, Jovene, 2010), p. 8.

²² LENEL, O., *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Verlag von Bernhard Tauchnitz (3ª edición, Leipzig, 1927), pp. 398-399.

²³ PLAUT., *Asinaria* 371.

²⁴ GELL., *Noctes Atticae* 20,1,13.

Tablas carecía de interés. Posteriormente, esta manera de tipificar las conductas lesivas quedó refrendada hacia el 81 a. C., en época de Sila, con la promulgación de la *lex Cornelia de iniuriis* que precisamente sancionó las lesiones no ya por el resultado dañoso sino por la conducta causal: “*pulsare, verberare, vi introire in domum*” (D. 47.10.5 pr. - Ulp., 56 ed.).

Ahora bien, en cuanto a la mayor o menor gravedad de estos delitos decenvirales, la verdad es que en las fuentes no hay ninguna prueba respecto de que la *membri ruptio* haya consistido en una lesión más grave que la *ossis fractio*. Además, sostener la mayor gravedad del *membrum ruptum* por sobre el *os fractum* —cualquiera que hayan sido sendos significados arcaicos—, equivale a decir que en época decenviral se habría llegado a un grado de refinamiento del pensamiento jurídico que permitía distinguir netamente entre ambos delitos y, en consecuencia, atribuirles sanciones diferenciadas; pero que en épocas sucesivas se involucionó hacia un estado de indiferenciación. Ello, dado que en materia de daño aquiliano, en el siglo III a. C. —al menos convencionalmente—, “*frangere*” y “*rumpere*”, aparecen como lesiones diversas en sus efectos físicos pero jurídicamente del todo idénticas en sus consecuencias²⁵. Y de hecho, todos los indicios apuntan hacia la similitud del tratamiento de la *membri ruptio* y la *ossis fractio* también en época decenviral, desde el momento en que en ambos casos parecen haber quedado comprendidas las lesiones tanto a los libres como a los esclavos; a pesar de que esto conste sólo en la Tabla VIII,3 (*os fractum*), pues en la VIII,2 (*membrum ruptum*) esto debe entenderse implícito. Al respecto, Cursi²⁶ comparte la extensión de la tutela a las lesiones de los esclavos desde la Tabla VIII,3 a la VIII,2, que ya había sido sostenida por Pugliese²⁷, Di Paola²⁸ y Watson²⁹. Talamanca³⁰, que también aprueba lo anterior, incluso opera la extensión a la *iniuria* de la Tabla VIII,4, en la falsa creencia de que esta *iniuria* constituye un delito arcaico autónomo. Como sea, todo apunta hacia que la *membri ruptio* y la *ossis fractio*, más allá de ser lesiones físicamente diferentes, tenían un tratamiento jurídico similar.

III

Según lo señalado hasta aquí, no parece adecuada la tendencia general a estratificar la *membri ruptio*, la *ossis fractio* y la *iniuria* según una hipotética gradualidad en su gravedad, la cual es deducida correlativamente de las sanciones de cada delito (talió, 300, 150, 25 ases). La colega Cursi³¹ ha hecho una muy buena síntesis de las posiciones de la doctrina respecto de los castigos. La *iniuria* correspondería a la lesión corporal más leve, por cuanto conlleva la sanción más ligera, de 25 ases.

²⁵ BIGNARDI, A., cit. (n. 3), pp. 11-14 y 27 ss.

²⁶ CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), p. 224 n. 9; LA MISMA, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del Diritto privato* (Napoli, Jovene, 2010), pp. 9-10.

²⁷ PUGLIESE, G., *Studi sul “iniuria”*, cit. (n. 3), pp. 11-14.

²⁸ DI PAOLA, S., cit. (n. 3), pp. 271 n. 10 y 290 ss.

²⁹ WATSON, A., cit. (n. 3), p. 221.

³⁰ TALAMANCA, Mario, *Delitti e pena privata*, cit. (n. 3), pp. 94 ss.

³¹ CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), pp. 233 y 234.

Por su parte, las diferencias en las sanciones del *membrum ruptum* y el *os fractum* se deberían, para algunos³², a que el primero tiene un ámbito de supuestos muy amplio, en cambio el segundo uno específico que se acomodaba mejor a unas composiciones pecuniarias prefijadas legalmente. Pero esta teoría no genera consensos³³, pues ya hemos visto que los supuestos de hecho resultan difíciles de determinar. Otros³⁴ optan por verdaderas peticiones de principios al señalar que el *membrum ruptum* está sancionado como una regulación social que busca un reequilibrio de la violencia (talión), mientras el *os fractum* busca una sanción pecuniaria y no ya personal —es obvio que nada se ha probado en esta reiteración tautológica de los términos de las normas decenvirales—. O también, como afirma otro sector de la doctrina³⁵, que la diversidad de sanciones se debe a la correspondiente diversidad en la gravedad de los delitos —respecto de lo cual, por supuesto, una vez más no ha habido verdadera prueba, sino un razonamiento circular—.

IV

En realidad, la escala sanciones que está a la base del asunto tiene mucho de ilusorio, por cuanto lo que nos entregan las fuentes parece ser el resultado de anacronismos y anticipaciones históricas³⁶. Por lo demás, estos intentos por conectar los delitos con sus respectivas sanciones dejan a la vista evidentes “no senses” al contrastarse la infinita casuística imaginable. Si se cree que la *ossis fractio* es una lesión que no produce amputación y por ello es más leve que la *membri ruptio*, esto está lejos de ser un criterio seguro, pues, v. gr. ¿es más grave cortarle un dedo que quebrárselo a un músico o a un pintor? Y si se recoge la hipótesis de que para que haya *membrum ruptum* basta ocasionar la disfuncionalidad del miembro, aunque no se lo mutile³⁷, habría que pensar que es menos grave una fractura de hueso que sólo produzca una disfunción temporal. Pero esta consideración carece de sensibilidad práctica en la realidad social de la época, por cuanto para el general de ejército impedido de empuñar temporalmente su espada, porque le han fracturado algunos dedos en algún altercado en el Foro, su lesión será ciertamente más grave incluso que la mutilación o disfunción permanente sufrida por algún miembro de su tropa en el mismo incidente. Tal como se pregunta la colega de Bolonia, Bassanelli Sommariva³⁸: el senador patricio al que le hubieran fracturado un hueso en la plaza pública ¿se habría sentido satisfecho de recibir la misma suma de 300 que el artesano lesionado en un pleito en la hostería? pues resulta difícil creer que la víctima de la *ossis fractio*, fueran cuales fueran las circunstancias concretas del

³² APPLETON, Ch., cit. (n. 3), pp. 56 ss.; PUGLIESE, G., *Studi sul "iniuria"*, cit. (n. 3), p. 31.

³³ HUVELIN, P., cit. (n. 3), p. 87; DI PAOLA, S., cit. (n. 3), p. 283; BIRKS, P., cit. (n. 3), pp. 178 ss.; WATSON, A., cit. (n. 3), p. 186; VÖLKL, A., cit. (n. 3), p. 16.

³⁴ BIGNARDI, A., cit. (n. 3), p. 25.

³⁵ DI PAOLA, S., cit. (n. 3), p. 283.

³⁶ MANFREDINI, A., cit. (n. 3), pp. 16 ss.; PUGLIESE, G., rec. Manfredini, cit. (n. 3), p. 194.

³⁷ DI PAOLA, S., cit. (n. 3), pp. 268 ss.

³⁸ BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Lezioni*, cit. (n. 3), p. 263.

caso, se apaciguara con el pago de una suma siempre idéntica y, sobre todo, que por ella renunciase sin más a la vindicación directa a través del talión. O, piénsese, como opina Pugliese³⁹, ahora desde el punto de vista del ofensor, que algún pobre campesino podría haber preferido el talión a la pena pecuniaria, pues los efectos de un castigo físico a la larga podrían haberle sido menos nocivos que una carga pecuniaria que podría resultarle devastadora en su precaria economía, no sólo porque podría haber perdido los bienes productivos de su patrimonio, sino porque la deuda podría haberle conducido incluso a la esclavitud y la muerte.

V

En atención a todo lo señalado, da la impresión de que dar una mirada algo más en detalle a la función por la pena de las lesiones personales en la Tabla VIII,2,3 y 4, nos puede permitir explorar nuevos perfiles en materia de lo que genéricamente podemos llamar la “injuria” decenviral. Esto, en cuanto al alcance del talión y de las pacciones pecuniarias, y especialmente en cuanto a la lectura que pueda hacerse de la “*iniuria*”, en ablativo, que aparece en la Tabla VIII,4⁴⁰.

1. *Los taliones decenvirales.*

La sanción del talión aparece como el principal elemento diferenciador del régimen jurídico de la *membrum ruptio* y la *osis fractio*, puesto que, según las diversas ediciones, sólo se aplicaría en el caso de la Tabla VIII,2: “*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*”. Sin embargo, parece que, tal como las otras consecuencias jurídicas que ya hemos tratado, esta sanción sí fue común tanto para el *membrum ruptum* (VIII,2) como también para el *os fractum* (VIII,3), si atendemos al testimonio de Catón el Viejo, *Origines* 4 (Prisciano, *Institutiones Grammaticae* 6,13,69): “*Cato tamen ‘os’ protulit in IIII originum: si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur [...]*”⁴¹.

Como se sabe, la Ley de las XII Tablas no sólo es una codificación sino también un texto constitucional⁴², y desde este punto de vista no sólo es un signo de avance en la llamada lucha patricio-plebeya⁴³, sino una etapa en la afirmación de la organización social ciudadana por sobre la gentilicia⁴⁴. En la etapa de predominancia

³⁹ PUGLIESE, G., *Studi sul’iniuria*, cit. (n. 3), pp. 8 ss.

⁴⁰ Véase: CARVAJAL, P. I., *Apuntes sobre la injuria*, cit. (n. 1).

⁴¹ Cfr. *Prisciani Grammatici Caesarensis Institutionum Grammaticarum Libri XVIII*, cit. (n. 2) p. 254: “Sin embargo, Catón citó ‘hueso’ en su libro IV de Orígenes: si alguno rompió un miembro o fracturó un hueso, el cognado próximo se venga por el talión [...]”.

⁴² Véanse, por todos: CASAVOLA, F., “*Costituzione*” decenvirale e “*ius civile*”, en *Sententia legum. Tra mondo antico e moderno*, I: *Diritto romano* (Napoli, Jovene Editore, 2000), pp. 213-216; FRANCIOSI, G., *Manuale di storia del Diritto romano* (3ª edición, Napoli, Jovene, 2005), pp. 83-90.

⁴³ Para una síntesis: PETRUCCI, A., *Corso di Diritto pubblico romano* (Torino, Giappichelli, 2012), pp. 31-36.

⁴⁴ SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma* (Napoli, Jovene, 2006), I, p. 35; CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, *Diritto e potere nella storia di Roma* (Napoli, Jovene, 2007), p. 79; DE MARTINO, F., *Diritto e società nell’antica Roma. Intorno all’origine della repubblica*

de la organización gentilicia, la venganza privada había resultado una consecuencia característica de la comisión de actos que podríamos llamar delictuales⁴⁵. Esta venganza privada, que se traducía en guerras clánicas o familiares, es lo que la doctrina ha entendido como “sistema de la noxalidad”⁴⁶—que no se debe identificar con el problema de las posteriores acciones noxales⁴⁷. A este respecto, no parece que se pueda dudar de que, en algún momento antes del talión decenviral, la sanción por las lesiones corporales haya podido extenderse incluso a la muerte⁴⁸. Así es que debemos tratar de determinar qué papel le correspondió desempeñar a la Ley de las XII Tablas en la conformación de la ciudad-Estado, particularmente en cuanto a la superación gradual de aquella venganza privada primitiva a través de la promulgación del talión como una sanción más estilizada y “civil”.

Este, en efecto, sería el contexto de la norma que nos entrega Catón: “*si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur [...]*” (si alguno rompió un miembro o fracturó un hueso, el cognado próximo se venga por el talión [...]).

Lambert⁴⁹ dice precisamente que el testimonio de Catón pertenece a las guerras familiares que provienen desde un estadio antiquísimo anterior al de las XII Tablas, y que, tal como más tarde afirmará también Manfredini⁵⁰, la norma sobre el *os fractum* (VIII,3) sería más reciente que la norma, verdaderamente

romana e delle magistrature, en *Diritto e Società nell'antica Roma* (Roma, Editori Riuniti, 1979), p. 99; EL MISMO, *Storia della costituzione romana* (Napoli, Jovene, 1972), I, p. 117.

⁴⁵ Ya hemos tratado el alcance de esta concepción política antigua en materia de responsabilidad por los “incumplimientos contractuales”—dicho así por comodidad lingüística—, en materia negocial. Véase: CARVAJAL, P.-I., *Nota en torno al ius naufragii y la libertad de navegación. Observaciones romanistas*, en *Ius Publicum*, 15 (2005), pp. 53-63; EL MISMO, *Naufragio, piratería y ‘sodales’ marítimos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 29 (2007), pp. 233-243; EL MISMO: *Apuntes sobre naufragio, piratería y sodales marítimos en época arcaica*, en *Ius Antiquum* (Rusia), 21 (2008) 1, pp. 40-48.

⁴⁶ GIRARD, P., *Les actions noxales*, en *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 11 (1887), pp. 409-449; EL MISMO, *Les actions noxales (fin)*, en *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 12 (1888), pp. 31-58; DE VISSCHER, F., *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle* (Bruxelles, Éditions A. De Visscher, 1947), *passim*; BIONDI, B., *Sistema della nossalità ed azioni nossali* (1948), después en *Scritti Giuridici, III: Diritto Romano. Diritto Privato* (Milano, Giuffrè, 1965), pp. 393-408; SARGENTI, Manlio, *La responsabilità nossale in Diritto romano*, en *Contributo allo studio della responsabilità nossale in Diritto romano* (Pavia, Pubblicazioni dell'Università di Pavia, 1949), pp. 60-135; PUGLIESE, G., *Appunti in tema di azioni nossali* (1950), después en *Scritti giuridici scelti* (Napoli, Jovene, 1985), I, pp. 449-492; DE VISSCHER, F., *Il sistema romano della nossalità*, en *Ivra*, 11 (1960), pp. 1-68; LÉVY-BRUHL, H., *Sur l'abandon noxal*, en *Mélanges Philippe Meylan* (Lausanne, Imprimerie Central, 1963), I, pp. 193-209; PUGLIESE, G., *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma* (1972), después en *Scritti giuridici scelti*, (Jovene, Napoli, 1985), I, pp. 533-557.

⁴⁷ PUGLIESE, G., *Apunti*, cit. (n. 46), p. 481.

⁴⁸ GIOFEREDI, C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (Romae, Apollinaris, 1955), p. 218 n. 60.

⁴⁹ LAMBERT, E., *Le problème de l'origine des XII Tables* (Paris, Albert Fontemoing Editeur, 1902), pp. 3 a 14.

⁵⁰ MANFREDINI, A., cit. (n. 3), pp. 72 ss., señala —no siempre con argumentos persuasivos, pero al menos en esto, creemos, está en lo correcto— que el testimonio de Catón corresponde a la disposición decenviral auténtica.

decenviral, de la Tabla VIII,2. Bonfante⁵¹ replica que Catón alude a una norma diferente, más antigua, que no se debe confundir con la decenviral. Gioffredi⁵² también señala que la norma reportada por Catón sería anterior a las XII Tablas, y que las reglas del talión y de la *pactio* fueron incluso anteriores al momento de su promulgación⁵³. Y, Pugliese⁵⁴, a su turno, también rebate que el texto de Catón haya pertenecido a la ley de las XII Tablas, puesto que no la menciona ni tampoco alude en parte alguna a la *pactio* (“*ni cum eo pacit*”) establecida en la Tabla VIII,2. Nosotros no estamos de acuerdo del todo con ninguno de ellos. Por una parte, si bien el talión es una expresión de la venganza privada, no es igual a aquella que tuvo lugar en virtud del llamado sistema de la noxalidad, sino que es un mecanismo más sofisticado y novedoso que aparece en la legislación decenviral –pues tampoco hay rastros anteriores–. Y, por otra, la falta de alusión a las XII Tablas y a la *pactio* puede deberse, simplemente, o bien a que el interés de Catón y Prisciano sólo es el de reportar el significado del término arcaico “*os*” –se trata de obras gramáticas, no jurídicas–, o bien a un conocimiento imperfecto del precepto –defecto del que en mayor o menor medida adolecen todas las fuentes que se utilizan para la reconstrucción de la Tabla VIII,2–. Nada de lo cual autoriza, de por sí, a desechar el contenido sustancial de este fragmento; que, por lo demás, es el único que corresponde a la época en que el texto decenviral todavía estaba en vigor, aunque ya hubiera caído en desuso⁵⁵.

Por el contrario, ciertamente se debe prestar atención a la similitud de la estructura del precepto reportado por Catón “*si quis membrum rupit [...]*”, con la reconstrucción habitual de la Tabla VIII,2 “*si membrum rupit/rupsit [...]*”. Esta proximidad, creemos, más bien pone la carga de la prueba en quienes quieran excluir el testimonio catoniano del repertorio de fuentes que nos informan de la norma decenviral. Y para ello no se ha dado ninguna, más que la inadecuación del fragmento con los preconceptos de los autores sobre aquello en que tradicionalmente se ha creído consistir estos delitos teniendo a la vista las demás fuentes de época clásica⁵⁶. Pero, precisamente, este es el *thema probandum* (!)⁵⁷.

⁵¹ BONFANTE P., *Storia del Diritto Romano* (3ª edición, Milano, Società editrice Libreria, 1923), I, pp. 77 y 88.

⁵² GIOFFREDI, C., *In tema di “iniuria”*, cit. (n. 3), p. 150.

⁵³ Respecto de esto último, en el mismo sentido ya DI PAOLA, S., cit. (n. 3), p. 285 n. 52.

⁵⁴ PUGLIESE, G., rec. a Manfredini, cit. (n. 3), pp. 195-196; SANTALUCIA, B., *Diritto*, cit. (n. 3), p. 2 n. 2 y p. 61 n. 48.

⁵⁵ GELL., *Noctes Atticae* 20,1,13; Inst. 4,4,7. Véase: SOLAZZI, S., *La desuetudine della lege*, en *Scritti di Diritto Romano* (Napoli, Jovene, 1960), III (1925-1937), pp. 283 y 284; HALPIN, A. K. W., cit. (n. 3), pp. 349-350; FRANCHINI, L., *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica* (Milano, Vita e Pensiero, 2005), p. 45 ss.

⁵⁶ Santalucía sostiene como argumento que, de aceptarse la pertinencia de este texto de Catón, sería muy difícil la interpretación de las fuentes, y da por sentado que el talión operaba sólo respecto del *membrum ruptum*. A todas luces parece ésta una posición poco persuasiva. Véanse: SANTALUCIA, B., *Dalla vendetta alla pena*, en *Storia de Roma*, en MOMIGLIANO, A. - SCHIAVONE, M. A. (editores), I: *Roma in Italia*, (Torino, Einaudi, 1988), pp. 427 ss.; EL MISMO, *Derecho penal romano* (traducción de J. Paricio y C. Velasco sobre la 2ª edición de 1998, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990), p. 57; EL MISMO, *Diritto e processo penale nell'antica Roma* (2ª edición, Milano, Giuffrè, 1998), p. 61 n. 48.

⁵⁷ Nótese que, por ejemplo, Pugliese, señala que el talión probablemente fue aplicado en

Además, ya se ha hecho notar por Diliberto⁵⁸ que esta aplicación catoniana del talión a los dos delitos tiene su correlato en las noticias sobre la ley decenviral que tenemos a través de Gelio, *Noctes Atticae* 16,10,8. Esto, pues aquí se habla de “*taliones*” en plural (“[...] *proletarii et adssidui et sanates et vades et subvades et viginti quinque asses et taliones furtorumque quaestio cum lance et licio [...]*”)⁵⁹, lo cual podría corresponder a su aplicación tanto en la *membrum ruptio* como en la *ossis fractio*. No se olvide que este testimonio de *Noctes Atticae* 16,10,8, aparece asimismo como extraído de una versión de las XII Tablas distinta, más antigua y más fiel que aquella empleada para el relato principal sobre la Tabla VIII,2,3 y 4 de *Noctes Atticae* 20,1,12 ss.⁶⁰.

Como dijimos, el talión atribuido por Catón como pena tanto para el *membrum ruptum* como para el *os fractum*, es un mecanismo que, a la vez de que evidentemente se enlaza con la venganza privada, es más sofisticado que ésta en su estado más simple de guerra clánica⁶¹; pues implica la proporcionalidad de la venganza con la ofensa recibida, lo cual constituye un límite inexistente en la época precedente. Además, a diferencia de lo que parece haber ocurrido anteriormente con el sistema de la noxalidad, aquí la responsabilidad recae total y absolutamente en el ofensor, de manera individual, no en el jefe del clan, o *pater*, ni menos en el resto de su *gens*. Por lo tanto, bajo este prisma se trata de una norma innovadora y demandante de un poder estatal fuerte (ciudad-Estado) que modere los ánimos desmedidos de venganza de las familias; lo cual no parece posible en el solo marco de una estructura social gentilicia. Al respecto, Cantarella⁶² ha dicho que el talión puede lograrse por la vía de la costumbre antes incluso de haber una conformación política estatal. Pero esto, creemos, sólo se puede compartir en términos teóricos. En el concreto desarrollo de la experiencia jurídica romana, en cambio, jamás se contuvo la violencia del sistema de la noxalidad mientras el protagonismo político

época predenviral a la *ossis fractio*, y para Cursi, también en el caso de *iniuria*. Es decir, no existe una exclusión *a priori* de la aplicación del talión a las diversas lesiones corporales, sino sólo una cuestión de ubicación histórica de este castigo; para lo cual, como hemos dicho, no existe un argumento eficaz que justifique la eliminación del testimonio de Catón. Véanse: PUGLIESE, G., *Studi sul “iniuria”*, cit. (n. 3), pp. 6-8; CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), p. 224 n. 8.

⁵⁸ Véase: DILIBERTO, O., *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole* (Cagliari, Edizioni AV, 1992), I, pp. 209 a 211.

⁵⁹ También es cierto que aquel autor dice que el uso del plural podría ser un rasgo puramente estilístico dentro de la enumeración. Sin embargo, nosotros no podemos dejar de observar que al menos las demás cuestiones de tipo delictual están presentadas, precisamente quebrando el estilo, en singular, el lance y el licio (de los hurtos) y los venticinco ases (*as* en plural, sólo por la necesidad del número venticinco). De modo que desde luego resulta al menos digno de notar que “*taliones*” se haya expresado en plural.

⁶⁰ Así se deduce de la contraposición de las expresiones *asses* y *aeris*, según vimos. Véase: DILIBERTO, O., cit. (n. 58), pp. 212 y 213.

⁶¹ Véase, en este sentido: PUGLIESE, G., *Studi sul “iniuria”*, cit. (n. 3), pp. 5 ss.

⁶² En todo caso el discurso de CANTARELLA, E., *Los suplicios capitales en Grecia y Roma. Orígenes y funciones de la pena de muerte en la Antigüedad clásica* (Madrid, Akal Ediciones, 1996), pp. 297-299, es muy general, y (en la p. 298) nos da la impresión de aceptar que el texto de Catón encontró aplicación en época postdecenviral.

correspondió a las *gentes* hasta el final de la Monarquía. Da clara cuenta de ello el mito de la violación de Lucrecia, como, respecto de las cuestiones centrales de la historia, ha demostrado Amunátegui⁶³: a) la responsabilidad arranca de una conducta personal de Sexto Tarquino, hijo del monarca Lucio Tarquino el Soberbio; b) el delito se cualifica por su intencionalidad, pues si no hubiese sido así, la violación podría haberse confundido con el adulterio, que tenía su propia y distinta sanción⁶⁴ (de ahí que la expresión liviana “*mentem peccare, non corpus*”⁶⁵ no pueda juzgarse como una mera anticipación histórica, pues además de la distinción entre violación y adulterio —esencial para el relato—, en época regia esta distinción ya se observa al menos, también, para el homicidio voluntario e involuntario); y, c) la atribución de responsabilidad es a toda la *gens*, de hecho, el padre es derrocado en el 509 a. C. por el delito del hijo, en una persecución clásica que continuó incluso después de la muerte del violador, Sexto.

Por ello, volviendo ahora al talión decenviral, una disposición como la atestiguada por Catón no tendría nada de raro situados, como estamos, a inicios de la República; no sería otra cosa que la articulación entre el control social a cargo de la ciudad, que limitó la venganza privada que tenía lugar con la guerra familiar, a través de la medida del talión; en la cual el talionante era un miembro de la familia de la víctima (*agnatus proximus ulciscitur*). Y, en efecto, por último, “*talione proximus cognatus ulciscitur*” no se contrapone a las fuentes que señalan únicamente “*talio esto*”; pues esta orden, expresada de forma impersonal, no indica en absoluto los mecanismos pertinentes para la ejecución de la pena⁶⁶. Lo cierto es que no conocemos la manera en que se ejecutaba este talión arcaico, pero no se puede suponer que la venganza proviniera necesariamente de la víctima, puesto que se trata de una pena que se concedía al interior del proceso, según aclara el jurista Sexto Cecilio⁶⁷.

Lo que sin prejuicios se debe rescatar del texto catoniano, es que el talión se aplicaba tanto en la *membri ruptio* como en la *ossis fractio* decenviral. Y de hecho, sólo esta común aplicación a las hipótesis originarias de lo que más tarde se conocerá como delito de *iniuriae* “*atrociores*” (*membri ruptio*, *ossis fractio*) frente a las “*leviores*” (*iniuria*), permite comprender al menos una parte del ulterior desarrollo histórico. En particular, nos referimos a un caso que la doctrina generalmente ha descuidado en esta panorámica general: la sanción por las injurias infligidas por un esclavo. D. 47,10,17,4 (Ulp. 57 *ed.*) señala en su primera parte: “*Cum servus iniuriam facit, maleficium eum admittere palam est: merito igitur sicuti ex ceteris delictis, ita et ex hoc iniuriarum noxalis actio datur. sed in arbitrio domini*

⁶³ AMUNÁTEGUI, C., *Lucretia and the Historical System of Noxality*, en *RIDA.*, 55 (2008), pp. 67-81; EL MISMO: *Lucretia y la noxalidad*, en CARVAJAL, Patricio-Ignacio, MIGLIETTA, M. (editores), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Alejandro Guzmán* (Alessandria, Edizioni dell’Orso, 2011), I, pp. 101-113.

⁶⁴ GUARINO, A., *Il “dossier” di Lucrezia*, en *Labeo*, 5 (1959) 2, pp. 211-217.

⁶⁵ LIV., I, 58.

⁶⁶ BISCOTTI, B., *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano* (Milano, Giuffrè Editore, 2002), pp. 22.

⁶⁷ GELL., *Noctes Atticae* 20,1,34-38.

est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est [...]” (“Cuando el esclavo hace una injuria, es palmario admitir el maleficio suyo: por ello, en consecuencia, tal como en los demás delitos, así también por esto se da la acción noxal de las injurias. Pero está en el arbitrio del dueño, si quiere exhibirlo para ser golpeado, para que así satisfaga a aquél que ha sido sometido a las injurias [...]).”

Es mérito de De Visscher⁶⁸ haber distinguido a partir de este texto clásico la pena originaria de exhibición del esclavo *ad verberandum* del posterior abandono noxal. De hecho, afirma⁶⁹ que sin duda en los primeros edictos la única pena ha de haber sido la *verberatio*; y que la satisfacción de la víctima de injurias a través de esta flagelación⁷⁰, no es sino la persistencia de un residuo de la venganza privada⁷¹. El abandono noxal, en cambio, es un elemento mucho más nuevo, como lo demuestra el hecho de que, en época clásica tardía, todavía Ulpiano se sienta en la necesidad de justificar su pertinencia⁷². Por su parte, Pugliese⁷³ respalda la tesis de De Visscher, y señala que mientras Gayo, *Inst.* 4.76, indica que algunas acciones noxales nacieron de la ley (de las XII Tablas) y otras del edicto, fija el nacimiento de la *actio noxalis iniuriarum* gracias al *Album praetoris*, a pesar de que el mismo recuerda que la injuria estaba sancionada ya desde la XII Tablas; con lo cual denota que la acción noxal por la injuria es nueva y, a su turno, se refuerza la idea de que la *exhibitio ad verberandum* es una institución más antigua que

⁶⁸ DE VISSCHER, F., “*Vindicta*” et “*noxa*”, en *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL Anno d’Insegnamento* (Fratelli Treves, Milano, 1930), III, pp. 233 (esp. pp. 246 ss.); EL MISMO: *L’action noxale d’injures, droit hellénique et Droit romain*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 11 (1932), pp. 39-55.

⁶⁹ DE VISSCHER F., *L’action noxale d’injures, droit hellénique et droit romain*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 11 (1932), p. 46.

⁷⁰ Cfr. CIC., *De oratore* 1.43: “*vitia autem hominum atque fraudes damnis, ignominiis, vinculis, verberibus, exsiliis, morte mutantur*”.

⁷¹ Como forma de venganza privada, ya antes en HITZIG, H. F., “*Injuria*”: *Beitrag zur geschichte der “Injuria” im griechischen und römischen Recht* (München, Theodor Ackermann, 1899), p. 89.

⁷² En un primer momento, antehistórico, la *verberatio* habría sido el único castigo para el esclavo a través de la acción de injurias. Pero, después de introducida la acción noxal, se habría dejado esta *verberatio* primitiva como un residuo histórico que, al interior del proceso, sólo podía operar en la fase *in iure*; puesto que después de la *litis contestatio* de la acción noxal, la única obligación era la condena pecuniaria, de la cual el demandado sólo se podía liberar por la entrega (definitiva, no sólo para ser golpeado), del esclavo. En términos prácticos, entonces, el amo podía forzar a la víctima a darse por satisfecha con la *verberatio* del esclavo, tal como debió ocurrir en la época original. En cualquier caso, como sostiene Daube, la sanción originalmente habría sido establecida sólo para la *membri ruptio* y la *osis fractio*, en cambio nada se habría dicho respecto de la *iniuria* ocasionada por un esclavo que no se sancionaba –salvo, probablemente al introducirse el edicto, con la aplicación del talión, como hemos dicho–, ya llegado el Principado, y asumido que toda lesión tenía carácter delictual, dentro del género de la injuria, se estableció su carácter noxal. Véanse: DE VISSCHER F., *L’action noxale d’injures, droit hellénique et droit romain*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 11 (1932), pp. 42, 53 y 53; DAUBE, D., “*Nocere*” and “*noxa*”, en *Cambridge Law Journal*, 7 (1939-1941), p. 51.

⁷³ PUGLIESE, G., *Nuove osservazioni*, cit. (n. 46), pp. 539-540.

se ha mantenido como residuo histórico de la única sanción que debió haberse aplicado a los esclavos en época decenviral.

No se puede dudar de que la *exhibitio ad verberandum* clásica del esclavo no es otra cosa que una forma de talión –digamos, una *verberatio pro verberatione*–, considerando la simetría entre este castigo y la conducta sancionada en la fórmula de la posterior *actio iniuriarum* en el Edicto Perpetuo. Ahora bien, esta presencia en época clásica de la venganza privada –*exhibitio ad verberandum*–, para las injurias clasificadas ya en este tiempo como “*leviores*”, no se podría entender si el talión no hubiese estado previsto en épocas anteriores para ambas injurias “*atrociores*” (*membrum ruptum* y *os fractum*); puesto que carecería de sentido pretender que ya en los tiempos de las XII Tablas se hubiera excluido el talión para el *os fractum* por su pretendida excesiva severidad –que es la lectura habitual de la Tabla VIII,3–, pero que más tarde se lo haya hecho renacer, por intervención pretoria, para las injurias “*leviores*” (aunque se trate de las provenientes de un esclavo).

2. Las “*pactiones*” y las “*poenae*” decenvirales.

Las sanciones atribuidas a los delitos en la Tabla VIII,2,3 y 4 –talión, *pactio* y composición pecuniaria–, constituyen un asunto particularmente complejo, dado que, como ya hemos visto, las citaciones al texto decenviral son inseguras –se hacen de memoria y probablemente en época clásica circulaban distintas versiones de su texto–, no son directas para el caso de la Tabla VIII,3, y hay evidentes señales de corrupción por anticipación histórica: se intercambian ases y sestercios en la composición pecuniaria; la sanción se presenta a veces con el verbo indicativo (*subit*) y otras con el imperativo (*subito*); y, en fin, se utiliza la propia palabra “*poena*”⁷⁴, cuya aparición es con seguridad, sin embargo, postdecenviral⁷⁵. Esto último tiene importancia, pues en la Tabla VIII,2,3 y 4, parecen coexistir distintos tipos de “*poena*”. Sin embargo, esta suerte de diversificación de sanciones retributivas, físicas y pecuniarias, debe ser matizada. El análisis de los textos se enriquece si se tiene en cuenta que en dicha época la palabra “*poena*” todavía no significaba “sanción”⁷⁶, pues esta última acepción sólo subvendrá más

⁷⁴ Gai. 3,223; Inst. 4,4,7.

⁷⁵ No se puede dar un significado único de conjunto para la época más antigua, como señala BRASIELLO, U., v. “Pena (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano* (Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1965), XII, pp. 808-813.

⁷⁶ Para BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Lezioni*, cit. (n. 3) p. 264, la palabra *poena* no puede significar “suma de dinero” en la *poena sacramenti* y, a la vez, “sanción” en materia de lesiones personales, dentro de un mismo texto legal. La crítica no es decisiva, pues los sentidos podrían haber convergido en el texto denival después de un largo desarrollo de usos jurídicos seculares. Con todo, en nuestra opinión, el sentido de sanción de los preceptos decenvirales sobre lesiones viene dado sólo por las fuentes posteriores; pues su sentido original, nos parece, es también el de suma de dinero o de animales, como veremos a continuación.

⁷⁷ Para Ernout y Meillet, “*poena*” deriva del dorio “*poindā*” –más tarde, en su vocabulario latino, Ernout entrega también el ático “*poine*”– de donde pretendidamente proviene “*punio*”, *impunis*, etc.; y en la acepción más próxima a nuestro caso significa “*compensación entregada por*

tarde, también a la época de la intervención del pretor, por influjo del término griego “*poine*”⁷⁷.

un hecho o por un crimen, rescate”, “*multa, expiación, punición, castigo*”; significados ya habituales después de las XII Tablas. Walde y Hofmann, de manera similar, indican como raíz etimológica el griego clásico “*poine*” y el dorio “*poind*”, y en sus acepciones de “*poena*” indican, “dinero de la multa, del rescate, de la compensación; sanción (Strafe), por excelencia; pena (Kummer, Pein)”, y para el tiempo de las XII Tablas, “castigo de la divinidad”. Sin embargo, como ya advierten Walde y Hofmann, Pisani y Devoto son de otra opinión. Dice Pisani que la palabra “*poena*” sea un préstamo extranjero es sólo un axioma, inverosímil para un pueblo de juristas como el romano —esta parte es evidentemente la más débil de su discurso—. Afirma, por una parte, que es clara la imposibilidad de que, desde el punto de vista etimológico, el verbo “*punio*” (“castigar”) o el adjetivo “*impunis*” (“impune”) derivaran de “*poena*”. Por otra parte, que la palabra original no es “*poena*”, sino “*pena*” (sin el diptongo “*oe*”), la cual tenía originalmente una “*s*” delante de la “*n*”: “*pesna*” —esto, sobre la base de algunas correcciones a las lecciones de Festo en las ediciones críticas—. En suma, “*punio*” e “*impunis*” vienen de “*pena*”, palabra sin relación con el griego “*poine*”. La raíz etimológica de “*pena*” sería **pend-sna*, que corresponde a “*pendere*” y es la forma base de “*pena*”; a su vez, **punis* (“que lleva la pena”), de donde derivan “*punio*” e “*impunis*”, vendría de la raíz **pond-snis*, que a su vez provendría de **pend-sna*. En este punto, toma Pisani un interesante texto de Paulo-Festo, donde hay una glosa que dice: “*Pendere poenas, solvere significat ab eo quod, aere gravi cum uterentur Romani, penso eo, non numerato, debitum solvebant. Unde etiam pensiones dictae. Poenas pendere proprie dicitur qui ob delictum pecuniam solvit, quia penso aere utebantur*” (“Pender penas”, significa pagar por aquello de que, cuando los romanos utilizaban el cobre de pesar, pagaban lo debido con el peso de éste, no con la cifra. De donde incluso se dicen las ‘pensiones’. ‘Pender’ las penas se dice propiamente de quien paga dinero por un delito, porque usaban la pesada de cobre”) [(Festus, *De verborum significatu*, W.-M. Lindsay ed., en *Glossaria Latina, Iussu Academiae Britannicae Edita*, IV., Placidus, Festus, J. W. Pirie, W.-M. Lindsay, Georg Olms Verlagbuchhandlung, Hildesheim, 1965, p. 316]. A esto en Walde y Hofmann se replica que queda inexplicado el origen de la “*u*” para la “*o*” u “*oe*”; Esto es cierto, pues Pisani en realidad sólo explica la tardía inclusión del diptongo “*oe*” en la ortografía, como una cuestión de afinidad fonética con la palabra griega “*poine*”, producida en los círculos más cultos que ya la conocían hacia finales de la República. Por su parte, Devoto entregará una respuesta satisfactoria para las dudas planteadas. Opina también que la palabra no es un extranjerismo, sino un término del dialecto osco que explica cumplidamente tanto la “*p*” como la “*u*” y la “*i*” conjuntiva en la construcción del verbo “*punire*”; lo cual, por el contrario, no puede explicarse si se supone una etimología desde el griego “*poine*”, por cuanto desde esa raíz no habría resultado un verbo “*punire*” sino **poenare*, que no existe en latín. La opinión de Devoto ya aparece aceptada por Nencioni, y tal como dice Ciulei, este último es un argumento muy fuerte contra la “*communis opinio*” respecto de la derivación de “*poena*” desde “*poine*”. Además, esta corriente mayoritaria de filólogos no ha aportado ninguna prueba concreta de esta influencia lingüística del griego en el texto de las XII Tablas, sino que simplemente ha conjeturado que los contactos con los pueblos griegos, muy anteriores a dicha época, habrían permitido la difusión de la palabra “*poine*”. Por otras parte, llaman la atención de un jurista preocupado por la época denvirial, que la palabra “*poena*” tenga para los filólogos como acepción predominante la de “sanción”; pues ella no se aviene con la *poena sacramenti* —que, como se sabe, además es muy anterior—. De aquí se deba especular que inicialmente, o al menos al tiempo de las XII Tablas, “*poena*” no haya sido más que el nombre de una suma de dinero o de animales. Hay que notar, que la Tabla VIII,2 no llama *poena* al talión, sino que esto se encuentra en las fuentes posteriores que narran acerca de ella, y que el sentido retributivo de su sustituto, la *pactio*, está denotado por la conjugación en tercera persona singular de “*pacit*”; en tanto que el uso de “*poena*” en la Tabla VIII,3 y 4, que sin duda las fuentes posteriores también entienden como sanción, bien pueden entenderse como la suma de dinero objeto de la *pactio* —que la suma haya estado fijada legalmente en nada cambia las cosas—; lo cual es muy distinto a sostener, como ocurre, que el carácter retri-

Como se sabe, en las XII Tablas la palabra “*poena*”⁷⁸ no sólo aparece en nuestra materia, sino que también fue utilizada —es el uso más connotado— en la “*poena sacramenti*”⁷⁹ de la *legis actio per sacramentum in rem*⁸⁰; es decir, la suma de dinero, versada en el templo⁸¹ y después en el tesoro público⁸², que permitía avanzar a cada contraparte recíprocamente desafiada (*provocare*)⁸³, desde la fase ante el magistrado hacia la fase procesal del juicio. El punto de contacto, entonces, entre la *poena sacramenti* y la *poena pecuniaria* atestiguada por la Tabla VIII,3 y

butivo viene dado por el sentido de toda la prescripción en su conjunto (no por una de sus palabras). De todo esto da buena cuenta el escolio de Paulo-Festo relativo a “*pendere poenas*”, lo cual el escoliasta asocia al pago de dinero a través de la pesada del cobre y por lo tanto a una situación similar a la que debió haber ocurrido con la *pactio* y las composiciones legales de la Tabla VIII,2,3 y 4, pero también con la *poena sacramenti*; otra cosa es que el escoliasta, sin los suficientes conocimientos jurídicos, también se haya dejado llevar por la noción de sanción, y haya dicho que esta forma de pago sólo intervenía en razón de un delito. Es probable que la denominación de “talión” como “*poena*”, en realidad sea una derivación posterior a las penas pecuniarias, una vez que la difusión del griego “*poine*” hizo primar el sentido de “castigo”. Es notable observar, *mutatis mutandis*, que la *stipulatio poenae* comienza como una determinación anticipada del monto del resarcimiento (en otras palabras, de una suma de dinero), y sólo en la historia sucesiva tendrá un valor penal en el sentido de sancionatorio. Para todo, véanse: BREAL, M., *Sur la langue de la Loi des XII Tables*, en *Journal des Savants* (1902), pp. 599-608 (esp. 601); ERNOUT, A. - MEILLET, A. - J. ANDRÉ (additions et corrections), *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots* (4ª edición, Paris, Klincksieck, 2001), s.v. “*poena-ac*”, p. 518; PISANI, V., *Miscellanea etimologica. Nota di V. Pisani presentata dal socio N. Festa*, en *Rendiconti della Reale Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche, serie sesta* (Roma, Giovanni Bardi, 1929), V, pp. 12-16; DEVOTO, G., *I problemi del più antico vocabulario giuridico romano*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*. Bologna e Roma, 17-27 aprile 1933 (Bologna, Istituto di Studi Romani, Tipografia Successori Flli. Fusi, Pavia, 1934), I, pp. 17 ss.; EL MISMO, *I problemi del più antico vocabulario giuridico romano*, en *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere, Storia e Filosofia*, serie VI, vol. II (1933), pp. 225-240 (esp. p. 238) [= *Parole giuridiche* (1933), *Scritti Minori* (Firenze, Felice Le Monnier, 1958), I, pp. 95-109, esp. p. 107]; NENCIONI, G., *Lessico giuridico latino e tradizione mediterranea*, en *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere, Storia e Filosofia*, serie II, vol. IX (1940), pp. 21-33 (esp. pp. 31 y 32); WALDE, A.; HOFMANN, J. B., s.v. “*poena-ac*”, en *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II: M-Z (3ª edición, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1954), pp. 329-330; CIULEI, G., *Über das Wort “poena” in Lex XII Tabularum*, en *Rheinisches Museum für Philologie*, 91 (1942), pp. 287-288; ERNOUT, A., *Aspects du vocabulaire latine* (Paris, Librairie C. Klincksieck, 1954), p. 69; para la evolución de *poena* en la *stipulatio*, KNÜTEL, R., *Stipulatio poenae. Studien zur röm. Vertragsstrafe* (Köln-Wien, Bohlau, 1976), pp. 65 ss.; TALAMANCA, Mario, s.v. “Pena privata (Diritto Romano)”, en *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè Editore, Milano, 1982), XXXII, pp. 712 a 744.

⁷⁸ Además, de las lesiones, existe propiamente *poena* en las Tablas VIII,11, 18, 19 y 20. Véase sobre estas penas y otras nomenclaturas de las sanciones decenvirales: HUMBERT, M., *La codificazione decenvirale: tentativo d'interpretazione*, en M. HUMBERT (editor), *Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli umanisti* (Pavia, Iuss Press, 2005), pp. 26 y 34.

⁷⁹ Gai. 4,14: “*Poena autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria*”.

⁸⁰ BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Note sulla parola*, cit. (n. 3), pp. 793-816. Su contenido aparece recogido en BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Lezioni*, cit. (n. 3), pp. 260 a 268.

⁸¹ VARRO, *De lingua Latina* V,180: “*ad pontem (pontificem?) deponebant*”.

⁸² Gai. 4,13: “*in publicum cedebat*”.

⁸³ Gai. 4,13: “*D aeris sacramento te provooco... et ego te*”. Véase: KASER, M. - HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht* (München, Beck, 1996), pp. 82 y 83.

4, está en que en ambas “*poena*” significa, simplemente, una cantidad de dinero o de animales⁸⁴.

Desde aquí se extrae una consecuencia importante para el asunto que ahora nos ocupa. La noción simplemente pecuniaria de “*poena*” permite conectar dogmáticamente entre sí las disposiciones de VIII,3 y 4 con la norma del *membrum ruptum* de VIII,2. Mientras en VIII,3 (*os fractum*) y VIII,4 (*iniuria*), figura una composición por un monto fijado legalmente —una *poena*—, en VIII,2 (*membrum ruptum*), aparece en reemplazo del talión, una *pactio*, que nosotros podríamos llamar “*pactio poenalis*”⁸⁵ en cuanto tendrá también por objeto una cierta cantidad de dinero o animales —por tanto, también una *poena*—⁸⁶. Para efectos de la *pactio*, lo mismo da si la suma es negociable convencionalmente por las partes o si ésta viene preestablecida legalmente. Pues *pactio*, y el verbo *pacisci*, nada tienen que ver con el *pactum* —que es una noción todavía inexistente en esta época—, y para nada aluden, entonces, a un mero acuerdo. De hecho, la Tabla VIII,2 es clara en establecer “*pacit*” (“*ni cum eo pacit*”), en singular, no “*pacint*”, denotando que este mecanismo es en esencia una carga del ofensor, no una convención con la víctima⁸⁷. Así, la *pactio* no es tampoco una “pena sustitutiva” del talión, no es una venganza, sino lo contrario a un castigo: es un acto objetivamente pacificador —*pactio* proviene de “*pacem*”⁸⁸—, realizado por el ofensor⁸⁹: la *pactio* excluye la única y verdadera sanción, el talión. Así es que son los autores clásicos —influidos por la noción posterior de *poenē*—, los que nos ofrecen un cuadro en el que hay

⁸⁴ Recuérdese que esto se aviene perfectamente con las normas de la época, tales como la *lex Aternia Tarpeia* (454 a. C.), la *lex Menenia Sextia* (452 a. C.) y la *lex Iulia Papiria* (430 a. C.), las cuales sirven para establecer la correspondencia entre *pecudes* y *asses*. Véase: CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), p. 230 n. 35.

⁸⁵ Lo decimos así por razones de comodidad lingüística, pues sabemos que el adjetivo “*poenalis*” realmente sólo se atestigua desde época imperial. Véanse: ERNOUT, A. - MEILLET, A., cit. (n. 77), p. 518; WALDE, A. - HOFMANN, J. B., cit. (n. 77) pp. 329-330.

⁸⁶ Bassanelli, indica que el único significado de “*poena*” en la ley de las XII Tablas es el de suma de dinero que aparece en la “*poena sacramenti*”. Y señala que no podrían confluír en un mismo texto otras acepciones de la palabra. Para ella, dicho significado es el originario, del cual se derivaron otros, como, por ejemplo, el de la *sponsio poenalis*. Esto último pareciera cierto, en cuanto el *agere per sponsionem* es una laicización del *sacramentum*. Pero, por un lado, con ello la autora no prueba que el primer uso de “*poena*” sea el del sacramento. Por otro, no hace falta llegar hasta la posterior *sponsio poenalis*, pues, aunque no se diga expresamente, la Tabla 8.2 establece una *pactio poenalis* en cuanto claramente se trata de un acuerdo sobre un monto de dinero (u otras cosas) que se fija libremente, a diferencia del monto legal de la Tabla VIII,3 —y también VIII,4—. Y, finalmente, de cualquier manera no es suficiente lo dicho por la autora para descartar que en el texto decenviral, en que confluyen disposiciones nuevas con usos antiquísimos, y por tanto supone la recepción de una evolución relativamente prolongada del lenguaje jurídico, no pueda haberse producido ya la polisemia del término. Véase al respecto: BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Note sulla parola*, cit. (n. 3), pp. 793-816. Su contenido aparece recogido en BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Lezioni*, cit. (n. 3), pp. 260 a 268.

⁸⁷ BISCOTTI, B., cit. (n. 66), pp. 27 a 29.

⁸⁸ FESTUS, *De verborum significatu*, vv. “*Pacem a pactione*”, “*Pacionem*” (Lindsay 260, 296), en W.-M. Lindsay ed., en *Glossaria Latina, Iussu Academiae Britannicae Edita*, IV: Placidus, Festus, J. W. Pirie, W.-M. Lindsay (Hildesheim, Olms, 1965), pp. 338, 356 y 357.

⁸⁹ BISCOTTI, B., cit. (n. 66), pp. 7-9.

unas “penas” contrapuestas: el talión de la Tabla VIII,2, que permite una “*parrem vindictam*”⁹⁰ (vindicación a la par), es decir, una retribución material; y las composiciones pecuniarias de la misma Tabla VIII,2 y también de VIII,3 y 4, que permiten “*impensiore damno vindicare*”⁹¹ (vindicar por un desembolso por el daño), es decir, una retribución por un equivalente ideal⁹². Lo cierto es que la pena es una sola: el talión. Que ésta pueda ser excluida por la “no-pena” que implica la *pactio*, ya sea por un monto convencional, en la Tabla VIII,2, o por uno legal, en la Tabla VIII,3 y 4, en nada cambia la cuestión. El protagonismo del talión no sólo es dogmático sino práctico, pues de hecho la sanción normalmente deseada por la víctima, y por tanto la que operaba más frecuentemente, era ésta⁹³. Y, es más, fue el talión, merced a su principio de proporcionalidad, no la composición pecuniaria ni convencional ni legal, lo que sirvió de modelo al pretor para la creación de la *actio iniuriarum aestimatoria*, como se observa *Noctes Atticae* 20,1,37 ([...] *quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam*)⁹⁴.

Sin embargo, esto último, el protagonismo del talión y el carácter meramente sustitutivo de las *pactiones poenales*, no fue tenido en cuenta ni por Gai. 3,223 (*magna paupertate*), ni por Sexto Cecilio-Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 20,1,31 (“*tametsi*

⁹⁰ FESTUS, *De verborum significatu* (Lindsay, 496), s.v. “Talionis” [W.-M. Lindsay ed., en *Glossaria Latina, Iussu Academiae Britannicae Edita*, IV: Placidus, Festus, J. W. Pirie, W.-M. Lindsay (Hildesheim, Olms, 1965), p. 451]. “*Talionis mentionem fieri in XII (XIII,2) ait Verrius hoc modo, ‘si membrum rapsit (rup-), ni cum eo pacit, talio esto’. Neque id quid significet indicat, puto quia notum est; permittit enim lex parrem vindictam*” (“Del talión se hace mención en las XII Tablas (VIII,2) afirma Verrius que de este modo, ‘si rompiera un miembro, y no pacta con aquél, haya talión’. No indica esto lo que signifique, pienso porque es sabido que la ley ciertamente permite la vindicación a la par”) (Cfr., también, ISID., *Etymologiarum* 5,27,24: “*Talio est similitudo vindictae, ut taliter quis patiat ut fecit. Hoc enim et natura et lege est institutum, ut ‘laedentem similis vindicta sequatur’. Unde et illud est legis (Mat. 5,38): ‘Oculum pro oculo, dentem pro dente’. Talio autem non solum ad iniuriam referendam, sed etiam pro beneficio reddendo ponitur. Est enim communis sermo et iniuriae et beneficentiae*” (“El talión tiene similitud con las venganzas, que alguno padezca tal cual lo que hizo. Esto ciertamente está instituido sea por la naturaleza o sea por la ley, como ‘al que dañó, sígase una venganza similar’. De donde también es aquello de la ley (Mat. 5,38): ‘Ojo por ojo, diente por diente’. Pero el talión no sólo se refiere a la injuria, sino que también se usa para redituar un beneficio. Es ciertamente una palabra común tanto de la injuria como de la beneficencia”).

⁹¹ GELL., *Noctes Atticae* 20,1,32: “*Sed iniurias atrociores, ut de osse fracto, non liberis modo, verum etiam servis factas inpensiore damno vindicaverunt, quibusdam autem iniuriis talionem quoque adposuerunt*” (“Pero para las injurias atroces, como en respecto del hueso fracturado, no sólo las hechas a los libres, sino también a los esclavos, vindicaron por un desembolso por el daño, pero para las demás injurias también establecieron el talión”).

⁹² Se trata siempre de una retribución, de modo que la composición económica no es en absoluto una indemnización. En esto puede tener razón Tuori, en un discurso que en todo caso es demasiado general –pues la cuestión es más compleja–, quien pone el acento en que en todas estas penas va comprometido el honor de la víctima y no su situación patrimonial. Véase: TUORI, K., *Revenge and Retribution in the Twelve Tables: “talio esto” Reconsidered*, en *Fundamina*, 13 (2007) 2, pp. 140-145.

⁹³ BRASIELLO, U., s.v. “Pena (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano* (Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1965), XII, p. 810.

⁹⁴ “[...] según el uso también es reconducido necesariamente el mismo talión a una estimación del juez.

haec ipsa paucitas assium grave pondus aeris fuit; nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est”), pues se entretienen en señalar que la suma de 25 ases, de la Tabla VIII,4, en realidad no era tan exigua. Lo mismo ocurre con los romanistas contemporáneos. Solazzi⁹⁵ representa la opinión común al decir que las palabras de Labeón, recordadas por Gelio (*Noctes Atticae* 20,1,13: *abolescere, relinquere*)⁹⁶, aclaran que la intención del pretor fue dejar en el desuso la pena de 300 y 150 ases por el hueso fracturado, dando lugar a la *actio iniuriarum aestimatoria*. Y, por su parte, Vökl⁹⁷ se preocupó de demostrar que 25 ases no era en absoluto una suma baja. Pero éste no parece ser el punto, pues en el centro del desarrollo histórico estuvo la superación del talión, de modo que los montos de las *pactiones* fueron una cuestión secundaria. De hecho, el problema del bajo monto pecuniario de la sanción era inexistente al menos para la Tabla VIII,2, donde la pacción no estaba limitada legalmente. Si el problema se hubiese centrado en la cantidad de dinero recibida por la víctima, esto habría afectado a lo sumo –de acuerdo a la reconstrucción tradicional de las normas decenvirales–, a la Tabla VIII,3 y 4. Sin embargo, el edicto introdujo la estimación pecuniaria de las lesiones incluso antes de la derogación de los 25 ases y de los “*taliones*” por medio de la *lex Aebutia*⁹⁸. Por lo tanto, el problema de las sanciones decenvirales habría resultado superfluo. En realidad, a nuestro juicio, lo que ha operado es un avance progresivo del control social estatal: en un primer momento, la Ley de las XII Tablas se produjo una primera moderación de la venganza privada a través de la introducción de la proporcionalidad de la fuerza en el talión, junto a lo cual se introdujo la posibilidad de escapar de la sanción (“*ni cum eo pacit*” fue una cláusula general), por medio de una sustitución pecuniaria de aquella sanción a través de la *pactio* –convencional (VIII,2) o legal (VIII,3 y 4)–, lo que operaba más que como una alternativa del ofensor como un elemento justificador de la aplicación de la fuerza para la víctima que, como debió haber sido habitual, rechazaba la suma ofrecida (*poena*). Este sistema era el que se encontraba en la medida de las posibilidades de una naciente República que apenas comenzaba a imponer su poder sobre los grupos gentilicios. Más tarde, con la promulgación del edicto, hacia el siglo II. a. C., se intentó borrar el talión –salvo para el caso de los esclavos que comentían *iniuriae*–, a través de la introducción de la *aestimatio pecuniaria*, todo lo cual quedó refrendado por la derogación del talión y las pactiones que implicó la *lex Aebutia*.

3. La “*iniuria*”.

Finalmente, una parte compleja es la relativa a la Tabla VIII,4 “*Si iniuria alteri faxsit, viginti quinque poenae sunt*”. El precepto, una vez despojado del acusativo “*iniuriam*” y restablecido el ablativo adverbial “*iniuria*”, presenta una fisonomía completamente distinta. Y, en cuanto tal, ya no se puede respaldar a aquella parte

⁹⁵ SOLAZZI, S., cit. (n. 55), pp. 283-284.

⁹⁶ HALPIN, A. K. W., cit. (n. 3), pp. 349-350.

⁹⁷ LÜBTOW, U. von, cit. (n. 3), p. 139.

⁹⁸ Para un panorama general: FRANCHINI, L., cit. (n. 55), pp. 45 ss.

de la doctrina que pretende la existencia de un preciso delito decenviral de injuria –cuyos contornos precisos son, en todo caso, todavía objeto de debate–⁹⁹.

El asunto es que con el ablativo “*iniuria*” el precepto de la Tabla VIII,4 muestra una amplitud (“*si injustamente hace [...]*”) que ciertamente lo aleja de la concisión de otras disposiciones decenvirales y, más bien, lo hace ininteligible por sí solo. Por ello es que una parte de la doctrina ha desechado por completo la pertenencia de este precepto al texto de las XII Tablas¹⁰⁰. Pero esto es una exageración. El hecho es que la existencia de la Tabla VIII,4 sí está atestiguada por dos fuentes distintas –*Noctes Atticae* 20,1,12 y *Collatio* 2,5,5– que dan cuenta justamente de su formulación con el ablativo “*iniuria*”, y no hay ninguna contraprueba proporcional a este dato, sino sólo las dificultades que efectivamente presenta su interpretación. Otra parte de la doctrina¹⁰¹, ha optado por la lección “*iniuria-faxsit*”, extrayendo desde allí diversas lecturas que, con sus peculiaridades, vienen a decir que lo sancionado por la Tabla VIII,4 son diversas formas de ilicitud que se pueden reconducir a la idea de un “delito de *si iniuria alteri faxsit*”¹⁰². Pero en todos estos casos queda siempre inexplicado cómo la norma puede tener valor sustantivo alguno con la lección “*iniuria-faxsit*”, y más bien siempre, de alguna forma, estas teorías son recorridas por el prejuicio de la existencia de otros ilícitos distintos de la *membri ruptio* y la *ossis fractio*, que es en el fondo lo que quieren demostrar; en circunstancias que la existencia de aquellos ilícitos había sido afirmada por la romanística previa con la lección “*iniuriam-faxsit*”. Tal es el caso de quienes¹⁰³ no creen en la existencia de un delito decenviral de injuria (lesiones leves), pero sí en un delito consistente en una conducta genéricamente antijurídica, “tipificado”(¡) por “*iniuria-faxsit*”. Estas posiciones adolecen del vicio de dejar inexplicado cómo pudo existir un precepto de tanta amplitud, en contraste absoluto con el tono del resto de las normas decenvirales; y, además, en realidad no aportan mayores antecedentes que den cuenta segura del presunto contenido de este delito de “*iniuria facere*”¹⁰⁴.

El conocidísimo pasaje de D. 47,10,1 pr. (Ulp., 56 *ed.*), nos da el marco general para la pesquisa de un significado de *iniuria*: “*Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. hoc generaliter.*”

⁹⁹ VOIGT, M., cit. (n. 3) pp. 516 ss.; PUGLIESE, G., *Studi sul* “*iniuria*”, cit. (n. 3), pp. 1 ss.; SIMON, D., cit. (n. 3), pp. 160 ss.; WITTMANN, R., cit. (n. 3), pp. 134 ss.

¹⁰⁰ BIRKS, P., cit. (n. 3), pp. 189 ss.; MANFREDINI, A., cit. (n. 3), pp. 15 ss.

¹⁰¹ ALBANESE, B., cit. (n. 15), pp. 21-36; VÖLKL, A., cit. (n. 3), pp. 169 ss.; WESTBROOK, R., cit. (n. 3), pp. 103 ss.; BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Note sulla parola*, cit. (n. 3), pp. 793-816; CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), pp. 235-237; LA MISMA: *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del Diritto privato* (Napoli, Jovene, 2010), pp. 7 a 19; BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Lezioni*, cit. (n. 3), pp. 260 a 268.

¹⁰² HALPIN, A. K. W., cit. (n. 3), pp. 344-354; VÖLKL, A., cit. (n. 3), pp. 169 ss.

¹⁰³ VÖLKL, A., cit. (n. 3), pp. 169 ss.; WESTBROOK, R., cit. (n. 3), pp. 103 ss.; CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), pp. 235 a 237; LA MISMA: *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del Diritto privato* (Jovene Editore, Napoli, 2010), pp. 7 a 19.

¹⁰⁴ Véanse, aunque con soluciones distintas a la nuestra: ALBANESE, B., cit. (n. 15), pp. 21-36; BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Note sulla parola*, cit. (n. 3), pp. 793-816; BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Lezioni*, cit. (n. 3), pp. 260-268.

specialiter autem iniuria dicitur contumelia. interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege aquilia dicere solemus [...] (“Es dicha injuria de aquello que se haga sin derecho: por tanto, todo lo que se hace sin derecho, se dice hacer injustamente (*iniuria*). Esto, en sentido general. Pero en sentido especial el ultraje (*contumelia*) se dice injuria. A veces el nombre de injurias significa el daño causado con culpa, como solemos decir en la ley Aquilia [...])”)

Para nosotros no es dudoso que el sentido dominante de *iniuria* en época decenviral es aquel de contrariedad al derecho (*non iure fit*)¹⁰⁵. Dicho sentido primigenio se encontraría paralelamente en los testimonios decenvirales del *iniuria vindicare*¹⁰⁶, en el diálogo de la *legis actio per sacramentum*, y especialmente en el *iniuria caedere* (más probablemente *succidere*) del delito de la Tabla VIII,11¹⁰⁷. Y, es más, las disposiciones decenvirales habrían sido un precedente precisamente del plebiscito aquiliano, en el “*iniuria occidere*”¹⁰⁸ y, para el capítulo tercero, el “*damnum iniuria datum*”, que según D. 9,2,27,5 (Ulp., 18 ed.), era reportado así: “*Tertio autem capite ait eadem lex aquilia: “ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto”*”.

Todo esto, se contrapone a la vieja doctrina de Huvelin que trata de reconducir el significado de *iniuria* a un acto de violencia física o material¹⁰⁹. Pues esta teoría no tiene respaldo en las fuentes¹¹⁰, ya que, de hecho¹¹¹, hemos tenido ocasión de señalar que los textos que dan cuenta de *iniuria* con el valor de “acto de violencia física” no son ni siquiera de Plauto o Terencio¹¹², sino que apenas comienzan a observarse en las obras altoimperiales¹¹³; donde, por lo demás, el valor de “golpe” nunca es autónomo, sino dependiente de aquél general de “ilícito”. Todo esto, además, viene a coincidir con que diversos indicios nos señalan que en época

¹⁰⁵ PUGLIESE, G., *Studi sul “iniuria”*, cit. (n. 3), pp. 14 ss.; SIMON, D., cit. (n. 3), pp. 160 ss.; BIRKS, P., cit. (n. 3), p. 163; HALPIN, A. K. W., cit. (n. 3), pp. 344-345.

¹⁰⁶ Gai. 4,16: “*quando tu iniuria vindicavisti, quingentis assibus sacramento te provoco*” (“como tú injustamente vindicaste, te desafío por el sacramento de 500 ases”).

¹⁰⁷ PLIN., *Nat. Hist.* 17,1,7: “*fuit et arborum cura legibus priscis, cautumque est XII tabulis ut, qui iniuria cecidisset alienas, lueret in singulas aeris XXV*” (“también hubo preocupación de los árboles en las leyes antiguas, y está dispuesto en las XII Tablas así: quien injustamente corte los ajenos, pague por cada uno 25 ases”). Sobre si el verbo correcto es *caedere*, o debió ser *succidere*: ALBANESE, B., cit. (n. 15), p. 25; DESANTI, L., “*Caedere est non solum succidere*”: *taglio di alberi, XII Tavole e D. 47,7,5 pr. (Paul. 9 ad Sab.)*, en *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà* (Milano, Giuffrè, 2009), pp. 147-165.

¹⁰⁸ Cfr. Gai. 3,210-211.

¹⁰⁹ Véase, en el mismo sentido: SIMON, D., cit. (n. 3), pp. 136 ss.

¹¹⁰ ALBANESE, B., cit. (n. 15), pp. 25-28.

¹¹¹ ALBANESE, B., cit. (n. 15), p. 26.

¹¹² Cfr., por todos: PLAUT., *Bacch.* 443; *Cist.* 180-181; *Most.* 888-896; *Rud.* 414; *Aul.* 643, 794; TERENT., *Adelph.* 162 y 166; *Phorm.* 983-984; *Hec.* 401.

¹¹³ Cfr. HORAT., *Sermones* 2,6,28; LIV., *ab Urbe condita.* II,29,4.; XXXVIII,24,10; PETRON., *Satiricon* 96,4; 108,5; 132,3; SEN. maior, *Controversiae* 7,6,13; QUINTIL., *Declamationes maiores* 298. Véase: ALBANESE, B., cit. (n. 15), pp. 25-28.

arcaica únicamente se sancionó la *membri ruptio* y la *ossis fractio*¹¹⁴, es decir, no existió un ilícito consistente en lesiones menores.

Por otra parte, esta *iniuria* decenviral, como *non iure*, pareciera presentarse como una versión germinal de lo que Ulpiano más tarde llamará “*damnum culpa datur*”, en el sentido de “intencionalidad”¹¹⁵. Se trata de un sentido atestiguado en la época contemporánea a la *lex Aquilia*¹¹⁶ y en el plebiscito mismo¹¹⁷. Pero que ya se encontraba también en época predecenviral, a través de las leyes regias de Numa sobre el homicidio voluntario e involuntario¹¹⁸, y en el relato de la violación de Lucrecia¹¹⁹. Todo esto encuentra reflejo en el código decenviral, en delitos como el de incendio de la Tabla VIII, 10 (“*sciens prudensque*”) o el homicidio involuntario de la Tabla VIII, 24a, en el cual se excluye la pena y sólo se considera una expiación religiosa¹²⁰. En este punto es cierto lo que dice Ihering¹²¹, respecto de que en las XII Tablas todavía no está conformada una noción clara de culpa y que por ello se sancionaba el delito de lesiones corporales, específicamente el *membrum ruptum*, cometido tanto de manera voluntaria como involuntaria, según señala Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 20.1.16 (“*alteri inprudens ruperit? [...] per inprudentiam factum est*”) y 34 (“*an prudens inprudensne rupisset*”)¹²². Pero una

¹¹⁴ Véase: CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), p. 224 n. 9.

¹¹⁵ Véase, en diferentes sentidos pero con una perspectiva subjetivista: CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), p. 226; CORBINO, A., *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di Diritto romano* (2ª edición, Padova, CEDAM, 2008), pp. 159-76; CORBINO, A., *L’oggetto della “aestimatio damni” nella previsione del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano*, en *Studi in onore di Remo Martini* (Giuffrè Editore, Milano, 2008), I, p. 699 n. 2.; CORBINO, A., *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano*, en *SDHI*, 75 (2009), pp. 77-111; CURSI, M. F., *What Did “occidere iniuria” in the “lex Aquilia” Actually Mean? en Roman Legal Tradition*, 7 (2011), pp. 16-29.

¹¹⁶ Así lo demuestra la *lex luci Spoletina* (s. III a. C.?): “*Honce loucom ne quis violatod neque exehibito neque ex ferto quod louci siet, neque cedito nesei quo die res deina anua fiet: eod die quo rei dinai causa fiat, sine dolo cedre licetod. Sei quis violasit, Iove bovid piaculum datod: sei quis scies violasit dolo malo, Iovei bovid piaculum datod et a(sses) CCC moltai suntod. Eius piaculi moltaique dicatorei exactio estod*” (“Que ninguno viole este bosque, de modo que no se llevará ni se utilizará lo que sea del bosque, ni se cortará [sc. árboles] salvo que se haga en aquél día del año de carácter divino; aquél día en que se haga a causa de su carácter divino, se permitirá cortar sin dolo. Si alguno lo viola, dará a Júpiter una vaca como penitencia: si alguno a sabiendas lo viola con dolo malo, dará una vaca como penitencia para Júpiter y habrá una multa de 300 ases. De estas penitencias y multas hágase exacción a los dedicadores”). Cfr. ARANGIO-RUIZ, V., *FIRA*, III: *Negotia* (Florentiae, Barbèra, 1968), p. 223. Véase: LA ROSA, F., *Il valore originario di “iniuria” nella “lex Aquilia”*, en *Labeo*, 44 (1998) 3, pp. 368-369.

¹¹⁷ Gai. 3, 211.

¹¹⁸ *Servius in Vergilii ecl.* 4, 43. Cfr. RICCOBONO, S., *FIRA*, II: *Leges* (Firenze, Barbèra, 1968), pp. 13-14.

¹¹⁹ AMUNÁTEGUI, C., *Lucretia*, cit. (n. 63), pp. 67-81; EL MISMO: *Lucretia y la noxalidad*, en CARVAJAL, Patricio-Ignacio - MIGLIETTA, M. (editores) *Estudios jurídicos en homenaje a Alejandro Guzmán* (Edizioni dell’Orso, Alessandria, 2011), I, pp. 101-113.

¹²⁰ LA ROSA, F., cit. (n. 116), p. 371.

¹²¹ IHERING, Rudolf von, *Il momento della colpa nel Diritto privato romano* (1867) (traducción de F. FUSILLO, Napoli, Jovene, 1990), pp. 11-12 y n. 11.

¹²² PUGLIESE, G., *Studi sul “iniuria”*, cit. (n. 3), pp. 1 ss.; WITTMANN, R., cit. (n. 3), pp. 19 ss.; HALPIN, A. K. W., cit. (n. 3), pp. 344-354; MANFREDINI, A., cit. (n. 3), p. 65; CURSI,

cosa es que haya un concepto poco desarrollado de culpa por el que se sancionen tanto los delitos intencionales como los no intencionales, y otra muy distinta es que dichos delitos se sancionen de la misma forma. Por cierto, esto ya no ocurría en época decenviral. Y de aquí nuestra explicación sobre el papel que corresponde al ablativo *iniuria* de la Tabla VIII,4.

Desde nuestro punto de vista, el “*iniuria facere*” de la Tabla VIII,4, no corresponde a una norma autónoma¹²³, sino que forma parte de VIII,2 y VIII,3¹²⁴. En consecuencia, *facere* no es intransitivo¹²⁵, sino que tiene por objeto la *ruptio* y la *fractio* de las disposiciones precedentes: es decir, “*iniuria alteri membri ruptionem facere*” (VIII,2) e “*iniuria alteri ossis fractionem facere*” (VIII,3). La presencia de *alteri*, injustamente puesta en duda en algunas ediciones de la Tabla VIII,4¹²⁶, llena de sentido el *facere*, pues sólo así se denota que lo hecho lo es a otro¹²⁷; del mismo modo que aparecerá más tarde en la *lex Aquilia* el delito construido sobre un “*damnum facere*”¹²⁸ —el avance desde un *damnum facere* a un *damnum dare* es fruto del desarrollo de los juristas clásicos—¹²⁹.

En suma, la Tabla VIII,2 establecería el delito de *membra ruptionem* involuntaria, la Tabla VIII,3 el de *ossis fractio* involuntaria y la Tabla VIII,4 tanto el *membrum*

M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), p. 236; WACKE, A., *Fabrlässige Vergehen im römischen Strafrecht*, en “*Unius poena metus multorum*”. *Abhandlungen zum römischen Strafrecht* (Napoli, Jovene, 2008), p. 45. CURSI, M. F., *Danno e responsabilità*, cit. (n. 14), p. 8.

¹²³ Todas las tesis que postulan esta posibilidad dependen en mayor o menor medida de la conjetura de HUVELIN, P., cit. (n. 3), pp. 92 y 93, en cuanto a que en esta disposición, *facere* habría estado empleado de manera intransitiva.

¹²⁴ La idea proviene de BIRKS, P., cit. (n. 3), p. 189, quien ya señaló esto pero sólo respecto de la Tabla VIII,3. En nuestro caso, el testimonio de Catón más los avances de la ciencia romanista que progresivamente han ido aproximando la regulación de 8VIII,2 y 3, nos permiten dar un paso adelante más. Sin embargo, Birks yerra al suponer que “*alteri*” supone un cambio de sujeto, de modo que la norma de VIII,4 diría que la víctima de VIII,3 que, en vez de conformarse con la compensación pecuniaria, ejecute el talión (*iniuria*), sufrirá la pena de 25 ases. Esta lectura es completamente fantástica, pues “*alteri*” tiene una función totalmente diferente en el lenguaje jurídico, tal como veremos inmediatamente.

¹²⁵ HALPIN, A. K. W., cit. (n. 3), p. 346, demuestra que es posible la construcción de un adverbio con el verbo *facere* intransitivo; sin embargo, la cuestión no radica en la posibilidad lingüística general, sino en su impertinencia respecto del específico y concreto lenguaje jurídico que caracteriza las disposiciones decenvirales, el cual excluye toda posibilidad de que haya existido una norma tan abstracta como la que se pretende.

¹²⁶ FRAENKEL, E., *Franz Beckmann, Zauberei und Recht in Roms Frühzeit. Ein Beitrag zur Geschichte und Interpretation des Zwölf Tafelrechtes* (Diss. Münster, Druck von W. Nolte, Osnabrück, 1923), en *Gnomon. Kritische Zeitschrift für die gesamte klassische Altertumswissenschaft*, 1 (1925) 4, p. 191 y n. 1 [= *Anzeige von Beckmann, Zauberei und Recht in Roms Frühzeit*, en *Kleine Beiträge zur klassische Philologie, 2: Zur römischen Literatur zu juristischen Texten verschiedenes* (Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1964), p. 404 y n. 1]; SIMON, D., cit. (n. 3), p. 134; BIRKS, P., cit. (n. 3), p. 189; HALPIN, A. K. W., cit. (n. 3), p. 346; ALBANESE, B., cit. (n. 15), pp. 23 y 24; CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”, cit. (n. 3), pp. 232.

¹²⁷ CASTRESANA, A., *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001), pp. 18-21.

¹²⁸ CANNATA, C. A., *Il terzo capo della ‘Lex Aquilia’*, en *BIDR.*, 98-99 (1995-1996), pp. 114 ss.; CASTRESANA, A., cit. (n. 127), pp. 40-42.

¹²⁹ CASTRESANA, A., cit. (n. 127), pp. 18-21.

ruptum como el *os fractum* intencionales. La gran cuestión es determinar ahora sus respectivas sanciones.

En este delicado punto, siempre puede invocarse la duda de que nuestras fuentes realmente reflejen con fidelidad la época decenviral. Pero, haciendo abstracción de ello –que en todo caso no se debe descuidar–, en el plano de las puras conjeturas podría decirse que, más allá de la sanción general del talión que conocemos por Catón, para las *pactiones* hubo probablemente unos montos (*poenae*) más altos en los delitos imprudentes –Tabla VIII,2 y 3 (300 y 150 ases)–, que en el intencional –Tabla VIII,4 (25 ases)–. ¿Cómo explicar esto? Es posible que en una ciudad-Estado naciente, con un control todavía frágil del poder de los clanes gentilicios (que impulsaban la venganza privada), las *pactiones* más que verdaderos sustitutos del talión hayan sido herramientas para legitimarlo. Y así, si el ofensor no lograba la composición (“*pacit*”, en singular), la víctima quedaba ampliamente facultada por el juez para ejercer, como realmente deseaba, su *par vindicta*. Por lo tanto, desde este punto de vista puede comprenderse como un favorecimiento de la víctima el hecho de otorgar al ofensor mayores posibilidades de paccionar si el delito era involuntario que si era intencional, por la vía de fijar unas sumas más altas (300 y 150 ases) para el primer caso que para el segundo (25 ases). Así, en realidad los 25 ases daban la apariencia de que las autoridades ciudadanas tenían el control social, cuando éste todavía permanecía en manos de las gentes (como es natural en la progresión de una organización política).

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, B., *Una congettura sul significato di “iniuria” in XII tab. 8.4*, en *Iura*, 31 (1980).
- AMUNÁTEGUI, C., *Lucretia and the Historical System of Noxality*, en *RIDA.*, 55 (2008).
- AMUNÁTEGUI, C., *Lucrecia y la noxalidad*, en CARVAJAL, Patricio-Ignacio, MIGLIETTA, M. (editores), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Alejandro Guzmán* (Alessandria, Edizioni dell’Orso, 2011), I.
- APPLETON, Ch., *Nôtre enseignement du droit romain. Ses ennemis et ses défauts*, en *Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges Cornil* (Sirey, Paris, 1926), I.
- ARANGIO-RUIZ, V., *FIRA.*, III: *Negotia* (Florentiae, Barbèra, 1968).
- BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Lezioni di Diritto privato romano* (Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2012), III.
- BASSANELLI SOMMARIVA, G., *Note sulla parola “poena” in XII Tab. 8.3 e 8.4*, en CASA-DEI, E. - SGARBENTI, G. (editores), *Studi in Onore di Enrico Bassanelli* (Milano, Giuffrè, 1995).
- BIGNARDI, A., “*Frangere*” e “*rumpere*” nel lessico normativo e nella interpretatio prudentium, en *Nozione, Formazione e Interpretazione del Diritto. Dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo* (Napoli, Jovene, 1997), I.
- BINDING, K., *Rechtsvergleichende Vermutungen zu membrum ruptum, os fractum und iniuria der lex XII Tabularum*, en *ZSS. Rom. Abt.*, 40 (1919).
- BIONDI, B., *Sistema della noxalità ed azioni noxali* (1948), después en *Scritti Giuridici*, III: *Diritto Romano. Diritto Privato* (Milano, Giuffrè, 1965).

- BIRKS, P., *The Early History of “iniuria”*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 37 (1969).
- BISCOTTI, B., *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano* (Milano, Giuffrè Editore, 2002).
- BONFANTE P., *Storia del Diritto romano* (3ª edición, Milano, Società Editrice Libreria, 1923), I.
- BRASIELLO, U., s.v. “Pena (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano* (Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1965), XII.
- BRASIELLO, U., v. “Pena (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano* (Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1965), XII.
- BREAL, M., *Sur la langue de la Loi des XII Tables*, en *Journal des Savants* (1902).
- CANNATA, C. A., *Il terzo capo della ‘Lex Aquilia’*, en *BIDR.*, 98-99 (1995-1996).
- CANTARELLA, E., *Los suplicios capitales en Grecia y Roma. Orígenes y funciones de la pena de muerte en la Antigüedad clásica* (Madrid, Akal Ediciones, 1996).
- CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, *Diritto e potere nella storia di Roma* (Napoli, Jovene, 2007).
- CARVAJAL, P.-I., *Apuntes sobre la injuria en las XII Tablas y su transmisión textual*, en *Revista Chilena de Derecho*, 40 (2013) 2, en prensa.
- CARVAJAL, P.-I., *Apuntes sobre naufragio, piratería y sodales marítimos en época arcaica*, en *Ius Antiquum* (Rusia), 21 (2008) 1.
- CARVAJAL, P.-I., *Naufragio, piratería y ‘sodales’ marítimos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 29 (2007).
- CARVAJAL, P.-I., *Nota en torno al ius naufragii y la libertad de navegación. Observaciones romanistas*, en *Ius Publicum*, 15 (2005).
- CASAVOLA, F., “*Costituzione*” decenvirale e “*ius civile*”, en *Sententia legum. Tra mondo antico e moderno*, I: *Diritto romano* (Napoli, Jovene Editore, 2000).
- CASTRESANA, A., *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001),
- CIULEI, G., *Über das Wort “poena” in Lex XII Tabularum*, en *Rheinisches Museum für Philologie*, 91 (1942).
- CORBINO, A., *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano*, en *SDHI.*, 75 (2009).
- CORBINO, A., *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di Diritto romano* (2ª edición, Padova, CEDAM, 2008),
- CORBINO, A., *Il dettato aquiliano. Tecniche legislative e pensiero giuridico*, en “*Fides, Humanitas, Ius*”. *Studi in Onore di Luigi Labruna* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2007),
- CORBINO, A., *L'oggetto della “aestimatio damni” nella previsione del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano*, en *Studi in onore di Remo Martini* (Giuffrè Editore, Milano, 2008), I.
- CURSI, M. F., “*Iniuria cum damno*”. *Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano* (Milano, Giuffrè Editore, 2002).
- CURSI, M. F., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del Diritto privato* (Napoli, Jovene, 2010).
- CURSI, M. F., *What Did “occidere iniuria” in the “lex Aquilia” Actually Mean? en Roman Legal Tradition*, 7 (2011).
- DA NÓBREGA, V., *L'iniuria dans la loi des XII Tables*, en *Romanitas*, 8 (1967).
- DAUBE, D., “*Nocere*” and “*noxa*”, en *Cambridge Law Journal*, 7 (1939-1941).

- DE MARTINO, F., *Diritto e società nell'antica Roma. Intorno all'origine della repubblica romana e delle magistrature*, en *Diritto e Società nell'antica Roma* (Roma, Editori Riuniti, 1979).
- DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana* (Napoli, Jovene, 1972), I.
- DE VISSCHER, F., "Vindicta" et "noxa", en *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento* (Fratelli Treves, Milano, 1930), III.
- DE VISSCHER, F., *Il sistema romano della nossalità*, en *Iura*, 11 (1960).
- DE VISSCHER, F., *L'action noxale d'injures, droit hellénique et Droit romain*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 11 (1932).
- DE VISSCHER, F., *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle* (Bruxelles, Éditions A. De Visscher, 1947).
- DESANTI, L., "Caedere est non solum succidere": taglio di alberi, XII Tavole e D. 47,7,5 pr. (Paul. 9 ad Sab.), en *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà* (Milano, Giuffrè, 2009).
- DEVOTO, G., *I problemi del più antico vocabulario giuridico romano*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*. Bologna e Roma, 17-27 aprile 1933 (Bologna, Istituto di Studi Romani, Tipografia Successori Flli. Fusi, Pavia, 1934), I.
- DEVOTO, G., *I problemi del più antico vocabulario giuridico romano*, en *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere, Storia e Filosofia*, serie VI, vol. II (1933).
- DI PAOLA, S., *La genesi storica del delitto di iniuria*, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, 1 (1946-7).
- DILIBERTO, O., *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole* (Cagliari, Edizioni AV, 1992), I.
- ERNOUT, A. - MEILLET, A. - J. ANDRÉ (additions et corrections), *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots* (4ª edición, Paris, Klincksieck, 2001).
- ERNOUT, A., *Aspects du vocabulaire latine* (Paris, Librairie C. Klincksieck, 1954).
- FRAENKEL, E., *Franz Beckmann, Zauberei und Recht in Roms Frühzeit. Ein Beitrag zur Geschichte und Interpretation des Zwölfstafelrechtes* (Diss. Münster, Druck von W. Nolte, Osnabrück, 1923), en *Gnomon. Kritische Zeitschrift für die gesamte klassische Altertumswissenschaft*, 1 (1925) 4 [= *Anzeige von Beckmann, Zauberei und Recht in Roms Frühzeit*, en *Kleine Beiträge zur klassische Philologie*, 2: *Zur römischen Literatur zur juristischen Texten verschiedenes* (Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1964),
- FRANCHINI, L., *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica* (Milano, Vita e Pensiero, 2005).
- FRANCIOSI, G., *Manuale di Storia del Diritto romano* (3ª edición, Napoli, Jovene, 2005).
- GIOFFREDI, C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (Romae, Apollinaris, 1955).
- GIOFFREDI, C., *In tema di 'iniuria' (sui fattori di formazione del Diritto romano in età preclassica)*, en *Nuovi Studi di Diritto greco e romano* (Romae, Pontificia Universitas Lateranensis, 1980).
- GIRARD, P., *Les actions noxales (fin)*, en *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 12 (1888).
- GIRARD, P., *Les actions noxales*, en *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 11 (1887).
- GUARINO, A., *Il "dossier" di Lucrezia*, en *Labeo*, 5 (1959) 2.

- GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano* (2ª edición, Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013), II.
- HAGEMANN, M., *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur justinianischen Kodifikation* (Köln - Weimar - Wien, Böhlau, 1998).
- HALPIN, A. K. W., *The Usage of “iniuria” in the Twelve Tables*, en *The Irish Jurist*, 11 (1976).
- HITZIG, H. F., *“Injuria”: Beiträge zur geschichte der “Injuria” im griechischen und römischen Recht* (München, Theodor Ackermann, 1899).
- HUMBERT, M., *La codificazione decemvirale: tentativo d’interpretazione*, en M. HUMBERT (editor), *Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli umanisti* (Pavia, Iuss Press, 2005).
- HUVELIN, P., *La notion de l’iniuria dans le très ancien droit romain*, en *Mélanges Ch. Appleton* (Lyon, A. Rey, imprimeur-éditeur, 1903).
- IHERING, Rudolf von, *Il momento della colpa nel Diritto privato romano* (1867) (traducción de F. FUSILLO, Napoli, Jovene, 1990).
- KASER, M. - HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht* (München, Beck, 1996).
- KASER, M., *Das altrömische “Ius”: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1949).
- KASER, M., *Das römische Privatrecht* (2ª edición, München, Beck, 1971), I.
- KNÜTEL, R., *Stipulatio poenae. Studien zur röm. Vertragsstrafe* (Köln-Wien, Bohlau, 1976).
- LA ROSA, F., *Il valore originario di “iniuria” nella “lex Aquilia”*, en *Labeo*, 44 (1998) 3.
- LAMBERT, E., *Le problème de l’origine des XII Tables* (Paris, Albert Fontemoing Editeur, 1902).
- LENEL, O., *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Verlag von Bernhard Tauchnitz (3ª edición, Leipzig, 1927).
- LÉVY-BRUHL, H., *Sur l’abandon noxal*, en *Mélanges Philippe Meylan* (Lausanne, Imprimerie Central, 1963), I.
- LÜBTOW, U. von, *Zum römisches Injurienrecht*, en *Labeo*, 15 (1969).
- LUZZATO, G.-I., *Per un’ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane* (Milano, Giuffrè, 1934).
- MANFREDINI, A., *Contributi allo studio dell’“iniuria” in età repubblicana* (Milano, Giuffrè, 1977).
- NENCIONI, G., *Lessico giuridico latino e tradizione mediterranea*, en *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere, Storia e Filosofia*, serie II, vol. IX (1940).
- PETRUCCI, A., *Corso di Diritto pubblico romano* (Torino, Giappichelli, 2012).
- PISANI, V., *Miscellanea etimologica. Nota di V. Pisani presentata dal socio N. Festa*, en *Rendiconti della Reale Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche, serie sesta* (Roma, Giovanni Bardi, 1929), V.
- PLESCIA, J., *The Development of “iniuria”*, en *Labeo*, 23 (1977).
- PÓLAY, E., *Iniuria types in Roman law* (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986).
- PÓLAY, E., *Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom*, en *ZSS., rom. Abt.*, 101 (1984).
- Prisciani Grammatici Caesarensis Institutionum Grammaticarum Libri XVIII, ex recensione Martini Hertzii, I: Libros I-XII continens*, en *Grammatici Latini ex recensione Henrici Keilii, II: Prisciani Institutionum Grammaticarum Libri I-XII ex recensione Martini Hertzii* (Hildesheim, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, 1961, pero, Leipzig, 1855).

- PUGLIESE, G., *Appunti in tema di azioni nossali* (1950), después en *Scritti giuridici scelti* (Napoli, Jovene, 1985), I.
- PUGLIESE, G., *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma* (1972), después en *Scritti giuridici scelti*, (Jovene, Napoli, 1985), I.
- PUGLIESE, G., rec. Manfredini, *Contributi allo studio dell' "iniuria" in età repubblicana*, en *Iura* (1978),
- PUGLIESE, G., *Studi sul "iniuria"* (Milano, Giuffrè, 1940), I.
- RICCOBONO, S., *FIRA*, II: *Leges* (Firenze, Barbèra, 1968).
- RODGER, A., *Introducing "iniuria"*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 59 (1991).
- SANTALUCIA, B., *Dalla vendetta alla pena*, en *Storia de Roma*, en MOMIGLIANO, A. - SCHIAVONE, M. A. (editores), I: *Roma in Italia* (Torino, Einaudi, 1988).
- SANTALUCIA, B., *Derecho penal romano* (traducción de J. Paricio y C. Velasco sobre la 2ª edición de 1998, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990).
- SANTALUCIA, B., *Diritto e proceso penale nell' antica Roma* (2ª edición, Milano, Giuffrè, 1998).
- SARGENTI, Manlio, *La responsabilità nossale in Diritto romano*, en *Contributo allo studio della responsabilità nossale in Diritto romano* (Pavia, Pubblicazioni dell'Università di Pavia, 1949).
- SERRAO, F., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma* (Napoli, Jovene, 2006), I.
- SIMON, D., *Begriff und Tatbestand der "iniuria" in altrömischen Recht*, en *ZSS.*, rom. Abt., 82 (1965).
- SOLAZZI, S., *La desuetudine della lege*, en *Scritti di Diritto Romano* (Napoli, Jovene, 1960), III (1925-1937),
- TALAMANCA, M., *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, en L. CAPOGROSSI-COLOGNESSI - M. F. CURSI (editores), *Forme di responsabilità in età decemvirale* (Napoli, Jovene, 2008).
- TALAMANCA, Mario, s.v. "Pena privata (Diritto romano)", en *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè Editore, Milano, 1982), XXXII.
- TUORI, K., *Revenge and Retribution in the Twelve Tables: "talio esto" Reconsidered*, en *Fundamina*, 13 (2007) 2.
- VOIGT, M., *Die XII Tafeln Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten* (Verlag von A. G. Liebeskind, Leipzig, 1883).
- VÖLKL, A., *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht* (Wien - Köln - Graz, Böhlau, 1984).
- WACKE, A., *Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht*, en "Unius poena metus multorum". *Abhandlungen zum römischen Strafrecht* (Napoli, Jovene, 2008).
- WALDE, A.; HOFMANN, J. B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II: M-Z (3ª edición, Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1954).
- WATSON, A., *Personal Injuries in the XII Tables*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 43 (1975).
- WESTBROOK, R., *Nature and Origins of the Twelve Tables*, en *ZSS.*, rom. Abt., 105 (1988).
- WITTMANN, R., *Körperverletzung an freien im klassischen römischen Recht* (München, Beck, 1972),
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996).