

SOBRE EL DOLO Y LA CULPA EN LA INIURIA

María José Bravo Bosch

Profesora titular de Derecho Romano. Universidad de Vigo.

RESUMEN:

El elemento intencional es fundamental a la hora de determinar si se ha producido el delito de *iniuria*, por lo que -después de referirnos al concepto de culpa- analizamos el *animus iniuriandi* imprescindible en el autor de la injuria, resaltando el dolo necesario para que estemos ante un ilícito condenable.

Palabras clave: *Dolus – culpa – animus iniuriandi.*

ABSTRACT:

The intentional element is basic to establish if *iniuria* offence has taken place, so that -after referring to the concept of negligence- we analyse the *animus iniuriandi* essential in the authorship of injury, emphasizing the *dolus* necessary to conclude that we are before a condemned illicit.

Key words: *Dolus – culpa – animus iniuriandi.*

Sobre el dolo y la culpa en la iniuria

La *iniuria* que existía en la época decenviral¹, suponía un modelo arcaico, por lo que la responsabilidad que se tomaba en consideración para reputar una conducta como ilícita era la objetiva², y, como dice PASTORI³, la imputabilidad se fundaba sobre la constatación de la existencia objetiva de un nexo causal entre la conducta de una persona y el elemento lesivo⁴, no siendo necesario conocer la intención del autor⁵, la previsibilidad de lo acontecido o el hecho de saber si pudo evitarse el resultado dañino⁶.

Pero esta concepción primitiva del derecho antiguo, en el que como dice IHERING⁷, se “ignora il momento della colpa”, pronto dio paso a un concepto más desarrollado, el de la responsabilidad subjetiva⁸-gracias a la *interpretatio* jurispruden-

1 Vid. al respecto la teoría de PERRIN, “Le caractère subjectif de la répression pénale dans les XII Tables”, en *RHD* 29, 1951, p. 383 ss. en donde ubica en la Ley de las XII Tablas dos sistemas represivos: uno fundado sobre la *iniuria*, el otro sobre el dolo. Entre los primeros estarían el *membrum ruptum*, el *os fractum*, la *iniuria* propiamente dicha y el *furtum manifestum*.

2 Cfr. GIOFFREDI, “Su l’elemento intenzionale nel diritto penale romano”, en *Studi in onore de Giuseppe Grosso*, Turín, 1970, p. 38, en donde declara la posible existencia de una fase histórica en la que hubiese estado vigente una responsabilidad objetiva, en la que el autor del hecho respondía por la comisión del mismo independientemente de su voluntariedad, por medio de una represión que no distinguía la intención del acto realizado; sobre lo mismo, CURSI, *Iniuria cum damno*, Milán, 2002, p. 4: “È generalmente ammesso, infatti, che l’*iniuria*, in quanto espressione dell’antigiridicità del danneggiamento, si sarebbe inizialmente configurata in maniera del tutto indipendente dall’elemento soggettivo della condotta - la *culpa*”; sobre el concepto de acciones realizadas no conforme al derecho, vid. DELL’ANDRO, *ED* 2, Milán, 1958, s. v. *Antigiridicità*, p. 542 ss.

3 *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*³, Milán, 1992, p. 1051, cuando dice que la voluntariedad del acto era deducida de la presencia de un nexo causal objetivo.

4 Vid. al respecto, RODRÍGUEZ ENNES, “Notas sobre el elemento subjetivo del *edictum de effusis vel deiectis*”, en *IURA* 35, 1984, p. 98, cuando declara: “Comienza así, en el último siglo de la república a afirmarse la tendencia jurisprudencial de encuadrar fuera de los principios aquilianos ciertos tipos de eventos dañosos en los que el punto de vista interno de la culpabilidad es sustituido por el aspecto externo de la simple causalidad...”, y en “Reflexiones en torno a diversos delitos de Derecho honorario”, en *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, VV.AA., Madrid, 2005, p. 539, cuando al tratar la *actio de effusis vel deiectis*, afirma: “Por lo que hace al elemento subjetivo, ante todo debemos constatar que sobre la prueba de la relación de causa y efecto entre el *effusum* o *deiectum* cometido por una persona y el daño sufrido por otra, gravita una de las notorias dificultades que presenta en la práctica la imputabilidad del agente... la protección de la integridad de los viandantes... exigía, lógicamente, que el sujeto pasivo del perjuicio no tuviera necesidad de buscar al *deictor* y presentar la prueba de su autoría... Estamos, pues, en presencia de un caso de responsabilidad objetiva, ya que no tiene porqué existir un comportamiento del *habitor* determinante del evento dañoso”, cualificando el ilícito pretorio única y exclusivamente por el resultado.

5 CANCELLI, *ED* 13, 1964, s.v. “Dolo”, p. 718, afirma en relación al *membrum ruptum* y el *os fractum* la ausencia del elemento intencional en las normas que regulan ambos supuestos; POLAY, *Iniuria types in Roman Law*, Budapest, 1986, p. 67 ss. en donde dice que rige el “pure causal principle”, la responsabilidad objetiva o sin culpa, tanto para el *membrum ruptum* como para el *ossis fractio* y la *iniuria alteri facta*.

6 Cfr. FERRINI, *Enc. Giur. It.* 4, Milán, 1911, s. v. *Danni*, p. 16, en donde para explicar la relación entre la *iniuria* y el daño afirma lo siguiente: “La lesione presuppone a) che taluno abbia un bene garantito da un diritto e b) che questo bene gli venga tolto o scemato”; en relación con la posibilidad de evitar un daño, vid. sobre la negligencia, PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischen Rechte*, Weimar, 1867, p. 51 ss.

7 *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, Nápoles, 1990, p. 16.

8 *Ibid.* p. 38., en donde se inclina por la tesis de que es la culpa la que obliga al resarcimiento y no el daño.; “Non è il danno che obbliga al risarcimento, ma la colpa”, quedando claro que un hecho ilícito causado sin intención no puede ser imputado al autor del mismo, como se desprende del principio “kein Übel ohne Schuld”.

cial⁹- que gradualmente fue superando el rudimentario espacio jurídico que no reconocía la importancia del elemento intencional¹⁰, hasta llegar a una *iniuria*¹¹ que distinga claramente el dolo¹² y la culpa¹³.

9 MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1996, p. 532, en donde al tratar el tercer capítulo de la *lex Aquilia*, dice que la expresión *iniuria* en él contenida fue utilizada en su significado más amplio de comportamiento injusto, al cual la jurisprudencia le atribuyó muy pronto un valor subjetivo, añadiendo: “É opinionione diffusa che dapprima si sia pensato al dolo, e pertanto al danno provocato deliberatamente. Quel che è certo è che nel primo secolo a. C. la giurisprudenza era già pervenuta all’idea, non più abbandonata, della *culpa*, espressamente intesa come comportamento negligente”; no podemos obviar la importante aportación de VALDITARA, *Damnum Iniuria Datum*², Turín, 2005, p. 36 ss, en donde comienza diciendo: “Nella tarda età repubblicana, nell’ambito della *interpretatio* giurisprudenziale, si precisò il concetto di *iniuria*, passandosi da una considerazione puramente oggettiva (atto dannoso compiuto in mancanza di una causa di giustificazione) a considerazioni di carattere soggettivo con l’emersione del concetto di *culpa*. In questo contesto, ritengo sia esatto sostenere che *culpa* riassume il profilo della illicittà propria dell’*iniuria*, determinandola in un ambito più limitato, della riprovevolezza soggettiva”, para luego continuar diciendo que la culpa no alude por lo tanto a la mera relación de causalidad entre el acto dañoso y la persona que lo ha realizado, llegando a afirmar que el comportamiento no está justificado cuando se verifica la producción de un daño mediante una conducta reprochable; en este sentido, aunque de forma difusa, SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia: criteri di imputazione e problema della culpa*, Turín, 1969, p. 130 ss.

10 Así nos refiere CANCELLI, s. v. *Dolo*, cit. p. 718, que las normas relativas al *membrum ruptum* y *os fractum* no dan el más mínimo relieve al elemento intencional.

11 FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milán, 1899, p. 248: “La parola *iniuria* in coerenza alla sua etimologia significa l’obiettività del torto arrecato dall’agente”; KUNKEL, “Exegetische Studien zur aquilischen Haftung”, en *ZSS*, 49, 1929, p. 163, para quien la *iniuria* es “die objektive Bindung des Verschuldensmoments”.

12 Cfr. DE MEDIO, “Studi sulla *culpa lata* in diritto romano”, en *BIDR* 17, 1905, p. 5 ss, en donde demuestra (a través de la búsqueda interpolacionista) que el derecho clásico no conocía el concepto de *culpa lata*, y en consecuencia era extraña la equiparación de ésta con el dolo; esta demostración fue contestada por BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*², Leipzig, 1916, p. 711 ss, que aunque admitía buena parte de la interpolaciones individualizadas por De Medio, sostenía sobre la base de algún pasaje que consideraba auténtico, la siguiente teoría: la *culpa* (entendida como «Schuld» o «schuldhafte Tat») era para los clásicos una categoría muy amplia, que comprendía la *culpa lata* (la culpa que no es dolo, es decir, no un modo particular de negligencia, sino la intención emanada de un motivo no maligno) y el dolo (*dolus malus*, caracterizado por una intención lesiva, negativa). La *culpa levis* era para los clásicos la negligencia, y se contraponía también al dolo, pero de otro modo. Como dice CANNATA, en *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milán, 1966, p. 5: “Secondo il Binding, dunque, la contrapposizione fra *dolus* e *culpa lata* è nell’interno di un’unica categoria, la *culpa* (a sua volta contrapposta alla *culpa levis*) che li abbraccia entrambi, ed è caratterizzata dal fatto che vi si ha sempre una «schuldhafte Tat» con *Vorsatz* (e la contrapposizione è basata sul tipo de *Vorsatz*), mentre la contrapposizione fra dolo (che è un tipo de colpa) e *culpa levis* (= negligenza), è data dalla presenza o dall’assenza di *Vorsatz*”, añadiendo que esta idea fue contestada por LENEL, en “*Culpa lata und culpa levis*”, *ZSS* 38, 1917, p. 263 ss. a favor de la teoría de De Medio, que se constituyó en la *communis opinio* entre los romanistas; pocos años después, BINDING, “*Rechtsvergleichende Vermutungen zu membrum ruptum, os fractum und iniuria der Lex XII Tabularum*”, en *ZSS*, 40, 1919, p. 108, en donde establece una estrecha relación entre la *iniuria* y el *dolus malus*; anteriormente, VOIGT, *Die XII Tafeln Geschichte und System des Zivil und Kriminalrechts wie Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, Leipzig, 1883, reimp. Aalen, 1966, p. 517, ya se refería a dicha ligazón; posteriormente, PUGLIESE, *Studi sull’iniuria*, Milán, 1941, p. 13, insiste en que la *membra ruptio* e incluso la *ossis fractio* se sancionaban independientemente de su voluntariedad, apoyándose en un pasaje de Aulo Gelio, *N. A.* 20, 1, 34, pero singularizando a la *iniuria*, que para el autor supone el acto material contra una persona sin producir ninguna minoración, ya que el acto es “por definición voluntario”; del mismo modo, GIOFFREDI, “Su l’elemento intenzionale”, cit. p. 39, en donde dice con respecto a la *iniuria* simple, que no puede faltar el elemento doloso, ya que la *iniuria* es el acto lesivo, la ofensa —en el sentido de ataque— y esto implica dolo; contra, HUVÉLIN, *La notion de l’iniuria dans le très ancien droit romain*, Lyon, 1903, reimp. Roma, 1971, p. 100 ss. en donde niega que deba ser voluntaria la *iniuria*, ya que en un sistema tan primitivo como el punitivo de la primera civilización romana resulta imposible pensar en la existencia del elemento intencional: “Avant le VIIe siècle, l’iniuria comprend les actes de violence physique (*pulsatio*), à l’exception de quelques actes de violence particulièrement graves (meurtre). Ces actes sont punis comme atteintes matérielles, et sans qu’on tienne compte de l’intention d’outrager”; más reciente, MACCORMACK, “*Dolus in Republican Law*”, en *BIDR* 88, 1985, *passim*.

13 Superada la etapa de la *iniuria* contenida en las XII tablas, no hay duda de que la injuria debía ser inferida con toda la intención de producir un daño. Era necesario realizar una ofensa jurídica de forma volun-

Se hace de todo punto necesaria una referencia -siquiera somera- a la culpa¹⁴, y a la labor jurisprudencial que desarrolló dicha acepción, por lo que debemos traer a colación el texto contenido en D. 9, 2, 5, 1 (18 *ad ed.*) en donde Ulpiano, explicando la diferencia entre el *damnum iniuria datum* y el delito de *iniuria*, dice que en lo que respecta a la *lex Aquilia*, se debe entender por *iniuria* aquello que se hace *non iure* -como dice ZILLOTTO¹⁵: “ciò che è stato fatto *non iure*, cioè *contra ius*, vale a dire se sia ucciso per colpa”- sancionando así la identificación entre la *iniuria* y la culpa¹⁶, concebida en su sentido más amplio¹⁷:

*Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius*¹⁸,

taria, para que existiese *iniuria*. De acuerdo con esto, MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, trad. esp. P. Dorado, Bogotá, 1991, p. 491 ss. afirma: “Según el derecho de los tiempos posteriores, la iniuria no podía cometerse culposamente; para que existiera, se hacía precisa la ofensa jurídica intencionada”; sobre el dolo y la culpa, en relación con la *iniuria* en la *lex Aquilia*, vid. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Viena, 1976, p. 19: “Die Klassiker prüfen bei der Erörterung der *iniuria* einerseits, ob die schädigende Handlung *non iure* (rechtswidrig) gesetzt worden ist, andererseits, ob den Täter ein Schuldvorwurf trifft: ob er den Schaden mit *dolus* (vorsätzlich) oder *culpa* (fahrlässig) herbeigeführt hat”.

14 Vid. al respecto, PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*², Turín, 1990, p. 606, en donde al hablar del *damnum*, analizando los criterios de acuerdo con los que el daño puede ponerse en relación con la responsabilidad de un determinado sujeto, dice: “La elaboración de la *culpa* como criterio subjetivo de responsabilidad, diverso del dolo che, in quanto più ampio, prescinde dalla volontarietà dell’evento dannoso, è infatti il risultato dell’affinarsi degli strumenti di indagine nel verificare l’antigiuridicità del danno. Attraverso passaggi graduali ed articolati si giunge alla consapevolezza che il danno può essere considerato *iniuria datum* sia se è voluto sia se è imputabile alla condotta di un determinato soggetto in quanto essa si discosti da determinate regole. Il discostarsi da tali regole (di prudenza, perizia, diligenza) è appunto la *culpa*”.

15 *L'imputazione del danno Aquiliano*, Padua, 2000, p. 43, en donde añade: “Qui il termine “colpa” non è usato in senso stretto contrapponendolo a “dolo”, ma è usato in senso generico. Esso indica la colpevolezza del soggetto senza distinguere tra dolo e culpa”; en este sentido, MACCORMACK, *Aquilian culpa, Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgo-Londres, 1974, p. 201, n. 5; VOICI, “*Diligentia, custodia, culpa*. I dati fondamentali”, *SDHI* 56, 1990, p. 42.

16 Resulta de interés la aportación de BEINART, “The Relationship of *iniuria* and *culpa* in the *lex Aquilia*”, en *Studi Arancio-Ruiz* 1, Nápoles, 1953, p. 279, cuando califica la *iniuria* como “the point of contact” con la noción de culpa.

17 El significado genérico de la *culpa* viene dado por el pasaje de Ulpiano que viene a continuación, D. 9, 2, 5, 2 (Ulp. 18 *ad ed.*) en donde habla -siguiendo a Pegaso- de la no responsabilidad de los *infans* y *furiosus*, ya que no puede tener *culpa* quien no es *suae mentis*, imputando como responsable al *impubes*, que si responde por hurto, también será responsable *ex lege Aquilia: Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit, sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax*; en contra de la genuinidad del texto, cfr. KUNKEL, “Exegetische Studien zur aquilischen Haftung”, *ZSS* 49, 1929, p. 164, aunque sin afirmar con rotundidad que pueda atribuirse al periodo postclásico. Nosotros seguimos la tesis ya apuntada de RODRÍGUEZ ENNES, “Notas sobre el elemento subjetivo”, cit. p. 97, a favor de la claridad del texto; vid. sobre la relevancia de la edad de la persona física a la hora de atribuirle capacidad, BURDESE, *ED*, 16, 1967, “Età. Diritto romano”, p. 79 ss.; en concreto sobre el pasaje aquí citado, PERRIN, “Le caractère subjectif de l’*iniuria* aquilienne à l’époque classique”, en *Studi in onore di P. De Francisci* 4, Milán, 1956, p. 265 ss.; BURDESE, “Sulla capacità intellettuale degli *impubes* in diritto classico”, en *AG* 150, 1956, p. 29 ss.; ANKUM, “Les *infanti proximi* dans la jurisprudence classique”, en *Estudios en Homenaje a Hernádez Tejero*, 2, Madrid, 1992, p. 69 ss.

18 CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milán, 1969, p. 307, y en “Sul testo della *lex Aquilia* e la sua portata originaria”, en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, *Atti Aristec*, 1993, Turín, 1995, p. 37., en donde considera el *hoc contra ius* como una interpolación, observando que la expresión *non iure* no equivale a *contra ius*: “*contra ius* esprime il contrasto con i principi ... *non iure* esprime unicamente l’assenza di una giustificazione conforme ai principi dell’ordinamento... la parola *iniuria* in se stessa ha il secondo significato”, considerando a la *iniuria* como comportamiento antijurídico, frente al de conducta culpable (*si culpa quis occiderit*); cfr. WATSON, “Two Studies in textual History”, en *TR* 30, 1962, p. 222 ss. cuando afirma que *quod non iure*

*id est si culpa quis occiderit*¹⁹: et ideo interdum utraque actio concurrens et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alias damni, alia contumeliae. Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit²⁰.

De modo parecido se recoge en *Coll. 7, 3, 4*:

*Iniuriam autem accipere hic nos oportet non, quemadmodum et circa iniuriarum actionem, contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est*²¹ *si culpa quis occiderit*.

A tenor de los textos señalados, deberíamos colegir la correspondencia clara entre la *iniuria* y la *culpa*²², pero como señala PERNICE²³, se debe hacer una distinción dogmática entre *iniuria* y *culpa*. La primera sería “eine rechtswidrige oder unrechtmäßige Thatsache, ein objectives Unrecht”²⁴. La *culpa*²⁵, sin embargo, representaría el perfil sub-

factum es el “act for which one has no positive legal right, but which is not necessarily contrary to law, although it may give rise to an action if loss is caused”, concluyendo que la expresión *hoc est contra ius* sea una glosa; contra, SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit. p. 303 y nota 62.

19 Vid. al respecto, *Th. l. l.* p. 1301, en donde ubica este pasaje en el concepto de culpa *speciatim*, en el apartado A “*apud iurisconsultos*”.

20 Cfr. KUNKEL, “Exegetische Studien zur aquilischen Haftung”, cit. p. 168 ss, en donde considera este pasaje alterado, en primer lugar porque a la definición general de *iniuria* se contraponen una definición particular, como si la acepción general *quod non iure factum est* no fuera válida también en la hipótesis de la *actio iniuriarum*; y en segundo lugar por razones formales concernientes a la frase *id est*. Por este motivo, el autor reconstruye el texto de esta forma: *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed <damnum culpa datum etiam ab eo qui nocere noluit>. et ideo interdum utraque actio concurrens et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae*.

21 SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit. p. 305, destaca que el *id est* puede ser la aclaración a la definición inicial *quod non iure factum est*, resaltando la noción de *culpa*.

22 Cfr. HASSE, *Die culpa des römischen Rechts*, Bonn, 1838, p. 38 ss. en donde considera *iniuria* y *culpa* como aspectos diferentes, objetivo y subjetivo, de un mismo concepto de comportamiento ilícito.

23 *Zur Lehre*, cit. p. 26 ss; id. *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, 2. 12, Halle, 1895, p. 103 ss.

24 PERNICE, *Labeo*, cit. p. 19.

25 Cfr. *Th. l. l.* cit. p. 1301, en donde diferencia la culpa lata de la culpa *levis*, señalando los textos del Digesto en los que se aprecia la presencia de uno u otro tipo de culpa; 1) culpa lata, Ulp. D. 11, 6, 1, 1: *lata culpa plane dolo comparabitur*; D. 17, 1, 8, 10: *et si dolo emere neglexisti...aut si lata culpa ...teneberis*; D. 18, 4, 2, 5: *et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur*; D. 21, 1, 31, 12: *culpam omnem accipiemus, non utique latam*; D. 27, 8, 1, 3: *puto utroque casu sic teneri, quasi dolo vel lata culpa versati sunt*; D. 36, 1, 23, 3: *non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta neglegentia*; D. 36, 4, 5, 15: *Dolum accipere debemus et culpam latam, sed non omnem dolum, sed qui in necem legatariorum et fideicommissariorum factus est*; D. 43, 26, 8, 6: *Et generaliter erit dicendum, in restitutionem venire dolum et culpam latam duntaxat, cetera non venire*; D. 50, 16, 213, 2: “*Lata culpa*” *est nimia neglegentia, id est, non intellegere, quod omnes intellegunt*; Paul. D. 50, 16, 223, pr.: “*Latae culpae*” *finis est, non intellegere id, quod omnes intellegunt*; Paul. D. 48, 8, 7: *neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur*; Marc. D. 47, 9, 11: *nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima*; Cels. D. 16, 3, 32: *quod Nerva dicebat latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum esse videtur*; 2) culpa *levis*: Ulp. D. 30, 47, 5: *culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est*; Mod. D. 41, 1, 54, 2: *sed damnum dando damni iniuriae tenebitur, ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviolem nec tamen levem quam ab extraneo*; Ulp. D. 9, 2, 44 pr.: *in lege Aquilia et levissima culpa venit* (cfr. Gayo 3, 202: *cum per legem Aquiliam ...etiam culpa puniatur*; D. 40, 12, 13 pr.: *cum ea lege [sc. Aquilia] etiam culpa teneatur*); sobre la graduación de la culpa, vid. IHERING, *Il momento della colpa*, cit. p. 49: “L’essenza della colpa si fonda al contrario sulla sua relatività, sulla elasticità con cui essa sa adattarsi ai rapporti piú differenti e sulle gradazioni e sfumature interne che questo determina. Sarebbe ozioso illustrare qui le note contrapposizioni tra la culpa in faciendo e non faciendo, tra il criterio astratto e concreto della culpa, tra culpa lata e levis: esse fanno parte del pane cotidiano del giurista”, concluyendo en p. 52: “Il dolum obbliga in tutto e per tutto al completo risarcimento del danno, la culpa solo nell’ambito di determinati limiti”; al concepto de culpa se refiere ZILLOTTO, *L’imputazione del danno aquiliano*, cit. p. 209, cuando dice: “...la culpa rileva, oltre il profilo soggettivo della fattispecie dell’illecito,

jetivo de la responsabilidad, oscilando entre dos acepciones: una más amplia, de culpa genérica, que se configura como el resultado de la relación entre el comportamiento observado (*Handlung*) y la imputabilidad (*Zurechnung*)²⁶, y otra más concreta, en contraposición al dolo, y al *casus*²⁷, entendida como “*Außerachtlassung der Diligenz*”.

En orden al estudio del delito de *iniuria*, y después de la referencia obligada al concepto de *culpa*²⁸, ligado a la responsabilidad aquiliana, debemos fijar nuestro interés en el matiz relevante que identifica el ilícito como susceptible de ser perseguido por constituir una *iniuria*: el dolo²⁹, ese *dolus malus*³⁰ que se exige para condenar una deter-

anche per risolvere il problema dell'attribuità dell'evento: che la colpa costituisca uno dei possibili “*Zurechnungsprinzipien*” è un dato oggi acquisito, ma in quest'ambito conta soprattutto, per usare parole di giuristi moderni, che la colpa è concepita in senso non più solo etico ma anche causale. La distinzione e la contrapposizione tra una *Verschuldenshaftung* e una *Kausalhaftung*, corrispondente quest'ultima ad una responsabilità per ogni esito dannoso del comportamento umano, indicano così come il principio della colpa operi non solo come criterio che fonda una responsabilità, ma anche come criterio che delimita, sul piano eziologico, la sfera dei danni risarcibili”; sobre la idea de culpa como criterio de calificación causal, COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Nápoles, 1965, p. 44; además, MAIORCA, “*Colpa civile. Teoria generale*”, en *ED 7*, Milán, 1960, p. 534 ss. después de observar que la definición de culpa aparece de vez en cuando ligada a la noción de “causa”, “diligencia”, “deber”, “posibilidad”, destaca tres aspectos de la definición de culpa (uno causalístico, uno psicológico y otro normativo), concluyendo en p. 558 que la culpa “in quanto fa parte del fondamento delle fattispecie di responsabilità, è un criterio di imputazione causale”.

26 Concebida como la culpa subjetiva en PERNICE, *Zur Lehre*, cit. p. 70. n. 14; sobre el concepto de *Zurechnung*, cfr. VOIGT, *Die XII Tafeln*, cit. p. 415 ss. quien diferencia la *Zurechnung* de la *culpa*, por la connotación moral que esta última presenta con respecto a la primera.

27 Cfr. PLESCIA, “The development of *iniuria*”, en *Labeo* 23, 1977, p. 272: “But there is no *iniuria* whatsoever in case of accident (*casus*)”; DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum*, Vol. 2, Bari, 2002, p. 217, en donde se refiere a la noción de *casus* “inteso come tutto ciò che provochi danno, indipendentemente dal dolo o dalla colpa dell'agente”.

28 Vid. al respecto, IHERING, *Il momento della colpa*, cit. p. 52, cuando aclara: “La culpa e il danno da soli non sono quindi sufficienti, conta anche la misura del danno... Ma non nel senso che anche chi consapevolmente e intenzionalmente abbia recato danno alla controparte possa sottrarsi al *pieno* risarcimento del danno, egli che sapeva e voleva ciò che faceva, bensì nel senso che la misura della colpa determini la misura della *responsabilità*: il *dolus* obbliga in tutto e per tutto al *completo* risarcimento del danno, la *culpa* solo nell'ambito di *determinati limiti*”.

29 Aunque no tengamos constancia de una mención específica del dolo en la fórmula de la acción de injurias; sobre esto, afirma PARICIO, *Estudio sobre las “acciones in aequum conceptae”*, Milán, 1986, p. 52: “No obstante, la explícita mención del dolo es incierta puesto que el *dolus malus* pudo considerarse sobreentendido”.

30 Vid. al respecto, BETANCOURT, “*La stipulatio iudicialis de dolo* en el derecho romano clásico”, en *AHDE* 49, 1979, p. 165, cuando al referirse a la figura del *dolus malus*, engaño malicioso tipificado como delito en el Edicto Perpetuo, del que se deriva una *actio de dolo* por el valor del perjuicio sufrido, afirma en n. 1 lo siguiente: “Mientras C. Aquilio Galo –a quien debemos la fórmula de la *actio de dolo*, ya fuese como inspirador de la misma o porque él mismo la dio en su Edicto del año 66 a. C. – y Servio Sulpicio Rufo, consideran la simulación (D. 4, 3, 1, 2-3: *aliud simulatur et aliud agitur*; Cic. *De off.* 3 14, 60: *cum esset aliud simulatum, aliud actum*) como elemento esencial del *dolus malus*, Labeón y Ulpiano (D. 4, 3, 1, 2) prescinden del mismo, ya que sin simulación también se puede engañar, e igualmente se puede simular algo sin dolo malo. Por tanto, estos dos últimos juristas atienden principalmente al efecto del *dolus malus*, es decir, al engaño resultante, con lo cual amplían el concepto aquiliano y serviano”; sobre este pasaje, cfr. BURDESE, “L'eccezione di *dolo generale* da Aquilio a Labeone”, en *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padua, 2006, p. 102: “Si tratta della individuazione del *dolus malus* in un comportamento malizioso ovvero mendace, ripresa, come risulta in D. 4. 3. 1. 2 di Ulpiano a commento della clausola edittale introduttiva dell'*actio de dolo malo*, prima da Servio che in maniera più pregnante, sottolineandone l'aspetto fraudolento, lo definisce *machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur*” –para añadir que dicho concepto se encuentra ya en Cic. *De invent.* 2, 20, 61, y en D. 2, 14, 7, 9, en relación con el *dolo malo pactum facere*– “e quindi da Labeone che, pur criticando la limitazione del *dolus malus* al comportamento consistente nell'*aliud agi, aliud simulari*, lo definisce più genericamente quale *omnis calliditas fallacia machinatio ad circumvenendum alterum adhibita*”. En definitiva, “alla base di queste definizioni di *dolus malus* resta comunque l'idea dell'inganno fraudolento che essenzialmente qualifica il comportamento sanzionato dall'*actio*, più che non dall'*exceptio doli*...”.

minada conducta, lo que significa que la injuria debía inferirse de forma voluntaria³¹, y con intención de causar un perjuicio moral³², lo que supone la presencia en la *iniuria* de un *animus iniuriandi*³³.

A mayor abundamiento, y para concretar todavía más el significado de dolo³⁴, GARCÍA CAMIÑAS³⁵, con motivo de los distintos nombres que las fuentes jurídicas y literarias³⁶ utilizan con *dolus* (*sponte, voluntas, consulto, propositum, sciens et prudens, animus*), coincidentes en gran medida en cuanto a su sentido³⁷, declara que los autores modernos han debido matizar “el significado de dolo³⁸ resaltando, ya el conocimiento del delito que se iba a cometer, ya la malvada intención de su autor, expresada en específicas formas de realización, como son la astucia, la trama, el engaño³⁹ o la premeditación”.

31 Cfr. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960, p. 571, en donde resalta el hecho de que en caso de injuria física, el ofensor debe hacerla de forma voluntaria, no debido a una negligencia, denominando de diversos modos los juristas este elemento necesario: “Los juristas clásicos, designaban de varios modos este requisito del *dolus* (*iniuriae causa, infamandi causa, in iniuriam facere*) pero los términos *animus iniuriae faciendae* y *adfectus iniuriae faciendae* no son ciertamente clásicos. La expresión *animus iniuriandi* a la que tan propicios se muestran los modernos autores no aparece en nuestras fuentes”. Para el autor, además, basta con que el hecho haya sido querido, sin que sea necesario el *animus iniuriandi*; del mismo modo, PERNICE, *Labeo*, cit. p. 23, en referencia al caso del *civis* Lucio Veracio, apunta la posibilidad de abofetear a un ciudadano sin tener motivo para ello, ni intención de injuriarle, sólo por divertirse.

32 La mayor parte de la doctrina considera como presupuesto de la *iniuria* el dolo cualificado, la intención clara de cometer la injuria condenable, pudiendo destacar a FERRINI, *Diritto Penale Romano. Teorie generali*, cit. p. 235; RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Viena-Colonia-Graz, 1969, p. 108 ss.; DEVILLA, *NNDI*, 8, 1962, s. v. *Iniuria*; MARRONE, “Considerazioni in tema de *iniuria*”, en *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Nápoles, 1964, p. 485, cuando afirma: “Altri ancora erano i requisiti dell’offesa morale, affinché questa fosse giuridicamente repressa: requisiti obiettivi ... e requisiti soggettivi (*animus iniuriandi*)”; KURYLOWICZ, “Paul. D. 47, 10, 26 und die Tatbestände der römischen *Iniuria*”, *Labeo* 33, 1987, p. 302; FERNÁNDEZ BARREIRO/PARICIO, *Fundamentos de Derecho Privado romano*, 3ª ed., Madrid, 1997, cit. p. 436-437: “El término *iniuria* designa genéricamente cualquier tipo de comportamiento antijurídico, pero en un sentido más restringido fue utilizado para tipificar el delito de lesiones inferidas dolosamente a una persona libre, tanto en su integridad física como moral”.

33 PERNICE, *Labeo*, cit. p. 28, cuando declara que no puede verse en el *animus iniuriandi* nada distinto que “die besondere für die Ehrenkränkung erforderliche Absicht, den individuellen *Dolus*”.

34 Referencia obligada a HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Colonia, 1998, p. 100 ss. en donde trata “Die subjektiven Erfordernisse des klassischen *iniuria*-Delikts”, donde destaca la dificultad e importancia de todo lo que se refiere al concepto de dolo y la culpa: “Wir wollen in diesem Zusammenhang zwei Hauptfragen unterscheiden und uns auf ihre Beantwortung konzentrieren. An erster Stelle steht die Frage nach der generellen Bedeutung subjektiver Elemente, wie *dolus* und *animus iniuriandi*, für die Haftung aus *iniuria*. Nicht weniger wichtig scheint uns zweitens die Frage, ob, nebst Vorsatz oder gar Absicht, unter Umständen auch bloss *culpa* im Sinne von Fahrlässigkeit zur Haftung genügt”.

35 “La problemática del dolo en el derecho romano clásico”, *Derecho de obligaciones. Homenaje a Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 972.

36 Vid. al respecto, GAUDEMET, “Le problème de la responsabilité pénale dans l’antiquité”, en *Studi Betti* 2, Milán, 1962, p. 496 ss.

37 De acuerdo con esta tesis, GIOFFREDI, “Su l’elemento intenzionale”, cit. p. 46, en donde explica que independientemente de la variada terminología utilizada para denominar al elemento intencional, se trata de un único significado, que consiste en la voluntad consciente del acto, la intención, el deseo, la disposición, la deliberación, la insinuación, en claro contraste con el suceso que se produce por ignorancia, de forma irreflexiva, e incluso hasta sin culpa.

38 En orden a su pretendida antijuridicidad, vid. CASAVOLA, “*Dolo* (*Diritto romano*)”, en *NNDI*, 6, 1957, reimp. 1975 p. 149: “È invece non del tutto pacifico che il *dolus* presupponga in ogni caso anche la consapevolezza dell’antigiuridicità del comportamento”.

39 BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*², Leipzig, 1916, p. 269 ss. A mayor abundamiento, acerca de la teoría del autor sobre el dolo, CANCELLI, *ED* 13, 1964, s.v. *Dolo*, p. 719 ss.

Por otro lado, afirma que aunque las distintas fuentes y la Jurisprudencia vinculan el dolo al *fraus* por la relación existente con la astucia o la malicia –en oposición a la violencia (*vis*)- en realidad “el dolo es inherente siempre a la violencia ilícita”⁴⁰.

La intencionalidad en el agresor que causa la ofensa, es decir, el *animus iniuriandi*⁴¹, se refleja en un fragmento de Ulpiano⁴², D. 47, 10, 3 (Ulp. 56 *ad ed.*), en relación con la consideración de sujeto activo y pasivo del delito de *iniuria*:

Illud relatum peraeque est eos, qui iniuriam pati possunt, et facere posse.

1.- *Sane sunt quidam, qui facere non possunt, utputa furiosus et impubes, qui doli capax non est : namque hi pati iniuriam solent, non facere ; quum enim iniuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere, hos, sive pulsant, sive convicium dicant, iniuriam fecisse non videri*⁴³.

2.- *Itaque pati quis iniuriam, etiamsi non sentiat, potest, facere nemo, nisi qui scit, se iniuriam facere, etiamsi nesciat, cui faciat.*

3.- *Quare si quis per iocum percutiat, aut dum certat, iniuriarum non tenetur.*

4.- *Si quis hominem liberum caeciderit, dum putat servum suum, in ea causa est, ne iniuriarum teneatur.*

Resulta meridianamente claro que la falta de *animus iniuriandi* en quien carece de capacidad, le exime de responsabilidad alguna, lo que sin duda apoya los argumentos de la necesaria presencia del ánimo de ofender a alguien⁴⁴, la intención dolosa de injuriar⁴⁵ y causar un daño en otra persona.

40 Como se desprende de la lectura de D. 47, 8, 2, 8 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Doli mali mentio hic et vim in se habet. nam qui vim facit, dolo malo fecit, non tamen qui dolo malo facit, utique et vi facit. ita dolus habet in se et vim: et sine vi si quid callide admissum est, aequae continebitur.*

41 Vid. al respecto, PLESCIA, “The development of *iniuria*”, cit. p. 272, en donde declara “*Dolus* (evil intent, *animus iniuriandi*)”, añadiendo en n. 6 que el dolo “need not be explicit, it may be presumed”.

42 Cfr. RABER, *Grundlagen*, cit. p. 108: “Ulpian weist in D. 47. 10. 3. 1 zunächst darauf hin, daß es Menschen gebe, die keine *iniuria* zufügen können, wie etwa der *furiosus* oder der *impubes, qui doli capax non est*. Diese können zwar in der Regel *iniuria* erleiden, nicht aber selbst zufügen. Warum? Weil die *iniuria ex affectu facientis consistat* und es daher folgerichtig ist zu sagen, daß sie (gemeint sind *furiosus* und *impubes*) als solche gelten, die keine *iniuria* verübt haben, sei es, daß sie *convicium dicunt*”.

43 En el mismo sentido, PS. 5, 4, 2; vid. sobre la imputabilidad del *infans* y *furiosus*, FERRINI, “Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano”, en *Enciclopedia del diritto penale*, Milán, 1905, p. 39, en donde habla de la ausencia en las fuentes de un término equivalente al de imputación, existente en la teoría moderna del delito, ya que *imputare* tiene un significado diferente. Pero a pesar de no estar elaborado dicho concepto, sí se observan casos de no imputabilidad del *infans* y del *furiosus*, como en Ulpiano D. 21, 1, 23, 2 (1 *ad ed. aed. cur.*); Paulo D. 50, 17, 108 (4 *ad ed.*) y D. 48, 10, 22, pr (lib. *sing. ad sen. Lib.*); HAGEMANN, *Iniuria*, cit. p. 102: “Die Kernaussage des ersten Paragraphen, es gebe Menschen, die keine *iniuria* verüben könnten, weil sie nicht *doli capax* seien und *iniuria ex affectu facientis consistat*, wird in § 2-4 erweitert: Nicht nur, wer generell nicht *doli capax* ist, begeht keine *iniuria*, sondern auch, wer im konkreten Fall nicht de entsprechenden *dolus* hat”.

44 Quien ejercita el derecho que le corresponde no incurre en dolo, ni se puede hablar de injuria, como indica LABRUNA, “Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto”, en *L’eccezione di dolo generale*, cit. p. 129: “... quelle affermazioni della giurisprudenza classica che negano la presenza di dolo e ingiuria nell’atto di chi eserciti un proprio diritto, il quale –di conseguenza- non può cagionare danno vero e ingiusto e dunque non può essere tenuto al risarcimento. Le fonte sono ancora una volta notissime...”, citando tres; una de Gayo, recogida en D. 50, 17, 55 (2 *de test. ad ed. urbicum*): *Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*, otra de Paulo, prevista en D. 50, 17, 151 (64 *ad ed.*): *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*, y una tercera de Ulpiano, contemplada en D. 47, 10, 13, 1 (57 *ad ed.*): *Is, qui iure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: iuris enim executio non habet iniuriam*, que “allarga la prospettiva all’azione *iure publico*, compiuta cioè da un magistrato (o da un funzionario) al fine della *iuris executio*, evidentemente in contemplazione della sovraordinata *utilitas publica*”.

45 Sobre la relación entre las nociones de injuria y dolo, vid. WLASSAK, *Die klassische Proze formel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, 1, Viena-Leipzig, 1924, p. 115

La necesidad del elemento intencional⁴⁶ se refleja así mismo en Paulo, D. 47, 10, 4 (50 *ad ed.*)⁴⁷:

Si, quum servo meo pugnum ducere vellem, in proximo te stantem invitus percusserim, iniuriarum non teneor.

A tenor de las palabras de Paulo podemos colegir que el *dolus malus*⁴⁸, resulta un elemento imprescindible para la configuración del delito de injurias, pero, como dice

y n. 31, en donde alude a una coincidencia entre ambos términos; hay que tener en cuenta, además, la aportación de BALZARINI, “*Cic. Pro Tullio e l’editto di Lucullo*”, en *Studi G. Grosso* 1, Turin, 1968, p. 348, cuando dice que aparece la expresión *dolus malus* y no *iniuria*, insertada para excluir la punibilidad de un comportamiento meramente culposo; sobre este texto de Cicerón, GARCÍA CAMIÑAS, *La lex Remmia de Calumniatoribus*, Santiago de Compostela, 1984, p. 12, n. 35, en donde analiza el pasaje de *Cic. Pro Tullio* 10, 25: *Quod ergo eo animo factum est, ut homines unum in locum convenirent, ut arma caperent, ut certo consilio certum in locum proficiscerentur, ut idoneum tempus eligerent, ut caedem facerent, id si voluerunt et cogitarunt et perfecerunt, potestis eam voluntatem, id consilium, id factum a dolo malo seingere?*, declarando: “Nuestro orador se pregunta ante los recuperadores, de forma retórica, si puede establecerse alguna distinción entre el pensar, querer, y realizar un hecho y el *dolus malus*. El *pro Tullio* de Cicerón nos sirve para comprender como la *oratio*, por sí misma, puede ser el principal medio para demostrar a los jueces y producir en ellos el convencimiento (*reciperatoribus persuaderes* en 16, 39) de que un hecho ha sido realizado dolo malo, es decir, con una determinada intención”.

46 Imprescindible para tipificar un acto como delictivo, como declaran OURLIAC- MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico*, Barcelona, 1960, p. 574: “la responsabilidad es esencialmente subjetiva, sin que se le asimile la imprudencia”; así, en D. 47, 10, 3, 3, si se golpea a otro de broma, no está sujeto a la acción de injurias; D. 47, 10, 15, 13, cuando algún astrólogo afirma que es ladrón alguien que no lo es, no se puede ejercitar la acción de injurias, recordando que este texto, como apunta MARRONE, en “Considerazioni”, cit. p. 482: “sebbene inserito nella trattazione ulpiana relativa al *convicium*, non sembra riguardarasse, nell’originale classico, l’editto « *de convicio* »”. Parece probable que se refiriese al edicto *ne quid infamandi causa fiat*, como ya vimos al tratar el elemento objetivo; del mismo modo se procede en D. 47, 10, 33, cuando Paulo declara que no está sujeto a la acción de injurias quien trate de venerar a la República: *Quod reipublicae venerandae causa secundum bonos mores fit, etiam si ad contumeliam alicuius pertinet, quia tamen non ea mente magistratus facit, ut iniuriam faciat, sed ad vindictam maiestatis publice respiciat, actione iniuriarum non tenetur*; podemos añadir a estos supuestos otros casos en los que se produce un error de hecho, que exime de imputabilidad por la falta del elemento esencial, el *animus iniuriandi*, no por la existencia del error *in factum* (cfr. GIOFFREDI, *I principi*, cit. p. 87 ss.); así se aprecia en D. 47, 10, 3, 4 (56 *ad ed.*): *Si quis hominem liberum caeciderit, dum putat servum suum, in ea causa est, ne iniuriarum teneatur*, en D. 47, 10, 17 pr.-1 (57 *ad ed.*): *Sed si unius permisso id fecero, si quidem solius eius esse putavi, nulli competit iniuriarum actio; plane si scivi plurium, ei quidem, qui permisit, non competit iniuriarum actio, ceteris competit*. §1.- *Si iussu tutoris aut procuratoris vel curatoris quaestio habita sit, consequens erit dicere, cessare iniuriarum actionem*, igual que en D. 47, 10, 18, 4-5 (55 *ad ed.*): *At quum aliquis filiumfamilias patremfamilias putat, non potest videri iniuriam patri facere, non magis quam viro, si mulierem viduam esse credat, quia neque in personam eorum confertur iniuria, nec transferri per personae putationem ex persona filiorum ad eos potest, quum affectus iniuriam facientis in hunc, tanquam in patremfamilias, consistat*, y por último en D. 47, 10, 15, 45 (77 <57> *ad ed.*): *Interdum iniuria servo facta ad dominum redundat, interdum non; nam si pro libero se gerentem, aut quum eum alterius potius, quam meum existimat quis, non caesurus eum, si meum scisset, non posse eum, quasi mihi iniuriam fecerit, sic conveniri, Mela scribit*.

47 Cfr. RABER, *Grundlagen*, cit. p. 110, cuando relaciona el pasaje de D. 47, 10, 3, con este de Paulo, para plantear a continuación una serie de interrogantes: “Doch geht es in diesem Zusammenhang weniger um eine Klärung dieses Problems als um die Feststellung, welche Tragweite der Satz *cum enim iniuria ex affectu facientis consistat* im klassischen Recht hatte. Galt er uneingeschränkt in dieser allgemeinen Formulierung, wofür auch der Text von Paulus D. 47, 10, 4 spräche? Oder war sein Anwendungsbereich in sachlicher Hinsicht auf bestimmte Injuriantenbestände, in persönlicher auf einzelne Personengruppen beschränkt? Worauf hatte sich der *affectus* des Täters zu beziehen? Welchen Inhalt hatte das Wort im Recht der *iniuria*? Wird es überhaupt in allen Injurienstellen in der gleichen Bedeutung verwendet?”.

48 Vid. sobre la acepción de *malo*, GARCÍA CAMIÑAS, “La problemática del dolo”, cit. p. 972: “Las leyes públicas republicanas frecuentemente se refieren al elemento subjetivo de los delitos públicos o *crimina* con la fórmula *sciens dolo malo*; de esta manera, se une la *scientia* y el *dolus malus*, si bien en la ley de Numa figuraba simplemente *sciens dolo*, por lo que el ablativo *malo*, que refuerza el sentido negativo de la conducta, debió de añadirse posteriormente”.

KASER⁴⁹, el dolo no es un requisito que resulte necesario probar⁵⁰, ya que está implícito en el delito legalmente tipificado, y en consecuencia, probado el hecho, se tendrá por probado el dolo, lo que reafirma que la explícita mención del mismo no haya sido requerida⁵¹.

Además del *dolus malus*⁵², debe existir un hecho injurioso en clara correspondencia con el elemento subjetivo, pues al *animus* debe continuarle un elemento objetivo que puede incluso determinar que un supuesto sea considerado como *iniuria* y no como otro delito, como podría ser el *damnum iniuria*⁵³.

En punto a este tema, debemos hacer una inflexión en cuanto a la repercusión del elemento subjetivo en los distintos edictos especiales de *iniuriae*. Siguiendo a RABER⁵⁴, podemos afirmar que aunque se habla en general de *animus iniuriandi*⁵⁵, como elemento subjetivo común a todos los casos de *iniuria*⁵⁶, los testimonios jurisper-

49 “Typisiert *dolus* im altrömischen recht”, en *BIDR* 65, 1962, p. 79 ss.; en el mismo sentido, MOLNAR, “Erfolgshaftung oder typisiert *dolus malus* im archaischen römischen Recht”, en *BIDR* 89, 1986, p. 469 ss.

50 Cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 1061: “Thus it is obvious from the examples contained in the Digest that the delict of *iniuria* only covered situations where *dolus* on the part of the offender could typically be presumed to have been present”.

51 En la misma dirección, PARICIO, *Estudio sobre las “acciones”*, cit. p. 52, aunque añade lo siguiente al analizar la fórmula del *edictum generale de iniuriis*: “Si, como está atestiguado, la injuria precisaba del *dolus malus*, es probable que la *demonstratio* no distase mucho de ésta: « *Quod dolo malo Ni. Ni. Ai. Ai. mala pugno percussa est* »; anteriormente, PUGLIESE, *Studi sull’ “iniuria”*, cit. p. 90, califica como probable la inserción del *dolo malo* en la *demonstratio* de la fórmula del Edicto general: “Infine non è improbabile che l’indicazione del convenuto nella *demonstratio* si facesse con le parole *dolo malo Ni Ni*.”

52 Vid. al respecto, el pasaje de Ulpiano, D. 4, 3, 1, 2 (11 *ad ed.*) en el que el jurista opta por la definición de Labeón en lo que respecta al *dolus malus*: *Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur, et aliud agitur. Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat, posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant, et tuentur vel sua, vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem callidatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*

53 BIRKS, “Ulpian 18 *ad edictum*: introducing *damnum iniuria*”, en *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum*, Amsterdam, 1995, p. 94 ss.

54 *Grundlagen*, cit. p. 107 ss.

55 Vid. al respecto, DE VILLIERS, “The Roman Law of Defamation”, en *LQR* 34, 1918, p. 412 ss. en donde destaca el *animus iniuriandi* como requisito esencial para el ejercicio de la *actio iniuriarum*; diferente postura asume ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit. p. 1059-1060, en donde al tratar el epigrafe dedicado a “The problem of the *animus iniuriandi*”, afirma lo siguiente: “It has often been maintained that *animus iniuriandi*, the intention to insult, was an essential requirement for the *actio iniuriarum* in all its emanations. But this is an inadmissible and ahistorical generalization. Only some of our texts can possibly be taken to lend support to such a view; but even they are usually not unambiguous. Nor can one be certain whether they have not been interpolated by Justinian’s compilers who, as we know, generally favoured subjective criteria to determine legal consequences”.

56 Como se deduce del texto antes citado de Ulpiano, D. 47, 10, 3, 1-4 (56 *ad ed.*), y de un pasaje de Paulo, D. 44, 7, 34, pr.: *Qui servum alienum iniuriose verberat ex uno facto incidit et in Aquilia, et in actionem iniuriarum; iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa, et ideo possunt utraeque competere, sed quidam, altera electa alteram consumi; alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi quoniam desiit bonum et aequum esse, condemnari eum, qui aestimationem praestitit; sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. Sed et haec sententia per Praetorem inhienda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquiliae competit, agatur; rationabilis itaque est, eam admitti sententiam, ut liceat ei, quam voluerit, actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi; a este pasaje se refiere VACCA, “Eccezione di dolo generale e delitti”, en *L’eccezione*, cit. p. 331-332: “Il *principium* tratta specificamente del concorso *ex uno facto* (la lesione dello schiavo altrui compiuta *iniuriandi animo*) fra due azioni penali private, l’*actio iniuriarum* e l’*actio ex lege Aquilia*, che possono in astratto concorrere in quanto, come aveva rilevato Labeone, che ne ammetteva il concorso cumulativo, l’*actio iniuriarum* è fra quelle *vindictam spirantes*, mentre l’*actio ex lege Aquilia rei persecutionem continet*: le due azioni tutelano cioè diverse sfere di*

denciales⁵⁷ nos demuestran que los clásicos adoptaron diferentes posturas en relación con diversas hipótesis, habiendo supuestos en los que el *animus iniuriandi* es tipificado de acuerdo con circunstancias exteriores determinadas y comportamientos concretos⁵⁸, junto a otros en los que se prescinde totalmente del *animus iniuriandi* y de todo elemento subjetivo, en clara sintonía con ofensas al patrimonio más que a la personalidad⁵⁹.

A mayor abundamiento, podemos colegir del testimonio de distintos juristas romanos, la distinta valoración que hacían con respecto a la importancia y el valor del

interessi, in quanto la prima sanziona l'*animus iniuriandi*, la seconda il danno in sé", para luego referir las discrepancias entre los juristas a la hora de admitir o no el concurso alternativo, concluyendo que "Paolo rileva tuttavia –a dire il vero con una conclusione un po' affrettata e poco coerente– che anche in questo caso spetterà al magistrato fare in modo che la condanna sia determinata solo nella maggior somma che l'attore avrebbe conseguito esperando per prima l'*actio ex lege Aquilia*, e che appare in definitiva 'più ragionevole' ammettere che si possa esperire per prima l'azione che si vuole, conseguendo comunque la maggior somma fra l'una e l'altra *aestimatio*".

57 Vid. al respecto, MANFREDINI, *Istituzioni di Diritto romano*, 2ª ed. Turin, 2001, p. 408, en donde dice que los juristas extendieron el ámbito del delito de *iniuria* "elaborando una casística finísima inspirada ad assicurare con l'*a. iniuriarum* una estesa protezione di interessi non altrimenti tutelati e il danno morale. In tutti i casi era richiesto il dolo, più precisamente l'*animus iniuriandi*".

58 Como se aprecia en supuestos de *verberatio*, y en general, en casos de lesiones físicas, como acontece en: Ulpiano, D. 9, 2, 5, 3 (18 ad ed.): *Si magister in disciplina vulneravit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? Et Iulianus scribit, Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina; multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. Proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti, ingenuo, filiofamilias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur; dicit igitur Iulianus, iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa; an ex locato, dubitat, quia levis duntaxat castigatio concessa est docenti. Sed lege Aquilia posse agi non dubito; este pasaje está en clara conexión con Ulpiano D. 19, 2, 13, 4 (32 ad ed.): *Item Iulianus libro octogesimo sexto Digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius; quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse, sed et de Aquilia supra diximus. Iniuriarum autem actionem competere, Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praeciipiendi*; en relación con el contenido de D. 9, 2, 5, 3 dice SCHIPANI, *Responsabilità*, cit. p. 275, que constituye en la compilación Justiniana un desarrollo del análisis de la *iniuria* y de su relación con la culpa; parece necesario incorporar aquí el razonamiento de ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit. p. 1060: "We may think, once again, of the shoemaker's case where liability under the *actio iniuriarum* is excluded *quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa*. Had he chastised *iniuriae faciendae causa*, one could be inclined to conclude, he would have been responsible. But it would be wrong to isolate a purely subjective criterion and to assume that its presence was essential to establishing liability. The reason why the boy was beaten was relevant within the wider enquiry of whether the shoemaker's action could be labelled *contra bonos mores*"; vid. sobre la *verberatio civis*, RODRÍGUEZ ENNES, "Sobre los orígenes de la prohibición legislativa de la < *verberatio civis* >", en *Estudios Homenaje a Hernández Tejero II*, Madrid, 1992, p. 483 ss.; así mismo se prevé en los casos de *infamatio* a través de un escrito, como se refleja en Ulpiano D. 47, 10, 5, 9 (56 ad ed.); e incluso en casos en los que el elemento subjetivo es determinante para calificar como *iniuria* un comportamiento que en cualquier otro caso sería reputado como lícito, cual es el ejemplo recogido en Ulpiano D. 47, 10, 13, 3 (57 ad ed.), de citar a otro por injuria al tribunal de alguien, o que sería sancionado de otra forma, como con la *actio servi corrupti*, en Paulo, D. 47, 10, 26 (19 ad ed.).*

59 RABER, *Grundlagen*, cit. p. 152 ss. en donde pone varios ejemplos, como el que se produce cuando alguien entre para cometer hurto en un aposento, Ulpiano D. 47, 2, 21, 7 (15 ad Sab.); o haga perder a otro el juicio con un medicamento u otra cosa, Ulpiano D. 47, 10, 15, pr. (77 <57> ad ed.); o no acepte un fiador idóneo a la calidad del negocio, Gayo, D. 2, 8, 5, 1 (1 ad ed. prov.); o impida a otro usar una *res communis omnium* o una cosa de su propiedad, Ulpiano D. 47, 10, 13, 7 (57 ad ed. prov.); o cometa estupro, en referencia a las esclavas ajenas, Ulpiano D. 47, 10, 25 (18 ad ed.); o desentierre, sin autorización, un cadáver sepultado en un fundo que le pertenece, Ulpiano D. 11, 7, 8, pr. (25 ad ed.); contra, WITTMANN, "Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage", en *ZSS 91*, 1974, p. 288, n. 7, en donde resalta la necesidad del elemento subjetivo, de la intención de injuriar o infamar, en algunos casos de ofensa al patrimonio, ya que las injurias no se dan contra la esfera patrimonial de alguien, sino que son siempre ofensas de la personalidad: "In den Fällen der Persönlichkeitsverletzung durch Angriff auf die Kreditwürdigkeit werden subjektive Haftungsvoraussetzungen explizit genannt, vgl. Ulp. D. 47, 10, 15, 31 ("*per iniuriam*"), Ulp. –*Servius eod.* § 32 ("*infamandi mei causa*"), Ulp. *eod.* § 33 ("*iniuriae faciendae causa*"), Gai. D. 47, 10, 19 ("*in iniuriam meam*").

elemento subjetivo. Sirva como ejemplo la aportación de Ulpiano en D. 47, 10, 3, 2 (56 *ad ed.*), de donde se infiere la necesidad del *animus iniuriandi*, ya que *potest, facere nemo, nisi qui scit, se iniuriam facere, etiamsi nesciat, cui faciat*, destacando la necesaria presencia del elemento volitivo, en contraposición al testimonio de Paulo, en D. 47, 10, 18 pr. (15 *ad ed.*), que parece prescindir del valor del elemento subjetivo:

Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum, ob eam rem condemnari; peccata enim nocentium nota esse, et oportere et expedit.

Con todo, la importancia del elemento subjetivo⁶⁰ queda fuera de duda cuando se aprecia que incluso la mera tentativa es sancionada⁶¹ -aunque no produzca ningún perjuicio- como nos refiere Ulpiano en D. 47, 10, 15, 1 (57 *ad ed.*):

Si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatae, et saepe territus quasi vapulaturus, non tamen percussit, utili iniuriarum actione tenetur.

Del mismo modo que se condena la inducción, como nos informa Ulpiano en D. 47, 10, 11, pr. (57 *ad ed.*):

Non solum is iniuriarum tenetur, qui fecit iniuriam, hoc est, qui percussit, verum ille quoque continetur, qui dolo fecit, vel qui curavit, ut cui mala pugno percuteretur.

El mismo jurista nos refiere la ilicitud de la acción del instigador en D. 47, 10, 15, 8:

Fecisse convicium non tantum is videtur, qui vociferatus est, verum is quoque, qui concitavit ad vociferationem alios, vel qui summisit, ut vociferentur.

Precisamente la imputabilidad de la persona que induce a otros a cometer el delito, en este caso concreto referido al *convicium*, se produce por el elemento clave del *dolus malus*⁶², ya que quien instiga a otros, claramente posee el *animus iniuriandi*, tiene

60 PLESCIA, "The development", cit. p. 288: "A crucial factor in the development of the Roman jurisprudence (hence, of the evolution of the Roman Law) was the appearance of the delict of *iniuria*, which eventually was construed as an anti-judicial act, voluntary performed, i.e., as a manifestation of a free will (*voluntas*)", para poner a continuación como ejemplo lo que dice Ulpiano en D. 9, 1, 1, 3, comentando la *actio de pauperie*, en donde *pauperies* es el daño causado sin culpa del que lo hace, porque un animal no puede hacerlo con injuria, *quod sensu caret*, concluyendo en p. 289 que "Ulpian clearly insists that in such cases there was no *iniuria*, because there was no *voluntas* which is the prerequisite of fault"; cfr. RODRÍGUEZ ENNES, *Estudio sobre el "Edictum de feris"*, Madrid, 1992, p. 51, cuando afirma: "Este elemento de tipo subjetivo o intencional constituye también una de las notas diferenciadoras entre la *actio aedilicia* que nos ocupa y la *de pauperie*. Es verdad que la limitación de *pauperies* a los casos donde no hay culpa humana representa una variación respecto del significado originario del término. De cualquier forma, Ulpiano, en su comentario a la fórmula edictal de la *actio de pauperie*, le confiere al misterioso vocablo su pristina acepción; dice que se refiere a empobrecimiento o pérdida económica infligida sin culpa: *damnum sine iniuria facientis datum*", añadiendo poco después que "Los juristas romanos jamás desarrollaron una teoría general de la intención delictiva, sin duda en razón de su propio método".

61 Vid. al respecto, URBANO SPERANDIO, *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Nápoles, 1998, p. 14: "Infine, punto particolarmente importante, l'assoluta rilevanza del momento soggettivo sarebbe testimoniata dalla punibilità sia del cd. «reato apparente» o «reato putativo», sia del «tentativo su oggetto inidoneo o con mezzo inidoneo», fattispecie meglio nota nel nostro ordinamento come «reato impossibile», sicché, in definitiva, non la distinzione tra *crimina publica* e *delicta privata*, ma piuttosto la rilevanza data al *consilium* criminoso nei delitti più gravi avrebbe costituito il principio fondamentale del diritto romano in tema di tentativo e di atti preparatori".

62 Vid. al respecto, FUENTESECA, C. *El dolo recíproco*, Madrid, 2002, p. 30, en donde dice: "Una de las características del dolo malo es la idea de inducción, de influencia sobre otro sujeto", en referencia a la maquinación de alguien que busca engañar a otro. Este aspecto no se refleja únicamente en la definición recogida por Ulpiano en D. 4. 3. 1. 2 (11 *ad ed.*): *Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur, et aliud agitur. Labeo autem, posse et sine simu-*

el deseo claro de inferir una injuria verbal, aunque no sea él mismo quien realice el *convicium* perseguible. Es más, será condenado independientemente de su ausencia cuando se produjo el insulto, porque lo que prevalece es la intención clara de menoscabar el honor o ánimo del ofendido. Quien indujere a otros a cometer *convicium adversus bonos mores*⁶³ es responsable del resultado final lesivo, y será perseguido cuando el ilícito se haya llevado a efecto⁶⁴, esto es, en el momento en que el sujeto pasivo haya sido injuriado.

Resulta claro que el elemento intencional es el requisito esencial para condenar la *iniuria* cometida, debiendo destacar la importancia del nexo causal entre la intención ínsita en el *animus iniuriandi* y el resultado lesivo que recibe la víctima del delito. El dolo desempeña, por lo tanto, un papel fundamental en orden a condenar una determinada conducta, la del autor del ilícito que con toda la intención comete el delito de *iniuria*.

*latione id agi, ut quis circumveniat; posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant, et tumentur vel sua, vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est, pudiendo citar otros textos, como D. 2, 10, 3, 3; D. 4. 3. 9. 1; D. 4, 3, 37; D. 4, 3, 40, y D. 18, 1, 43, 2; en p. 31, continúa la autora con la acepción del dolo, declarando: "Con el dolo se intenta, por tanto, dirigir el comportamiento ajeno... Para que exista dolo, es necesaria la citada influencia sobre el comportamiento ajeno. El dolo constituye un estímulo engañoso cuya consecuencia es la conducta ajena. Habrá dolo siempre que la actuación de un sujeto se revele como respuesta a las maniobras inductoras, a la provocación engañosa del otro. Partiendo de este concepto de *dolus*, es lógico que originariamente en Derecho romano no se distinguiera el que hoy se denomina dolo causante del dolo incidental, categoría que acuñaron los glosadores medievales"; CANNATA, "Exceptio doli generalis' e diritti reali", en *L'eccezione di dolo generale*, cit. p. 269, al referirse al *dolo malo*, declara lo siguiente: "Quel che più interessa, invece, è cogliere esattamente il senso generale dell'innovazione che Aquilio Gallo introdusse nel sistema del diritto privato tutto intero, creando *de dolo malo formulas*. L'idea in se stessa può essere descritta in modo molto semplice, dicendo che l'ordine giuridico non deve comunque permettere che un soggetto, operando in mala fede, possa danneggiare altri, con profitto proprio o altrui, o anche, al limite, senza profitto di alcuno".*

63 KASER, "Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit in klassischen römischen Recht", en *ZSS* 60, 1940, p. 131, cuando indica que la contravención de las buenas costumbres —común a todos los casos de *iniuria*— es un requisito imprescindible para que pueda existir responsabilidad.

64 Vid. al respecto, FERRINI, *Diritto Penale*, cit. p. 99, en donde declara que la satisfacción debida al ofendido se puede entender aunque el delito esté sólo concebido en grado de tentativa "poiché non è senza risentimento che taluno suole apprendere che si è cercato di recargli un danno".