

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA VIOLACIÓN DE DOMICILIO

ESTHER DOMÍNGUEZ LÓPEZ

Prof. Titular de Derecho Romano. Universidad de Málaga

Poco o nada sabemos de la regulación de la violación de domicilio en toda la etapa que precede a la *Lex Cornelia de iniuriis* que, como es sabido, sancionó la intrusión violenta en casa ajena (*domum vi introire*), junto a la *pulsatio* y la *verberatio*, como delito perseguible mediante un procedimiento de naturaleza especial. Sólo a través de datos indirectos que nos transmiten las fuentes sostienen ciertos autores la existencia ya en las XII Tablas de una norma dirigida a sancionar tal comportamiento, aunque se ignora lógicamente el concreto contenido y alcance de la citada disposición. Esta ausencia casi absoluta de noticias, unida al escaso interés que la doctrina ha mostrado tradicionalmente hacia este instituto ¹, sobre todo si se compara con la extensa literatura dedicada a otras figuras del derecho penal romano, han despertado nuestro interés por el tema, al que vamos a dedicar este breve estudio que no pretende ser más que una primera aproximación, útil tal vez para la reconstrucción de ciertos aspectos básicos relacionados con el delito, como son el origen y fundamento de la relativa norma sancionadora, su contenido y la evolución del instituto hasta la mentada legislación de Sila.

1. LA VIOLACIÓN DE DOMICILIO EN LAS XII TABLAS

No existe base textual alguna para fundamentar la presencia en el código decenviral de una disposición que con carácter general sancionase la violación del domicilio. Aunque, en opinión de un representativo sector doctrinal, tal principio puede entenderse implícito en la regulación de ciertos institutos como la *quaestio lance licioque*, la *obvagulatione ob portum* y la *in ius vocatio*, que demostrarían —siempre según esta opinión— que en tiempos de los decenviros se protegían la paz y la intimidad domésticas ². También se

¹ POLAK, «The Roman Conception of the Inviolability of the House», *Symbolae van Oven* (Leyden 1946) pp. 240 ss.

² Así, entre otros, POLAK, «The Roman Conception» cit., p. 253; MANFREDINI, *La difamazione verbale nel diritto romano I. Età repubblicana*. Milano 1979, pp. 32 ss.

relaciona el citado principio de la violación de domicilio con otras normas previstas al parecer en las XII Tablas que sancionaban el empleo de ciertas palabras o fórmulas destinadas a causar injuria (*carmen famosum*), según unos, o a producir encantamientos (*malum carmen*), según otros, que el código castigaba por su gravedad con la pena capital. Más precisamente, se ha querido establecer un cierto paralelismo entre los institutos antes mencionados (*quaestio lance et licio*, la *obvagulatio ob portum* y la *in ius vocatio*) y otra conducta que se pretendía también castigada en las XII Tablas, cual es el *occentare ostium o portum*, esto es recitar poemas injuriosos o pronunciar fórmulas mágicas frente a la puerta de la casa con el fin último de causar un mal, pues también este comportamiento implicaría una violación de la paz doméstica. Incluso se pretende encontrar un fundamento cierto para tales disposiciones, que de alguna forma —se arguye— habrían castigado las intromisiones en domicilio ajeno, en el carácter sagrado de la casa, concebida ante todo como el lugar dedicado al culto doméstico y puesta bajo el amparo, especialmente la puerta, de determinadas divinidades, resultando ser así un lugar inviolable, de la misma forma, viene a significar en esta línea Polak, que inviolables eran los templos ³.

Pero como trataremos de demostrar en las páginas que siguen, se trata en todo caso de teorías que, sin dejar de resultar muy atractivas y sugerentes, descansan sobre datos inciertos y casi siempre cuestionables, lo cual impone a nuestro juicio una —si quiera breve— reconsideración de los testimonios que nos ofrecen las fuentes, que quizá pueda arrojar algo de luz al problema que nos ocupa. Comenzamos analizando la pretendida relación entre el instituto de la *quaestio lance et licio* y la inviolabilidad del domicilio.

La *quaestio* o *perquisitio lance licio* que consistía en un curiosísimo ritual, cuyos pormenores conocemos fundamentalmente a través de Festo ⁴, según el cual la víctima de un robo podía, previa autorización del magistrado competente, entrar en la casa del presunto ladrón sin más atuendo que un cordón anudado a la cintura y portando una fuente entre sus manos, para proceder al registro de la misma. Si se encontraba el objeto robado, el dueño de la casa era castigado —fuese o no el ladrón— igual que el *fur manifestus* con la pena capital, luego sustituida en el edicto pretorio por el pago del cuádruplo del valor de la cosa ⁵. La peculiaridad del citado procedimiento previsto en la legislación decenviral parecía justificarse, según nos informa el jurista Gayo, por la necesidad de evitar que la propia víctima introdujera o bien sustrajera objeto alguno de la casa, aunque el

³ POLAK, «The Roman Conception» cit., p. 252.

⁴ Festo, *De verborum significatu*, Lipsiae 1913, s.v *lance et licio*: *Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quaerere in domo aliena lincio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrum familiae aut virginum praesentiam*. A propósito vid. también Gell. *Noct. Att.* 11,28,9 y 26,10,8; y Gai 3,192.

⁵ Gai 3,189-192.

mismo Gayo duda de la eficacia de la ley, que califica por lo demás de ridícula ⁶. A nosotros nos interesa destacar en particular esa facultad concedida por la norma de entrar en la casa para proceder a un registro minucioso de la misma, pues se desprende lógicamente que, fuera del supuesto expresamente contemplado, ningún sujeto podía acceder y menos permanecer *invite domino* en domicilio ajeno. Desde este punto de vista, podría encontrar justificación la tesis sostenida por ciertos autores que creen encontrar en la citada disposición una prueba, si quiera indirecta, de que ya en tiempos de los decenviros se sancionaba la inviolabilidad del domicilio, por más que faltase una norma que con carácter general consagrara este principio. Incluso podría entenderse la ausencia de tal norma atendiendo al carácter eminentemente casuístico del citado cuerpo legal, más proclive pues a contemplar conductas concretas que implicasen una violación de la paz doméstica que a sancionar de manera general tal comportamiento. No obstante la recién expuesta reflexión, no vemos tan clara esa pretendida conexión entre el instituto de la *quaestio lance licioque* y la violación de domicilios, y no porque no existan motivos para fundamentar esa facultad normativa para acceder a un domicilio ajeno en la inviolabilidad de la casa, sino más bien porque no creemos que al regular la *perquisitio lance et licio* los decenviros estuvieran pensando, ni siquiera indirectamente, en el asunto que a nosotros nos preocupa. Diversamente, los legisladores están tratando aquí el problema del *furtum* y sus diversas modalidades, al hilo de lo cual establecen una equiparación entre el *fur manifestus* y aquél en cuya casa se encuentra el objeto robado, al cual se aplicará la misma sanción prevista para el primero. Y es en este preciso contexto en que se ubica la citada norma que regula el procedimiento a seguir para efectuar el registro del domicilio, procedimiento o ritual en el que, como ha sido advertido, se observan vestigios de antiguas prácticas de clara impronta mágico-supersticiosas ⁷.

Analícemos ahora el segundo de los institutos relacionado por un cierto sector doctrinal con el principio de la inviolabilidad del domicilio, cual es la *obvagulatio ob portum*. La *vagulatio* en las XII Tablas, explica Festo ⁸, tenía el significado de injuria o afrenta dirigida a aquél que se negaba a prestar testimonio, efectuada mediante gritos o

⁶ Gai 3,193: ...*Quae lex tota ridicula est. Nam qui vestitum quaerere prohibet, is est nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita re et inventa maiori poenae subiciatur: deinde quod lancem sive ideo haberi iubeat, ut manibus occupatis nihil subiciat, sive ideo, ut quod invenerit ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id quod quaeratur eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subici neque imponi possit. Certe non dubitatur, cuiuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri.* A propósito del procedimiento, cfr. entre otros, HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* I. Lyon-Paris 1915, pp. 40 ss.; WEISS, «Lance et licio», *ZSS* 43 (1922) pp. 455 ss.; DE VISSCHER, «La procédure d'enquête lance licioque et les actions concepti et oblatis», *RHD* 4 (1925) pp. 535 s.; WOLF, «Lanx und licium. Das Ritual der Haus-suchung im altrömischen Recht», *Symptica Wieacker* (1970) pp. 59 ss.; y ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*. Málaga 1988, pp. 56 ss.

⁷ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *De los delitos y las sanciones* cit., pp. 58 ss.

⁸ Festo, *De verborum significatu* cit., s.v. *vagulatio*: *Vagulatio in XII significat quaestio cum convicio. Cui testimonium defuerit, is tertius diebus ob portum obvagulatum ito.*

palabras injuriosas pronunciadas durante tres días ante la puerta de su casa. No se sabe bien si el acto iba dirigido a obligar a aquel *qui testimonium defuerit* a prestar testimonio o sólo a denunciar el hecho de no haberlo prestado ⁹, aunque sí resulta claro en todo caso que la finalidad última del instituto era la de asegurar que se tuviera público conocimiento público de una conducta que, por contravenir los deberes sociales, era calificada como ignominiosa, quedando sujeto su autor a la reprobación social. Volviendo al tema que nos interesa, cual es la relación de este instituto con el problema de la violación del domicilio, para algunos autores la conexión quedaría demostrada en cuanto, arguyen, el hecho de que hubiese que denunciar a viva voz al testigo delante de su casa indicaría que no era posible sacar a nadie de su domicilio a la fuerza o, lo que es igual, que ya en tiempos de las XII Tablas el domicilio era considerado un lugar inviolable ¹⁰. Sin embargo, tampoco este argumento nos parece convincente pues, si admitimos, como así se hace, que la finalidad del *obvagulare ob portum* era la de revestir de una cierta publicidad el hecho de la denuncia, bajo esta perspectiva resulta diáfana la ausencia total de conexión del mentado instituto con el tema que nos ocupa. En efecto, la aludida publicidad del acto no se hubiera conseguido sacando al testigo a la fuerza de la casa, sino precisamente vociferando ante su puerta palabras injuriosas. Con esto no pretendemos negar que el domicilio fuese inviolable, sólo poner de manifiesto que, a nuestro parecer, el instituto de la *obvagulatio ob portum*, por sí mismo, no constituye argumento alguno en tal sentido.

Veamos ahora la tercera de las figuras relacionada por un cierto sector doctrinal con el principio de la inviolabilidad del domicilio, cual es la *in ius vocatio*. Fundamentales para la reconstrucción de la relativa norma decenviral resultan diversos fragmentos de Porfirio, Festo y Aulo Gellio que constituyen, respectivamente, la base textual de las Tablas I,1, I,2 y I,4. Son los siguientes:

Porfirio, *ad Horat. Sat.* 1.9. 74-76: *de hoc autem lege XII tabularum his verbis cautum est: «si in ius vocat ni it antestamino igitur eum capito».*

Festo *de verb. signif.*, s.v. *struere*: *«si calvitur pedemve struit manum endo iacito».*

Gellio, *Noct. Att.* 16,10,15: *verbum hoc ex XII Tabulis...ita scriptum est: «adsiduo vindex adsiduus esto; proletario...quis volet vindex esto».*

Siguiendo el testimonio de las fuentes referidas, parece claro que ante una negativa por parte del *vocaturus* a salir de la casa, la estructura primitiva del proceso civil romano facultaba al *vocans* a hacer uso de la fuerza física para extraerlo de la casa y llevar a cabo sobre él —siempre en presencia de testigos— la *manus iniectio*, salvo que presentase un *vindex* que garantizara su futura comparecencia ¹¹. *Ad abundantiam*, contamos con un

⁹ A propósito, *vid.* MANFREDINI, *La difamazione verbale* cit., pp. 35 s.

¹⁰ Así se manifiesta expresamente MANFREDINI, *op. supra* cit., p. 36.

¹¹ Se discute en este punto si el texto se refería a la *manus iniectio* en sentido técnico o si, como parece más probable, debe entenderse que la autorización prevista en las XII Tablas consistía en obligar al *vocaturus*, mediante el uso de la fuerza, a comparecer en juicio. Sobre este particular asunto, *vid.* NICOSIA, *Il pro-*

fragmento extraído del libro 1.º de los comentarios de Gayo a las XII Tablas, D.2,4,18, en que el jurista alude a la opinión de otros juristas anteriores a él (*plerique*), que por cierto comparte, que consideraban ilícita la *in ius vocatio in aliena domo* por representar una especie de atentado a ese refugio de paz y tranquilidad que es la *domus* (*domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit*), y calificaban en términos de *vis* tal intrusión (*vim inferre videri*):

Plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius vocaret, vim inferre videri.

Todo sumado, resulta diáfano que la ley de las XII Tablas no contenía prohibición alguna en cuanto a la citación en la propia casa del demandado, pues antes al contrario —como se ha visto— autorizaba incluso el uso de la fuerza para extraerlo de la misma en el supuesto de negarse a comparecer en juicio. La imposibilidad de llevar a cabo tal citación ante la casa del *vocaturus* fue el resultado, tal como se desprende del testimonio de Gayo, de una elaboración jurisprudencial posterior, precedida además por una cierta disputa sobre la materia muy probablemente superada ya en su tiempo, controversia ésta a la que en efecto apunta la expresión *plerique putaverunt* empleada por el jurista en su discurso. Por lo demás, la excesiva rigidez de la opinión compartida por Gayo resultaría después matizada, como se desprende de varios fragmentos extraídos de los comentarios al Edicto de Paulo y Ulpiano, en los que se autoriza el ejercicio de la *in ius vocatio* ante el domicilio del demandado, aunque limitándola eso sí al trámite de mera citación, sin empleo de fuerza alguna ¹²:

D. 2,4,19 (*Paul. 1 ad ed.*): *Satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius. sed si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum Iulianus ait.*

D. 2,4,21 (*Paul. 1 ad ed.*): *Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.*

D. 39,2,4,5 (*Ulp. 1 ad ed.*): *Praetor ait: «dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam». abesse autem videtur et qui in iure non est: quod et Pomponius probat: verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua. sed «domum, in quam degit, denuntiari» sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitet, ibi ei denuntietur...*

cesso privato romano II. La regolamentazione decemvirale. Torino 1986, pp. 29 ss.; y ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis acciones.* Palermo 1993, pp. 26 ss. A propósito de la aludida institución, pueden consultarse también: PUGLIESE, *Il processo civile romano 1. Le legis acciones.* Roma 1962, pp. 256 ss.; FERNÁNDEZ-BARREIRO, «Autorización pretoria para la *in ius vocatio*», *SDHI* 37 (1971) pp. 261 ss.; CANNATA, «Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano», *Studi Sanfilippo* 4 (Milano 1983) pp. 151 ss.; *IB.*, «Vindex e manus iniectio nelle XII Tavole», *Atti del Convegno de Pavia* (Padova 1987) pp. 203 ss.

¹² A propósito, ORACIO LICANDRO, «In ius vocatio e violazione del domicilio», *SDHI* 57 (1991) pp. 238 ss.

Volviendo al asunto que nos ocupa, sinceramente no entendemos ni podemos compartir la opinión de aquéllos que encuentran en la regulación del referido instituto de la *in ius vocatio* otra prueba si quiera indirecta de la protección del domicilio ya en tiempos remotos, pues antes al contrario, como se ha visto, el texto de las XII Tablas permitía uno de los más graves atentados que pueden darse contra esa pretendida inviolabilidad de la paz doméstica, cual era la entrada en el domicilio del *vocaturus* y el empleo de la fuerza física para conducirlo a juicio.

Sólo nos resta por analizar la conexión, si es que existe, entre el tantas veces mencionado principio de la inviolabilidad del domicilio y la prohibición de recitar poemas injuriosos o pronunciar fórmulas mágicas frente a la puerta de la casa, *occentare ostium* o *portum*, sancionada también las XII Tablas, según algunos autores. Como ya adelantamos al inicio de esta exposición, el código decenviral contenía ciertas disposiciones que castigaban con la pena capital el hecho de pronunciar fórmulas de encantamiento (*mala carmina*) y/o injuriosas (*famosa carmina*), dirigidas en todo caso a producir un mal a otro, y así resulta de los testimonios fundamentales de Plinio y Cicerón, confirmados por otras fuentes que también relacionamos a continuación:

Plinio, *Nat. Hist.* 28,17: ... *non et legum ipsarum in XII tabulis verba sunt: qui fruges excantassit, et alibi; qui malum carmen incantassit?*

San Agustín, *Civ. dei* 2,9: ... *XII Tabulae cum perpaucas res capite sanxissent, in his hace quoque sancientiam putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condidisset.*

Cicerón, *Tusc.* 4,4: ... *id quidem etiam XII tabulae declarant, condi iam tum solitum esse carmen: quod ne liceret fieri ad alterius iniuriam, lege sanxerunt.*

Horacio, *epist.* 2,1,152-155: ... *quin etiam lex/poenaque lata, malo quae nollet carmine quemquam/describi. Vertere modo formidine fustis/ad bene dicendum delectandum-que redacti.*

Porfirio, glosa a Horacio, *epist.* 2,1,81: ... *quia lege cautum erat, ne quis in quemquam maledicum carmen scribere .*

Arnobio, *Adv. nat.* 4,34: *Carmen malum conscribere, quo fama alterius coinquinetur et vita, decenviralibus scitis evadere noluit impune.*

Paul. Sent. 5,4,6: *Iniuriarum actio lege introducta est. Lege XII Tabularum de famosis carminibus, membris rupti et ossibus fractis.*

Atendiendo a los datos que nos proporcionan las fuentes mencionadas, tres serían en esencia las conductas contempladas y sancionadas por el código de las XII Tablas: *occentare* (mencionado por Cicerón en su *de Republica* 4,12, según reza en el testimonio de San Agustín, supra referido), verbo compuesto por *ob*, preposición que rige acusativo y que con verbos de quietud significa cerca de, al lado de, delante de, y *canto*: cantar, resonar, recitar, y cuya traducción sería por ende la de recitar o cantar cerca, al lado, delante de alguien o algo; *incantare*, que tiene el significado de recitar poemas o versos con una finalidad determinada (la partícula *in* denota en efecto dirección, movimiento: hacia,

a, respecto a); y *excantare*, verbo que podemos traducir como atraer hacia un lugar algo mediante la entonación de versos, poemas (*ex* es en efecto una preposición de ablativo que, entre otros, tiene el significado de transición de un lugar a otro), fórmulas estas dos últimas atribuidas por Plinio al texto decenviral.

La discusión acerca de la conducta expresamente sancionada en el mentado cuerpo legal viene motivada por la diversidad de términos que se emplean en las fuentes, tal como resulta de los textos arriba relacionados. En concreto, Plinio habla de *malum carmen incantare*, alimentando la opinión de ciertos autores¹³ que sostienen que las XII Tablas sólo castigaban los *mala carmina*, esto es encantamientos dirigidos a causar un mal ajeno, precisamente a través de *carmina*, término que deriva de *cano*: cantar, y que tiene el significado de canto, verso, poesía, poema y en su acepción más primitiva —siempre según estos autores— de encantamiento¹⁴. Diversamente, Cicerón emplea la fórmula *occentare sive carmen condere* (de *condio*: componer) *quod infamiam faceret flagitiumve alteri*, dando así pábulo a la tesis difamatoria¹⁵.

El principal problema que plantea la tesis mágica, por cuanto a nosotros nos interesa, consistiría en la dificultad de conciliar las fórmulas «qui malum carmen incantassit» y «si quis occentavisset... quod infamiam faceret flagitiumve alteri», pues interpretando también el verbo *occentare* en clave mágica, ambas disposiciones estarían *prima facie* sancionando una idéntica conducta. Ante esto, dos son fundamentalmente las propuestas avanzadas por los que sostienen semejante tesis: bien suprimir del texto decenviral el término *incantare*¹⁶, bien, como hace Huvelin, mantener ambos términos pero otorgando a *occentare* un significado restringido a un ritual de carácter mágico-religioso realizado frecuentemente ante la casa y de noche, con el objetivo, reproducimos literalmente «d'atirer les répresailles du sort contre une personne qui a violé à son profit l'équilibre préétabli»¹⁷, frente al sentido más amplio o genérico del verbo *incantare*, cuyo significado

¹³ Entre otros: MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems*. Breslau 1903, pp. 11 ss.; HUVELIN, *La notion de «l'injuria» dans le très ancien droit romain*. Lyon 1903, pp. 18 ss.; BECKMANN, *Zauberei und Recht in Roms Frühzeit*. Osnabrück 1923, pp. 36 ss.; MASSONEAU, *La magie dans l'antiquité romaine*. Paris 1934, pp. 136 ss.; PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*. Milano 1942, pp. 22 ss.; WIEACKER, «Zwölftafelprobleme», *RIDA* 3 (1956) pp. 462 ss.; MANFREDINI, *La diffamazione verbale* cit., pp. 1 ss.; y ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *De los delitos y las sanciones* cit., pp. 71 ss.

¹⁴ En este sentido, podemos citar a MANFREDINI, *op. supra cit.*, p. 25, quien se remite en apoyo de tal tesis al testimonio de San Isidoro, cuando afirma que los «...incantatores dicti sunt, qui artem verbis peragunt...» (*Etim.* 8,9,15) y de Apuleyo, quien al punto explica cómo se producían tales encantamientos (*ap.* 47).

¹⁵ Sostenida entre otros por: USENER, «Italische Volksjustiz», *Kleine Schriften* 4 (Leipzig-Berlin 1913) pp. 356 ss.; FRAENKEL, «rec. a BECKMANN, *Zauberei und Recht* cit.», *Gnomon* 1 (1925) pp. 189 ss.; y MORGILIANO, «rec. a ROBINSON, *Freedom of speech in the Roman republic*», *Journal of Roman studies* 32 (1942) pp. 120 ss.

¹⁶ Así, entre otros, BECKMANN, *Zauberei und Recht* cit pp. 43 s.; y WIEACKER, «Zwölftafelprobleme» cit., pp. 462 ss.

¹⁷ HUVELIN, *La notion de l'injuria* cit., p. 40 s.

vendría a ser —siempre según el autor— el de «pronocer une formule rythmée destinée à troubler l'ordre des choses fixé par le Destin»¹⁸. Planteamiento éste de Huvelin que, a nuestro modo de ver, no resuelve el problema expuesto pues, aunque se admita que la *occentatio* tenía la particularidad de representar un ritual que se realizaba de ordinario ante la casa del sujeto al cual se quería perjudicar, tal procedimiento quedaría en todo caso comprendido en el significado más amplio de la fórmula «qui malum carmen incantassit» referida por Plinio que, como el mismo autor admite, abarcaría toda suerte de sortilegios o artificios de carácter mágico destinados a producir un mal¹⁹.

Manifestando una orientación similar a la del citado autor, Manfredini²⁰ cree solucionar el problema poniendo el acento en el principio de la inviolabilidad del domicilio que, según él, subyacería en la norma relativa a la *occentatio*. En efecto, partiendo de la conexión semántica y morfológica existente según él entre las formas *occentare*, e *incantare* y *excantare*, el autor hipotiza la existencia también en el código decenviral de una disposición que, bajo la forma de *occentare ostium* o *portum*, sancionaba los encantamientos realizados ante la casa ajena, representada simbólicamente por la puerta²¹, dirigidos básicamente a que la misma se abriera o a hacer penetrar en el domicilio todo tipo de males. Aun más, añade Manfredini que el hecho de que el mismo cuerpo normativo aludiese, como ya se vio, al instituto de la *obvagulatio ob portum*, cuyo fin era claramente el de injuriar a aquél que se negaba a prestar testimonio, reforzaría la teoría él defendida, y contradicha por otros, en relación al fundamento mágico-religioso de la *occentatio portum*²². Por otro lado, el autor excluye que las XII Tablas hubiesen aludido al *malum carmen* por cuanto —arguye— el amplio significado de tal locución habría vuelto superflua cualquier otra norma dirigida a sancionar supuestos de encantamiento y contrastaría, además, con el carácter eminentemente casuístico del mentado cuerpo normativo²³. Varias son las objeciones que pueden realizarse a la teoría recién expuesta. A comenzar por esta última apreciación relativa a la locución *malum carmen*, la supresión que de la misma defiende Manfredini no afectaría en modo alguno al problema que se plantea, pues es precisamente el amplio significado del verbo *incantare*, ya se acompañe de la mentada formulación, ya aparezca sólo, el que hace difícil conciliar esta norma con aquélla relativa a la *occentatio*. Siguiendo este mismo razonamiento,

¹⁸ HUVELIN, *op. supra cit.*, p. 65.

¹⁹ HUVELIN, *op. supra cit.*, pp. 62 ss

²⁰ *Vid.* MANFREDINI, *op. supra cit.*, pp. 32 ss.

²¹ Así resulta entre otros del testimonio de Festo, *De verb. signif. cit.*, s.v. *portum*: *Portum in XII pro domo positum omnes fere consentiunt ...*, al que expresamente se remite el autor.

²² Diversamente, HUVELIN, *op. supra cit.*, pp. 44 ss., no descarta el posible carácter religioso del instituto de la *obvagulatio ob portum*, del que afirma representar una variante de la *occentatio*.

²³ MANFREDINI, *op. supra cit.*, p.26. Manifestando diversa orientación, ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *De los delitos y las sanciones cit.*, pp. 65 ss. considera perfectamente atendible la referida locución, siempre que la misma no se entienda —advierte— como una formulación abstracta o genérica al modo sugerido por Manfredini, y apela a favor de su genuinidad al diverso significado de los verbos *incantare* y *excantare*.

tampoco apelando al principio de la inviolabilidad del domicilio se justificaría la presencia en el código decenviral de una norma que, como pretende el citado autor, sancionase los encantamientos realizados ante la puerta pues, siendo la finalidad última de semejantes actuaciones la de causar un perjuicio a otro haciendo que fuerzas malas o adversas penetrasen en su domicilio a través de la puerta, vuelve a resultar diáfana la ausencia de justificación de una disposición en la que se hiciera expresa mención del *occentare*, si ya existía una norma que bajo la fórmula *incantare aliquid* perseguía tales comportamientos.

En nuestra opinión, no se puede mantener la genuinidad de ambas disposiciones otorgando a las mismas un idéntico fundamento mágico-religioso, por más que se insista en esa peculiaridad de la *occentatio*, en cuanto ritual que se desarrollaba normalmente ante la casa del sujeto en cuestión. Así que, si damos crédito a la fórmula «qui malum carmen incantassit» atribuida por Plinio, junto a aquella «qui fruges excantassit», al código decenviral, deberíamos bien rechazar el testimonio de Cicerón (*de Rep.* 4,12, referido por San Agustín, *Civ dei* 2,9) cuando alude a la norma «si quis occentavisset sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri», o bien buscar para la misma un fundamento diverso al propuesto, como así hace entre otros Fraenkel²⁴. Según este autor, habría en efecto que interpretar el verbo *occentare* en el sentido de difamación verbal o injuria que se realizaba a través de la entonación de cantos ante la casa de aquél al que se pretendía ofender, siendo precisamente esta nota de publicidad ínsita en semejantes actuaciones la que serviría para distinguirlas de los sortilegios o conjuros mágicos, que se caracterizaban diversamente por su carácter secreto, y que también aparecían contemplados en la referida disposición decenviral «qui malum carmen incantassit». Similarmente, argumentaba Usener²⁵ que la *occentatio portum* consistía en denunciar a voces ante la casa un determinado comportamiento reprochable de alguno, representando de esta forma una suerte de justicia popular (precisamente por el escándalo o la publicidad aparejados al procedimiento) que equivaldría a la muerte civil del sujeto en cuestión. En definitiva, lo que estos autores en particular, y todos los que atribuyen a la *occentatio* un significado difamatorio, en general, vienen a admitir, es la presencia ya en el código de las XII Tablas de una norma que castigaba la simple *laesio verbis* realizada *iniure*, esto es sin motivo o derecho alguno (como ya se expuso, en mismo cuerpo legal se autorizaba expresamente la denuncia realizada con motivo justo ante el domicilio del testigo recalcitrante), con el simple propósito de ofender o atentar contra el honor o la fama de otro. En apoyo de tal tesis se apela además al testimonio de Festo, en su *De verborum significatu*, s.v. *occentassint*, cuando afirma que los «antiguos» designaban con el verbo *occentare* lo que en su tiempo se denominaba *convicium facere*: *occentassint antiqui dicebant quod nunc convicium facerint dicimus, quod id clare et cum quodam canore fit ut procul exaudiri possit...* Aunque resulte desde luego sugestiva, opi-

²⁴ FRAENKEL, «rec. a BECKMANN, *Zauberei und Recht*» cit., pp. 192 ss.

²⁵ USENER, «*Italische Volksjustiz*» cit., p. 360.

namos empero que tampoco puede mantenerse esta teoría difamatoria pues, siguiendo una opinión ampliamente difundida entre la doctrina, los llamados atentados contra la personalidad *sic et simpliciter*, esto es ofensas que no llevasen aparejada una lesión material o corporal habrían quedado excluidas del ámbito de protección de las XII Tablas, que sólo contemplaba los atentados contra la persona consistentes en una *ossis fractio* (T.VIII,2), *membrum ruptio* (T. VIII,3) o *iniuria* (T.VIII,4), término éste último que en el contexto específico que analizamos se interpretaba con un sentido restringido a otros atentados menores contra la persona que no llevaban aparejada lesión corporal, tales como la *pulsatio* o la *verberatio*. Sólo como consecuencia de un desarrollo jurisprudencial posterior se llegaría a comprender en el concepto de *iniuria*, protegido *iure praetorio* mediante la correspondiente *actio*, todo tipo de ofensas a la persona, bien en su cuerpo bien en su condición jurídica u honor ²⁶. Por lo demás, la referida equiparación que Festo establece entre el *occentare* y el *convicium facere*, bien podría salvarse teniendo en cuenta que, como advierte Manfredini ²⁷, el autor no dice en ningún momento que tal término (*occentare*) estuviese presente en las XII Tablas, sino que antiguamente, y esto es en un tiempo anterior al suyo, se usaba el mismo para designar la conducta conocida después con la locución *convicium facere*; y ese tiempo anterior no tiene por qué corresponder, necesariamente, con el de la publicación del código decenviral. Además, advierte con atino el mismo Manfredini, la glosa festina se limitaba a describir la *occentatio*, pero no dice ni se puede deducir que se tratara de una conducta jurídicamente ilícita.

A la luz de todo lo expuesto, y esta es la conclusión a la que llegamos, creemos que el código decenviral sólo contenía dos disposiciones, y no tres, relativas a los daños causados mediante encantamiento: la primera, bajo la fórmula «qui fruges excantassit», atribuida por Plinio al código decenviral, relacionada según consta con el hecho de sustraer frutos de las cosechas ajenas a través de la entonación de un *carmen*; y, la segunda, que contenía bien el verbo *occentare* («si quis occentavisset ... quod infamiam faceret flagitiumve alteri»), bien *incantare* («qui malum carmen incantassit»), aunque en todo caso tenía por objeto los *mala carmina*, y que contemplaba el hecho de pronunciar conjuros o fórmulas de encantamiento con el sólo objetivo de causar un perjuicio a alguien. En cuanto a la diferencia que se aprecia entre los testimonios de Plinio y Cicerón, la misma podría justificarse si entendemos, como propone Wieacker ²⁸, que el texto de Cicerón da muestra de un desarrollo posterior del texto decenviral que refleja ya la connotación racionalista que el paso del tiempo tendería a imponer frente a aquélla irracionalista. Y todo esto nos lleva, excluida la mención específica a una norma que bajo la forma *occentare portum* sancionase en concreto los encantamientos hechos ante la casa, a negar la conexión, si quiera indirecta, de las mentadas disposiciones (*incantare* u *occentare malum carmen*) con el principio de la inviolabilidad del domicilio.

²⁶ A propósito, *vid.* fundamentalmente MOMMSEN, *Derecho penal romano*. Trad. cast. P. Dorado, Bogotá 1991, pp. 484 ss.; y HUVELIN, *La notion de l'iniuria* cit., pp. 6 ss.

²⁷ MANFREDINI, *La difamazione verbale* cit., pp. 49 ss.

²⁸ WIEACKER, «Zwölftafelprobleme» cit., pp. 462 ss.

No queremos con esto negar que en la sociedad romana primitiva la casa tuviese una especial consideración; basta en este sentido con recordar las palabras de Gayo, en D. 2,4,18, cuando define la *domus* como *refugium atque receptaculum* además de lugar *tutissimum*. Sólo pretendemos demostrar la ausencia de datos textuales que en los que apoyar una posible referencia del código decenviral, ni directa ni indirecta, al principio de la inviolabilidad del domicilio; y tampoco para buscar el fundamento de la relativa disposición en ese carácter cuasi religioso que se le atribuía a la casa ²⁹, al modo que sugiere Manfredini cuando alude a la existencia, no probada por otro lado, del instituto de la *occentatio portum*.

2. LA VIOLACIÓN DE DOMICILIO EN LA EVOLUCIÓN POSTERIOR: EL EDICTO DEL PRETOR Y LA LEGISLACIÓN DE SILA

Según resulta de diversas fuentes, fundamentalmente un fragmento extraído del libro 56 de los comentarios de Ulpiano *ad Edictum*, D. 47,10,5, en tiempos de Sila se promulgó la conocida *Lex Cornelia de iniuriis*, en la cual se sancionaba, junto a la *pulsatio* y la *verberatio*, la violación de domicilio (*introire in alienam domus*), y se establecía al parecer un procedimiento especial para la represión de tales conductas ³⁰.

²⁹ Pese al testimonio de diversas fuentes tanto literarias como jurídicas (*vid. ad ex. Cic. De domo* 41,108-109.; *Plan. Nat. Hist.* 20,101; 29,76, o el ya referido fragmento de Gayo D.2,4,18), que aluden a la santidad de la casa, sede del culto doméstico, no parece sin embargo que tal consideración religiosa o sagrada del domicilio hubiese trascendido en ningún momento del ámbito meramente social o moral, como lo demuestra la ausencia de toda mención a la *domus* en la categoría de *res sanctae* mencionada por Elio Gallo, contemporáneo de Cicerón (*Festo, De verb. signif., s.v. religiosum*), así como en el Título VIII *De divisione rerum et qualitate* del libro 1º de Digesto, o en la relativa clasificación realizada por el mismo Gayo en sus Instituciones, 2,8. En este sentido, *vid. B USACCA, Studi sulla classificazione delle cose nelle istituzioni di Gaio*. Villa San Giovanni 1982, y ampliamente LICANDRO, «In ius vocatio» cit., pp. 210 ss. (con ulterior bibliografía *ib. cit.*), quien al punto advierte la exagerada importancia dada por numerosos autores (entre otros, HUVELIN, *La notion de l'iniuria* cit., pp. 44 ss.; POLAK, «The Roman Conception» cit., pp. 240 ss.; y F. FABRINI, «Res divini iuris», *NNDI* 15 (1968) pp. 524 ss.) al significado religioso de la casa y, especialmente, de la puerta.

³⁰ Según opinión de un representativo sector de la doctrina, a comenzar por PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit., pp. 117 ss., seguido entre otros por VON LÜBTOW, «Zum römischen Injurienrecht», *Labeo* 15 (1969), pp. 159 ss.; y KUNKEL, «Quaestio», *RE* 24, col. 723-725, la *actio ex lege Cornelia* habría presentado la particularidad de ser una acción privada, igual que la común acción por injurias, pero que se sustanciaba mediante un procedimiento de naturaleza criminal o *per quaestiones*, instituido a propósito en la misma ley. Contra tal solución se han manifestado empero ciertos autores, entre ellos MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*. Milano 1977, pp. 218 ss., quien sostiene que el procedimiento previsto por la mentada ley era de naturaleza totalmente privada, lo cual le obliga a recurrir a forzados argumentos (*vid. pp. 228 ss.*) a fin de justificar la finalidad de la ley y su concurrencia con la común *actio iniuriarum* (contra *vid. brevemente PUGLIESE, «Rec. a Manfredini, Contributi...» IURA* 29 (1978) pp. 205 s. (= *Scritti giuridici scelti* 2. Università di Camerino 1985, pp. 557 s.).

D. 47,10,5 pr.: *Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat ... lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus verberatusve domusve eius vi introita sit. apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri.*

Sabemos también que con anterioridad a tal fecha el pretor ya había intervenido en el ámbito de las injurias introduciendo en su edicto la conocida *actio iniuriarum aestimatoria*, al parecer limitada en su origen a los casos en que se hubiera producido una injuria real, esto es, un atentado a la integridad física de un hombre libre, y que luego iría extendiendo su ámbito de aplicación, para comprender también los atentados contra el honor o la dignidad social del individuo, asimilándose así su significado al de *contumelia*. De la mencionada evolución del edicto *de iniuriis* dan testimonio numerosas fuentes, a comenzar por un fragmento extraído del mismo libro 56 de los comentarios de Ulpiano *ad Edictum*, reproducido en D. 47,10,1,1, en que el jurista hace remontar expresamente a Labeón esta reinterpretación del concepto de *iniuria*, abarcando no sólo las ofensas que se hacen con las manos (*quoties manus inferentur*), sino también las inferidas mediante palabras (*convicium facere*)³¹.

No obstante, mientras contamos con seguros testimonios de la posibilidad de ejercitar la *actio iniuriarum* en los supuestos de lesiones consistentes en una *percussio*, *pulsatio* o *verberatio*³², luego comprendidos —como se ha dicho— junto con la violación de domicilio en el ámbito de protección de la *lex Cornelia*, no disponemos de base alguna para afirmar que también esta última hipótesis hubiere sido contemplada en el general edicto *de iniuriis*. Sólo podría resultar dudoso en tal sentido el siguiente fragmento extraído del libro 4.º de los comentarios de Paulo al Edicto:

D. 47,10,23: *Qui in domum alienam invito domino introiret, quamvis in ius vocat, actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait.*

Paulo refiere aquí la opinión de Ofilio según el cual cabría ejercitar la *actio iniuriarum* en caso de *introitio in alienam domum*, aunque ello fuese, se advierte, por causa lícita como la citación a juicio (*quamvis in ius vocat*). El hecho de que en el fragmento no se haga mención expresa a la *actio iniuriarum ex lege Cornelia* podría llevarnos a pen-

³¹ D. 47,10,1,1: *Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit.* A propósito de la mentada evolución cfr. entre otros: MOMMSEN, *Derecho penal romano* cit., pp. 484 ss.; PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit., pp. 39 ss.; VON LÜBTOW, «Zum römisches Injurienrecht» cit., pp. 131 ss.; WATSON, «The development of the praetor's edict», *JRS* 60 (1970) pp. 46 ss.; MANFREDINI, *Contributi* cit., pp. 147 ss., a propósito del cual, *vid.* PUGLIESE, «rec. a MANFREDINI, *Contributi ...* cit.», cit., pp. 193 ss. (= *Scritti giuridici* cit., pp. 544 ss.).

³² Así, *Gai* 4,60; D.47,10,7,1; *Coll.* 2,6,4; y, entre las fuentes literarias, podemos citar Plauto *Asin.* 371-372; Suet. *Benef.* 2,35,2 y Sen. *Contr.* 10,1,9.

sar que la acción a la que Ofilio se refiere es la común acción por injurias, como así sostienen ciertos autores ³³, que creen encontrar una confirmación ulterior de tal teoría en el referido texto de Ulpiano, D.47,10,5 *pr.*, en el cual se hace mención a la *vis* como elemento que —aseguran— vendría a diferenciar la violación de domicilio sancionada en la *Lex Cornelia de iniuriis* de la perseguible mediante la común acción por injurias. Siguiendo la opinión dominante entre la doctrina creemos sin embargo, aunque nada seguro se pueda afirmar, que la acción a la que hacía referencia Ofilio era la *actio iniuriarum ex lege Cornelia* y no la común acción por injurias, y ello es así por dos motivos fundamentalmente. En primer lugar porque, como se ha expuesto, ninguna de las fuentes que con toda probabilidad hacen alusión a la *actio iniuriarum* común, en las cuales se alude precisamente a las otras conductas contempladas en la *Lex Cornelia*, mencionan —como líneas atrás advertíamos— la hipótesis de la violación de domicilio; a excepción, claro está, del texto que ahora estamos analizando, el cual, dada la fecha en que escribe Ofilio, bien podría entenderse referido a la *actio iniuriarum* sancionada en la mentada ley, a la sazón vigente. Y en segundo lugar, porque no consideramos argumento decisivo en sentido contrario el hecho de que el término *vis*, omitido en el fragmento en examen, figurase al parecer en el tenor literal de la ley, pues creemos que toda intrusión en domicilio ajeno efectuada contra el consentimiento expreso o tácito de su dueño o, en todo caso, sin contar con la autorización del mismo, implica necesariamente el uso de una cierta fuerza, ya sea en las personas o en las cosas. De lo contrario, no se entiende que el mismo Paulo afirme en otro texto ya citado al tratar el instituto de la *in ius vocatio*, D. 2,4,21 ³⁴, la plena licitud de tal citación siempre que no se extrajese al *vocaturus* a la fuerza de su casa, matizando así una opinión defendida por ciertos juristas, entre ellos Gayo (D. 2,4,18 ³⁵) que rechazaban la legitimidad del mentado trámite procesal por ver siempre en el mismo una hipótesis de *vis* ³⁶.

Todo sumado, y esta es la conclusión final a la que nos lleva el presente estudio, no creemos que la violación de domicilio, como conducta tendente a perturbar la paz y la tranquilidad doméstica, hubiese sido en ningún tiempo, al menos no hasta el momento histórico hasta aquí examinado, objeto por sí misma de consideración jurídica. Diversa-

³³ En este sentido, *vid.* particularmente WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*. Oxford 1965, pp. 251 ss.; y LICANDRO, «In ius vocatio» cit., pp. 243 ss. Contra tal interpretación, MANFREDINI, *Contributi* cit., p. 225 nt. 21; y PLESCIA, «The Development of iniuria», *Labeo* 23 (1977), p. 286 nt. 86.

³⁴ D. 2,4,21 (*Paul. 1 ad ed.*): *Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet*. En idéntico sentido se manifiesta Ulpiano en el también citado D.39,2,4,5: *... verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua. sed «domum, in quam degit, denuntiari» sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitet, ibi ei denuntietur...*

³⁵ D. 2,4,18: *Plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius vocaret, vim inferre videri*.

³⁶ *Vid.* sin embargo la forzada interpretación que de las citadas fuentes se ve obligado a llevar a cabo LICANDRO, «In ius vocatio» cit., pp. 243 ss., para mantener la teoría, por él defendida, de la tutela procesal de la violación de domicilio con anterioridad a la legislación de Sila.

mente, el *introire in alienam domus* habría sido sancionado por vez primera en la mentada legislación silana, y ello no por tratarse de un acto de perturbación del domicilio doméstico, sino en cuanto semejante conducta llevaba aparejado el empleo de la fuerza, ya fuese contra la propia persona del dueño o contra las cosas. Y así se infiere sin ir más lejos de la asimilación que la *Lex Cornelia de iniuriis* establece entre la violación de domicilio y el hecho de *pulsare* o *verberare*, y que se justificaría, como aclara Ulpiano en el citado fragmento de D. 47,10,5 *pr., i.f.*, en cuanto que se trataba en todo caso de injurias que se hacen con la mano: ... *Apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri*, conductas éstas que, como resulta además de otro fragmento del mismo Ulpiano también citado, D. 47,10,1,1, habían sido ya claramente diferenciadas desde tiempos de Labeón de aquellas otras injurias que se realizaban de otro modo, mediante palabras: *Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit*. En todo caso, y al margen de las consideraciones expuestas, creemos que si bien aquella concepción primitiva del domicilio, como lugar cuasi sagrado en que habitaban las dioses domésticos y se oficiaba el correspondiente culto, no encontró reflejo en el derecho romano, al menos no en la forma de disposición que castigase la entrada en domicilio ajeno en cuanto atentado a esa inviolabilidad de la paz doméstica, no nos cabe duda que la regulación actual del instituto sí encuentra su origen más remoto, aunque sea de manera inconsciente, en semejante concepción sacral que del domicilio se tenía en la antigua sociedad romana y que, siguiendo el razonamiento expuesto, aún persiste.