

DAMNUM INIURIA DATUM

JESÚS JUSSETH HERRERA ESPINOZA

I. Introducción

El delito de "daño injustamente causado" (*damno iniuria datum*), aparece tipificado por un plebiscito, con fecha probable del año 286 a. C., denominado: *Lex Aquilia de damno*^{1 2}.

-
1. Según opinión de KASER, Max, *Derecho Romano Privado*, segunda edición (versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro), Madrid, Reus, S.A., 1982, pág. 165; D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, Octava edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991, pág. 426; BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel, *Naturaleza y evolución de la obligatio ex delicto en Derecho Romano*, Madrid, Tesis doctoral inédita, 1986, pág. 208, entre otros, la ley es de fecha incierta, aunque es muy probable que sea del año 286 a. C.

Por su parte, BLANCH NOUGUÉS, José María, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Madrid, Ediciones Universidad Autónoma de Madrid - Dykinson S.L., 1997, págs. 148 y 150, la sitúa en el siglo III a. C., dejando abierta la discusión en relación a la fecha de su creación. Igual posición, a la anterior, manifiesta GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 9ª edizione, Napoli, Editore Jovene, 1992, pág. 998. En sentido más o menos similar TORRENT, Armando, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, Librería Central, 1987, pág. 503, dice que: "Este delito privado gira en torno a una llamada *Lex Aquilia de damno* de fecha incierta (anterior al 242 a.C.)"; y VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de derecho privado romano*, traducida por Jesús Daza Martínez, Madrid, Civitas, 1971, pág. 559, señala: "algunos sostienen que fue votada en el año 287 a. C."

Otros autores como VALDITARA, Giuseppe, "*Damnum iniuria datum*" en *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener.*, Coordinación y presentación de Javier Aparicio, Madrid, Centro de Estudios Ramón Aceres, 1994, pág. 828, alegan que, de manera indudable, tuvo que ser anterior a la mitad del siglo II a. C., puesto que, ya era conocida por el jurista M. Bruto; y, finalmente, FUENTESECA, Margarita, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, Valencia, Universidad de Vigo Tirant, Monografías, 1997, pág. 188 expresa que: "Así respecto al problema de su datación es admisible la opinión de señalarla antes de la segunda mitad del siglo II a. C. o anteriormente".

2. FUENTESECA, comenta que: "Muy interesante para la datación es la utilización del vocablo *erus* referido al *dominus* y la formulación de la *damnatio (dare damnas esto)*, que aludiría al

Con la *Lex Aquilia* se inicia un proceso de reglamentación uniforme de los casos de daño en las cosas, puesto que, a pesar de que en la ley de las XII Tablas figuran algunas disposiciones relativas a los daños causados en las cosas ajenas, sin embargo, no puede hablarse todavía de una concepción unitaria del daño. Entre las acciones pertinentes, en dicha norma, encontramos:

- a. La *actio de pauperie*³, que corresponde contra el dueño de un animal (cuadrúpedo) que ocasiona un daño - *pauperies* - a una cosa ajena. El propietario podía elegir entre el resarcimiento del daño o la entrega del animal, lo que demuestra una curiosa aplicación del principio "*noxa caput sequitur*", cuyo origen se encuentra en tiempos muy antiguos en los que "no estaba muy lejos de reconocer una especie de culpa en el animal, a nombre del cual respondía el dueño"⁴. La acción presentaba dos requisitos, a saber: que se tratase de un animal doméstico o domesticado "*in bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet*"⁵, y que el daño no fuera consecuencia de un acto imputable al propietario del animal: "*pauperies est damnum sine iniuria facientis datum*"⁶. Competía la acción al propietario de la cosa dañada y, en general, a todo el que pueda intentar la acción de hurto.
- b. La *actio de pastu pecoris*⁷ concedida contra el dueño del animal que pasta en fundo ajeno, recayendo sobre él, al igual que en el caso anterior, la obligación de resarcir el daño o entregar el animal. Según opinión de un eminente tratadista⁸; en la "*receptae sententiae*", de Paulo, I, 15, 1, esta acción se conecta estrechamente con la *actio de pauperie*⁹.
- c. La *actio arboribus succisis*¹⁰ que se otorga contra quien tala abusivamente árboles ajenos, bajo la pena de pagar 25 ases por árbol cortado.

Resarcimiento de un perjuicio patrimonial al propietario y no sólo un daño a la cosa": (*El delito civil en Roma y en el derecho español*, cit., pág. 189). Inst. 4, 9; D. 9. 1.

3. Inst. 4, 9; D. 9. 1.

4. BLANCH NOUGUÉS, *Naturaleza y evolución de la obligatio ex delicto en Derecho Romano*, cit., pág. 208.

5. D. 9. 1, 1, 10.

6. D. 9, 1, 1, 3.

7. D. 19, 5, 14, 3.

8. BLANCH NOUGUÉS, *op. cit.*, pág. 209.

9. "*Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit, quidve de pasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupedem dedat*".

10. PLINIO, *Nat. Hist.* XVII, 1, 7: *Fuit et arborum cura legibus priscis: cautumque est duodecim tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas, lueret in singulis aeris XXV. Cfr: Gayo, 4, 11.*

- d. La *actio de aedibus incensis*¹¹, que se emprende contra el que causa el incendio de una casa o del grano de la era.

La *Lex Aquilia* fue promulgada en la fecha en que todavía regían las *legis actiones*, y aunque las fuentes no la mencionan, probablemente sería una más entre éstas, ya avanzada la época republicana¹².

La ley establecía (en términos generales), una *obligatio*, a cargo del autor del daño, consistente en pagar una sanción pecuniaria (suma de dinero) a título de *poena*, en favor de la víctima, quien a su vez tenía la facultad de exigirla a través de una *actio iuris civilis ex lege Aquilia*¹³. Partiendo de unos pocos supuestos específicos de la ley, la práctica pretoria y la Jurisprudencia, fueron ampliándolos hasta completar y mejorar el deficiente régimen del *damnum* contemplado en la norma.

Las sutiles decisiones romanas en torno a una especiosa casuística¹⁴, la atención preferente dispensada por los juristas medievales y posteriores a este delito, y en fin, el hecho de que los juristas clásicos comenzaran a desarrollar términos y conceptos que han sido adoptados y desarrollados por la doctrina moderna, y que se tornaron fundamentales en materia de daño y culpa extracontractual, o responsabilidad aquiliana, hacen que ésta figura delictiva destaque como una de las más interesantes.

II. Los tres capítulos de la *Lex Aquilia*

Según información de las fuentes, la *Lex Aquilia* se divide en tres capítulos, de los cuales merecen especial atención los supuestos tipificados en los capítulos I y III, que se refieren a daños injustos, es decir, contra *ius* (*damnum non iure datum*). Puesto que, ese comportamiento injustificado permitía la calificación del *damnum* como *iniuria datum*¹⁵.

El Capítulo Primero establece "*Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem alienam iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare ero damnas esto*"¹⁶, es decir, quien mate injustamente a un esclavo o animal cuadrúpedo del rebaño de

11. Según D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 428, en XII Tablas 8, 10.

12. TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, cit., pág. 503.

13. Cfr. TORRENT, *op. cit.*, pág. 504.

14. IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, Duodécima edición, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1999, página 296.

15. FUENTESECA, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, cit., pág. 189.

16. D. 9, 2, 2 pr.

otro deberá pagar al *erūs (dominus)* el máximo valor de mercado que hayan tenido dichos bienes durante el último año (el año anterior a la muerte).

Por su parte, el Capítulo Segundo preveía "*Si adstipulator pecuniari in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tantum aes stipulatori dare damnas esto*"¹⁷, esto es, el caso del acreedor accesorio (*adstipulator*) que causa culpablemente un perjuicio al acreedor principal (*stipulator*) liberando fraudulentamente al deudor a través de una *acceptilatio* contra el interés de aquél (perdonando la deuda, por ejemplo), de modo que el daño se produce por la pérdida de un derecho de crédito del acreedor principal. Cabe señalar que esta acción pronto cae en desuso por la aparición de la omnicompreensiva *actio mandati*¹⁸, salvo que se quiera actuar contra el *infittiantem*, es decir, contra aquel que niega sin razón una deuda y que, por tanto, sufre la pena del *duplum*¹⁹.

El Capítulo Tercero "*Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit quod usserit, fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus XXX proximis, tantum aes aro dare damnas esto*"²⁰, se refiere a los daños de menor cuantía ocasionados a las cosas materiales, a través de actividades específicas, tales como incendio, fractura o cualquier clase de deterioro (*quod usserit, fregerit, ruperit*). Dado que en este capítulo, falta la palabra *plurimi*, a diferencia del capítulo primero, los juristas dudaban si se debía calcular el máximo del valor, prevaleciendo al final la opinión afirmativa de Sabino²¹. En la misma línea argumental, algunos romanistas coinciden en señalar que el *damnum* debía valorarse en relación al mayor valor alcanzado en el mes inmediato anterior²².

Según CANNATA²³, la ley en su capítulo tercero no contenía ninguna relación respecto de los esclavos o al ganado herido, en contra del texto que

17. Gayo, 3, 215-216.

18. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 427.

19. Véase BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, cit., pág. 152 y VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., págs. 560 y s. Este último advierte que la cuestión de la *infittatio*, por lo que se refiere a la *Lex Aquilia*, es objeto de discusión entre los autores modernos.

20. D. 9, 2, 27, 5.

21. Gayo 3, 218.

22. Por todos CANNATA, Carlo Augusto, "*Delitto e obbligazione*" en *Atti del convegno internazionale di Diritto Romano. Copanello 4-7 giugno, 1990*, Napoli, Scientifiche Italiane, 1992, págs. 37 y ss.

23. CANNATA, *op. cit.*, *Ibidem*.

nos ofrece Ulpiano²⁴. El autor cree que la frase "*praeter hominem et pecudem occisos*" es un añadido interpretativo respecto del verdadero texto de la ley, ya que ésta aludía sólo a "*ceterarum rerum*"²⁵. De conformidad con esto, el contenido del tercer capítulo de la ley sería así: "*ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit quod usserit, fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus XXX proximis, tantum aes ero damnas esto*". Por lo tanto, se referiría originariamente a la destrucción o consumo material de objetos distintos a los que figuran en el primer capítulo. La consecuencia de ello está en la valoración que hace la ley por "*quanti ea res fuit in diebus XXX proximis*", en tanto en el texto del tercer capítulo se establecía una identificación de la lesión con el hecho de la desaparición física o pérdida del valor económico del objeto. De ahí que no cupiese incluir en dicho texto las meras heridas de esclavos o ganado²⁶.

Por su parte, con criterio más categórico, siempre en relación con el contenido del capítulo en cuestión, otro jurista estima que no es fácil la interpretación de la frase *quanti ea res fuit in diebus triginta proximis*, correspondiente al capítulo tercero, concretamente de las palabras *ea res*, que son asimismo utilizadas respecto del capítulo primero ("*quanti ea res in eo anno plurium fuerit*"). En este último caso, parece claro que "*ea res*" hace referencia a la cosa destruida, cuyo valor máximo en el año anterior a la destrucción, se toma como determinante de la "*aestimatio*" pecuniaria. Pero, es diferente la situación de la cosa no destruida totalmente, sino alterada o deteriorada: de interpretarse *ea res* del mismo modo que en el capítulo primero, se acarrearía al agresor el desproporcionado deber de pagar el equivalente al valor íntegro de la cosa; cuando una característica fundamental de la pena de la *actio legis Aquiliae* es precisamente su adecuación progresiva a la función resarcitoria²⁷.

De manera general, el daño contemplado en la *Lex Aquilia* presupone un comportamiento antijurídico: *damnum iniuria datum*. La *iniuria* implica *culpabilidad* en el agente, de tal forma que, ésta se encuentra presente tanto en el hecho doloso - *dolus malus*-, cuanto en la culpa o negligencia²⁸. No

24. D. 9, 2, 27, 5.

25. Vid. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, cit., pág. 151.

26. En contra VALDITARA, quien duda de la tesis de Cannata: ("*Damnum iniuria datum*", cit., págs. 836 y s.).

27. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, cit., pág. 151.

28. IGLESIAS, es de la opinión que, si los justinianeos exigen, sin duda, la culpabilidad, lo mismo debió de ocurrir entre los clásicos: (*Derecho Romano*, cit., pág. 297).

obstante, como resulta obvio, para que el daño pueda ser resarcido es condición *sine qua non* ejercitar la *actio legis Aquiliae*.

Como veremos más detalladamente en el próximo capítulo, dicha acción fue calificada, en los distintos estadios del proceso evolutivo del derecho romano, de diferentes formas: originariamente como acción penal, ulteriormente resarcitoria y, ya en época clásica y justiniana, de mixta. Tales circuitos no deben ser considerados aisladamente, sino más bien como mutuamente intersecados. En la idea resarcitoria se encuentra insita, desde los albores del derecho romano, la idea penal y viceversa, el peso del deber de resarcir el daño ocasionado, como sacrificio que es, comporta el castigo por el acto dañoso y la pena cumple, aunque por supuesto no exclusivamente, una función de resarcimiento, sobre todo en época avanzada. Así, la pena va perdiendo su carácter aflictivo respecto de los delitos privados, y muy especialmente en el caso de la *actio legis Aquiliae*. Y es precisamente en estas coordenadas en las que se incardina la debatida cuestión de los criterios valorativos: objetivo y subjetivo, respectivamente²⁹.

La discusión doctrinal ha enfrentado a los juristas que defienden un criterio objetivo restrictivo de valoración de la cosa, "*aestimatio rei*", en el que se otorga especial interés al valor de cambio de ésta (*quanti ea res*), y a los militantes de aquella concepción, que podemos denominar "subjetivista", partidaria de la aplicación del criterio del *id quod interest*, y que considera que el criterio objetivo no sólo atiende al "*damnum emergens*", sino que es susceptible de comprender al "*lucrum cessans*", siempre que éste afecte de manera objetiva a la situación³⁰.

En relación a esta controversia, en línea de principio, me inclino a considerar que es un grave error concebir ambos criterios de valoración, objetivo y subjetivo, como dos posiciones completamente enfrentadas e inconexas. Antes bien, adoptar la idea de intercambiabilidad de ambos criterios, confirmaría la evolución de la jurisprudencia clásica hacia una concepción amplia del criterio objetivo, que explica, además, el paso en el entendimiento de la estimación de los daños, lento y gradual: de un criterio objetivo estricto hasta el más subjetivado, fruto de una ampliación progresiva del ámbito valorativo subjetivo³¹.

29. Cfr. BLANCH NOUGUÉS, *Naturaleza y evolución de la obligatio ex delicto en Derecho Romano*, cit., pág. 217 y s.

30. Vid. SAVIGNY, M. F. C., *Sistema del Derecho Romano Actual*, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, segunda edición, Tomo V, Madrid, centro editorial de Góngora, S/F, pág. 133 y ss.

31. En el mismo sentido véase BLANCH NOUGUÉS, *Naturaleza y evolución de la obligatio ex delicto en Derecho Romano*, cit., pág. 219 y ss.

Así, la jurisprudencia clásica fue ampliando progresivamente los daños previstos directamente por la ley, pasando desde el criterio de valoración de la ley (*quanti ea res*) puramente objetivo, a uno subjetivo, que tiene en cuenta la lesión patrimonial sufrida en atención al interés que la víctima tiene en el objeto lesionado, o del *id quod interest*.

En consonancia con esta idea, la pandectística entendía que en la ley se tenía en consideración el interés del actor al establecer el máximo valor de la cosa dañada en el curso del último año (capítulo primero) o del último mes (capítulo tercero)³². Posteriormente, la doctrina interpolacionista señaló que la jurisprudencia clásica más bien debió aplicar las normas de la *Lex Aquilia* en función de una estricta valoración objetiva de la cosa, siendo los compiladores los que aplicaron el criterio del interés. De tal forma que, se deduce que este criterio se impuso tanto en algunas acciones *reipersecutorias* como en algunas acciones penales (sin afectar para nada la naturaleza penal de éstas) en el seno de la jurisprudencia clásica, porque ésta es, en muchos casos, la única forma de que al hacer una completa valoración del interés patrimonial lesionado se consiga para el actor la solución más justa en el caso concreto³³.

Por otra parte, también se sostiene que la determinación de la *condemnatio* en la *actio ex lege Aquilia* se produce en función del interés individual lesionado al actor (*id quod interest*), lo que constituye una prueba de que esta acción es cualitativamente mixta ya en la época clásica (aplicando éste criterio desde al menos la época de Juliano), es decir, tiene una naturaleza penal, pero cumple una función básicamente indemnizatoria³⁴.

Ya en la época clásica el criterio objetivo de la "*aestimatio rei*" sería en principio el que se aplicaría para determinar la condena, según los criterios de la "*repetitio temporis*", previstos en la propia ley *Aquilia*. No obstante, la evolución Jurisprudencial, pudo haber admitido criterios menos rígidos, de tal manera que se tendría en cuenta ya no solo el daño material causado, sino el perjuicio que se deriva del delito, perjuicio que en definitiva bien pudo ser valorado según los módulos del "*id quod interest*"³⁵.

32. Cfr. WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, traduzione dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Benza, con nota e riferimenti al Diritto Civile Italiano, nuova ristampa stereotipa, Volume II, Torino, Unione Tipografico-editrice Torinese, 1925-1926, págs. 761 ys.

33. VOCI, Pasquale, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, A. Giuffrè, 1939, págs. 66 y ss.

34. VOCI, *op. cit.*, págs. 67 y s.

35. GONZÁLEZ, Amparo, *Tres estudios romanísticos*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Departamento de Derecho Romano, 1983, págs. 27 y ss.

De todo lo que llevamos dicho podemos afirmar, a manera de síntesis, que la jurisprudencia romana en algún estadio histórico acogió el criterio del "*id quod interest*", el cual terminó por imponerse sobre el criterio de valoración objetivo, que predominó en los albores de la ley.

En muy estrecha conexión con el criterio de valoración del daño, encontramos la tan debatida cuestión de la extensión de la legitimación activa a titulares diferentes del propietario, mediante "*actiones utiles*" o "*in factum*"³⁶. En este sentido, cabe resaltar, para su mejor comprensión, que el daño, originariamente, debía producirse *corpore corpori*, en otras palabras, directamente por el agente y directamente sobre la cosa^{37 38}.

La jurisprudencia clásica superó esta noción de materialidad efectiva, concediendo *actiones legis Aquiliae utiles* o acciones *in factum* inspiradas en la ley *Aquilia*, para el daño no causado directamente por la propia mano -*non corpore* -, y, sucesivamente, se superan los límites establecidos para la legitimación activa, concediéndose la *actio (utilis o in factum)* al poseedor de buena fe, al usufructuario y al usuario, al acreedor pignoraticio y al arrendatario³⁹.

Así, un egregio jurista ha comentado que resulta sorprendente la diversidad de medios a través de los cuales se constituyen nuevos titulares de la "*actio Lex Aquilia*". Podría parecer, en principio, que la "*actio utilis*" es "*in ius*" (con propia "*intentio*") y que la "*in factum*" está estructurada de manera diferente a la "directa" (que es "*in ius*" y sin "*oportere*")⁴⁰.

36. BLANCH NOUGUÉS, *Naturaleza y evolución de la obligatio ex delicto en Derecho Romano*, cit., pág. 230.

37. Cfr. Gayo, 3, 219; D. 9, 2, 51 pr.; D. 9, 2, 21, 1.

38. IGLESIAS dice que: "No procede la persecución *ex lege Aquilia* cuando alguien deja morir de hambre al esclavo ajeno, ni tampoco cuando se le facilita la huida, abriendo la jaula o la prisión en que se encuentra encerrado. En el primer ejemplo, porque no actúa la propia mano -El esfuerzo muscular -, en el segundo, porque la actividad corporal no tiene como destinataria la cosa, considerada en su estructura física": (*Derecho Romano*, cit., pág. 297). *Vid.* en contra OURLIAC, Paul y DE MALAFOSSE, Jehan de, *Derecho Romano y Francés Histórico*, traducción al Español y Anotaciones de Manuel Fairén, Tomo I, Derecho de Obligaciones, Barcelona, Bosch, 1960, pág. 579.

39. VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., págs. 561 y ss.

40. BLANCH NOUGUÉS, sigue diciendo que, ya LENEL distingue fórmulas en las que el pretor se ha limitado a modificar la "*intentio*" (como en las fórmulas ficticias), - así por ejemplo, los casos del usufructuario y acreedor pignoraticio- y las fórmulas "*in factum*" (distintas no por la ausencia de "*oportere*" sino por estar fundadas sobre un concreto dato de hecho). A esta tesis, se pueden oponer ciertas objeciones: por

Por su parte VALDITARA ha puesto en conexión el fenómeno de la progresiva superación, que hace la jurisprudencia, del criterio "*pretium rei*" en el siglo II d. C. para valorar el daño aquiliano y, por otro lado, el fenómeno de la progresiva extensión de la legitimación activa de la *actio legis Aquiliae* a sujetos diferentes del propietario: al "*homo liber*" que de buena fe sirve a otro, al "*pater familias*" por las lesiones ocasionadas por un tercero a su hijo, al usufructuario, al acreedor pignoraticio, al titular de una servidumbre de acueducto y al comodatario que sufriese daños en su específico interés por la lesión de la cosa⁴¹.

El señalado autor piensa que esta extensión sólo fue posible en el seno de la jurisprudencia severiana (principios del S. III d. C.; D. P, 2, 21, 2), tras las fuertes discusiones jurisprudenciales habidas durante el siglo anterior, coincidiendo con el desplazamiento del criterio de valoración del daño de la "*aestimatio rei*" por el del "*id quod interest*". Así, en virtud del primer criterio que establecía el texto de la ley, sólo era posible que la acción fuese ejercitada por el propietario del objeto dañado, y únicamente cuando se llega, por obra de la jurisprudencia, al criterio del "*id quod interest*" cabía tutelar el interés propio de las personas que tenían un derecho distinto del de propiedad (verbigracia, del comodatario por los frutos que dejó de percibir de la cosa dañada o del acreedor pignoraticio por la medida en la que la lesión del objeto que le sirve de garantía puede dañar su crédito). A este resultado se llegó con mucho esfuerzo interpretativo dada la rigidez de la previsión legal de las condenas por el "*quantum ea res fuit*", existiendo una etapa intermedia que, según el jurista, viene en el siglo II d. C., en la que se toma por la jurisprudencia adrianea como valor el "precio formal" (según

ejemplo; no se entiende por qué razón al acreedor pignoraticio se le concede una acción "*in factum*" en D. 9, 2, 17 pr. y una "*utilis*" en D. 9, 2, 30, 1. Tampoco se entiende, en segundo lugar, por qué el pretor ha necesitado crear dos fórmulas estructuralmente diversas para proteger hipótesis análogas como son las del usufructuario ("*utilis*") y poseedor de buena fe ("*in factum*"). En opinión DE FRANCISCI, es probable que los compiladores cambiasen el calificativo "*utilis*" por "*in factum*", aunque reconoce que resulta imposible saber por qué esta institución sólo se ha operado respecto de algunos textos y no de todos. Por su parte CARRELLI, tratando de hallar explicación al diverso tratamiento jurídico que reciben usufructuario, acreedor pignoraticio y poseedor de buena fe, advierte que sendas acciones aparecen redactadas "*in factum*", privadas de "*oportere*" pero, puesto que surgen con la *actio* directa, de la misma ley (si bien en épocas muy diversas), mantienen conexión con la fórmula "*in ius*"; de ahí que sean calificadas indistintamente como "*in factum*" y "*ad exemplum legis Aquiliae*". (por ejemplo en D. 9, 2, 53 o Coll. XIII, 7, 5, 6)": (*Naturaleza y evolución de la obligatio ex delicto en Derecho Romano*, cit., pág. 444 y s.).

41. VALDITARA, Giuseppe, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, A. Giuffrè, 1992, págs. 1 y ss.

terminología acuñada por Valditara), en el que a partir de la "*aestimatio rei*" se valora también la utilidad que el bien tenía y dejó de tener para el *dominus*⁴².

III. Naturaleza, función y características de la *actio ex lege aquilia*

Antes de proceder a evaluar de manera particular a la *actio ex lege Aquilia*, es importante precisar que de manera general en el Derecho Romano las acciones tienden a dos fines: por un lado, a conseguir la reparación de un perjuicio patrimonial, ya sea que el deudor en un contrato (o en una relación jurídica semejante a la contractual) haya violado culposamente sus deberes, bien que el perjuicio patrimonial haya sido causado por la comisión de un delito; por otro, para conseguir la imposición de la pena correspondiente al delito cometido, esto es, cuando se exige el pago de la suma de dinero que sirve para liberarse o redimirse del derecho de aprehensión que tiene la víctima y que en Derecho clásico sirve como sanción punitiva, expiatoria, del delito cometido, debida por el autor a quien sufrió el delito⁴³.

En lo concerniente a la naturaleza y función de la *actio ex lege Aquilia*, constatamos que la acción nace de un delito y es calificada como penal en el clásico fragmento de Gayo 4, 112 y en numerosos textos más⁴⁴. Este carácter penal inicial, se corrobora porque en la *actio ex lege Aquilia* concurren los caracteres clásicos de las *actiones poenales privatae*, como son: la intransmisibilidad activa y pasiva, acumulatividad objetiva, acumulatividad subjetiva, noxalidad y perpetuidad, esta última característica viene dada como producto de la inclusión de la *Lex Aquilia* dentro de las leyes republicanas, que se encuentran comprendidas dentro del estrato jurídico denominado *ius civile*.

No obstante lo anterior, a través de un proceso histórico-evolutivo la *Lex Aquilia* irá atenuando su carácter penal. Así, Paulo señala que ésta concurre alternativamente con la *actio pro socio*, puesto que, "*ad rei persecutionem respicit*"⁴⁵. Como acertadamente se ha señalado, el texto de Paulo distingue

42. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, op. cit., pág. 153 y ss. Vid. también VALDITARA, "*Damnum iniuria datum*", cit., págs. 865 y ss.

43. KASER, *Derecho Romano Privado*, cit., págs. 163 y s.

44. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, cit., págs. 154 y ss.

Entre los numerosos textos pueden verse P. Sent. 1, 13, 6; D. 9, 2, 11, 2; D. 9, 2, 23, 8; D. 9, 2, 30, 2.

45. D. 17, 2, 50

un elemento *reipersecutorio* en la *condemnatio* de la acción lo cual no deja de tener efectos en su propia estructura, así, en este caso desaparece un carácter típico de las acciones penales, como es el de la concurrencia cumulativa de éstas con respecto de las acciones *reipersecutorias*, puesto que, como se dice en el fragmento arriba citado, la concurrencia de la *actio ex lege Aquilia* con la *actio pro socio* es alternativa; pero lo más importante es la justificación que nos da el texto de este hecho: porque ambas acciones, "*ad rei persecutionem respicit*"⁴⁶.

La prueba más evidente de la patrimonialización de esta acción se encuentra en el terreno de la concurrencia alternativa de la misma, en el Derecho clásico, con las acciones derivadas de contratos de buena fe, entre las que destacan: la *actio pro socio*, *actio ex locato*, *actio commodati*, *actio pignoraticia* y *actio depositi*⁴⁷.

LEVY con apoyo en las fuentes sostiene que, mientras la acción es penal por su naturaleza, cuando concurre con acciones *reipersecutorias*, funciona como tal. Se trata, en consecuencia, de una *actio mixta*⁴⁸. En contra, VOCI insiste en señalar el carácter penal de la *actio* en la época clásica⁴⁹.

En mi opinión la tesis de LEVY, seguida también por KASER, MAIER, ALBANESE, BLANCH NOUGUÉS, entre otros, parece la más convincente por ajustarse mejor a las fuentes. Lo anterior se manifiesta de manera palpable en Gayo IV, 6-9, quien después de distinguir las acciones que persiguen *rem tantum* (acciones *reipersecutorias*), las que tienden a imponer *poenam tantum* (llamadas acciones puramente penales) y las que persiguen *rem et poenam* (denominadas acciones mixtas, caracterizadas por perseguir la imposición de una pena e incluir en ésta el daño patrimonial causado, por lo que la acción *reipersecutoria* queda en este supuesto excluida), acto seguido, en Gayo IV, 9⁵⁰, incluye a la "*actio legis Aquiliae*" entre las que persiguen "*rem et poenam*".

Como puede observarse, desde finales de la época clásica, la *actio ex lege Aquilia* tiene una función *reipersecutoria*, sin perder el carácter

46. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, cit., pág. 155

47. BLANCH NOUGUÉS, *op. cit.*, *Ibidem*.

48. Véase BLANCH NOUGUÉS, *Naturaleza y evolución de la obligatio ex delicto en Derecho Romano*, cit., pág. 213.

49. VOCI, *Risarcimiento e pena privata nel diritto romano classico*, cit., págs. 70 y s.

50. "*Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis ex quibus adversus infortitatem in duplum agimus; quod accidit per actionem indicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae*".

penal del procedimiento, encaminándose fundamentalmente a reparar el perjuicio causado, perdiendo el carácter infamante⁵¹. Así, la *actio ex lege Aquilia* se coloca como mixta, sirviendo a la vez como pena y como reparación del daño causado.

A manera de corolario de este capítulo, diremos que la *actio ex lege Aquilia*, por su naturaleza mixta, adquirida a través de su evolución histórica y jurisprudencial, fue perdiendo algunos de sus caracteres eminentemente penales, entre ellos, su intransmisibilidad activa y acumulatividad objetiva (concurriendo de manera alternativa), no obstante, el hecho de asumir más tarde una función *reipersecutoria*, no significó que la acción se desprendiera de su noxalidad y, más importante aún, que dejara de caracterizarse por ser intransmisible pasivamente.

IV. Conceptos Jurídicos Formulados y Construidos a partir de la *Lex Aquilia*

A través de la aplicación de las normas de la *Lex Aquilia*, la jurisprudencia romana, al correr de los siglos, realizó una importantísima actividad interpretativa y extensiva, que permitió formular y construir conceptos jurídicos fundamentales en materia de daño y culpa.

El Derecho civil moderno exige, como requisitos precisos para que surja el deber de indemnizar, que el autor haya causado el daño como efecto de su conducta y, además, aunque con ciertas excepciones, que esta conducta sea culposa. Asimismo, la responsabilidad del causante del daño varía según el grado de culpabilidad, distinguiéndose el dolo y la culpa o negligencia. Este principio de *causación*, y su graduación, se remonta al Derecho romano, y ya lo encontramos presente en la *Lex Aquilia*⁵².

Así, el autor debe haber causado el daño de modo que sin su conducta el daño no se hubiera producido. Los romanos conocieron este principio de la causalidad sin llegar a elaborarlo cumplidamente. Los juristas preclásicos estudiaron la *causación* en atención con la *culpa*, que fue considerada como elemento fáctico exigido *ex Lex Aquilia*. Por acatamiento al principio de exterioridad, era exigida una acción corporal o física del autor (la mera omisión no era suficiente) y esta acción había de producir inmediatamente -no mediatamente, por otras causas intermedias en la cadena de causalidad-

51. OURLIAC / DE MALAFOSE, *Derecho Romano y Francés Histórico*, cit., págs. 579 y ss.

52. KASER, *Derecho Romano Privado*, cit., págs. 164 y ss.

el efecto dañoso. No obstante, como he señalado anteriormente, los clásicos abolieron estas limitaciones por la concesión de acciones análogas⁵³.

El Daño ha de causarse con *iniuria* -otro concepto fundamental-, es decir, sin tener derecho para ello, injustamente, es el factor que subraya la antijuridicidad del daño producido. La *iniuria* se define en el Digesto como "*ex eo quod non iure fit*"⁵⁴. De forma que, verbigracia, quien mata en legítima defensa a un esclavo ajeno, no incurre en ella.

En otras palabras de la Ley *Aquilia* se deriva el concepto de *culpa*, con denominación justiniana, aunque también fue utilizada por los clásicos (en contra KUNKEL, que entiende que los clásicos jamás hablaron de culpa en materia de *damnum*). De forma que, esta noción se entiende en sentido amplio como imputabilidad o responsabilidad causal por el acto nocivo, y aparece entroncada con la culpa contractual. En un principio la culpa se vincula únicamente a la causa material, pero tras la aparición del *dolus* (culpa *debitoris*) y de la culpa como elementos integradores del hecho delictivo⁵⁵, y una vez completada la elaboración de la culpa llamada aquiliana, hoy conocida como extracontractual, se alcanza no sólo la culpa *in faciendo*, es decir por acto positivo del agente, sino también *in omittendo* (por omisión)⁵⁶.

Además, la *culpa*, que no es más que negligencia o imprudencia, se opone al dolo, que supone la ilicitud intencionada. Se aprecia *in abstracto*, comparando la actividad del que ha causado un perjuicio con el proceder que hubiera seguido un buen padre de familia. La determinación de la culpabilidad es esencialmente una cuestión de hecho y las circunstancias objetivas del caso suponen si no el único, sí al menos el mejor criterio para su apreciación⁵⁷.

53. KASER, *op. cit.*, *Ibidem*.

54. D. 47, 2, 1.

55. "*La iniuria autem occidere intelligitur cuius dolo aut culpa acciderit; nec ulla alia lege damnum quod sine iniuria datur reprehenditur; itaque impunitus est qui sine culpa el dolo malo casu quodam damnum committit*".

56. BLANCH NOUGUÉS, *Naturaleza y evolución de la obligatio ex delicto en Derecho Romano*, cit., pág. 263.

57. OURLIAC / DE MALAFOSSE, a este respecto, señalan el ejemplo del leñador que hace caer un tronco y hiere a una persona que pasaba, su proceder será culposo o no según que trabajase o no al lado de un camino: (*Derecho Romano y Francés Histórico*, cit., pág. 579).

De la *Lex Aquilia* parte toda la teoría posterior de la responsabilidad civil extracontractual, que si en nuestros días cualquier daño genera una responsabilidad civil (sintomático al respecto el artículo 2509 del Código Civil Nicaragüense: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia o por un hecho malicioso causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios"), en Roma se concentró por la vía de la *actio legis Aquiliae*. Si hoy en todos los códigos civiles se parte del principio general de que todo sujeto en cuyo actuar medie culpa causando daño a otro debe repararlo, principio desconocido con esa amplitud general en Roma, sin embargo, es innegable que este principio hunde sus raíces en la republicana *Lex Aquilia*, aunque hubo que esperar al *iusnaturalismo* de GROCCIO y PUFENDORFF para atribuir, a la responsabilidad por actos extracontractuales una estructura dogmática autónoma⁵⁸.

V. Conclusiones

1. La *Lex Aquilia* establecía, de manera general, una *obligatio*, a cargo del autor del daño, consistente en pagar una sanción pecuniaria a título de *poena*, en favor de la víctima, quien a su vez tenía la facultad de exigirla a través de una *actio iuris civilis ex lege Aquilia*.
2. A partir de unos pocos supuestos específicos de la ley, la práctica pretoria y la Jurisprudencia iniciaron un paulatino proceso de ampliación hasta completar el deficiente régimen del *damnum* contemplado en la norma, pasando desde el criterio de valoración de la ley (*quanti ea res*) puramente objetivo, a uno subjetivo, que tiene en cuenta la lesión patrimonial sufrida en atención al interés que la víctima tiene en el objeto lesionado, o del *id quod interest*.
3. En estrecha conexión con el criterio de valoración del daño, encontramos la extensión de la legitimación activa a titulares diferentes del propietario, debido a que la jurisprudencia clásica superó la noción de materialidad efectiva, concediendo *actiones legis Aquiliae utiles* o acciones *in factum* inspiradas en la ley *Aquilia*.
4. En relación a la naturaleza y función de la *actio ex lege Aquilia*, constatamos que en sus orígenes la acción nace de un delito y es calificada como penal. No obstante, a través de un proceso histórico-evolutivo irá atenuando su carácter penal, adquiriendo una función *reipersecutoria*, sin perder del todo ese carácter penal, de tal manera que, la *actio ex lege Aquilia* se coloca como mixta, sirviendo a la vez como pena y como reparación del daño causado.

58. Vid. TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, cit., págs. 505 y s.

- De manera general, el daño contemplado en la *Lex Aquilia* presuponia un comportamiento antijurídico: *damnum iniuria datum*. Así, a través de la aplicación de sus normas, la jurisprudencia romana, a través de los siglos, realizó una importantísima actividad interpretativa y extensiva, que permitió formular y construir conceptos jurídicos fundamentales en materia de daño y culpa.

Bibliografía

BLANCH NOUGUÉS, José María, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Madrid, Ediciones Universidad Autónoma de Madrid - Dykinson S.L., 1997.

BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel, *Naturaleza y evolución de la obligatio ex delicto en Derecho Romano*, Madrid, Tesis doctoral inédita, 1986.

CANNATA, Carlo Augusto, "*Delitto e obbligazione*" en *Atti del convegno internazionale di Diritto Romano. Copanello 4-7 giugno, 1990*, Napoli, Scientifiche Italiane, 1992, páginas 37ss.

D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, Octava edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991.

FUENTESECA, Margarita, *El delito civil en Roma y en el derecho español*, Valencia, Universidad de Vigo *Tirant*, Monografías, 1997.

GONZÁLEZ, Amparo, *Tres estudios romanísticos*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Departamento de Derecho Romano, 1983.

GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 9ª edizione, Napoli, Editore Jovene, 1992.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, Duodécima edición, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1999.

KASER, Max, *Derecho Romano Privado*, segunda edición (versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro), Madrid, Reus, S.A., 1982.

OURLIAC, Paul y DE MALAFOSSE, Jehan de, *Derecho Romano y Francés Histórico*, traducción al Español y Anotaciones de Manuel Fairén, Tomo I, Derecho de Obligaciones, Barcelona, Bosch, 1960.

SAVIGNY, M. F. C., *Sistema del Derecho Romano Actual*, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, segunda edición, Tomo V, Madrid, centro editorial de Góngora, S/F.

TORRENT, Armando, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, Librería Central, 1987.

VALDITARA, Giuseppe, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, A. Giuffrè, 1992.

VALDITARA, Giuseppe, "Damnum iniuria datum" en *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener.*, Coordinación y presentación de Javier Aparicio, Madrid, Centro de Estudios Ramón Aceres, 1994, páginas 825ss.

VOCI, Pasquale, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, A. Giuffrè, 1939.

VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de derecho privado romano*, traducida por Jesús Daza Martínez, Madrid, Civitas, 1971.

WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*, traduzione dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Benza, con nota e riferimenti al Diritto Civile Italiano, nuova ristampa stereotipa, Volume II, Torino, Unione Tipografico-editrice Torinese, 1925-1926.