

# REGULACIÓN JURÍDICA Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO “AQUILIANO” EN ROMA. ASPECTOS GENERALES DE UNA EXPERIENCIA HISTÓRICA<sup>1</sup>

**RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO**

*Profesor Titular de Derecho Romano  
Universidad de Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

**RESUMEN:** En el presente estudio, partiendo de las prescripciones contenidas en la normativa relativa a los daños injustamente causados anterior a la *Lex Aquilia de damno* –plebiscito de fecha incierta, que se suele datar sobre el año 286 a.C., y mediante el que se procedió a unificar en su capítulo primero y tercero diversas figuras hasta entonces vigentes en torno al delito privado de *damnum iniuria datum*– se pretende exponer, de forma necesariamente sintética y desde una visión de conjunto, cuáles fueron las características estructurales y el contenido de esta norma básica en materia de responsabilidad por daños, así como también su posterior desarrollo interpretativo, que, como es sabido, discurrió por cauces jurisprudenciales.

La importancia de la Ley Aquilia resulta indiscutible, puesto que la misma significa el punto de arranque del sistema romano de responsabilidad civil, así como el referente del que, a partir de la Jurisprudencia europea posterior, se originó el sistema moderno de la llamada responsabilidad civil extra contractual o aquiliana.

**PALABRAS CLAVE:** Ley Aquilia. Elementos del delito. Protección de daños. Intervención de los juristas y pretoria.

---

1 Este trabajo ha sido elaborado a partir de la Ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre “Antropología de la responsabilidad”, que, organizado por el Grupo de Investigación sobre Reciprocidad de la Universitat de Barcelona (I.P. Susana Narotzky), se celebró en dicha Universidad los días 12 a 16 de enero de 2010. Dicho trabajo también ha sido publicado en el libro colectivo titulado “Antropología jurídica de la responsabilidad”, VV.AA. ( coord. TERRADAS SABORIT) y Colección Ciencia y Pensamiento Jurídico, nº 4, Santiago de Compostela, 2011, p. 659 ss., y además se ha aportado como contribución al merecido Homenaje tributado al Ilustre romanista Prof. Dr. D. Juan Miquel, que aparece recogido en la Revista General de Derecho Romano (edit. IUSTEL), nº 16, 2011.

**ABSTRACT:** The present study focuses on the prescriptions that are contained in the regulations regarding unjustly inflicted damages prior to the *Lex Aquilia de damno* –a plebiscite of uncertain date, that tends to be dated back to the year 286 BC, and through which various figures relating to the private offense of *damnum iniuria datum*, valid until then, were unified (in chapters one and three). Starting from such prescriptions, this study sets out to analyze, through an overview, the structural characteristics and content of this basic norm with respect to the issue of responsibility for damages, as well as its subsequent interpretative development –which, as it is known, was produced along jurisprudential lines.

The importance of Aquilian Law is indisputable since it constitutes the foundation for the Roman system of civil responsibility, as well as the point from which, based on the subsequent European Jurisprudence, stemmed the modern system of what is known as non-contractual (or Aquilian) civil responsibility.

**KEY WORDS:** Aquilian law. Criminal elements. Protection on damages. Juristics and praetorian intervention.

SUMARIO: I. PRECEDENTES NORMATIVOS ANTERIORES A LA LEY AQUILIA RELATIVOS A LA REGULACIÓN DE DAÑOS. II. LA LEY AQUILIA DE DAÑO. ASPECTOS GENERALES. III. ELEMENTOS DEL DELITO REGULADO POR LA LEY AQUILIA. IV. PRECISIONES EN TORNO AL OBJETO DE LA ACCIÓN LESIVA Y A LA ESTIMACIÓN DEL DAÑO. V. LA EXTENSIÓN DE LA TUTELA AQUILIANA EN MATERIA DE DAÑOS MEDIANTE LA INTERVENCIÓN PRETORIA.

## 1. PRECEDENTES NORMATIVOS ANTERIORES A LA LEY AQUILIA RELATIVOS A LA REGULACIÓN DE DAÑOS

Según las noticias transmitidas por las fuentes de que disponemos, tanto en la ley de las XII Tablas como en otras leyes sucesivas anteriores a la ley Aquilia, aparecieron sancionados mediante acciones específicas o fuera de las formas del proceso privado diversos tipos de actos nocivos o dañosos sobre bienes ajenos producidos por actos humanos<sup>2</sup>.

En la normativa decemviral se otorgaba protección a los bienes más importantes dentro del ámbito de la economía romana del siglo V a.C. La integridad física del esclavo, la cosecha y el pasto, las plantaciones y la casa fueron objeto de atención por parte del legislador antiguo, contemplando en materia de daños la posibilidad de ejercitar por parte del titular del bien dañado la *actio de pauperie* por el daño ocasionado por cuadrúpedos<sup>3</sup>, la *actio de pastu pecoris* contra el que hubiese apacentado su propio ganado en fundo ajeno<sup>4</sup>, la *actio de arboribus succisis*, por tala de árboles u otras plantaciones<sup>5</sup>, o la *actio de aedibus incensis*, para conseguir el resarcimiento del daño producido en caso de incendio no doloso de una casa o de las mieses situadas en su proximidad<sup>6</sup>. Asimismo se sancionaba la *ossis fractio* de un esclavo, para la cual se fijaba la pena de 150 ases<sup>7</sup>.

Aun cuando no aparezcan expresamente testimoniadas en las fuentes, un sector de la doctrina ha supuesto que, por la importancia económico-social de los bienes tutelados, probablemente también se habrían establecido diversas prescripciones normativas en materia de *occisio* de un esclavo, y de tutela de los animales de un rebaño, resaltando en ambas hipótesis la dificultad para poder determinar el tipo de sanción prevista, dudándose

2 Cfr. D. 9.2.1.pr.

3 Cfr. D. 9.1.1.pr.

4 Cfr. *Plin. n.h.* 18.3.12; D. 19. 5.14.3.

5 Cfr. *Plin. n.h.* 17.1.7; *Gai.* 4.11. Según Plinio, cit., la pena consistiría en este caso en el pago de 25 ases por cada árbol cortado.

6 Salvando las hipótesis de indigencia del autor del ilícito, en cuyo caso se preveía alternativamente un leve castigo corporal: cfr. D. 47.9.9. Si el incendio fue provocado conscientemente se establecía una sanción no ejecutable mediante las formas del proceso privado: el responsable debía ser atado, azotado y quemado (cfr. D. 47.9.9). Vid. también, en materia de incendios provocados y fortuitos, D. 48.19.28.12.

7 Cfr. *Gai.* 3.223; *Coll.* 2.5.5; I.J. 4.4.7. Sobre la *ruptio* del esclavo, vid. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Torino, 1996, p. 4 y bibliografía allí cit.

al respecto si la misma sería personal o patrimonial, y en este último caso, hipotéticamente, con imposición de una pena fija<sup>8</sup>.

De cualquier forma, se ha destacado que dentro del régimen previsto por las XII Tablas en tema de daño producido por actos humanos no se contempla una regulación general del daño, sino una serie de hipótesis específicas, autónomas unas respecto de otras, y limitadas a los bienes de mayor valor social. Lo que se toma en cuenta en la regulación decemviral no es la verificación de un daño patrimonial causado de cualquier forma, sino, más bien, la realización de un cierto evento material típico, específico: la combustión de la casa, la tala de árboles, la lesión física del esclavo, etc.<sup>9</sup>. La pena establecida para estos supuestos se concretaría en una cantidad fija, salvo en el caso del incendio culposo del edificio, en el que, presumiblemente a consecuencia del diferente valor patrimonial de los inmuebles quizá no habría tenido sentido predeterminar una pena fija<sup>10</sup>. Dicha sanción –pública o reclamable mediante una acción privada–, prevista para las hipótesis específicas contempladas y establecida a cargo de aquel al que podía adosarse la responsabilidad por un hecho patrimonialmente lesivo, era diferente de la ordinaria, constituida en este caso por el deber del autor del daño de someterse –en ausencia de otra previsión– a la *reipersecutio*, es decir, al simple resarcimiento<sup>11</sup>.

Por otra parte, pese a la ausencia de una especial coherencia sistemática y dentro de un contexto informativo bastante incierto y fragmentario, también se ha venido destacando por un sector de la doctrina el hecho de que en la normativa decemviral se puede observar la toma en consideración de los denominados aspectos subjetivos de la responsabilidad.

En este sentido se indica que determinados hechos dañosos, como por ejemplo ocurre con la mutilación o la simple lesión física temporal de un esclavo, son tratados de forma especial cuando fuesen consecuencia de una especial actitud volitiva de su autor; no se sanciona el "daño", sino la "intención" del que lo ha provocado, atribuyéndose en la disciplina decemviral de la *iniuria* atención a los aspectos subjetivos del comportamiento. También en otra serie de casos, la actitud intencional del autor asume específica importancia cuando, por ejemplo, se presta atención a la capacidad o no de entender y querer del sujeto agente, o a su actuación dolosa o simplemente imprudente, a los que se da un tratamiento diferente. Y, finalmente, también se puede constatar en las XII Tablas, según se dice, una consideración distinta en el supuesto en que el sujeto que puede ser llamado a responder bien lo sea por un comportamiento propio o bien por el comportamiento de una persona patrimonialmente

8 Vid. VALDITARA, op. cit., p.5.

9 Además de los indicados, vid. entre otros casos de lesiones para los que se preveía en la ley de las XII Tablas una sanción especial por "cualificar" el daño que de los mismos derivaba, estableciéndose por ello una regulación distinta de la ordinaria, los recogidos por CORBINO en *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Catania, 2003, p. 38 ss.

10 VALDITARA, op. cit., p.5. Según este autor, reconstruir el contenido de las leyes *de damno* sucesivas a las XII Tablas, a las que hace referencia el jurista Ulpiano, no puede hacerse más que sobre la base de simples conjeturas, siendo probable que aquellas normas añadiesen nuevas hipótesis de daño, situándose quizá en la óptica decemviral, que excluía un encuadre unitario de las diversas especies de daño.

11 Vid. CORBINO, op. cit., p. 33 ss.

dependiente de aquél (hijos y esclavos), o, en su caso, por un hecho imputable al acto de alguno de sus animales<sup>12</sup>.

## II. LA LEY AQUILIA DE DAÑO. ASPECTOS GENERALES

Sin abrogar expresamente las normas señaladas que se encontraban contenidas en la ley de las XII Tablas y en las disposiciones normativas que la siguieron, con posterioridad a las mismas se introdujo en una fecha incierta, que la doctrina tradicionalmente suele fijar con carácter aproximativo en el siglo III a.C. –y más en concreto, en el año 287-286 a.C.<sup>13</sup>–, un plebiscito, hecho votar por un tribuno de la plebe de nombre Aquilio, mediante el que se procedió a regular, presumiblemente incidiendo sobre el conjunto de aquellas disposiciones precedentes, de una forma más adecuada y general, la disciplina del *damnum* con una sanción distinta de la *reipersecutio*<sup>14</sup>.

El *damnum iniuria datum* como figura jurídica cuya noción se contiene en la ley concreta un ilícito productivo de una *obligatio* y constituye uno de los cuatro *delicta* del *ius civile* de los que nos da cuenta el jurista Gayo en Inst. 3.182. Se trata de un tipo delictivo en el que, como es sabido, encuentra sus raíces más profundas la moderna responsabilidad civil extracontractual.

Paradójicamente, de la ley Aquilia, al igual que ocurre en el caso de la ley de las XII Tablas –normas ambas importantísimas en la historia jurídica romana, que fueron tomadas como punto de referencia para la posterior interpretación y desarrollo jurisprudencial–, no disponemos de un texto original.

Su posible contenido nos ha llegado a través de las informaciones ofrecidas por los juristas clásicos, que presentan una versión lingüísticamente modernizada de dos de sus tres capítulos –en concreto, del primero y del tercero que formarían parte del texto de la ley–, con una técnica legislativa que se sitúa en el punto intermedio entre la extremadamente concisa y descarnada legislación decemviral, y la pedante y superabundante técnica legislativa de la república tardía<sup>15</sup>. El segundo capítulo, sin embargo, no se conservó textualmente.

El texto del primer capítulo que los juristas clásicos presentan como coincidente con el original se encuentra recogido en D. 9.2.2.pr., en el que se señala:

---

12 CORBINO, p. 41 ss.

13 Sobre los posibles problemas que plantea la determinación de la fecha del plebiscito aquiliano, vid. recientemente VALDITARA, op. cit., p. 5 ss., y CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, p. 148 ss, con amplias referencias bibliográficas sobre las diferentes teorías formuladas. Según la autora cit., op. cit., p. 165, no resulta posible establecer una fecha con certeza. A su entender el lapso de tiempo dentro del que es posible colocar la votación de la *lex Aquilia* –o quizá mejor, de su núcleo originario– es más bien amplio, y con carácter aproximativo abarcaría un período temporal que comprende desde el siglo III, o –quizá, pero con mayor incertidumbre– hasta la primera mitad del siglo II a.C. Por su parte, también recientemente, CORBINO, op. cit., p. 70 se inclina a pensar que entre una datación tendencialmente alta y una tendencialmente baja, partiendo del complejo de elementos de que se dispone para realizarla, la opción que probablemente se debe preferir es la primera.

14 Vid. D. 9.2.1.pr. y 1.

15 VALDITARA, p. 10 s.

D. 9.2.2.pr. (*Gai. 7 ad ed. prov.*): *Lege aquilia capite primo cavetur: ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto*<sup>16</sup>.

El capítulo tercero de la ley Aquilia se cita en D. 9.2.27.5, en el que se indica:

D. 9.2.27.5 (*Ulp. 18 ad ed.*): *Tertio autem capite ait eadem lex aquilia: ceterarum rerum praetor hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*<sup>17</sup>.

Por lo que se refiere al segundo capítulo de la ley, como ya se ha indicado, no se conservan citas textuales del mismo debido a su falta de aplicación en época clásica –lo que provocó el desinterés por la interpretación de las disposiciones particulares de la ley en que se contenía– según afirma explícitamente Ulpiano en D. 9.2.27.4 y deja entender el propio Gayo en Inst. 3.215–216<sup>18</sup>. En el mencionado capítulo segundo de la ley, según un sector doctrinal amplio, se establecía una condena por el importe del crédito extinguido –o por el *duplum* del mismo en el caso de *infitiatio*– contra el *adstipulator* que hubiese hecho la *acceptilatio* en fraude del acreedor principal, violando un deber de lealtad hacia este<sup>19</sup>.

Si bien el tenor del primer capítulo no ofrece problemas sustanciales, siendo aceptado por la doctrina tal y como viene referido por Gayo en D. 9.2.2.pr., el tercero ha planteado algunas cuestiones en consideración a su parte inicial – "*ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos, si quis damnum faxit*" – y por la incierta reconstrucción del inciso "*quanti ea res erit*", que, a consecuencia de lo que puede leerse en D. 9.2.29.8 y *Gai.* 3.218 se corrige como "*quanti ea res fuit*".

Respecto a los capítulos I y III, la doctrina establece como seguras las siguientes tres conclusiones que a continuación se transcriben.

En primer lugar, en cuanto al *damnum*, en el primer capítulo se tomaba en consideración el consistente en la destrucción de alguna cosa de especial importancia económica –esclavos y *pecudes* (animales cuadrúpedos domesticados –ganado mayor– ajenos (D. 9.2.2.2)– y en

16 También se encuentran referencias al primer capítulo en *Gai.* 3.210, pero en este caso de una forma mucho más libre, quizá justificada por las exigencias de clarificación y de síntesis típicas del manual institucional gayano.

17 Para la hipotética reconstrucción del que presuntamente habría sido el texto original la doctrina suele recurrir a otros dos fragmentos: D. 9.2.29.8 y *Gai.* 3.218.

18 Vid. también I.J. 4.3.12.

19 Partiendo de la que se califica como falta de homogeneidad entre los capítulos I y III, de una parte, y el II, de otra, sobre el objeto jurídico del ilícito –los dos primeros se dirigen a tutelar la propiedad y a castigar diversas ofensas perpetradas a la misma; el segundo a proteger el crédito–, así como de las diferentes modalidades previstas para la concreción del delito en discusión según se tratase de daños *ex capite primo* y *tertio* por una parte, o *ex capite secundo* por otra, diversos autores han manifestado su extrañeza por la posición reservada en la estructura de la ley al capítulo II, al aparecer comprimido entre el I y el III, más homogéneos desde el punto de vista del contenido, dándose por ello lugar a la formulación de numerosas teorías que variadamente han conjeturado una formación progresiva de la que posteriormente se conoció en época clásica como *lex Aquilia*. Para una somera referencia a las citadas teorías, vid. VALDITARA, op. cit., p. 11 s. Recientemente CORBINO, op. cit., p. 50 ss., ha considerado que también el daño regulado en el capítulo II de la ley consistiría en la pérdida irreversible de una cosa (la *pecunia obligata*, que, a su entender, no haría referencia en el lenguaje del legislador aquiliano solamente al dinero, sino también a otras cosas identificables, como los esclavos y *quadrupedes*, que se encontrarían incluidos en el término *pecunia*, dentro de la antigua riqueza mueble) referida a una conducta típica, en este supuesto a la *acceptilatio* (como en los otros capítulos lo era el *urere*, *frangere* y *rumpere*), sancionándose sólo el *fraus*.

el tercero el derivado de las consecuencias de algunas actividades lesivas (*urere* = quemar; *frangere* = hacer pedazos; *rumpere* = quebrar) relativas a cualquier *res* (animadas –como esclavos y animales– o inanimadas), bien se sustanciase en la destrucción total de la cosa (salvo en el caso de los esclavos y *pecudes*, comprendidos en el I capítulo), o también, en cambio, en una modificación sólo parcial que de cualquier forma disminuyese su utilidad.

En segundo lugar, el daño cubierto por el tercer capítulo comprendía también el ocasionado a las cosas del primero, pero distinto de su destrucción (*occisio*).

Y, en tercer lugar, la sanción de los hechos previstos –respectivamente *occisio* de *servi* y *quadrupedes*; *urere frangere rumpere rem*– consistía en el deber del responsable del daño de corresponder no con el valor actual de la *res*, sino con el eventualmente más elevado atribuible a la cosa dañada en referencia a un determinado arco temporal: un año para el primer capítulo, y treinta días para el tercero.

Otros datos que también se dan como seguros en relación a la ley se concretan en considerar que su texto imponía en caso de *infitiatio* –resistencia procesal a la demanda– al responsable de reconocer el daño la pena de sufrir una condena al *duplum* (D. 9.2.2.1.), e introducía la posibilidad de sustraerse a la responsabilidad derivada de la actividad lesiva de los hijos y esclavos con la *noxae deditio* (*Gai.* 4.76). Finalmente, en la ley se introducía una sanción que habría sido siempre considerada con posterioridad por los juristas como inclusiva de la *reipersecutio*, consintiendo al dañado obtenerla en una medida especial.

Precisamente en esta especial característica de la sanción, Corbino ha entendido encontrar la hipotética razón de ser del plebiscito aquiliano<sup>20</sup>.

En opinión de este autor, con dicho plebiscito se aseguraba al perjudicado –en cuanto propietario– la posibilidad de reclamar –con las ventajas procesales previstas además por la nueva ley: régimen de la *infitiatio*– no –como casi siempre sucedía anteriormente– una "pena" –fija o de otra forma determinada– y no el simple "resarcimiento" –como quizá en virtud de una norma reguladora general (establecida en XII Tablas 8.5) ocurría hasta entonces para los casos en que faltase una expresa previsión–, sino algo menos de una pena –dado que en la sanción se incluía el resarcimiento–, pero también algo más que este último –el distinto valor más alto que la cosa hubiese alcanzado en un cierto arco temporal–.

Según Corbino<sup>21</sup>, la disciplina aquiliana se manifiesta en sustancia, por consiguiente, como un compromiso entre la aspiración del ofendido –que se habría sentido más protegido por el régimen de la "pena", concebido desde siempre como concurrente y acumulable con el régimen resarcitorio– y la aspiración del ofensor –que obviamente habría preferido ser obligado solamente al resarcimiento–, por lo que entonces se comprende que la ley haya sido siempre considerada –vid la narración de Teófilo 4.3.15 (con la correspondiente alusión también en *Gai.* 3.218)– como el resultado de una laboriosa negociación entre los patricios –verosíblemente más sensibles a las exigencias singulares o particulares– y los plebeyos

20 CORBINO, op. cit., p. 49 s.

21 CORBINO, op. cit., loc. cit.

–verosímilmente más sensibles a las exigencias generales–, concluida finalmente con la votación de un texto de equilibrio.

Tanto el capítulo primero como el segundo de la ley expresarían bien la tendencia casuística de la legislación arcaica. Sin embargo, el tercero tiene una extensión aplicativa mucho más amplia, al comprender todos los daños directamente ocasionados con una cierta actividad material a cualquier bien corporal, exceptuando, como es lógico, las hipótesis específicas reguladas en el primero. Así, el tercer capítulo constituye una notable innovación por superar con la tutela generalizada de la propiedad el arcaico planteamiento en base al que únicamente obtenían protección aquellos bienes fundamentales en el ámbito de una sociedad de propietarios –o poseedores– fundiarios. Una superación en la que no es descartable que se encontrase tanto el interés de aquellas clases de comerciantes y artesanos que comenzaban a tomar cuerpo en el siglo III a.C., así como de aquella plebe menuda para la que los conejos, los cerdos o las aves de corral, constituían bienes preciosos. Quizá fuese esta extensión de la tutela en los términos indicados la que, según la narración de los juristas bizantinos, habría hecho ver favorablemente a la plebe la normativa aquiliana que fue votada en su Asamblea<sup>22</sup>.

Por lo demás, resulta difícil excluir que una ley *de damno* del siglo III a.C. no se preocupase de tutelar ciertos bienes de producción artesanal o de importación, particularmente importantes para gran parte de la colectividad, sobre todo para aquella menos pudiente, como es el caso del ganado menor y de algunos aperos de trabajo, además de ciertos utensilios indispensables en determinados períodos del año, como el arado, las cubas, etc.<sup>23</sup>.

Al margen de esta presumible finalidad perseguida en el capítulo III de la ley, que constituiría una de las novedades más significativas bajo el perfil sustancial de la norma<sup>24</sup>, también se ha pensado, más en general, que otro probable fin perseguido con la redacción del plebiscito aquiliano, además del de procurar unificar en un único texto las principales hipótesis de daño, debió de ser el de derogar al esquema de la pena fija, característico de la legislación más antigua, que en aquellos momentos resultaba inadecuado por su rigidez y por la progresiva devaluación monetaria para expresar valores al menos correspondientes a aquél del bien dañado. Mediante la ley Aquilia se reordenaría la materia precedente en tema de daños, superando las hipótesis contempladas en dicha materia –que eran sancionadas

---

22 VALDITARA, op. cit., p.13.

23 Al respecto VALDITARA, op. cit., p. 14 destaca la noticia que nos transmite Livio (22.10.5), relativa a una *rogatio de vere sacro vovendo* del año 217 a.C., en la que se contendría el elenco de animales consagrables. En esta lista aparecían también animales no pertenecientes al número del *pecus*, y, entre éstos, los cerdos se encontraban en la cúspide de la lista. De todos, con la finalidad de excluir la existencia de un *scelus* se tomaba en consideración, además de la hipótesis del hurto, también la *ruptio* y la *occisio*, resultando difícil no suponer en este punto que, cuanto menos en la segunda mitad del siglo III a.C., la *ruptio* y la *occisio* de ganado menor también tuviese importancia a los efectos del *ius civile*.

24 Quizá reformulándose en dicho capítulo particulares hipótesis preexistentes, unificándolas en una única disposición de carácter general, superando de esta forma el aludido planteamiento casuístico todavía evidente en los otros dos capítulos, que debían, por consiguiente, presentarse como algo distinto del tercero, puesto al final de la ley como norma tendencialmente de cierre. Vid. VALDITARA, op. cit., p. 16.

con una pena privada-, absorbiéndolas y proporcionándoles, sin abrogarlas, una regulación más adecuada<sup>25</sup>.

En cuanto a los efectos que la aprobación de la ley produjo sobre las normas preexistentes relativas al daño "cualificado", cabe señalar que la misma no incidió en medida alguna sobre la disciplina del *furtum* ni de la *pauperies*, que continuaron siendo considerados como eventos dañosos distintos de aquellos de la materia aquiliana.

También de las antiguas disposiciones de que tenemos noticia, de las que ya hemos dado sucinta cuenta *supra*, sobrevivieron con certeza a la ley Aquilia solamente las relativas al caso de la entrada en finca ajena de animales para pastar (*actio de pastu pecoris*) y el caso de la tala de árboles (*actio de arboribus succisis*). Su supervivencia se debió a que las mismas fueron inmediatamente concebidas como ligadas a presupuestos aplicativos diferentes de los aquilianos, distinguiéndose las dos antiguas acciones citadas respecto a la acción aquiliana únicamente bajo el perfil del elemento subjetivo, puesto que aún atendiendo también a casos de daños, los habrían sancionado –a diferencia de la acción aquiliana– en ausencia de sus presupuestos subjetivos<sup>26</sup>.

### III. ELEMENTOS DEL DELITO REGULADO POR LA LEY AQUILIA

Como ya se ha indicado, la ley Aquilia tipificaba supuestos de daños patrimoniales con tres términos que formaban la denominación técnica del delito que sancionaba: *damnum iniuria datum*.

Partiendo de las prescripciones de los *verba legis*, que en cierta medida actuarían como elementos condicionantes<sup>27</sup>, los juristas romanos procedieron –mediante aportaciones preclásicas, clásicas y postclásicas, que no siempre resulta posible afirmar, o en su caso, intuir

25 VALDITARA, op. cit., p. 16.

26 Vid. al respecto las reflexiones que, tomando en consideración las características de la *actio de pastu pecoris* y la *actio de arboribus succisis*, realiza CORBINO, op. cit., p. 77 ss., con la intención de poder comprender cuáles fueron los elementos a través de los que la Jurisprudencia habría valorado caso por caso la absorción o no de las disposiciones preexistentes en la nueva disciplina general del *damnum* merecedor de una sanción distinta de aquella del resarcimiento introducida por la ley Aquilia.

27 Según CORBINO, op. cit., p. 84 ss., muy probablemente, la actitud restrictiva seguida por los juristas romanos en la interpretación de los preceptos de la ley Aquilia quizá se debiese al reconocido carácter penal de la sanción prevista por la ley y a la consecuente oportunidad de circunscribir su alcance a los únicos casos que pudiesen considerarse como contenidos en la misma. No obstante, el señalado autor destaca que dicha actitud restrictiva atendería no a todos los aspectos de la normativa en cuestión, sino solamente a los que tenían un acentuado carácter de especialidad, y, sobre todo, de "penalidad". Así, por ejemplo, mientras que los juristas asignan a la expresión "*quadrupedes vel pecudes*" un significado lo más cercano posible al originario, por el contrario se muestran más abiertos en materia del tercer capítulo a la posibilidad de dar a "*rumpere*" un significado más amplio que la expresión habría podido tener. También resalta que, mientras que los juristas se mantienen intransigentes en excluir la tutela a quien no fuese propietario, sin embargo, atribuyen al "*id*" del primer capítulo un significado más amplio (inclusivo de toda *causa rei*) que tenía el literal. Por consiguiente, en opinión de Corbino, la actitud jurisprudencial pronto fue consciente de la particular naturaleza mixta –penal y resarcitoria– de la normativa aquiliana, clarificando los límites que su *interpretatio* debía observar atendiendo a los *verba legis*, pero también atendiendo además a la naturaleza de la sanción prevista que, como "penal", no podía prescindir de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad, ni tampoco –como posteriormente había preconizado Sabino (D. 9.2.29.8)– introducir una discrecionalidad del juez donde la ley no la había previsto.

con fiabilidad- a realizar una intensa labor de interpretación sobre los términos indicados, perfeccionando progresivamente los conceptos jurídicos a que se referían, todo lo cual, junto a la importante intervención del pretor en la materia, contribuyó a ampliar y fijar el régimen del daño injustamente causado.

Respecto al daño<sup>28</sup> resulta necesario recordar que la ley Aquilia no tomaba en consideración cualquier "*damnum*", sino sólo el que pudiese considerarse como consecuencia de algunas de las acciones calificadas previstas en la norma: *occidere, urere, frangere, rumpere*. Se sancionaba la pérdida económica irreversible representada por la consecuencia material de aquellas específicas acciones (acciones calificadas).

En cuanto al *occidere* la Jurisprudencia realizó una interpretación rigurosamente restrictiva del término, considerando como tal sólo el provocar el evento muerte a través de determinadas modalidades de la acción<sup>29</sup>.

Según una conocida definición de Juliano, recogida en D. 9.2.51.pr., en el contexto aquiliano, *occidere* habría cualificado aquellas hipótesis en las que la muerte hubiese sido causada "*adhibita vi et quasi manu*". *Occidere* se encontraba unido a *caedere/caedes* en el sentido de golpear/golpe, conteniendo por consiguiente, dentro de sí, como elemento cualificante, la referencia a una acción materialmente desarrollada sobre el *corpus* dañado.

Los juristas romanos, siguiendo el señalado criterio interpretativo restrictivo, tendente a respetar en todo momento histórico el sentido de las particulares prescripciones legislativas,

---

28 El término *damnum* presenta, al igual que ocurre en otros muchos términos jurídicos romanos, como por ejemplo, *ius, libra* o *fraus*, un dinamismo semántico, pues puede significar o bien la pérdida sufrida, el "daño" causado, o también, como ocurre en la expresión "*damnum decidere*", no ya la pérdida causada al que sufrió el delito, sino la que debe imponerse como pena al autor del delito. Vid. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 10ª ed. revisada, Pamplona, 2004, p. 457 nt. 373.1. Según VALDITARA, op. cit., p. 17 ss., contrariamente a lo que sostiene la doctrina más antigua, parece verosímil que *damnum* aludiese ya en el texto aquiliano a un perjuicio de naturaleza patrimonial ocasionado al propietario del bien, y no en cambio a un daño material del bien. Este autor estima como probable que originalmente el daño económico tomado en consideración coincidiese exclusivamente con la pérdida del bien o con su disminución de valor ocasionada por el ilícito. Esto se puede suponer, ante todo, por el hecho de que lo que se castigaba era siempre solamente una acción dirigida a destruir o lesionar un cierto bien, siendo por consiguiente la propiedad, y no, más genéricamente, el patrimonio, la que era objeto de tutela. Además, y como consecuencia, la cláusula condenatoria contemplada en la ley entendía liquidar sólo el valor de la *res* dañada, es decir, del *corpus* destruido o lesionado. Únicamente de forma sucesiva se comenzó a tener en cuenta la incidencia de conjunto del ilícito sobre el patrimonio del dañado, considerando aquel dato bien introducido en una dinámica de relaciones y de situaciones subjetivas. *Damnum* terminó comprendiendo la pérdida de aquellas entidades posteriores que la posesión de aquel bien en su integridad habría garantizado o aquellos gastos necesarios para restablecerlo en sus originarias condiciones, viniendo de esta forma a coincidir con los conceptos de daño emergente y lucro cesante. Por otra parte, VALDITARA considera que la necesidad para poder configurar el delito aquiliano de que se verificase un *damnum*, entendido dicho *damnum* en el sentido de perjuicio económico sufrido a consecuencia directa del ilícito, conllevaba dos efectos de notable importancia: por una parte, la exclusión de la legitimación para ejercitar la acción aquiliana en todos aquellos casos en los que actos que eventualmente habrían podido configurar una actividad material relevante -*rumpere*, pero también *occidere, frangere* o *urere*- no hubiesen ocasionado una disminución del valor del bien lesionado, o, de cualquier forma, no hubiesen sido idóneos para incidir de por sí sobre el patrimonio del *dominus rei*; y, por otra parte, la no resarcibilidad de los denominados daños morales en cuanto no idóneos para influir sobre el valor económico del bien.

29 En este sentido, vid. VALDITARA, op. cit., p. 19 ss., con referencias bibliográficas y textuales; CORBINO, op. cit., p. 117 ss.

de los *verba legis*<sup>30</sup>, afirman la existencia de *occidere* en algunos casos de muerte procurada, como por ejemplo en los supuestos descritos en D. 9.2.9.pr, o D. 9.2.7.1, mientras que en otros, como por ejemplo ocurre en los contemplados en D. 9.2.9.3, D. 9.2.9.2, D. 9.2.7.6, o D. 19.5.14.1, la niegan.

Con independencia de las razones concretas que hubiesen podido inducir a la específica elección por parte del legislador aquiliano de un límite a la posibilidad de perseguir hipótesis objetivamente lesivas en el planteamiento seguido para el capítulo primero de la ley<sup>31</sup>, se ha subrayado<sup>32</sup> que para la configuración de una responsabilidad *ex capite primo* –muerte con las modalidades que podían describirse propiamente con el término *occidere*– resultaría esencial el ejercicio de una acción material por parte del cuerpo que ocasionase la muerte; según el concepto de origen jurisprudencial, que el daño fuese ocasionado *corpore*<sup>33</sup>, *damnum corpori illatum*, es decir, inferido con medios materiales y acciones físicas<sup>34</sup>. La muerte debería producirse a consecuencia del "golpe" ocasionado directamente por el ofensor, utilizando eventualmente cualquier instrumento material para golpear<sup>35</sup>.

También se ha indicado<sup>36</sup> que la discusión de los juristas respecto al *occidere* no incide tanto sobre el concepto de *damnum* importante a los fines del primer capítulo, que es la muerte de esclavos y *pecudes*, sino más directamente sobre otra cuestión.

Al sancionar la ley sólo el *damnum* que se produce a consecuencia de haber sido ocasionado (*damnum "datum"*) con independencia del "natural" *periculum* al que se encuentran expuestos los esclavos y *pecudes*, resulta necesario que el evento muerte pueda considerarse como consecuencia cierta del comportamiento que se asume que ha sido su causa: lo es si las modalidades del comportamiento son –en base a la experiencia humana– tales como para poderse decir que el evento –muerte– es consecuencia cierta y directa de las mismas; no lo es cuando ello no puede afirmarse.

Lo cierto es que, ante la inadecuación de la ley para otorgar una eficaz protección a todas las hipótesis en las que se hubiese verificado la muerte de un siervo o de un cuadrúpedo,

30 Del sentido más amplio que respecto al original adopta el término *occidere* en el lenguaje común del siglo II a.C. nos da cuenta Plauto en su comedia *Pseudolo*, representada en el año 191 a.C. (*Pseudol.* 349 s.), empleando dicho término también en las hipótesis en las que la muerte fuese ocasionada *fame*.

31 Respecto a los posibles motivos que podrían haber inducido a excluir determinadas hipótesis de daños, vid. las explicaciones proporcionadas por VALDITARA, op. cit., p. 21. Por su parte, CORBINO, op. cit., p. 120, entiende que las razones de la actitud interpretativa restrictiva fueron consecuencia de la reconocida naturaleza (también) penal del remedio procesal aquiliano.

32 Vid. VALDITARA, op. cit., p.22 s.

33 *Gai.* 3.219 ("*si quis corpore suo damnum dederit*"); D. 9.1.1.7.

34 No era indispensable el contacto físico con el cuerpo ajeno, pudiéndose utilizar también para concretar un *occidere* una flecha (vid. D. 9.2.9.4) o cualquier otra cosa (D. 9.2.27.17), reconociéndose además la responsabilidad en los casos en que, por ejemplo, se dejase caer una carga pesada sobre un esclavo, y ésta lo aplastase (vid. D. 9.2.7.2).

35 Vid. al respecto el caso recogido en D. 9.2.11.5, relativo al perro que, azuzado por su dueño, causa la muerte a un esclavo ajeno. Frente a la solución adoptada en el mismo por Próculo, concediendo al dueño del esclavo la *actio ex lege Aquilia*, Juliano entendía procedente la acción directa sólo cuando el perro estuviese sujeto con una correa, quedando en tal caso bajo el control de su dueño. Cfr. también D. 9.1.1.7.

36 Vid. CORBINO, op. cit., p. 121.

se produjo la correspondiente intervención pretoria mediante la concesión en determinadas situaciones de *actiones in factum*<sup>37</sup>.

Una mayor importancia y complejidad presentaron, sin embargo, las reflexiones jurisprudenciales sobre el daño que aparece regulado en el tercer capítulo de la ley, en el que se hacía referencia a un *urere, frangere, rumpere aliquid*.

Por lo que se refiere al significado de estos términos, que, como ya se ha indicado, fue precisado por los juristas romanos partiendo de los *verba legis*, *urere* se empleó en referencia a los casos de incendio de una casa<sup>38</sup>, de las plantaciones<sup>39</sup>, y de quemaduras de esclavos<sup>40</sup>.

Respecto a la interpretación de *frangere*, se recuerdan expresamente en el Digesto los supuestos relativos al artesano que quiebra una copa ajena que debía decorar<sup>41</sup>, y el de aquél que ha hundido o descerrajado una puerta ajena<sup>42</sup>.

A *rumpere* se atribuyó desde antiguo –con toda seguridad, ya en los últimos decenios del siglo III a.C.– tal significado amplio y suficientemente elástico como para poder comprender en sí también las acciones que podían describirse como *urere* y *frangere*<sup>43</sup>. Precisamente este planteamiento tendencialmente omnicomprensivo del capítulo tercero por parte del legislador aquiliano, intentando comprender a partir de los tres términos indicados todo caso de daño físico a una cosa material<sup>44</sup> explica toda la evolución interpretativa posterior.

Los juristas se dieron cuenta de que los tres verbos mencionados no agotaban todas las hipótesis posibles de daño de una cosa ajena. Así, por ejemplo, de las mismas quedaban excluidas todas aquellas consistentes en una mera corrupción del bien, como ocurría en los casos del que hubiese manchado un vestido<sup>45</sup>, o del que hubiese mezclado vinagre con vino<sup>46</sup>.

Al respecto, según nos informan las fuentes<sup>47</sup>, ya los *veteres* –antiguos juristas republicanos– superaron pronto el límite legislativo, llegando a la conclusión de que el término *rumpere*, recogido en la ley, debía entenderse en realidad como *corrumpere*. Y todo ello por el carácter tendencialmente exhaustivo de la previsión contenida en el capítulo tercero, además de por el amplio contenido atribuido a *rumpere*.

---

37 Entre las mismas, la que se suele señalar a este respecto como la primera es la que se remonta al jurista Ofilio, y aparece contemplada en D. 9.2.9.3.

38 Cfr.: D. 9.2.27.7; D. 9.2.27.8; *Coll.* 12.7.1; *Coll.* 12.7.3.

39 Cfr. D. 9.2.27.7; *Coll.* 12.7.1.

40 D. 9.2.27.6.

41 D. 9.2.27.29.

42 D. 9.2.27.31.

43 Vid. D. 9.2.27.17; D. 9.2.27.22. Quedan excluidas del sentido originario de *rumpere* hipótesis en las que la actividad ilícita hubiese tenido por objeto un bien no corporal o un líquido. Vid al respecto: D. 9.2.27.15.

44 Téngase en cuenta la observación gayana, recogida en *Gai.* 3.217: "*capite tertio de omni cetero damno cavetur*".

45 D. 9.2.27.18.

46 D. 9.2.27.15.

47 Cfr. D. 9.2.27.13.

Una vez aclarado el aspecto terminológico –identificación de *rumpere* con *corrumpere*– el siguiente paso se concretó en intentar determinar por parte de los juristas el sentido último que *corrumpere* podía tener, y, por consiguiente, cuál podría ser el contenido más extenso de la tutela otorgada por el tercer capítulo de la ley.

Tras la clarificación reseñada, dentro de los actos tomados en consideración por el capítulo tercero se incluyeron no sólo hipótesis en las que una cosa hubiese sido quemada o hecha pedazos, sino también –a partir de la equivalencia entre *ruptus* y *corruptus*– aquellas en las que un objeto hubiese sido rasgado, aplastado, volcado y de cualquier forma arruinado, destruido y deteriorado<sup>48</sup>.

Al igual que para las hipótesis reconducibles a un *occidere*, también las que concretaban un *urere*, *frangere* y *rumpere* presuponían una causalidad física inmediata y directa, dado que en las mismas resultaba necesario que la *ruptio*, la *ustio* o la *fractio* fuesen el resultado de una acción material directamente desarrollada sobre el objeto dañado<sup>49</sup>, lo que, por lo demás, explica que no tuviesen ninguna importancia los actos puramente omisivos a los efectos de una configuración del ilícito aquiliano *ex capite tertio*, al igual que ocurrió con los del primero<sup>50</sup>.

Tampoco era necesario para la existencia de un daño legislativamente relevante en los casos previstos por el capítulo tercero que el evento hubiese sido ocasionado exclusivamente con los únicos medios físicos del productor del daño, pudiéndose utilizar con el fin indicado también cualquier instrumento<sup>51</sup>, con tal de que éste, propiamente como tal instrumento, quedase "*in potestate*" del que lo utilizaba, es decir, con la condición de que su acción pudiese ser directamente guiada por el que lo usaba<sup>52</sup>.

Otro de los presupuestos esenciales para la configuración de una hipótesis de daño relevante *ex capite tertio* se concretaba en que se produjese una alteración, o, como mínimo, la violación de la sustancia del objeto físico de que se tratase, es decir, que, como se señala en las fuentes, se produjese una *mutatio rei*<sup>53</sup>, quedando fuera de la disciplina aquiliana todas aquellas hipótesis en las que el perjuicio patrimonial para el *dominus rei* consistiese

48 Cfr. *Gai.* 3.217.

49 Vid. *Gai.* 3.217. Así, el ejercicio de la acción aquiliana no resultaría procedente, por ejemplo, en los casos contemplados en *Gai.* 3.219, e IJ.4.3.16 –al faltar el requisito de la acción material sobre el cuerpo–, ni tampoco en el tratado en D. 9.2.29.2. Sin embargo, sí lo sería en el recogido en D. 9.2.27.23, puesto que en el mismo no se aprecia una interrupción del nexo de causalidad física.

50 Vid. *Coll.* 12.7.7, referido a la hipótesis de la muerte del paciente por el hecho del médico que omite realizarle las curas oportunas. Cfr. Además *Coll.* 12.7.4-6; D. 9.2.27.9; D. 7.1.13.2.

51 Así, por ejemplo, para configurar la *ruptio* de un esclavo que fuese relevante *ex lege Aquilia* se podría utilizar un bastón, un látigo, las manos, una flecha, o, también eventualmente, hasta incluso un utensilio de trabajo. Vid. D. 9.2.27.17; D. 9.2.5.3.

52 Vid. el caso planteado en D. 9.2.29.2.

53 Cfr. D. 9.2.27.14. En este sentido, vid. la precisión efectuada por Ulpiano en D. 9.2.27.17, respecto a un caso que se concretaba en un *rumpere aliquem*, indicando la necesidad de que en cualquier caso se debía de verificar un destrozo del cuerpo ajeno, o, cuanto menos, una tumefacción.

en la pérdida de disponibilidad de una cosa, sin que se hubiese verificado dicha violación de la sustancia<sup>54</sup>.

No obstante, en relación a estas últimas hipótesis, la Jurisprudencia, a partir del siglo I a.C., consideró que las mismas no debían de quedar impunes, sugiriendo al respecto la concesión de *actiones in factum* pretorias, mediante las que se integraba y extendía la tutela del *ius civile* a las mencionadas hipótesis<sup>55</sup>.

Respecto a los supuestos de "dispersión" de cosa mueble ajena<sup>56</sup> se puede apreciar un vacío normativo, al no considerarse comprendidos en la tutela que proporcionaba la ley, mientras que se manifestaron dudas jurisprudenciales cuando la cosa "dispersada" hubiese sido de naturaleza "no identificable", y, por consiguiente, no "reconocible"<sup>57</sup>.

Por último cabe indicar que los daños regulados por la ley Aquilia, tanto en su primer capítulo como en el tercero, además de tener que ser ocasionados, "*corpori data*"<sup>58</sup>, según se ha señalado, también y en todo caso tendrían que ser existentes, ciertos y estimables<sup>59</sup>.

El *occidere*, el *urere*, el *frangere* y el *rumpere* –convertido en *corrumpere* por obra de la *interpretatio* jurisprudencial–, que se encontraban sancionados como tipos de comportamiento relevante por la ley, debían ser realizados "*iniuria*".

El sentido que se atribuye al término "*iniuria*" dentro del contexto legislativo, como se puede constatar a través de las fuentes<sup>60</sup>, no es el que desde época pre-aquiliana había tenido, es decir, el propio de la *actio iniuriarum*, entendido como *contumelia*, sino más bien el que lo identifica con el significado de "*non iure*" y, por consiguiente, de "*contra ius*", aludiendo a la antijuridicidad de la acción.

54 Así, no se concretaría un *damnum iniuria datum* en los supuestos recogidos, por ejemplo, en los siguientes textos: D. 4.3.7.7 (I.J. 4.3.16); D. 19.5.23; D. 19.5.14.pr; D. 19.5.14.2; D. 41.1.55; D. 47.2.50.4. Caso aparte sería el planteado en D. 9.2.30.2, en el que no se podría hablar propiamente de *corruptio* de la cosa, es decir, de alteración material o funcional de sus características, puesto que en él se está realizando un uso de la misma conforme a su destino.

55 Vid. D. 19.5.23; D. 47.2.50.4.

56 Vid. D. 19.5.23; D. 4.3.7.7; D. 47.2.50.4; D. 41.1.55.

57 Vid. D. 9.2.27.21. Un intento dirigido a procurar obviar por vía interpretativa la insuficiente previsión legislativa se podría apreciar, según un sector doctrinal, en D. 9.2.27.19 y D. 9.2.27.15.

58 Vid. *Gai.3.219* ("*si quis corpore suo damnum dederit*"); D. 9.2.9.pr; D. 17.2.52.16. La doctrina romanística habla en general al respecto de una "materialidad del acto dañoso", que excluía de la ley toda actuación que no fuese positiva y concreta, entendiendo que el daño debía de producirse por el contacto material directo entre el delincuente y la víctima –"*damnum corpore corpori datum*"–, es decir, con un nexo causal corporal inescindible. No obstante, el pretor concedió *actiones in factum* con la finalidad de completar la ley Aquilia, sancionando casos en los que no se había causado tan corporalmente el daño, pero se había dado con la propia conducta la ocasión para que el daño se produjera, como por ejemplo, dejar morir de hambre o de frío (privar de alimento o de abrigo), dejar escapar a un animal cautivo ajeno, asustar a un animal para que se precipite por un barranco, echar un objeto al fondo de un río, romper una vasija para que se derrame el vino que contiene, sembrar cizaña en un campo ajeno, etc. Vid. por todos D'ORS, op. cit., p. 460. Una referencia a la problemática relativa al denominado daño indirecto –daño que hubiese afectado a una cosa distinta de aquella objeto de la acción lesiva– en diversos supuestos concretos, se puede ver en CORBINO, op. cit., p.130 ss.

59 Cfr., por ejemplo, D. 9.2.27.17; D. 9.2.29.3; D. 9.2.41.pr; D. 9.2.41.1; D. 9.2.42; D. 9.2.43.

60 Vid. D. 9.2.51; *Coll. 7.3-4*; D. 50.17.151.

El comportamiento lesivo de la esfera ajena era *non iure* desde el momento en el que quien lo había llevado a cabo no tenía derecho a actuar de aquella manera; con otras palabras, dicho comportamiento no encontraba en el *ius* una justificación.

*Iniuria* se presentaba a los fines de la ley Aquilia como sinónimo de "sin razón jurídica justificativa", indicando que el comportamiento tenido no podía considerarse como lícito. El elemento fundamental para que se pudiese calificar *iniuria datum* el daño ocasionado era, por tanto, la falta de justificación del comportamiento, la ausencia de causas de justificación de la conducta individual<sup>61</sup>.

A partir de estas premisas, la Jurisprudencia fue tomando en consideración casuísticamente distintas situaciones en las que determinados actos dañosos se entendía que no hacían incurrir en responsabilidad aquiliana a quien los hubiese realizado, elaborando así un elenco de causas de justificación.

Entre las mismas tradicionalmente se vienen señalando las que en la doctrina moderna se denominan como legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio de una actividad lícita o de un derecho propio.

De las tres causas de justificación indicadas probablemente la legítima defensa fuese la más antigua<sup>62</sup>, aplicándose en supuestos de protección tanto de la propia persona<sup>63</sup> como de los propios bienes<sup>64</sup>.

Para que la legítima defensa pudiese admitirse como causa de justificación, y por tanto de exoneración de la responsabilidad aquiliana, deberían darse una serie de circunstancias que la doctrina romanística concreta en los siguientes presupuestos<sup>65</sup>: que la acción defensiva hubiese tenido justificación en una agresión a los bienes propios del agredido<sup>66</sup>; que la agresión fuese actual y no hubiese agotado ya sus efectos, admitiéndose la defensa a la misma, pero no la venganza<sup>67</sup>; que el daño fuese causado al agresor y no a un tercero<sup>68</sup>; y que el agredido no tuviese otra posibilidad de comportamiento para proteger su propia persona o sus propios bienes<sup>69</sup>.

El estado de necesidad viene considerado en las fuentes como la eventualidad de un daño producido para sustraerse a un *periculum* para sí o para los propios bienes, que no deriva, por tanto, de una agresión ajena.

Los testimonios que con carácter ejemplificativo se contienen en los textos jurisprudenciales hacen referencia al incendio producido en las casas vecinas que amenazaba

61 Cfr. VALDITARA, op. cit., p. 33, con referencias bibliográficas; CORBINO, op. cit., p. 161.

62 La misma aparecía ya recogida como probable eximente en la ley de las XII Tablas (8.12-13). Sobre su posible aplicación a los efectos de la ley Aquilia, vid. *Coll.* 7.3.2-3; D. 9.2.4.pr; D. 9.2.5.pr; D. 9.2.45.4.

63 Vid., *Coll.* 7.3.2; D. 9.2.5.pr; D. 9.2.45.4; D. 9.2.52.1.

64 Vid., *Coll.* 7.3.2-3; D. 9.2.4.pr; D. 9.2.5.pr.; D. 48.8.9.

65 Vid. CORBINO, op. cit., p. 162 ss.; VALDITARA, op. cit., p. 34.

66 Vid. D. 9.2.45.4; D. 48.8.9; D. 9.2.5.pr; D. 9.2.29.1.

67 Vid., D. 9.2.5.pr.

68 Vid., D. 9.2.45.4.

69 Vid., D. 48.8.9; D. 9.2.45.4; D. 9.2.5.pr.; *Coll.* 7.3.3.

a la casa de aquél que actuó destruyéndolas<sup>70</sup>, a la nave encallada en las amarras de otra embarcación o en las redes de los pescadores<sup>71</sup>, o al carro empujado por una pendiente que improvisadamente comienza a retroceder y que, dejando de ser sostenido por aquellos que lo estaban sujetando y corrían el riesgo de ser atropellados, embiste al carro que le seguía, contribuyendo a magullar a los que se encontraban detrás de este último<sup>72</sup>.

Un requisito indispensable para que prosperase el estado de necesidad como causa de justificación se concretaba en el hecho de que no existiesen alternativas para salvar los propios bienes. Asimismo, de los ejemplos indicados, también se deduce que la amenaza debía de ser efectiva (*metus iustus*) según cánones objetivos valorables en el momento –puesto que la necesidad o existe o no– y no con un juicio posterior, y probablemente también se exigiría que el bien destruido tuviese un valor igual o menor que el del bien salvado.

La tercera causa de justificación que se analiza en las fuentes como posible eximente de la responsabilidad aquiliana hace referencia al hecho de que el autor del daño lo haya causado en el ejercicio de una actividad considerada como lícita.

Los supuestos contemplados en los textos se encuentran en este caso referidos a la realización de actividades ordinarias y también cualificadas. Dentro de estas últimas, la doctrina romanística incluye los actos realizados por las autoridades durante el cumplimiento de sus funciones públicas, en el ejercicio de sus potestades, y las actividades realizadas en el desarrollo de una contienda deportiva<sup>73</sup>.

En todos los casos el ejercicio de la actividad podía constituir una eximente del daño eventualmente ocasionado sólo cuando dicha actividad se realizase sin traspasar las reglas que regulaban su legítimo ejercicio<sup>74</sup>.

Como ya se ha indicado, a los efectos de aplicación de lo dispuesto en la ley Aquilia, el *damnum* ocasionado debería tener el carácter de aquiliano (*datum*)<sup>75</sup>, y considerarse causado "*datum iniuriae*", existiendo *iniuria* cuando la actividad lesiva no encontrase justificación en un hecho consentido por el derecho, es decir, cuando el acto dañoso se realizase a falta de una causa de justificación, en definitiva, cuando no resultase excusable.

---

70 Vid. D. 9.2.49.1; D. 43.24.7.4; D. 47.9.3.7.

71 D. 9.2.29.3.

72 D. 9.2.52.2.

73 Para el ejercicio de actividades públicas vid.: D. 9.2.29.7; D. 47.10.13.1; D. 18.6.13; D. 18.6.14. Para el ejercicio de actividades deportivas: D. 9.2.7.4; D. 9.2.52.4. Para el ejercicio de una actividad ordinaria lícita: D. 9.2.39.pr-1; D. 19.5.14.3. También se considera lícita toda actividad consentida por una norma. En este sentido y en base a lo establecido en la *lex Iulia de adulteriis*, vid. D. 9.2.30.pr.

74 En cada una de las hipótesis consideradas, la eximente dejaba de serlo cuando el autor del comportamiento lesivo hubiese "abusado" –violado las reglas del eximente–, es decir, cuando hubiese reaccionado a la agresión, pero llevando a cabo no el único comportamiento posible en las circunstancias, sino uno distinto de aquél (posible) que habría evitado el daño. Vid. D. 9.2.29.7, respecto al magistrado; D. 48.8.9, D. 9.2.45.4, D. 9.2.52.2, relativos a la legítima defensa; D. 9.2.7.4, para las contiendas deportivas; y D. 9.2.39. pr.-1, atinente al desarrollo de una actividad ordinaria.

75 Cabe volver a recordar que la actividad imputable es aquella que puede considerarse desde un punto de vista "humano" –es decir, fundado sobre reglas de experiencia– como causa "cierta" del evento dañoso, en cuanto determinante del mismo, que resulta por ello "*datum*" por aquél al que se adscribe.

En la valoración del comportamiento lesivo resultaba por tanto necesario tomar en consideración una doble circunstancia: "positiva", constituida por el hecho de que el comportamiento del autor pudiese considerarse como causa "cierta" del evento dañoso; y "negativa", constituida por la inexistencia de una causa justificativa.

Según un sector de la doctrina, en el ámbito de la *interpretatio* jurisprudencial de la época republicana tardía se precisó el concepto de *iniuria*, pasándose de una consideración puramente objetiva –acto dañoso cumplido a falta de una causa de justificación– a consideraciones de carácter subjetivo con la aparición del concepto de *culpa*<sup>76</sup>.

Con el término *culpa* no se alude a la mera relación de causalidad entre el acto lesivo y la persona que lo ha realizado. *Culpa* expresa la reprobación de la conducta que, en cuanto reprochable, aparece injustificada y propiamente por ello la noción de *culpa* entra en el concepto de *iniuria*<sup>77</sup>.

Como conductas reprochables se toman en consideración aquellos casos en los que el sujeto, teniendo alternativas a su comportamiento, no las haya querido voluntariamente elegir para dañar conscientemente un bien ajeno; o aquellos en los que no haya tenido el comportamiento alternativo por descuido o incapacidad; o aquellas hipótesis en que el autor del daño se ha encontrado en el caso concreto sin una alternativa real y su culpa reside precisamente en el hecho de no tener alternativas, como puede suceder en el caso del sujeto que se comportó como si tuviese una pericia particular en el ámbito de la actividad emprendida<sup>78</sup>

De esta forma, el recurso al criterio de la *culpa* permite tener en cuenta de manera más satisfactoria algunas circunstancias individuales como el estado mental, la habilidad y pericia del sujeto productor del daño, sus condiciones físicas, etc., presentándose la *culpa* en este contexto como una reflexión y profundización del concepto de *iniuria*; como un medio para verificar, donde no se estuviese en presencia de una causa de justificación ya tipificada, si la conducta desarrollada podía creerse justificada, o si, por el contrario, el comportamiento debía de ser considerado *non iure*. Así la noción de *culpa* servía como criterio para identificar cuándo un comportamiento dañoso no estaría justificado<sup>79</sup>.

---

76 VALDITARA, op. cit., p. 36. Según CORBINI, op. cit., p.172 s., indicar que la consideración de la *culpa* habría sido sólo una conquista de la Jurisprudencia más evolucionada significa no darse cuenta que de *iniuria* no se podía hablar para los romanos (de todo tiempo) sin tener en cuenta los aspectos subjetivos (psicológicos) del comportamiento valorados como parámetros de referencia (es decir, de la *culpa*), como, por lo demás, toda la materia de las causas de justificación abundantemente y sin oscilaciones subraya. En su opinión, op. cit., p. 177, puede considerarse como cierto que la Jurisprudencia romana se haya preocupado en todo tiempo de profundizar en el elemento subjetivo de la responsabilidad requerido por la ley Aquilia como presupuesto para su aplicación, esforzándose por aclarar los confines entre actividad "imputable" y actividad "justificada", con la finalidad de identificar la contribución causal al evento.

77 VALDITARA, op. cit., p. 36 s.

78 Vid. VALDITARA, op. cit. p. 37 y bibliografía cit., en notas 287 y 288.

79 VALDITARA, op. cit., loc. cit. Este autor señala como ejemplos significativos de la necesidad del empleo de un concepto que recurriese a consideraciones sobre la reprobación de la conducta para reconocer una falta de justificación del comportamiento, los supuestos recogidos en D. 9.2.39.pr, D. 9.2.31, y D. 9.2.7.8. Asimismo destaca, op. cit., p.38, que, tras la interpretación jurisprudencial referida, en las fuentes, si bien en época tardo-clásica, se utiliza la expresión "*damnum culpa datum*", antes que "*damnum iniuria datum*": D. 44.7.34.pr.; D. 47.6.1.2; D. 47.10.1.pr.; D.

En el señalado contexto, *culpa* coincide genéricamente con un concepto de culpabilidad que presupone una *capacitas iniuriae* y excluye toda responsabilidad de aquel que "*suae mentis non sit*", como es el caso del demente o del *infans*<sup>80</sup>. Dentro de esta noción general de *culpa*, la Jurisprudencia procedió a especificar dos diversos y más específicos elementos subjetivos: el dolo (*dolus*) y la culpa (*culpa*)<sup>81</sup>, entendida esta última en un sentido distinto del general, identificable, como se acaba de señalar, con culpabilidad.

Frente al *dolus*, que se refería a la intención maliciosa, la *culpa* alude, por el contrario, a la circunstancia de que el daño ha sido ocasionado porque el autor del mismo no ha tenido un comportamiento conforme a criterios objetivos de diligencia típicos del *bonus pater familias*<sup>82</sup>. La conducta se considera reprobable en cuanto se separa de un modelo de comportamiento alternativo, que el sujeto podría tener o debía de atender, y que se encontraba inspirado por criterios objetivos de diligencia<sup>83</sup>. Por ello, no habrá culpa si el agente observó *omnia quae oportuit*, o si de cualquier modo el daño sucedió por causas de fuerza mayor, no encontrándose en poder del demandado orientar de forma distinta el curso de los acontecimientos, como por ejemplo ocurre en el caso de la nave arrojada por la tempestad contra una embarcación ajena, o del carro que, empujado por el que le precedía hubiese arrollado a un esclavo, o del viento que, surgido de improviso, hubiese extendido el fuego con que se quemaban los rastrojos del campo del vecino<sup>84</sup>.

En cuanto a la denominada concurrencia o concurso de culpas, que en Derecho moderno se produce cuando el daño se lleva a cabo por la culpa concurrente del ofensor y la víctima<sup>85</sup>, se suele citar como posible ejemplo para investigar el pensamiento jurisprudencial romano en la materia, D. 9.2.11.pr.<sup>86</sup>.

El caso planteado en el fragmento hace referencia a la determinación de la culpa en la hipótesis de la muerte de un esclavo a consecuencia del corte recibido en la garganta con la navaja de un barbero que se encontraba afeitándole en un lugar abierto y que, a su vez, fue golpeado mientras le afeitaba por una pelota con la que algunos estaban jugando en los alrededores.

---

47.10.15.46.

80 Vid. D. 9.2.5.2.

81 Cfr. *Gai.* 3.211.

82 D. 9.2.31.

83 Vid. al respecto, por ejemplo, D. 9.2.7.2, D. 9.2.31, D. 9.2.8.1, D. 9.2.30.3. También la *infirmitas* (falta de idoneidad física) o la *imperitia* (incapacidad técnica) pueden dar lugar a *culpa* cuando el sujeto agente no pudiese observar de cualquier modo en aquél contexto un comportamiento distinto del llevado a cabo, siendo localizable la ausencia de diligencia en este caso en el hecho de no haber entendido que la propia inhabilidad podía resultar peligrosa para otros y aún a pesar de ello haber emprendido una cierta actividad: vid. D. 9.2.8.1.

84 Vid. D. 9.2.30.3; D. 9.2.29.4; D. 9.2.52.2; D. 9.2.29.2.

85 Dándose lugar a la denominada compensación de culpas, que fue desconocida en Derecho romano, y mediante la cual el resarcimiento puede venir proporcionalmente reducido en relación al grado de incidencia de la culpa de la víctima.

86 Además del texto indicado, CORBINO, op. cit., p. 188 ss., también se refiere a otros dos más: D. 41.1.54.2 y D. 9.2.9.4. Excluye expresamente el último de los fragmentos citados como posible caso de concurso de culpas VALDITARA, op. cit., p. 40.

En dicho texto se contienen las opiniones de tres juristas de diferentes épocas: Mela, que se limita a señalar que quedará sujeto a la ley Aquilia aquél por cuya culpa suceda el evento lesivo; Próculo, que atribuye la culpa al barbero por colocar la silla para afeitar en un lugar abierto en el que se acostumbraba a jugar y existía tráfico frecuente; y Ulpiano, que, sin negar que Próculo pudiese tener razón, introduce la duda de que la responsabilidad de lo sucedido pudiese imputarse a la misma víctima, presuponiendo en ésta el conocimiento del riesgo y, por tanto, su aceptación. La discusión jurisprudencial sigue una lógica que tiende a identificar entre los posibles –lo que no siempre resultaría factible<sup>87</sup>– al responsable de la actividad dañosa al que se imputaría el evento, resolviéndose el concurso de culpas con un juicio de prevalencia.

#### IV. PRECISIONES EN TORNO AL OBJETO DE LA ACCIÓN LESIVA Y A LA ESTIMACIÓN DEL DAÑO

Como ya se ha indicado, tanto las disposiciones del capítulo primero de la ley Aquilia, como las del tercero, se encuentran referidas a la realización de una acción material contra un objeto físicamente determinado.

Así, en el capítulo tercero se contemplan determinadas formas de agresión realizadas frente a cualquier bien que tenga una individualidad corpórea, y en el capítulo primero, más limitadamente, los casos de *occisio* de *servi vel servae* y *quadrupes vel pecudes*<sup>88</sup>. Todo ello porque ambos capítulos se encontraban dirigidos específicamente a tutelar la propiedad, y la condena conducía a una *aestimatio rei*.

Estas circunstancias, unidas a la presencia del principio "*liberum corpus non tollit aestimationem*"<sup>89</sup>, dieron lugar a que las acciones lesivas dirigidas a la integridad física de una persona libre, por el contrario, no entrasen en el ámbito de aplicación de la ley.

La aludida presencia del principio citado, la influencia de la disciplina prevista para los casos más graves de agresión a la integridad personal<sup>90</sup>, y la concepción exclusivamente

87 Vid. al respecto D. 9.2.45.3.

88 Respecto a la precisión de los animales que integraban la categoría de los *quadrupes vel pecudes* se planteó algún problema interpretativo por parte de la Jurisprudencia romana. Con la expresión *quadrupedis pecus* se alude a los animales de cuatro patas que se encuentran en rebaño, como es el caso de las ovejas, las cabras, las vacas, los caballos, los mulos y los asnos, discutiéndose si los cerdos podían formar parte de la categoría del *pecus*. Quedaban, sin embargo, excluidos de la aplicación del primer capítulo los perros –quizá por el hecho de que, aún a pesar de ser animales domésticos, usualmente no vivían en rebaño– así como los osos, leones y panteras. Los camellos y elefantes que fuesen utilizados con funciones de tiro y carga, a pesar de tener la consideración de salvajes, también podrían ser objeto del primer capítulo. Vid. D. 9.2.2.2 y I.J. 4.3.1.

89 Vid. D. 9.1.3; D. 9.3.1.5.3; D. 9.3.7; D. 14.2.2.2; D. 50.17.106; D. 50.17.176.1.

90 El homicidio de una persona libre se encontraba penalizado en las antiguas leyes del rey Numa, estableciendo no ya una sanción económica, sino obligando a los parientes del asesinado a ejercitar la venganza. Las heridas graves inferidas daban lugar en la época de las XII Tablas al talión (cfr. *Gai.* 3.223; *Gell.* 20.1.14). Para la simple *ossis fractio* se preveía una pena de 300 ases (*Coll.* 2.5.5), y para los golpes la de 25 ases (*Gai.* 3.223; *Gell.* 20.1.12; *Coll.* 2.5.5). Posteriormente las agresiones a la integridad de una persona libre se incluyeron en el ámbito de la *actio iniuriarum*, en la que, antes que las características de naturaleza patrimonial, tenía importancia la ofensa moral ocasionada a un *pater familias* o a uno de sus familiares. Para el homicidio se previó posteriormente un castigo público especial a consecuencia de su absorción exclusiva en la esfera de los *crimina*, al entender que el homicida atentaba contra

patrimonial del esclavo, condicionaron el planteamiento aquiliano, haciendo al mismo tiempo que las lesiones menores perpetradas por daños a la persona libre siguiesen un camino distinto del previsto para la agresión a un esclavo<sup>91</sup>.

Producido el daño aquiliano y determinada su imputabilidad al sujeto correspondiente según los criterios establecidos en la ley, se procedería a establecer el valor que debía constituir el objeto de la condena.

Tanto en la acción ejercitada *ex capite primo*, como en la *ex capite tertio*, la estimación del daño, como es sabido, se realizaba según los parámetros fijados por la propia ley de forma diferente en cuanto al arco temporal a tomar en consideración para efectuar la liquidación del bien dañado: el *plurimum* –es decir, el valor máximo de mercado, recogido expresamente en el primer capítulo, y a partir del jurista Sabino, para el tercer capítulo– que la cosa hubiese alcanzado durante el año precedente para el primer capítulo, y en uno de los treinta días anteriores al daño para el tercero, respectivamente<sup>92</sup>.

La razón de ser de esta diferencia en cuanto al distinto arco temporal utilizado a los efectos de valoración del daño –un año para el primer capítulo, y treinta días para el segundo– encontraría su explicación, según un sector de la doctrina, en la necesidad de tener en cuenta las variaciones estacionales del bien destruido en el caso de los siervos y *pecus* del primer capítulo, dado que el precio de dichos bienes podría variar notablemente con ocasión de eventos particulares, como la siembra, la cosecha, la vendimia, etc.<sup>93</sup>.

Por lo que se refiere a la elección del término de treinta días en los supuestos regulados por el capítulo tercero de la ley Aquilia, se ha pensado que la misma se habría realizado de manera meramente convencional, y que habría que conectarla con el intento de establecer una relación con el término del año contemplado para el primer capítulo. Conformando las heridas provocadas a los esclavos o animales –que era uno de los casos contemplados en el referido capítulo tercero– una hipótesis de menor gravedad frente a la muerte de los mismos, se quería restringir a aquel período estacional en que el acto ilícito se había realizado la medida de la condena para atenuar eventualmente la *condemnatio* en el caso de que las mencionadas heridas no hubiesen sido provocadas en uno de los periodos de mayor necesidad del bien y, por consiguiente, de mayor coste económico para reemplazarlo; mientras que si, por el contrario, las heridas se hubiesen causado en uno de estos momentos de mayor necesidad, ello determinaba para el propietario del bien consecuencias económicas

---

un elemento integrante de la misma *respublica* –el *populus*– y amenazaba gravemente la paz social.

91 VALDITARA, op. cit., p. 42.

92 Según CORBINO, op. cit., p. 193, otra diferencia importante, aparte de la indicada, se encontraría en la circunstancia de que el objeto mismo de la valoración aparecía indicado en el primer capítulo con el término "*id*", mientras que en el tercero se utilizaba la expresión "*ea res*", de lo que este autor deduce, op. cit., p. 194 y 201, la importante conclusión de que, mientras que el *damnum* coincidiría en el primer capítulo con el valor del bien, de la "cosa" (esclavo o animal) objeto de aquel, para el tercer capítulo, dicho *damnum* podía, en cambio, coincidir con el valor de la cosa (si la misma resultase destruida), o no (cuando la cosa no fuese destruida, sino que solamente disminuyese su valor económico, como por ejemplo sucedía cuando la acción lesiva hubiese comportado no la *occisio*, sino la herida o mutilación del esclavo o del animal).

93 Vid., VALDITARA, op. cit., p. 43, con bibliografía cit., en nt. 34.

no muy distintas de la muerte, justificando en tal caso una sustancial paridad de tratamiento con el supuesto previsto en el primer capítulo<sup>94</sup>.

Aún manteniéndose fijos los parámetros del año y del mes recogidos en el primer y tercer capítulo de la ley como referentes a efectos de valoración del bien dañado, la doctrina ha puesto de manifiesto la existencia de una evolución respecto a los posibles criterios seguidos con carácter general por los juristas romanos para realizar la estimación del daño objeto de la condena<sup>95</sup>.

En un primer momento, el criterio de valoración utilizado se concretaría en el cálculo exclusivo del valor de mercado del *corpus* dañado durante el periodo de tiempo indicado por la ley, sin consideración alguna al posible interés del sujeto dañado, reflejando un desarrollo apenas esbozado respecto al sistema de la pena fija testimoniada todavía en la ley de las XII Tablas en materia de daño material de un bien ajeno respecto a las diversas hipótesis de *ossis fractio* de un esclavo o de la tala de árboles.

En este contexto, la valoración del daño, referida al mero valor del *corpus* dañado o destruido<sup>96</sup>, no se dejaba a la libre apreciación del juez, sino que esquemáticamente aparecía representada por el *pretium corporis*, lo cual se correspondía perfectamente con el presupuesto mismo de la tutela aquiliana, dirigida a proteger la propiedad de determinados bienes en su integridad material.

No obstante, hacia finales del siglo I e inicios del II d.C., por obra de diversos juristas se insinuó una *interpretatio* evolutiva que, respetando formalmente los *verba legis* permitía realizar una valoración indirecta de la *utilitas* del dañado. Quedando firme el recurso a una *aestimatio rei* se procedía a valorar el precio del bien destruido o dañado teniendo en cuenta la utilidad que el mismo tenía para su *dominus*, estimando de esta forma todos aquellos *commoda* que la disponibilidad de aquel bien en su integridad material habría garantizado a su propietario. El punto de partida de la valoración, en cualquier caso, era el *pretium corporis*, al que se añadía una entidad que las fuentes clásicas indicaban como *causa rei*, que representaba el valor ulterior que ese bien tenía para su propietario, la *utilitas domini*<sup>97</sup>.

---

94 VALDITARA, p. 43. Este autor entiende que, tanto sobre la limitación del ámbito de referencia de la estimación del bien al plazo de treinta días anteriores al daño, así como sobre la determinación de omitir la mención al *plurimi* (valor máximo del objeto o animal) en el tercer capítulo de la ley, debieron influir consideraciones ligadas a la diversidad de los bienes protegidos dentro de dicho capítulo: esclavos y *pecudes* por una parte, y todos los demás bienes valorables económicamente por otra. En su opinión, la ausencia del *plurimi* derivaba del hecho de que para gran parte de los bienes protegidos que no entraban en la categoría de los *servi* y *pecudes* la referencia a un mayor valor no habría tenido ningún sentido, puesto que, no siendo el valor de tales bienes correlativo a eventos estacionales, normalmente no debían sufrir variaciones periódicas en su precio.

95 Seguimos la exposición realizada al respecto por VALDITARA, op. cit., p. 44 ss.

96 Criterio éste que parece conservarse todavía en época de Labeón, como quizá puede deducirse de D. 9.2.27.35.

97 Se procedía a la valoración del denominado "precio formal" del bien, identificable con el valor que el mismo tenía para el concreto propietario, partiendo siempre del precio del *corpus* dañado como valor base, al que se añadían eventualmente las *causae corpori cohaerentes*, que pretendían identificar la utilidad ulterior del bien en el caso específico. Mediante la utilización de este criterio, por ejemplo, en el caso de muerte de un esclavo instituido heredero, el valor de la *hereditas* sería la causa que accedía al valor del *corpus*.

En aquellas hipótesis en que el interés del propietario del bien dañado fuese inferior al *pretium corporis*, el valor del *corpus* probablemente también coincidiría con el valor liquidable, siendo, por tanto, la *summa condemnationis* superior al daño efectivamente sufrido, justificándose tal circunstancia quizá por el carácter penal de la acción aquiliana<sup>98</sup>.

Mediante el señalado criterio innovador se tendió a efectuar una valoración de conjunto de la posición del *dominus* respecto al bien dañado, concibiendo éste no de manera estática, sino en el ámbito de una consideración patrimonial más amplia, que reconocía en el bien una función instrumental y lo consideraba dinámicamente como posible objeto de una serie de relaciones posteriores. A partir de esta concepción se insinuaron en la valoración del daño aquiliano, a través de la *causa rei*, dos nuevas entidades, que son las que los juristas medievales identificaron con los términos de "daño emergente" –disminución o depreciación patrimonial– y "lucro cesante" –previsible ganancia patrimonial no conseguida–<sup>99</sup>.

La gran conquista de la Jurisprudencia de la época trajano-adrianea consistió en plantear como objeto de la *aestimatio* aquiliana el daño sufrido por el *dominus rei*. De esta forma, aún con la vinculación de la estimación al *plurimum* en el tiempo anterior y con la obligación de valorar en todo caso el *pretium corporis*, el daño, de presupuesto para la concesión de la acción, y de objeto de la liquidación judicial en la forma esquemáticamente representativa del *pretium corporis*, se convirtió en objeto directo de la estimación judicial. Todo ello, posiblemente, a consecuencia de la transformación del remedio aquiliano, concebido ahora no sólo como dirigido a castigar a quien atentase contra la propiedad ajena, sino también como elemento reipersecutorio, tendente a resarcir el daño ocasionado por el ilícito.

Progresivamente se fue imponiendo el criterio del interés a la integridad del bien, el *id quod interest* –quizá originariamente representado, al menos para algunos juristas, en la forma de la *utilitas actoris*–, en materia de estimación de daños como elemento decisivo para la determinación de la *summa condemnationis*.

A partir de la época severiana se debió entender la fórmula *quanti is homo in eo anno plurimi fuit* en el sentido de *quanti interfuit nostra eum hominem non esse occisum*<sup>100</sup>, planteando el interés como objeto inmediato y directo de la *aestimatio* aquiliana del capítulo primero, sin que la misma estuviese necesariamente ligada a una *aestimatio rei*. Igual evolución se seguiría también mediante la interpretación operada en la cláusula condenatoria del tercer capítulo de la ley.

98 Según CORBINO, op. cit., p. 195 ss., la idea de que en los casos contemplados en el capítulo tercero de la ley el dañado obtuviese siempre una sanción que englobaba –con las eventuales ventajas ulteriores del *plurimum*– el valor total de la cosa, no puede aceptarse. En su opinión, como demostrarían una serie de textos, la *aestimatio ex capite tertio* atendió siempre al *damnum* y no a la cosa. La expresión "*ea res*" contenida en el capítulo se refería, en su opinión, a la lesión producida, que podría ser coincidente con el valor de la cosa, o con el distinto valor correspondiente al menor o mayor *damnum* sufrido de forma concreta por el propietario a continuación de la acción lesiva –*urere, frangere, rumpere*– sobre la cosa.

99 Cfr. Para posibles ejemplos de los mismos presentes en las fuentes romanas: *Gai.* 3.212 y D. 35.2.63.pr.

100 Vid. D. 9.2.21.2.

El criterio del *id quod interest* aparece significativamente unido por Ulpiano en D. 9.2.21.2 y D. 9.2.21.pr. a la *aestimatio damni*, considerando este jurista que el primero se presenta como medio para realizar la segunda, anticipando de esta forma la moderna visión resarcitoria, por tender al resarcimiento del daño efectivamente sufrido. El interés se concretaba en la diferencia entre la que habría sido la situación patrimonial del dañado en caso de no haber sufrido el ilícito, y la situación determinada a causa del mismo.

Al final de la época clásica se encontraban fijadas las premisas para llevar a cabo la superación de la concepción de la acción aquiliana como remedio dirigido a tutelar la propiedad, insinuándose a partir de entonces la idea de que dicho remedio procesal condujese a una protección más amplia del patrimonio. No obstante, el criterio temporal establecido en cuanto a la necesaria valoración del bien dañado en referencia al año o al mes anterior al momento en que el daño se produjo, así como su condicionamiento al mayor valor alcanzado (*plurimum*) en esos períodos temporales, impidieron en algunas circunstancias limitar la liquidación de los daños al perjuicio económico realmente sufrido.

## V. LA EXTENSIÓN DE LA TUTELA AQUILIANA EN MATERIA DE DAÑOS MEDIANTE LA INTERVENCIÓN PRETORIA

Como ya hemos avanzado a lo largo de este trabajo, también el pretor tuvo una importante intervención en esta materia, contribuyendo a fijar y ampliar el régimen del daño injustamente causado, completando con su actividad las disposiciones establecidas por derecho civil. Mediante la concesión de acciones pretorias, el pretor otorgó protección a determinados particulares que habían sufrido un daño, pero que por diversas razones no podían ejercitar directamente la *actio legis Aquiliae*<sup>101</sup>.

Dicha tutela pretoria, cuyo momento concreto de inicio se desconoce<sup>102</sup>, aparece identificada en las fuentes con dos posibles remedios procesales: las acciones útiles y las acciones *in factum*.

La acción útil habría sido pensada para casos en los que el supuesto en cuestión presentase elementos de analogía con la previsión legislativa, como el hecho de encontrarse en presencia de un daño "aquiliano" que se causase no ya al propietario, sino al titular de un *ius in re aliena*<sup>103</sup>, o de un daño al propietario, que sería "aquiliano" desde el punto de vista del sujeto tutelado, pero no "aquiliano" desde la óptica de la conducta lesiva, y ello porque, o bien ésta no podía considerarse un *occidere*, o porque el evento, concretándose en un comportamiento omisivo, no podía considerarse como consecuencia cierta y directa de aquella conducta<sup>104</sup>.

101 A esta posibilidad se alude con carácter general, por ejemplo, en D. 19.5.11 y D. 9.2.33.1.

102 Las noticias que de tal tutela pretoria nos proporcionan las fuentes se pueden localizar a partir del siglo I a.C. Ofilio es el jurista más antiguo al que se atribuye haber prestado atención a la posibilidad de conceder una acción pretoria en el supuesto recogido en D. 9.2.9.3. Vid., además D. 19.5.23, donde Alfenio –discipulo de Servio Sulpicio Rufo, al igual que el propio Ofilio– también plantea la posibilidad de ejercitar una *actio in factum*.

103 Sobre la tutela *utilis* de los *iura in re aliena* vid.: D. 7.1.17.3, D. 9.2.11.10, D. 9.2.12, D. 9.2.27.32.

104 Vid. Al respecto *Gai.* 3.219, donde éste jurista, en referencia al daño causado al propietario, señala diversas hipóte-

La acción *in factum* habría completado la tutela en los casos en que el elemento de analogía se encontrase constituido solamente por la presencia de un *damnum* al propietario o al poseedor, fuera de los presupuestos aquilianos, teniendo, por consiguiente, un campo de aplicación residual. Así, en cuanto al capítulo primero de la ley, dicha acción se otorgaría cuando la muerte no pudiese considerarse como consecuencia o causa cierta de la acción, existiendo al respecto dudas que habría que resolver mediante la correspondiente investigación judicial<sup>105</sup>. Por lo que se refiere al tercer capítulo, se recurriría a la *actio in factum* cuando el efecto de la acción lesiva no pudiese considerarse como daño aquiliano, porque dicho daño, o bien no se sustanciaba en una corrupción de la cosa –no hay "*corrumpere*" porque la cosa no ha sido destruida–, o no era directo o actual –no podía considerarse "*datum*"–, o finalmente porque dañando una relación actual e inmediata con la *res*, sin embargo no dañaba una posición jurídica que tenía reconocimiento civil –el daño, aún cumpliendo los presupuestos objetivos establecidos por la ley, no fue ocasionado al propietario, ni al titular de un derecho real sobre la cosa distinto de la propiedad, sino al poseedor de la misma–<sup>106</sup>

---

sis en las que la acción lesiva –la conducta– no entra dentro de la previsión legislativa, o, por el contrario, sí entra, porque en estos casos el evento puede entenderse como consecuencia directa de la conducta. Entre los diversos textos recogidos en las fuentes, relativos a la tutela *utilis* del propietario, vid. en materia del capítulo primero de la ley los siguientes: D. 47.2.51, D. 9.2.25.pr.-1, D. 47.8.2.20; para el tercer capítulo: D. 9.2.30.2, D. 9.2.27.9.

105 CORBINO, op. cit., p. 226, resalta que es precisamente en el caso de la muerte ocasionada en el que probablemente se plantea la dificultad de los intérpretes para poder distinguir con precisión cuándo procede la tutela *utilis* y cuándo la *in factum*. Este autor señala al respecto que existen determinadas hipótesis en las que no produciéndose una muerte violenta –frente a aquellas en las que sí la hay, y a consecuencia del *coedes* (muerte violenta considerada como segura consecuencia de la conducta que la ha causado) procedería la acción directa– no se acuerda siempre la misma acción: en algunos casos se concede la *utilis* –muerte producida *fame* en el caso tratado por Labeón en D. 47.8.2.20, y citado por Gayo en 3.219– o la *in factum* –opinión de Neracio, recogida en D. 9.2.9.2–; y en otras ocasiones, las soluciones opuestas parecen hacer referencia a los mismos casos, como por ejemplo sucede en D. 9.2.29.7 y en D. 47.8.2.20. Según CORBINO, op. cit., p.228, para resolver estas dificultades, hay que tener en cuenta que entre la situación del daño directo y ciertamente causado, y el daño cuya causa es dudosa, que justifican respectivamente el ejercicio de la acción directa en el primer caso, y de la acción *in factum* en el segundo, se situaría la que genera la acción útil, en la que la conducta ha sido causa cierta pero no directa del evento, como por ejemplo ocurre cuando la muerte causada *fame* a animales y esclavos recludos.

106 Para la tutela *in factum* relativa al primer capítulo de la ley Aquilia, vid.: D. 9.2.7.6, D. 9.2.9.pr., D. 9.2.9.2-3, D. 9.2.29.7. Respecto al tercer capítulo vid.: D. 19.5.23, D. 41.1.55, D. 9.2.27.14, D. 9.2.27.21, D. 9.2.41.pr, D. 4.3.7.7, D. 19.5.14.pr.-2, D. 47.2.50.4, *Coll.* 12.7.8, *Coll.* 12.7.4-5, D. 9.2.29.5, D.9.2.27.35, D. 19.5.14.1, D. 19.5.14.3, D. 9.2.11.5, D. 9.2.17.pr.