

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**LA CAUSALIDAD AQUILIANA. CONEXIÓN CORPORE SUO-
DAMNUM DARE: GAYO 3,219; ULP. (18 AD ED.) D. 9,1,1,7; IJ
4,3,16**

**THE AQUILIAN CAUSALITY. CONNECTION CORPORE SUO-
DAMNUM DARE: GAYO 3,219; ULP. (18 AD ED.) D. 9,1,1,7; IJ
4,3,16**

Armando Torrent
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Entre los requisitos para el ejercicio de la *actio legis Aquiliae*¹, además de la *iniuria*² se requería el *damnum corpore datum* subsumible en la *culpa* aquiliana tal como definió el concepto de *culpa* Q. M. Scaevola³, pero la noción de *iniuria* como conducta contraria a derecho que engendraba responsabilidad basada en un hecho del agente causante del daño ya era conocida desde las XII Tablas⁴, cuyos preceptos recogidos en otras leyes intermedias según Ulp. D. 9,2,1 pr.⁵ fueron derogadas por la ley

¹ Sobre el contenido de la *lex Aquilia* vid. H. HAUSMANINGER, *Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia*, (Wien 1987); sobre su estructura penal vid. con lit. T. FINKENAUER, *Pönale Elemente der lex Aquilia*, en *Ausgleich oder Buße als Grundproblem des Schadensersatzrechts vor der lex Aquilia bis zur Gegenwart. Symopisum H. Hausmaninger*, (Wien 2017) 35-71.

² Vid. M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, (Milano 2002); P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano tra iniuria e damnum corpore datum*, (Padova 2010).

³ Vid. con fuentes y lit. TORRENT, *Aproximación al concepto de culpa ex lege Aquilia. Paul. (X ad Sab.) D. 9,2,31 y 9,2,28*, de próxima publicación en L. GAGLIARDI, *Antologia giuridica romanística e antiquaria*, (Milano 2018).

⁴ Vid. D. PUGSLEY, *Damni iniuria*, en *TR* 36 (1968) 321 ss.; P. I. CARVAJAL, *La función de la pena por la "iniuria" en la ley de las XII Tablas*, en *Revista de estudios histórico-jurídicos. Sección de derecho romano*, 35 (2013) 151-178, publicada en Chile, como igualmente Id., *Apuntes sobre la injuria en las XII Tablas y su transmisión textual*, en *Revista chilena de derecho*, 40 (2013) 727-742; Add. Con lit. y fuentes G. BASSQNELLI SOMMARIVA, *Ancora sull'iniuria nella legge delle XII Tavole*, en *Scritti Corbino*, 1 (Tricase 2016) 168-192.

⁵ Ulp. (18 ad Ed.) D. 9,2,1 pr.: *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit; quae leges nunc referre non est necesse.*

Aq. dando lugar a una laboriosa evolución de la *culpa* como nexos causal del *damnum* que adquirió un cierto perfil unitario en la ley o plebiscito aquiliano⁶ (por comodidad de citación siempre la citaré como ley), presumiblemente del 286 a. C. derogando todas las leyes anteriores (D. 9,2,1, pr. Ulp: 18 *ad Ed.*⁷) que fue evolucionado desde su tenor primitivo⁸ a través de sucesivas ampliaciones en la jurisprudencia de los *veteres* y la *iurisdictio praetoria*⁹ hasta llegar a la codificación justiniana. La *iniuria* en las XII Tab. era vista como un delito doloso que daba lugar a una *poena privata* impuesta al autor del daño dirigida a reparar los daños causados *cum iniuria (sine iure)*.

Me fijaré especialmente en los caps. I y III de la lex Aq. que regulaba la responsabilidad del que ha destruido o dañado de manera ilícita (*cum iniuria*, sin tener derecho a ello) los bienes ajenos a través de Gayo 3,210, 217 y 218, regulando la ley Aq.

⁶ Vid. C. AEDO, *El problema del concepto de la culpa en la lex Aquilia, una mirada funuional*, en *Revista de derecho (Chile)*, 27 (2014) 27-57.

⁷ D. 9,2,1 pr. *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit; sive duodecim tabulis sive alia quae fuit; quas Leges nunc referre non est necesse*. 1. *Quae kex Aquilia plebiscitum est, cum Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit*. Vid L. DESANTI; *La legge Aquilia tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, (Torino 2015) 3-9 que aporta los materiales decenvirales que luego derogaría la lex Aq.

⁸ Vid. G. CARDASCIA, *La portäee primitive de la loi Aquilia*, en *Daube noster*, (Edinburgh-London 1974) 63 ss.: C. A. CANNATA, *Sul testo de la lex Aquilia e la sua portata originaria*, en L. VACCA (cur.), *La responsabilità civile nella prospettiva storico-comparatistica*, (Torino 1995)

⁹ Vid. A. CORBINO, *Il dettato aquiliano. Tecniche legislative e pensiero giuridico della media Repubblica*, en *Studi Labruna*, II (Napoli 2007) 1127-1140.

una minuciosa casuística sobre el delito de *damnum iniuria datum* tenida en cuenta por los *veteres* y la *iurisdictio praetoria*, en cierto grado modificada por los comisarios justinianeos, recibida en el *ius commune* medieval por glosadores y comentaristas, en la Edad Moderna por el iusnaturalismo racionalista precursor de los Códigos¹⁰ que ha llegado a los códigos de la Edad contemporánea: el C. c. francés de 1804, el ABG austríaco de 1811, el C. c. holandés de 1838, el C.c. italiano de 1865 y el posterior de 1942, el C. c. español de 1889, y el BGB de 1900. Como señala Ankum¹¹ es indudable que la *lex Aq.* constituye una de las bases históricas esenciales de los artículos de los códigos civiles modernos que regulan la responsabilidad civil referente a los actos ilícitos. Estas bases romanísticas constituyen el sustrato de la conciencia jurídica europea común¹² de lo que hoy llamamos familia de derecho romano-germánico, y no cabe duda que el derecho romano está a la base del derecho europeo¹³ imponiendo la necesidad de los estudios romanísticos y el análisis comparativo de los derechos nacionales europeos para llegar a la unificación jurídica de los

¹⁰ Vid. TORRENT, *El iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII precursor de los códigos en la secuencia de fundamentos del derecho europeo*, (Madrid 2016).

¹¹ H. ANKUM, *El carácter jurídico de la "actio legis Aquiliae" en el derecho romano clásico*, en *Revista jurídica de Asturias*, 10-11 (1987-88) 4.

¹² Vid. TORRENT, *Fundamentos del derecho europeo. Ciencia del derecho romano-ius commune-deecho europeo*, (Madrid 2007) 69-72, 127-129,

¹³ TORRENT, *Fundamentos*, 346 ss.

países miembros de la Unión Europea¹⁴ auspiciada desde el Tratado de Roma de 1957 para la que trabajamos con ahínco romanistas y civilistas, y que podría estar más cercana si tenemos en cuenta que con el famoso “Brexit”, que marca la separación del Reino Unido de la UE, acaso la facilite al eliminar la divergencia ente el “civil law” (“case law”) británico y el derecho continental europeo de inmediata componente codicística, tema que pone de relieve Alfonso Murillo¹⁵.

El concepto de *damnum iniuria datum* preconizado por la *lex Aq.* pone en primer plano la *iniuria* para calificar los resultados lesivos sufridos por personas, esclavos, animales, *res inanimatae* creando una *obligatio* entre el propietario de la *res laesa* derivada de comportamientos englobados en *occidere, frangere, rumpere, urere* con las subsiguientes pérdidas económicas, y el causante del daño que en las XII Tab. tenía una carga objetiva obtemperada en la evolución postaquiliana por la ampliación del concepto de *culpa*¹⁶ con matices subjetivos *que* constreñía al agente del daño, por comodidad de citación también se le puede llamar deudor, que técnicamente lo es, pues se ve

¹⁴ Vid. TORRENT, *Derecho romano, derecho comparado y la unificación jurídica europea*, en *SDHI* 76 (2010) 594 ss.

¹⁵ A. MURILLO VILLAR, *¿Para qué sirve el derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI*, (Santiago de Compostela 2018) 168 ss.

¹⁶ Cfr. AEDO, *La interpretación jurisprudencial extensiva a damno los verbosrectores de la lex çAquiliana de damno*, en *Ius et Praxis*, 17 (2011) 1-30.

obligado en las circunstancias previstas en la ley Aq. a reparar el daño sufrido por otro creando lo que se llamará más tarde responsabilidad extracontractual. El *sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit*, apunta a que en época decemviral y en la inmediate posterior ya había obligación de reparar el *damnum*, siendo las primeras hipótesis contempladas la muerte y lesiones a esclavos y *pecudes* que en el lenguaje primitivo apuntaba a los cuadrúpedos, es decir reprimiendo conductas típicas sancionadas con una pena fija. La ley Aq. amplió el catálogo de daños a partir de la muerte (cap. I, *occidere*) de un esclavo o un animal añadiendo nuevas conductas dañosas a las previstas en las XII con pena fija prevista en el cap. I con una pena que podía pedir el propietario lesionado igual al mayor valor que tuviera el esclavo o animal (*pecus*) muerto ilícitamente durante el año anterior a su muerte. El cap. III tipificó nuevas conductas dañosas: la lesión (*vulneratio*) ilícita de un escavo o ganado y la destrucción o deterioro de bienes materiales ajenos mediante *urere* (quemar), *frangere* (quebrar, mutilar), *rumpere* (destrozar, convertir *la res laesa* en inservible para su uso corriente), fijándose desde Sabino el valor máximo que hubiera tenido la cosa en los 30 días anteriores a la lesión¹⁷, preceptos aquilianos que añadieron un nuevo problema a la ciencia romanística: la *aestimatio damni*. Todos estos eventos lesivos han

¹⁷ ANKUM, *Quanti ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisième chapitre de la lex Aquilia: un fantasme florentin*, en *Mélanges Ellul*, (parís 1983) 180-181.

planteado graves problemas de interpretación¹⁸ siendo explicados siguiendo la teoría de la causalidad por la jurisprudencia y la *iurisdictio praetoria* que desde un plano procesal amplió los supuestos de aplicabilidad de la *lex Aq.* mediante *actiones utiles* y *actiones in factum*¹⁹. De todos modos, cualquier problema relacionado con la *lex Aq.* sigue siendo discutidísimo en la doctrina moderna²⁰.

Partiendo de aquellos cuatro perfiles de *damnum*, Albanese²¹ consideró que la jurisprudencia superó los límites impuestos por los *verba legis* para describir la actividad dañosa desarrollando una amplia perspectiva de responsabilidad predicada en términos de *iniuria* hasta la más refinada perspectiva de *culpa*, pasando desde una *aestimatio damni* basada sobre el precio de mercado del objeto del daño a la valoración en ocasiones del interés jurídico dañado.

Originariamente la causalidad requería que la actuación dañosa antijurídica²² fuese ejecutada de modo físico, material,

¹⁸ Vid. E. BEINART, *The relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia*, en *Studi Arangio-Ruiz*, I (Napoli 1952) 279-303.

¹⁹ Vid. C. ARNÒ, *Actio in factum accommodata legi Aquiliae*, en *Peri il XIV Centenerio della codificazione giustiniana*, 2 (Pavia 1935) 31 ss.

²⁰ Vid. lit. en TORRENT, *Aproximación*, cit.

²¹ B. ALBANESE, rec. a G. VALDITARA, *Superamento della aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, (Milano 1992), en *IVRA* 43 (1992) 244.

de propia mano por el agente del daño²³ que las fuentes definen actuación *corpore suo*. Esta lectura ha suscitado el interés de la ciencia romanística que trata de analizar el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el *damnum* efectivamente causado que da origen a la responsabilidad extracontractual. En esta sede me propongo afrontar el nexo de causalidad²⁴ entre la actividad lesiva y el daño efectivamente causado. Escribe Corbino²⁵ que el nexo de causalidad era el problema más difícil con el que debía medirse la jurisprudencia en materia de actividad lesiva, sobre todo en consideración de la naturaleza penal de la sanción y de la carga procesal de *non infitiare* puesto a cargo del demandado, que si desde un cierto punto de vista le ponía en desventaja, por el contrario le favorecía en presencia de una incierta valoración de su posición deudora ante el adversario.

La doctrina mayoritaria antigua y reciente entiende que originariamente la causalidad requería que la actuación dañosa antijurídica fuese ejecutada de modo físico, material, de propia

²² Vid. CORBINO, *Il danno qualificato e na lex Aquilia. corso di diritto romano*², (Padova 2008); Id., *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito Aquiliano*, en SDHI 75 (2009) 77-111; CURSI, *Danno e responsabilità extracotrrattuale nella storia del diritto privato*, (Napoli 2010).

²³ Vid. A. BIGNARDI, “*Frangere*” e “*rumpere*” nel lessico normativo della “*interpretatio oprudentium*”, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Ricerche Gallo*, I (Napoli 1997).

²⁴ Vid. K: VISKY, *Die Frage der Kausalität auf Grund des D. 9,2 ad legem Aquiliam*, en RIDA, 26 (1970) 475 ss.

²⁵ CORBINO, *Il danno qualificato*, 109.

mano por el agente del daño²⁶ que Gayo y Ulp. definen *corpore suo damnum dare*. La exégesis de los §§ gayano-ulpianos y de otros juristas contenidos en D. 9,2 bajo la rúbrica *ad legem Aquiliam*, ha suscitado el interés de la ciencia romanística que trata de analizar el nexo de causalidad²⁷ entre la conducta material del agente y el *damnum*²⁸ efectivamente producido, con la correlativa discusión del tipo de responsabilidad previsto en la *lex Aq.*: objetiva? subjetiva? directa? indirecta? inmediata? mediata?, quién responde y de qué modo si el *damnum* lo causa materialmente un factor externo como morir de hambre un esclavo o un animal ajeno encerrados por el deudor; ¿qué ocurre si el daño lo causa efectivamente un tercero *qui damnum iniuria non dedit* impulsado por otro?, ¿cuándo se aplica la *actio legis Aquiliae directa* y cuando las *actiones in factum* y las *actiones*

²⁶ Vid. A. BIGNARDI, "Frangere" e "runmpere" nele lessico normativo nella "interpretatio prudentium", en *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche Gallo*, 1 (Napoli 1997).

²⁷ Han afrontado la causalidad VISKY, *Der problema der Kausalität*, cit., G. MacCORMACK, *Aquilian studies*, en *SDHI* 41 (1970) 9-30; Id., *Aquilian studies*, en *Studi Sanfilippo*, 1 (Milano 1982) 263; D. PUGSLEY, *Causation and confessions in the lex Aquilio*, en *TR* 38 (1970) 163-174; D. NÖRR, *Kausalitäts Probleme im klassischen römischen Recht: ein theoretischer Versuch Labeos*, en *Festschrift Wieacker zum 70. Geburtstag*, (Göttingen 1978) 129 ss.; ANKUM; *Das probleme der überholenden Kausalität im klassischen römischen Recht*, en *Festgabe von Lübtow*, (Berlin-München 1980) 328 ss.; Id., *L'actio de pauperie et l'actio legis Aquiliae*, en *Studi Sanfilippo*, 2 (Milano 1984) 1 ss.; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine. Damnum iniuria datum*, (Bale 1997) 58-69<; ZILLOTTO, *L'imputazione del danno*, cit. 8; A. CORBINO, *Danno qualificato*, 109-143; L. DESANTI, *Legge Aq.* cit., 54 ss.

útiles? Todos estos interrogantes encuentran respuesta no siempre unánime en los juristas romanos que encontramos en D. 9,2, que en general permite estimar que toda la materia aquiliana es un campo idóneo de *ius controversum*, y no menores siguen siendo las controversias suscitadas en la moderna ciencia romanística que se ocupa de *lege Aquilia*. Algún autor como Marton²⁹ entiende que existió un enfoque metodológico ambivalente, que entiende la culpa subjetiva tal como fue desarrollada por los juristas clásicos, y al mismo tiempo objetiva, y Aedo³⁰ desde el punto de vista de distribución de riesgos entiende la culpa como criterio normativo.

En realidad, los textos en que encontramos *corpori suo* explícitamente son: Gayo 3,219 y Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 9,1,1,7 e IJ 4,3,16. Cuando en otras ocasiones es incierto el contacto entre el *corpus* del deudor y el esclavo o el animal ajeno lesionado (I. 4,3,16), no cabía la *actio legis* en *Aquiliae directa*, sino *actiones utiles*, lo que supuso una ampliación pretoria del originario ámbito aquiliano a otros supuestos que iban conformando la

²⁸ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum. Trattazione sulla responsabilita extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia dedamno*, (Bari 2000).

²⁹ G. MARTON, *Un essai de reconstruction du developpement probable du systeme romain de responsabilit  civile, em Mélanges De Visscher = RIDA II (1949) 177 ss.*

³⁰ AEDO, *El concepto normativo de la culpa como criterio de atribución de riesgos. Un análisis jurisprudencia*, en *Rev. Chilena de derecho*, 41 (2014) 705 ss.

responsabilidad extracontractual. En este campo como en tantos otros, se mostró muy fecunda la labor del pretor que teniendo en cuenta las situaciones de hecho fue ampliando la aplicabilidad de la *lex Aq.* mediante *actiones utiles* y *actiones in factum*³¹ ensanchando el campo de la responsabilidad extracontractual o aquiliana como seguimos llamándola en la experiencia jurídica española.

Se comprende así que el tenor originario de la *lex Aq.* aún no se había desenganchado de la tradición jurídica de las XII Tab. que requerían un rígido contacto *corpore corpori* entre el autor del daño y la persona (esclavo) o animal dañado ajenos, elementos esenciales de la economía romana de mediados de la República, en que hay que destacar que la muerte o heridas causadas *sine iure* al esclavo eran lesiones gravísimas que menoscababan el interés del *dominus*, por lo que el causante del daño debía pagar una *poena privata ex lege Aq.* Esto permite entender, como dice Corbino³², que la mayor parte de la romanística haya alcanzado la convicción que los juristas romanos hubieran elaborado una idea absolutamente materialística del nexo de causalidad, teniendo en cuenta los textos en los que el resultado lesivo aparece material y evidentemente connotado por el contacto físico entre deudor y *res* lesionada. El tema es bastante complejo porque la

³¹ Vid. E. VALINO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, (Pamplona 1973).

jurisprudencia romana (Alfeno, Celso, Próculo, Juliano) empezó a distinguir entre destrucción de la cosa y otras hipótesis no destructivas, alargando cada vez más *lege Aquilia tenetur* mediante *actiones utiles* como se observa desde los primeros tiempos clásicos, y probablemente desde la escuela serviana que había aportado una importante renovación jurídica e intelectual en el estudio y aplicación del *ius Romanorum*. Los *auditores Serui* siguiendo la huella de Servio y anteriormente de Q. M. elaboraron algunos principios fijando la aplicabilidad de la *actio legis Aquiliae directa*³³ atenuando la visión del *damnum corpore corpori* que aparece utilizado con referencia a la valoración desde el perfil causal³⁴ de la imputabilidad del daño prevista en los caps. I y III de la *lex Aq.*, que para Piro contra toda la doctrina salvo Corbino³⁵ que no considera suficiente el *corpore suo* de Gayo 3,219 e IJ 4.3.16 para engendrar responsabilidad, no resultaba prevista ni explicable exclusivamente desde la óptica de la causalidad en el texto normativo originario.

³² CORBINO, *Danno qualificato*, (111).

³³ DESANTI; *Legge Aq.*, 54

³⁴ Vid. I. PIRO, *Damnum "corpore suo" dare rem "corpore" possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, (Napoli-Roma 2004) 15-16.

³⁵ CORBINO, *Danno qualificato*, 120 ss., 141.

Todavía hoy se sigue discutiendo la historia y la fecha de nuestra ley³⁶, que desde luego es anterior a la segunda mitad del s. II a. C. puesto que ya la conocía el jurista M. Bruto; si nos fijamos de las menciones de algunas comedias de Plauto tenemos que situarla en una fecha en torno al s. III.³⁷, y como parece reiterado el empleo en el plebiscito aquiliano del término *erus*³⁸, lleva a situarla en los primeros decenios de aquel siglo;

³⁶ Cfr. para los cincuenta años anteriores al 2017 en que escribo estas páginas en el Leopold-Wenger-Institut de la Universidad de Munich, A. BISCARDI, *Sulla data della "lex Aquilia"*, en *Studi in on. Antonino Giuffrè*, I (Milano 1967) 77 ss.; PUGSLEY, *The origins of the lex Aquilia*, en *The Law Quarterly Review* (London) 85 (1969) 50 ss.; S. SCHIPANI; *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, (Torino 1969) 41 ss.; Id., *Lex Aquilia, culpa, responsabilità*, en *Illecito e pena privata in età repubblicana*, "Atti Copanello 1990", (Napoli 1992) 132 ss.; C. St. TOMULESCU, *Les trois chapitres de la lex Aquilia*, en *IVRA* 21 (1970) 191-196; U. v. LÜBTOW; *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, (Berlin 1971) 15 ss.; T. HONORÉ, *Linguistic and social context of the lex Aquilia*, en *The Irish Jurist*, 7 (1972) 15 ss.; G. CARDASCIA, *La portée primitive de la loi Aquilia*, cit.) 63 ss.; J. A. CROOK, *Lex Aquilia*, en *Athenaeum* 62 (1984) 67 ss.; D. NÖRR, *Causa mortis*, (München 1986) 124 ss.; A. BIGNARDI, *Theoph. Par. 4,3,15. Ancora sulla data della lex Aquilia*, en *Annali Ferrara* (n.s. sez. Scienze Giur.), 3 (1989) 3 ss.; C. A. CANNATA, *Delitto e obbligazione*, en *Illecito e pena privata in età repubblicana*, *Atti Copanello 1990*", (Napoli 1992) 32 ss.; Id., *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, en *SDHI* 58 (1992) 195 ss.; Id., *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, en L. VACCA (cur.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, (Milano 1995) 31 s.; VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, (Torino 1996) 5 ss.; F. M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum. Trattazione della responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia di damno*, (Bari 2000) 15 ss.; CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., 147 ss.; PIRO, *Damni corpore suo*, cit., 13 ss.; CORBINO, *Danno qual.*, cit., 58 ss.

³⁷ NÖRR, *Causa mortis*, 127 ss.

³⁸ Cfr. ARNÒ, *Legis Aquiliae actio directa ero competit*, en *BIDR* 42 (1934) 194 ss.

también ayuda a su datación algunas noticias que se leen en la Paráfrasis de Teófilo y en un escolio de Bas. 60,3,1,3-5 (ed. de Scheltema)³⁹ que relacionan nuestro plebiscito con la última gran huelga plebeya rompiendo la convivencia con los patricios en el 286 a. C que es fecha mayoritariamente convenida. Una explicación de la fecha de la *lex Aq.* desde una clave económica ha sido la propuesta por Honoré⁴⁰ sosteniendo que la ley Aq. fue promulgada para defender la propiedad, y si durante mucho tiempo la pena fija para los daños sobre las cosas era conveniente en cuanto la situación económica y consiguientemente el valor del dinero era estable, por el contrario, nuestra ley tuvo que promulgarse en una época de gran inflación como fue la que siguió inmediatamente a la II Guerra Púnica. Coherentemente con esta visión Honoré propone como fecha de la ley su promulgación entre el 207 y el 195 a. C.; la explicación es brillante, pero ya hemos visto los testimonios que retrasan la ley hasta el segundo decenio del s. III, y yo me sigo inclinando por la fecha canónica del 286 a. C.

Volviendo a las explicaciones de la causalidad, de alguna manera también MacCormack⁴¹ parece poner en duda la interpretación materialista de la teoría de la causalidad (*corpore*

³⁹ Estos §§ bizantinos han sido atacados por Bignardi; *Theoph: Par.*, cit., 1 ss. que sigue CANNATA, *Delito e obbl.* cit. 34, pero ambos aceptan la fecha de la segunda mitad del s. III a. C.

⁴⁰ T. HONORÉ, *Linguistic and social context*, cit., 145 ss.

suo) en los juristas romanos, señalando “a jurist could not be said to operate a theory or doctrine of causation unless he had made a reasonably intensive analysis of what it means to say that one state of affairs is the cause of another or that two state of affairs are related to each other as cause and effect. He would need for example to be familiar with the pathways in which causes can be classified, and in particular with the notion of a direct as distinct from an indirect cause”.

Gayo 3,219. *Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, veluti si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur; idem si quis alienum servum persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in ceciderit et aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit; sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen proiecerit et is suffocatus fuerit, corpore suo damnum dedisse eo quod proiecerit, non difficiliter intellegi potest.*

No sabría decir si Gayo conocía los escritos de Celso porque sus argumentos son similares en el caso del *servum alienum de ponte aut ripa in flumine proiectus et suffocatus fuerit*. Celso (de época de Nerva, y que acaso fuera contemporáneo de Domiciano por un lado y Trajano por otro) es anterior a Gayo, que escribe en época de los *divi Fratres*, y las coincidencias entre

⁴¹ G. MacCORMACK; *Juristic interpretation of the lex Aquilia*, en *Studi Sanfilippo*, I (Milano 1982) 263.

Celso y Gayo son notables como se comprueba leyendo D. 9,2,7,7 (Ulp. 18 *d Ed.*)⁴²

Me parece significativo que este § corroborado por Ulp. y casi parafraseado en la *Instituta* de Justiniano, que añade algunos casos más en que unas veces son de aplicación las *actiones utiles in eum qui alio modo damnum dederit*, y en otras las *actiones in factum*⁴³.

D. 9,1,1,7 (Ulp. 18 *ad Ed.*): *Et generaliter haec actio loum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percuserit aut vulneraverit, i factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit. at si cum equum permulisset, quis vel palpatus esset, calce eum percusserit, erit actioni locus.*

IJ. 4,3,16. *Ceterum placuit, ita demum ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. ideoque in eum qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit ut fame necaretur, aut*

⁴² LENEL, *Pal.* II, 523 num. 614 lo sitúa bajo la rúbrica *ad capum primun (legis Aquiliae)*.

⁴³ B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia. Actio civilis e actio in factum ex lege Aquilia*, en *AUPA* 21 (1950) 5 ss., estima que la sustitución sistemática de la *actio utilis* per la *actio in factum* realizada por los justinianeos es coherente con la supresión de la diferencia entre *damnum corpore* y *non damnum corpore*, siendo empleada la primera frase para identificar en modo no dudoso la responsabilidad del causante del daño.

iumentum tam vehementer egerit ut rumperetur, aut in arborem ascenderet, aut pecus in tantum exagitaverit ut praecipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet vel in putem descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus fieri aut aliqua parte corporis laesus erit, utilis in eum actio datur. sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen deiecit et is suffocatus fuerit, eo quod proiecerit corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit, ideoque ipsa lege Aquiliae tenetur: sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actionem teneri: veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

En esta secuencia de textos de Gayo, Ulp. y la *Instituta* justiniana, creo que la doctrina gayana puede remontarse a Lab., como pone de relieve Nörr⁴⁴ analizando Ulp. 18 *ad Ed. D.* 39,2,42,2, que, aunque trata de la *cautio damni infecti*, contiene una consideración labeoniana a la *lex Aq.*, apuntando de forma negativa a una culpa “omisiva”. El texto gayano parece referirse a una tradición jurisprudencial (*placuit*), como no podía ser de otro modo, porque de Gayo no podemos esperar novedades importantes sobre temas puntuales, siendo a mi entender su

⁴⁴ NÖRR, *Kausalitätsprobleme*, 129.

gran mérito proporcionar información sobre el *ordo iudiciorum privatorum*, pero contiene alguna idea significativa: la *actio legis Aquiliae directa* (o *actio civilis legis Aquiliae*) sólo podía proponerse en caso de daño causado *corpore suo*, (“con il corpo dell’autore” dice Desanti⁴⁵, de su propia mano), y por el contrario los daños *alio modo damno dato* serían exigibles mediante *actiones utiles*.

De donde tomaría Gayo esta opinión jurisprudencial no puede saberse con seguridad, sólo hipotizar que vendría de los *veteres* del s. II a. C., y en el I de Quinto Mucio⁴⁶ que fue el primero en exponer una definición coherente⁴⁷ del concepto de *culpa* en relación con la *lex Aquilia*⁴⁸; probablemente también de Servio que escribió de fórmulas procesales en sus dos *libri ad Brutum*, y entre los *auditores Servi*, de Ofilio, que según la información de Pomponio (D. 1,2,2,44) escribió de *iurisdictione*

⁴⁵ DESANTI, *Legge Aq.*, 54.

⁴⁶ Su padre Publio Mucio junto con Manio Manilio y Junio Bruto fueron los juristas que al decir de Pomp. D. 1,2,2,29 *fundaverunt ius civile*. A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, (Bari 1976) 81, estima que la nueva literatura jurídica prefería encontrar sus propios modelos en la cultura contemporánea antes que en la propia tradición, un signo claro del cambio promovido por las sugerencias culturales griegas y filosóficas de la Nueva Academia.

⁴⁷ TORRENT, *Previsiones aquilianas: culpa-casu-neglegentia en la lex Aquilia*, Gayo (3 ad XII Tab.) D. 47,9,9, de próxima aparición en *TSDP* (2018).

⁴⁸ TORRENT, *Aproximación*, cit.

siendo el primero que *composuit edicto*⁴⁹ (inmediatamente después de Ofilio vino el comentario *ad Ed.* de Lab.) y seguramente Ofilio tendría que haber tratado las ampliaciones pretorias para exigir la responsabilidad aquiliana mediante *actiones utiles* y *actiones in factum*⁵⁰. Ofilio es el primer jurista que menciona la *actio in factum* en materia de exigencia de responsabilidad aquiliana según cita de Ulp. D. 9,2,9,3⁵¹. Asimismo escribió *plurimi libri de iure civili*⁵² y los enigmáticos *libri iuris partiti*. También podía Gayo haber traído información de los 140 *libri iuris civilis* de Aufidio Namusa, de Labeón que en tantas ocasiones se mostró seguidor de Q. M., y que al haber sido pretor en el ejercicio de su actividad jurisdiccional tuvo que tener ocasiones de conceder acciones *ex lege Aquilia*, o de Alfeno y Celso que debió ser un gran conocedor de los temas aquilianos a tenor de las repetidas citas de Ulp.⁵³

El afán didáctico de Gayo le hace exponer en la primera parte lo que podríamos llamar una exposición general de la

⁴⁹ Cfr. TORRENT, *Ofilius nam de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit*, en *SDJHI* 83 (2017)

⁵⁰ Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 9,2,9,3 da a entender que Ofilio fue el primero que escribió de *actiones in factum* en casos de responsabilidad aquiliana.

⁵¹ El supuesto referido trataba de un esclavo que se precipita a un río por haber sido descabalgado por un tercero (tenido *ex lege Aquilia*) que enfureció al caballo.

⁵² TORRENT, *Ofilius qui de iure civili*

⁵³ Vid. por ejemplo D. 9,2,7,7. En este § Ulp: no comparte el pensamiento de Celso, y eod. 14-20 (Ulp. 18 *ad Ed.*)

causalidad, poniendo como ejemplo de *corpore suo* en la parte final del § desde *sed si quis-intellegi potest* el caso de haber arrojado un esclavo al río desde un puente o una ribera y el esclavo resultase ahogado. En este caso, dice Gayo, no es difícil entender que el deudor hubiese causado el daño, exponiendo ejemplos de *damno* causado *corpori suo* que llevan aparejado el ejercicio de la *actio legis Aquiliae directa* como es el caso descrito en que el daño había sido causado por el deudor *corpore suo*⁵⁴. Por el contrario, cuando los daños son causados *in alio altro modo* y el esclavo o el animal⁵⁵ perecen o son lesionados porque el deudor los encerró dejándolos morir de hambre, o había excitado un animal que se desboca y perece, o persuade a un esclavo ajeno para subir a un árbol o bajar a un pozo y como consecuencia muere o lesiona alguna parte del cuerpo, la reparación del daño debe encauzarse mediante *actiones utiles*. Gayo siguiendo la doctrina tradicional causalista de la jurisprudencia distingue entre daños causados *corpore suo* y *damno non corpore dato*, distinción que de ninguna manera aceptan Piro y Corbino que no creen en la subsistencia de una relación física e inmediata entre comportamiento lesivo y evento dañoso; Piro⁵⁶ considera incapaz de subsumir los

⁵⁴ Por eso dice PIRO; *Damnum*; cit. 43, que el § gayano fue compuesto en clave eminentemente procesal.

⁵⁵ Antes había empleado el término *pecudem*, ahora precisa más individualizándolo en un *iumentum*.

⁵⁶ PIRO, *Damnum*, 167.

múltiples supuestos de hecho en los que el automatismo “innescato” por una valoración mecánica del hecho “non sembra in verità ricorrere” en textos, en que o bien no se han identificado los extremos de la imputabilidad a pesar de la presencia de una evidente relación material entre el sujeto actuante y el evento físico, o por el contrario se reconoce la responsabilidad no obstante la “assenza” de aquella estrecha correlación física.

Piro lleva la discusión a un terreno cultural inserto en un contexto filosófico para negar la virtualidad del principio de causalidad entre los juristas romanos. Según Piro⁵⁷ la reductividad ínsita en una concepción jurisprudencial del nexo causal (que tampoco lo niega absolutamente, pues habla de la “ricerca di una causalità certa quale criterio ispiratore delle decisioni dei giuristi romani”), entendida en sentido estrictamente físico y material, confirmada por un elemento de reflexión “externo”, eficazmente puesto en evidencia por Nörr⁵⁸. Piro sitúa su campaña contra la causalidad mecánica en el contexto cultural en el que encuentra su maduración en un ambiente animado por un intenso fermento conceptual en orden a la causalidad directa e indirecta cara a la especulación filosófica⁵⁹ que encontraba terreno abonado entre retóricos y

⁵⁷ PIRO, *op. cit.*, 167 nt. 325.

⁵⁸ NÖRR, *Causa mortis*, 25 ss., 160 ss., 210 ss., pero vid, VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, 23.

juristas. Al respecto Nörr ya había acentuado las complejidades de la causalidad en Cicerón, Séneca, Ovidio, que de alguna manera debían ser conocidas por los juristas tardo-republicanos y de los dos primeros siglos del Principado, y me refiero a Ofilio, Labeón⁶⁰ que tenía seguros conocimientos de la filosofía griega sobre la causa, Javoleno (jurista del s. I d. C. que sucedió a Sab. en la dirección de la escuela), Próculo (que sucedió a Nerva padre en la dirección de la escuela fundada por Lab. y desde entonces llamada proculeyana), Celso (pretor en el 106 o 107 y dos veces cónsul), Pomponio (jurista del s. II poco posterior a Juliano), Juliano⁶¹, y añadiría probablemente Sabino (no me atrevo a incluir a Gayo, modesto jurista provincial confeso seguidor de los sabinianos, que si probablemente carecía de conocimientos filosóficos estaba bien nutrido de conocimientos históricos insertándose de alguna manera en la tradición jurisprudencial de los *veteres* de los s. II y I a. C., y por supuesto de Sabino).

Tengo la impresión que Corbino ha pasado por alto lo que Piro llama “causalità certa” para negar la concepción

⁵⁹ B. COHEN, *The príncipe of causation in the jewish and the roman law of damages*, en *Studi De Francisci*, 1 (Milano 1956) 312 ss.

⁶⁰ Vid. por ej., D. 19,2,57 (Jav. 9 *ex post. Lab.*).

⁶⁰ NÖRR, *Kausalitätsprobleme*, cit., 115, ha insistido en que Lab. contribuyó desde argumentos filosóficos griegos en las discusiones sobre la causa, argumentos (griegos) que utilizó para la solución de ciertos problemas legales.

⁶¹ Cfr. MacCORMACK; *Juristic interpretation of the lex Aquilia*, cit., 269 ss.

materialista que la doctrina utiliza para explicar la causalidad, que ciertamente nos adentra en un campo filosófico y retórico creando divergencias entre los propios juristas romanos; en definitiva, esta materia es *ius controversum*. Tampoco me parece que Corbino dé valor a lo que hoy llamamos causalidad directa e indirecta (Valditara prefiere hablar de causalidad inmediata y mediata), que resplandece en algunos textos romanos en los que no hay ciertamente un comportamiento directo de una persona que es lo que aparece finalmente en un texto de Próculo citado por Ulp. ampliamente tenido en cuenta por la doctrina⁶²:

D, 9,2,7,3 (Ulp. 18 ad Ed). *Proinde si quis alterius impulse damnum dederit, Proculus scribit neque eum qui impulit teneri, quia non occidit, neque eum qui impulsus est, quia damno iniuria non dedit: secundum quod in factum actio erit danda in eum qui impulit.*

⁶² W: KUNKEL; *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, en ZSS 49 (1929) 158 ss.; B. ALBANESE, *Studi sulla lege Aquilia*, en AUPA 21 (1950) 106; G. LONGO, *Appunti esegetici e note critiche in tema di lex Aquilia*, en *Ricerche romanistiche*, (Milano 1966) 713 ss.; SCHIPANI, *Responsabilità*, 319 nt. 8; PUGSLEY, *The origins*, cit., 65; von LÜBTOW, *Untersuch.*, 145 ss.; VA; VALLINO, *Acc. pret.*, 46; P. STEIN, *School attitudes in the law of delicts*, en *Studi Biscardi III* (Milano 1982) 290; W. SELB, *Formulare Analogien in "actiones utiles" und "actiones in factum" vor Julian*, en *Studi Sanfilippo*, 5 (1984) 747; S. LOHSSE, *Canem vel servum tenuit? D. 9,2,11,5 and the applicability of the lex Aquilia in cases involving inanimates objects used for killing*, en TR 70 (2002) 270 ss.; ZILLOTTO, *L'imputazione*, 133 y nt, 55; PIRO, *Damnum*, 138 ss.; CORBINO, *Danno qual.*, 114 ss.

Este texto es un ejemplo de lo que Valditara⁶³ llama causalidad inmediata ejercitable mediante la *actio legis Aquiliae directa*, y mediata en la que excluida ésta solo cabe una *actio in factum*, y que para mí es ejemplo de causalidad directa e indirecta, o por decirlo de otra manera *damnum corpore suo dare-corpore suo non dare*, distinción que tenía que conocer Próculo que inicia el § transcrito del comentario edictal ulpiano con un rotundo *proinde*, distinción que el propio Corbino⁶⁴ tiene en cuenta pues afirma que “qui, con evidenza non solo manca il contatto físico, ma la responsabilità diretta viene esclusa comunque”. Obviamente quien empuja violentamente a otro y el arremetido por el primero causa un daño (en este caso de muerte), *qui impulit non teneri* (a la *actio directa*) *quia non occidit* (la argumentación teórica es coherente) ni tampoco el agente intermedio *quia damnum iniuria non dedit* por lo que éste no es responsable de *occidere* aunque fuera el agente material del daño, pero debe responder el primero mediante una *actio in factum*, precisamente porque fue el desencadenante del daño aunque fuera el segundo actuante quien lo produjera.

Me parece impecable la argumentación de Próc.; si en las fuentes romanas hay un caso claro de responsabilidad extracontractual, aquí tenemos una evidencia de finísima factura, una más de los que llama Corbino⁶⁵ daños cualificados

⁶³ VALDITARA, *Damnum*, 24.

⁶⁴ CORBINO, *Dammno qual.*, 114.

en cuanto entiende que la ley Aq. no tomaba en consideración cualquier daño sino sólo aquéllos que pudieran considerarse consecuencia de una de las acciones calificadas previstas (*occidere, urere, frangere, rumpere*) que producían una pérdida económica irreversible para quien las sufría o para el *dominus* del esclavo o animal dañado, objeto primordial de los caps. I y III de la ley que la jurisprudencia republicana hasta Q. M. que aportó una nueva visión de la *culpa*, interpretaba rigurosamente siguiendo los *verba legis*, interpretación que iba ensanchando la *iurisdictio praetoria* mediante la creación de *actiones in factum* y *utiles*, y los juristas del Principado cuyo término final podemos convencionalmente fijarlo en la gran anarquía militar del s. III d. C.; por ejemplo Juliano (86 *dig.*) D. 9,2,51 *pr.*) se preocupó de aclarar el verbo *occidere* como muerte inmediatamente sucesiva al comportamiento lesivo⁶⁶, tesis opuesta a Próc. que estimando la sobrecarga o la incapacidad de refrenar el ímpetu del agente lesivo alargaba la *actio directa* a estos casos con las excepciones contempladas por Ulp. en D. 9,2,7,3 mientras que Jul. se sentía más inclinado a tener en cuenta el contacto físico, con lo que desde el punto de vista interpretativo presentaban dos visiones diferentes de la causalidad aquiliana. De todos modos Piro⁶⁷ insiste que en la reflexión jurisprudencial no hay correlación

⁶⁵ CORBINO, *Danno qual.*, 93.

⁶⁶ Vid. también Fest. (191 Lindsay) y Ulp. (50 *ad Ed.*) D. 29,5,1,17., y (18 *ad Ed.*) D. 9,2,7,1. Sobre el tema, CORBINO, *Danno q ual.* 94 ss.

⁶⁷ PIRO; *Damnum*; 137.

entre la concesión de la *actio directa legis Aquiliae* y la pretendida necesaria subsistencia de un nexo de causalidad material

D. 9,2,11,5 (Ulp. 18 ad Ed.) *Item cum eo, qui canem irritaverat ed effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, Proculus respondit Aquiliae actionem esse; sed Iulianus eum demum Aquilia teneri, qi tenuit ed effect ut aliquem morderet; ceteram si non tenuit, ut factum agendum.*

Ulp. comenta las decisiones contrapuestas de Próc. y Jul. en el caso del *dominus* de un perro que él mismo había azuzado contra un esclavo ajeno⁶⁸ al que dió un mordisco, exponiendo Ulp. dos diversas soluciones; Próc. propone la *actio directa* contra el *dominus* azuzador aunque no tuviera sujeto al perro con una cadena o una cuerda⁶⁹ y aunque no hubiera habido contacto físico (*corpore suo*) contradiciéndose a sí mismo en el caso de un hombre que empujó con fuerza a otro y éste causó un daño, proponiendo en este caso una *actio in factum* contra el que empujó a otro y éste causó un daño negando Jul. la *actio directa* sustituida por la *actio in factum*. La clamorosa contradicción de Próc. no fue tomada en cuenta por Ulp. Corbino⁷⁰ que niega la causalidad *corpore suo* piensa que si en abstracto es inimaginable que Próc. disintiese de la concepción

⁶⁸ Vid. LOHSSE; *Canem*, cit. 265 ss.

⁶⁹ El texto ha sido objeto de diversas explicaciones de la romanística moderna; vid. lit. en PIRO, *Damnum corpore suo*, 100 nt. 190.

⁷⁰ CORBINO, *Danno qual.*, 116.

común del nexo de causalidad (ligada en hipótesis al necesario contacto físico), es menos creíble que pudiese contradecirse de modo tan clamoroso sin que Ulp. lo hubiese advertido.

Si en ocasiones el evento lesivo lo realiza una persona distinta del *dominus* o de la persona que queda al margen del contacto físico impulsando a otra persona intermedia a producir el daño, como son los casos examinados, en otras no causa el daño *corpore corpori* el deudor sino que utiliza un instrumento lesivo como pudiera ser una jabalina (D. 9,2,9,4), o el esclavo ajeno que muere de hambre al no alimentarlo el deudor (D.9,2,9,2), o la rotura de amarras de una nave que aborda a otra (D. 9,2,29,2); en este caso la solución de Próc. traída por Ulp. (18 *ad Ed.*) va desde la *actio directa* si los marineros pudieron evitar el daño, a la exoneración total *de lege Aq.* si la nave causante del daño no estuviese gobernada por nadie⁷¹ pues simplemente rompió las amarras que la unían al muelle o se rompió la cadena del ancla. Es ciertamente muy pertinente la pregunta que plantea Corbino: *perchè un strumento scagliato è talora idoneo ad attribuire l'evento all'azione e altre volte invece no?* Para mí está claro que la

⁷¹ Comentando este § J. L. ZAMORA, *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*, (Madrid 2000) 77, manifiesta que en éste y otros §§ relativos al abordaje podemos distinguir dos tipos: por un lado, el fortuito, en que no tiene aplicabilidad la *actio legis Aq.* contra el dueño de la nave abordadora que provoca un daño patrimonial para el dueño de la nave abordada. Entiendo que incluso para el dueño de la nave que origina el daño por las posibles averías a su propia nave, pero que siendo un

respuesta viene dada por la aplicación de la teoría de la causalidad. Podríamos decir que en todos estos casos la atribución o no de la *actio legis Aquiliae* para reparar el evento dañoso está en relación con la causa que estimo necesaria dado el carácter penal de la ley Aq., necesaria también para la *aestimatio damni* desde que nuestra ley abolió la pena fija establecida por las XII Tab, y así lo dice paladinamente Jav. (2 dig.) en D. 9,2,52,2: *neque mulae neque homines in causa essent*.

Un caso con resultado de muerte sin contacto físico con el esclavo muerto que no tiene otra explicación sino por la teoría de la causalidad, viene expuesto por Celso trámite Ulp. que parece compartir el pensamiento de Celso, o al menos, no opone contradicción alguna.

D. 9,2,7,7 (Ulp. 18 *ad Ed.*): *Sed si quis de ponte aliquem precipitavit, Celsus ait, sive ipso ictu perierit aut continuo submersus est aut lassatus in fluminis victus perierit, lege Aquilia teneri, quemadmodum si quis puerum saxo inlisset.*

A la luz de este § no puede decirse que hubiera un *corpore corpori dare*: el esclavo es arrojado al río desde un puente muriendo instantáneamente por estrellarse contra el agua, por ahogamiento, o extenuado por la violencia irresistible de las aguas (*vis fluminis* que lo zarandearía con violencia), y aunque no hay contacto físico ni el esclavo murió de propia mano, *corpore suo*, el deudor *lege Aquilia <directa> teneri*. Desde luego

supuesto de *vis maior* cada uno de los propietarios deben sufrir sus propias pérdidas.

no hay contacto físico entre el deudor y el que sufre su comportamiento lesivo; no hay *corpore corpori*. Corbino⁷² que no cree en la teoría de la causalidad material considera que su muerte responsabiliza al agente como “consecuencia directa de su conducta”: arrojar el esclavo a un río turbulento que muere por diversas causas propias del río: estrellarse contra las aguas, ahogarse, agotarse de cansancio por la lucha contra las aguas bravas luchando denodadamente por su supervivencia, son circunstancias que además pueden ocurrir en momentos diversos, argumento que Piro y Corbino utilizan para negar la causalidad material. En mi interpretación veo una evidente conexión deudor-muerte del esclavo, y probablemente en el ambiente cultural de finales de la República habría sido Ofilio, comentando el edicto, quien superó la inexorabilidad del *corpore corpori datum* tal como venía expresado originariamente en los caps. I y III de la ley Aq.

Al reconocer Of. las *actiones in factum* daba testimonio de que pretor y jurisprudencia consideraban demasiado angosta e insuficiente la antigua relación causal *corpore corpori-damnum*, porque la *iustitia* que se apunta en algún texto y el ordenamiento jurídico que se renovaba desde los *veteres* e impulsaban mucianos y servianos, advirtieron que aún sin el contacto físico que exigía la ley y la jurisprudencia formalista inmediatamente posterior al plebiscito aquiliano, igualmente el deudor tenía que reparar el daño, avance indiscutible en el

⁷² CORBINO, *Damno qual.*, 119.

mundo de las *obligationes*, producto de una evolución del Derecho que iba afinando cada vez más el campo de la responsabilidad que siglos más tarde se llamará extracontractual, del mismo modo que a su vez la ley Aq. había superado las angosturas conceptuales de las XII Tab. especialmente en lo concerniente a la *aestimatio damni*. Coincido con Corbino en que la responsabilidad aquiliana que reflejan muchos §§ contenidos en D. 9,2 es consecuencia directa de la conducta del deudor *ex lege Aq.* que responde ante una *actio directa*. Pero aquí acaban mis coincidencias, porque no comparto que “l’esistenza di un rapporto di causalità che permetta di dire che il *damnum* non passa da alcuna meccanica valutazione delle circostanze” que Corbino⁷³ aplica tanto en casos de causa directa como también indirecta, distinción sobre la que se basa la teoría causal corbiniana. Tampoco comparto su entendimiento de la causa como simple valoración mecánica de las circunstancias.

Para comenzar, Corbino⁷⁴ dice que no es lo mismo si la actuación (lesiva) se ha realizado mediante un instrumento inerte (la jabalina) o vivo, y todavía en este segundo caso hay que distinguir si es una persona o un animal. Si el instrumento es animado hay que tener en cuenta el posible grado de control de los propios movimientos que pueda tener el que produce inmediatamente el daño: responsabilidad directa, y el que lo

⁷³ CORBINO, *Damno qual.*, 12ß.

empuja a cometerlo (teóricamente responsabilidad indirecta) con las enormes dificultades y controversias entre los juristas romanos en estos casos como vimos en la controversia entre Próc. y Jul. Mayores dificultades son los casos del comportamiento de varios intervinientes conexionando el evento dañoso a diversas actuaciones concomitantes: D. 9,2,11,4 (Ulp. 18 *ad Ed.*), D. 9,2,11,2 (Ulp. *ad eod. Lib.*), D. 9,2,51,2 (Jul. 86 *dig.*), o subsiguientes: D. 9,2,51 pr.-1 (Jul. *eod. lib.*), D. 9,2,11,3 (Ulp. *eod. lib.*), D. 9,2,45,3 (Paul. 10 *ad Sab.*), D. 9,2,9 pr.-1 (Ulp. *eod. lib.*) Cada uno de estos textos merece una exégesis particular que no puedo realizar aquí para no alargar excesivamente este escrito. Cada uno presenta los sólitos problemas del nexo causal que sobrepasa el estricto *corpore corpori-damnum*. Pero no me resisto a hacer un breve análisis de un § de Jul. particularmente relevante por la pluralidad de agentes intervinientes en el acto lesivo:

D. 9,2,51, pr.-1 (Jul. 86 *dig.*): *Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esse moriturum: medio tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit: occiditur dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed lege Aquilia is demum teneri usus est, qui adibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esse, aliquem vita*

⁷⁴ CORBINO, *Danno qual.*, 120-122.

excessurum. igitur si quis seruo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri. 1. Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem seruus ita vulneratus esset, ut non appareret cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt.

Este texto trata de muchos problemas que expondré siguiendo el *iter* juliano. En primer lugar, presenta el caso de un esclavo herido y se sabe con seguridad que aquella herida era mortal; entre tanto es instituido heredero y un tercero vuelve a herirlo y muere presentando Jul. esta *quaestio*: ¿quién responde de su muerte? ¿el primero o el segundo de los que le hieren? ¿contra cuál de ellos se ejercita la *actio legis Aq.*? En su respuesta en la que se entrevé de alguna manera las perplejidades de Jul., alude a dos tipos de argumentos; de un lado a la concepción vulgar del verbo *occidere*, y vulgarmente se entiende por *occissor* al que de cualquier manera da muerte a otro (según Fest. con violencia⁷⁵), y también escribieron de *occisum* Lab.⁷⁶ y el propio Ulp.⁷⁷, que Jul. resuelve metiéndose

⁷⁵ Fest. s. v. *occisum* (191 Lindsay): *Occisum a necato distinguitur. Nam occisum a caedendo dictum, necatum sine ictu.*

⁷⁶ Ulp. (50 *ad Ed.*) D. 29,5,1,17: *Occisorum appellatione eos contineri Labeo scribit, qui per vim aut caedem sunt interfecti, ut puta iugulatum, strangulatum praecipitatum vel saxo vel fuste vel lapide percussum vel quo alio telo necatum.*

⁷⁷ Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 9,2,7,1: *Occisum autem accipere cebemus, sive gladio, sive etiam fuste vel alio telo vel manibus si forte strangulavit eum vel calce petiit vel capite vel qualiter qualiter.*

en veredas de historia lingüística. En segundo lugar, recurre a la ley Aq. y ahora Jul. apela a la causa por así llamar, materialista, al contacto físico, *corpore suo*, considerando que el texto aquiliano entiende por *occissor* al que mata utilizando la violencia y casi por su propia mano (*et quasi manum causam mortis praebuisset*) suministrando por tanto la *causa mortis*, declarando Jul. sujetos a la ley no solo los que matan inmediatamente, sino también los que hieren de tal manera que conduce inevitablemente a la muerte, y por tanto aplicando la doctrina aquiliana al caso propuesto si alguno infligió a un esclavo una herida mortal y más tarde otro le hiere haciéndole morir antes del tiempo en que hubiera muerto por la primera herida, Jul. entiende necesario decidir que a ambos se aplica la norma aquiliana. En eod. 51,1 se apoya en la doctrina de los *veteres* que juzgaron que cuando un esclavo fuera herido por varias personas de modo que no se sabe cuál fue el que causó la muerte, todos estaban sometidos a las prescripciones de la ley Aq. con lo que Jul. da a entender que cualquier herida mortal viene equiparada a la muerte *data*⁷⁸.

Soy consciente de que he afrontado este estudio desde un ángulo acaso demasiado unilateral, pero los *verba legis* son terminantes, y en la redacción de la ley que nos transmiten las fuentes de los caps. I y III, se desprende que *occidere servo* era el supuesto fundamental previsto en toda su materialidad que

⁷⁸ CORBINO, *Danno qual.*, 190.

entraña que los juristas y el pretor destacaran el *corpore corpori dato*, tanto por las consecuencias económicas que implicaba la muerte del esclavo para el *dominus servi* que implicaba una considerable pérdida patrimonial, y no olvidemos que en Roma la esclavitud era la principal fuente de producción y los esclavos tenían un alto valor *in commercium*, como la injusticia que implicaba de un lado la muerte del esclavo, de otro la imputabilidad del daño al agente del daño que de no basarse en circunstancias precisas que alejaran toda duda sobre su comportamiento para atribuirle responsabilidad, podían perjudicarlo gravemente. En realidad, la imputación del daño jurídicamente era el problema principal de la ley Aq. En el s. III a. C. tuvo que exigirse rigurosamente la materialidad inmediata del comportamiento lesivo de modo que el contacto físico *corpore suo* unido estrechamente al *damnum* fueron los requisitos que exigían los *verba legis*. También es evidente que el contacto físico inmediato que se exigía rigurosamente para el ejercicio de la *actio legis Aquiliae directa* podía ser insuficiente para dejar resuelta la reparación del daño, y de ahí el esfuerzo de juristas y pretor en la ampliación de los supuestos de imputabilidad con la correlativa atenuación del *corpore dato*, no sin notables controversias en la jurisprudencia romana que hicieron de la *lex Aq.* un campo abonado para el *ius controversum*.

En la compilación justiniana se advierte la larguísima evolución doctrinal en torno al nexo de causalidad culpa-daño aquiliano, y consiguientemente en torno al sistema de

responsabilidad, con la complicación que ningún texto romano habla expresamente de responsabilidad sino a través de circunloquios del tenor *lege Aquilia tenetur*; otro tema sería si mediante *actiones directas, utiles o in factum* que van ensanchando el campo de la responsabilidad extracontractual. Ha sido Robaye⁷⁹ quien, examinando en sede contractual la responsabilidad por custodia en oposición a la responsabilidad por culpa, señaló que si hablar de responsabilidad objetiva o subjetiva puede ser un buen esquema para situar los textos clásicos, tal distinción no daba debida cuenta del sistema romano existente pues la culpa era un criterio subjetivo en cuanto su apreciación no estaba referida a las circunstancias particulares del causante del daño o del deudor incumplidor, sino a cierto standard de conducta en que la responsabilidad se centraba en el acto y no en la subjetividad del causante del daño, o dicho de otro modo, traía su causa de la realización del acto dañoso, y de ahí la entrada en causa de los actos omisivos dañosos ejecutados *sine iure* sin entrar en los posibles móviles psicológicos de quien desencadenó el daño que permite a algunos autores defender un tesis objetiva en el sentido que el ordenamiento sólo permite al juez tener en cuenta la realidad del daño sin referencia a un estándar de conducta⁸⁰.

⁷⁹ R. ROBAYE, *Responsabilité objective ou subjective en droit romain*, en TR 58 (1990) 345 ss.

⁸⁰ AEDO. *Concepto de culpa en la lex Aq.*, cit. 47.

Pero tanto las tesis subjetivistas como las objetivistas ofrecen grandes flancos a la crítica, porque la introducción a la culpa es posterior al tenor originario de la lex Aq. que sólo contemplaba la materialidad del *damnum*, introduciéndose el criterio cualificante de la culpa probablemente a partir de la elaboración jurisprudencial de los *veteres* y seguramente a partir de Q. M. que permite trazar una trayectoria intelectual en que la *iniuria* que había nacido como concepto necesario para la afirmación del daño aquiliano fue evolucionando hacia la *culpa*⁸¹ pasando de alguna manera a ser equivalentes. El tema es muy complejo y la explicación muy ardua teniendo en cuenta las fuentes que sin duda reflejan un *ius controversum*, y la discusión entre romanistas muy dividida oscilando entre la atribución a los *veteres* de la asimilación *iniuria-culpa*, a los juristas clásicos o a los postclásicos.

Entiendo que ofrece mayores visos de probabilidad la explicación que da un giro importante al tema de la responsabilidad extracontractual a la gran jurisprudencia de finales de la República y especialmente a Q. M., y puede decirse que ésta es la tesis tradicional que delinea el nexo de causalidad *damnum-culpa* seguida entre otros por Beinart⁸², Cannata⁸³,

⁸¹ AEDO, *Concepto de culpa*, cit., 29.

⁸² BEINART, *Relationship of injuria and culpa*, cit., 289 ss.

⁸³ CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per culpa nel diritto romano*, (Milano 1969) 308-309.

Zimmermann⁸⁴, que me parece más persuasiva, al centrar el eje de la causalidad aquiliana en la *culpa* que desde Q. M. se iba identificando con la *neglegentia* en un célebre texto debido a Paul. D. 9,2,31⁸⁵. Perrin⁸⁶ ya había sostenido que la evolución hacia la *culpa* era propia de los *veteres* y especialmente de Q. M., interesándose el pensamiento filosófico del s. I a. C. por la fundamentación de la intencionalidad de la responsabilidad delictual que había quedado totalmente ausente en los esquemas que se arrastraban desde las XII Tab. Yo añadiría que los *veteres* aplicaron en sus reflexiones intelectuales no sólo la visión filosófica que procedía de la Nueva Academia y especialmente de Panezio, tan caro a los intelectuales que se movían en el culto círculo de los Escipiones, sino también las nuevas exigencias de la economía que llevaban a ampliar el círculo del *lege Aquilia tenetur* a nuevas situaciones ahora basadas en la *culpa* superando la angosta materialidad del *damnum* causado *cum iniuria* propia del tenor originario de la *lex Aq.*; de ahí la “überholenden Kausalität” (causalidad trasladada, traspasada) mencionada por Ankum y Nörr, que iba desde el *damnum* efectivamente causado a la *culpa* como criterio

⁸⁴ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of civilian Tradition*, (Cap Town 1992) 1006.

⁸⁵ TORRENT, *Concepto de culpa ex lege Aq.*, cit.

⁸⁶ B. PERRIN, *Le caractère subjectif de l'iniuria à l'époque classique*, en *Studi De Francisci*, I)V (Milano 956) 268-270.

de imputación de la responsabilidad que acabó siendo el criterio tópico para imputar la responsabilidad extracontractual que en toda una serie de nuevas circunstancias constreñía a resarcir el daño a quien lo había causado, bien por acción, bien por omisión.

En este punto se entrecruza la explicación de Cannata⁸⁷ muy cercana a la de Beinart. Cannata considera que en toda una gama de comportamientos lícitos o debidos de un sujeto que ocasiona un daño, la jurisprudencia comenzó a analizar la idea de culpa para fundamentar su responsabilidad superando la exclusividad de la afirmación de su licitud o ilicitud, cambio que encuentra en D. 9,2,31 pr. que he analizado en otra parte⁸⁸. Podría decirse que la mayoría doctrinal⁸⁹ se inclina por atribuir a la jurisprudencia clásica la sanción de las conductas negligentes que atentan contra el derecho del propietario de la cosa dañada, es decir, actuando *cum iniuria* al amparo del término *culpa*, partiendo de la convicción clásica de la perfecta ecuación *iniuria-culpa*⁹⁰, situación que intelectualmente creo que

⁸⁷ CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa*, cit. 308-309.

⁸⁸ TORRENT, *Aproximación al concepto de culpa ex lege Aq.* cit.

⁸⁹ Son "autorevoli" representantes de esta corriente clasicista E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, (Roma 1961) 565; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, (Torino 1991) 606-607.

⁹⁰ En este sentido A. D'ORS, *Derecho privado romano*, 9ª ed., (Pamplona 1997) 436., que considera que la jurisprudencia clásica, a diferencia de otros delitos, entendió el término *iniuria* válido para cubrir ciertos actos de negligencia.

antes que a los juristas clásicos debe atribuirse a los últimos tardo-republicanos⁹¹.

Todavía otros autores como Arangio-Ruiz⁹² entienden que en materia criminal como en el campo del ilícito privado el concepto de responsabilidad por culpa distinta de la de dolo por falta de una voluntad deliberada de violación de un bien jurídico ajeno, surge muy tardíamente; en origen, lo que llamamos culpa de ninguna manera se diferenciaba del caso fortuito, y la vieja legislación solo conocía los delitos dolosos que las XII Tab. 8,24 (*si telum manu fugit magis quam iecit* que recuerda Cic.⁹³) sancionaban con una expiación religiosa que tenía principalmente la finalidad de alejar de la persona del homicida involuntario la maldición de los dioses consecuencia ineluctable del derramamiento de sangre antes que sancionar la falta de previsión del hecho cruento, que sigue teniendo eco en época clásica con la contraposición entre *dolus* y simple *casus*.⁹⁴ Arangio-Ruiz⁹⁵ tampoco ve un elemento subjetivo distinto del

⁹¹ Vid. en este sentido A. WATSON, *Roman Private Law around 200 B. C.*, (Edinburgh 1971) 153-154; Id., *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, (London 1965; reed. Aalen 1984) 246 ss.

⁹² V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, (Napoli 1958; rist, de la 2ª ed. 1935) 225 ss.

⁹³ Cfr. Cic. *Top* 5,24; *pro Tull.* 22,51.

⁹⁴ Marcell. (14 *Inst.*) D. 48,8,1,3: *qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit*; 2 *de publ. iud.*: D. 48,19,11,2: *delinquitur... aut propósito aut impetu aut casu*.

⁹⁵ ARANGIO-RUIZ, *Resp- contr.*, 227.

dolo en el término *iniuria* del cap. I de la *lex Aq.* tal como viene reportado por Gayo 3,210⁹⁶ que se atiene a las normas penales republicanas; solo más tarde por exigencias prácticas indeclinables la jurisprudencia elaboró el principio que la punibilidad del daño aquiliano debía ser “commisurata” al criterio de la *culpa*, entendiendo interpolado por un anotador postclásico el término *culpa* de Gayo 2,211 que se reproduce en IJ 4,3,3. También admite Guarino el carácter postclásico de la *culpa* como simple voluntariedad no intencional del *damnum*⁹⁷, cuando ya se diferenciaba entre negligencia, impericia, y se distinguía los grados de culpa (*lata, levis*).

A modo de conclusión diré que me reafirmo en la opinión que la *culpa* como conexión causal entre el acto dañoso y la persona que lo ocasionó, es un concepto que se introdujo desde el s. I a. C., y así continúa en los juristas clásicos, aunque el carácter casuístico de los textos ha oscurecido la visión general de la culpa aquiliana, dando lugar tanto a un *ius controversum* entre los romanos como a las discusiones doctrinales modernas, tanto de romanistas como de civilistas al venir reconocida la responsabilidad aquiliana en los diversos códigos civiles de inspiración romanista.

⁹⁶ Gayo 3,210: ... *si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.*

⁹⁷ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12 ed. (Napoli 2001) 1002.