

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**PREVISIONES AQUILIANAS. II. MOMENTO DE LA
AESTIMATIO DAMNI PARA EL CÁLCULO DEL
RESARCIMIENTO DEL DAMNUM. LA DISCORDANCIA
ENTRE *QUO PLURIMUM IN EO ANNO FUIT* (GAYO 3,210 Y D.
9,2,2 PR., IJ 4,3, PR.), E *IN DIEBUS XXX PROXIMIS* (GAYO 3,219;
ULP. D. 9,2,27,5)**

**AQUILIAN PREVISIONS. II. THE TIME FOR THE
AESTIMATIO DAMNI FOR PAYNG THE DAMNUM. THE
DISCORDANCE BETWEEN *QUO POURIMUM IN EO ANNO
FUIT* (GAIUS 3, 210 AND D, 9,2,2; OR IJ 4,3 PR.) AND IN
DIEBUS XXX PROXIMIS (GAIUS 3,219; ULP. D. 9,2,27,5)**

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

La *lex Aquilia* por primera vez en la historia jurídica mundial reconoció la responsabilidad extracontractual nacida de un *damnum iniuria datum* enmarcado en sede de delitos privados. Era una ley fundamentalmente penal que obligaba al causante culposo del daño a repararlo con una pena pecuniaria diversa según la estimación del daño en vez de la pena fija que establecían las XII Tablas para los delitos dolosos (los únicos que se contemplaban en el s. V a. C.). Por eso dice acertadamente Zimmermann¹ “the *lex Aq.* was undoubtedly the most important statutory enactment on Roman private law subsequent to the XII Tables”. Si las XII Tab. prescribían penas fijas para la muerte y lesiones según se tratara de hombres libres o esclavos y animales ajenos, la *lex Aq.*, innovando en el campo de las obligaciones, sancionó la responsabilidad por hechos culposos al margen de toda relación contractual entre las partes en cuanto el mero hecho (por acción u omisión) de causar un daño sobre esclavos y bienes ajenos, aunque el agente del daño no tuviera voluntad deliberada de causarlo (dolo), creaba una *obligatio* entre delincuente y víctima que obligaba al primero a resarcir al segundo por el daño causado sin tener ningún derecho sobre la cosa o bien dañado (*damnum iniuria datum = sine iure factum*), fijando una diferente cuantía (y de ahí

¹ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, (South Africa 1990; reed. Oxford University Press 1996) 953.

la dificultad de la *aestimatio damni*) según se tratara de actos con resultado de muerte o de lesiones corporales.

La *lex Aquilia*² es una ley esencialmente penal³ que según información de Ulp. derogó las XII Tab. y otras leyes anteriores⁴ al 286 a. C. fecha de nuestra ley -o más bien plebiscito-⁵, estableciendo por primera vez responsabilidad por los actos antijurídicos culposos, *damnum culpa datum*⁶ realizados *cum*

² La lit. sobre los temas aquilianos es inmensa y la iré citando al hilo de mi discurso.

³ Vid. con fuentes y lit. T. FINKENAUER, *Pönale elemente der lex Aquilia*, en *Ausgleich oder Busse als Grundproblem des Schadenersatzrechts vor der lex Aquilia. Symposium Hausmaninger*, (Wien 2017) 35-71.

⁴ 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 nuunc referre non est necesse*. Vid. TORRENT, *Aproximación al concepto de "culpa ex lege Aquilia"*. Paul. (X *ad Sab.*) D. 8,2,31 y 9,2,28,, en L. GAGLIARDI (cur.), *Antologia giuridica romanística ed antiquaria*, (Milano 2018) 75 ss.

⁵ Plebiscito según Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 9,2,1,1: *Qui lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit*. La doctrina mayoritaria entiende la *lex Aq.* como plebiscito; vid. por todos, A. WATSON, *The Law of Obligations in the Roman Republic*, (London 1965; reed. Aalen 1984) 234; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², (München 1971) 166.

⁶ R. ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, cit., 1010.

*iniuria*⁷, es decir sin tener derecho a realizar actos lesivos sobre bienes ajenos que dará pie a la jurisprudencia a ir delineando el concepto de culpa aquiliana⁸ que creaba una *obligatio* el margen de cualquier relación contractual entre víctima y delincuente. La *lex Aq.* por tanto al precisar el delito privado de *iniuria* constreñía al delincuente a reparar el daño causado mediante la nueva *actio legis Aquiliae* que correspondía ejercitar a la víctima. Además, para hacer efectivo *lege Aquilia teneri* se requería una relación de causalidad entre el agente del daño y el *damnum iniuria datum*⁹.

De la *lex Aq.* por tanto surgía una *obligatio* entre delincuente y víctima al margen de toda relación contractual entre las partes que crea para el delincuente la obligación de

⁷ Cfr. M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, (Milano 2002).

(Milano 2002); F. M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum. II. La responsabilità extracontrattuae nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, (Bari 2007).

⁸ Vid. con fuentes y lit. TORRENT, *Previsiones aquilianas. Culpa vero casu id est negligentia. Gayo (13 ad XII Tab.) D. 47,9,9*, de próxima publicación en *TSDP* 11 (2019).

⁹ Sobre el problema de la causalidad aquiliana vid. G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*², (Torino 2005) 70-72; add. TORRENT, *La causalidad aquiliana. Conexión corpore suo-damnum dare: Gayo 3,219; Up. (18 ad Ed.) D. 9,1,1,7; IJ. 4,3,16*, en *RIDROM*, 20 (2018) 466 ss. (= ridrom.uclm.es).

reparar el daño. Su fecha de promulgación estimada mayoritariamente en el 286 a. C.¹⁰ tiene relación con una *secessio plebis*, de manera que al igual que ocurrió en otras leyes importantes de la época republicana, la *lex Aq.* -fuese una *lex publica* o un plebiscito- está en relación con acontecimientos políticos relevantes que iban ensanchando la protección de las clases inferiores o de las nuevas clases como el emergente *ordo equester* que en el terreno de la producción jurídica se manifestó pujante con Servio y los *auditores Servi* en la segunda mitad del s. I a. C.¹¹, superando el antiguo monopolio político y económico de la *nobilitas* a la vez que iba ensanchando y modernizando el ordenamiento jurídico en el campo de las obligaciones en el que la *lex Aq.* significó un hito fundamental al abrir el campo de la responsabilidad extracontractual. Tampoco debemos olvidar que la tradición latina sitúa asimismo en el 286 a. C. la aprobación de una *lex Hortensia* promovida por el *dictator* plebeyo Q. Hortensio que equiparaba los plebiscitos a las *leges*. Desde este punto de vista considero de especial relieve la cláusula derogatoria de leyes anteriores aludida por Ulp. D.

¹⁰ Cfr. Theoph. Par. 4,3,15 y el Scholio anónimo a Bas. 60,3,1 (Heimbach, V, 263).

¹¹ Vid. con fuentes y lit. TORRENT, *Ofilius... qui in equestri ordine perseverabit* (Pomp. D. 1,2,2,44), en RIDROM 18 (2017) 400 ss.

9,2,1 pr. que ha recibido diferentes interpretaciones de la romanística¹².

En este contexto significó un gran avance la *lex Aq.* fijando el resarcimiento del daño en una suma económica debida a la víctima que ya no será una pena fija como establecían las XII Tab. para los delitos dolosos, sino variable que fijará el órgano juzgador según los caps. I y III de la ley Aq. operando con diferentes criterios: bien el mayor valor que hubiera tenido el esclavo o el animal *occiso*, elementos valiosos en la economía del s. III a. C. (*pecudes*), en el año anterior: Gayo 3,210; D. 9,2,2, pr.; Ulp. D. 9,2,27,5 ¿referido al momento de la producción del daño?; ¿a contar desde la instauración del proceso?, y como dice Ankum¹³ refiriéndose el cap. III de la ley, si estos plazos preceden o suceden a los delitos sancionados en este cap. El segundo criterio para fijar la suma a resarcir viene

¹² Cfr. A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht*, (Weimar 1867) 21 ss.; KASER, *Das altrömische Ius*, (Göttingen 1949) 132 ss.; F. PRINGSHEIM, *The origin of the lex Aquilia*, en *Mélanges Levy-Bruhl*, (Paris 1959) 233 ss. = *Gesammelte Abhandlungen*, II (Heidelberg 1961) 416 ss.; J. M. KELLY, *The Meaning of the lex Aquilia*, en *LQR* 80 (1964) 73 ss.; U. von LÚBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, (Berlin 1971) 22 ss.; F. H. LAWSON - B. S. MARKESINIS, *Tortious Liability*, cit., 2 ss.

¹³ H. ANKUM, *Quanti ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisieme chapitre de la loi Aquilia; un fantasme florentin*, en *Mélanges Ellul*, (Paris 1983) 171 (en adelante *In diebus XXX*).

señalado en el cap. III (Gayo 3,218 y Ulp. D. 9,2,27,5) que la calcula para considerar el valor del bien dañado en lo que valiera en los *XXX diebus proximis*.

Es cierto que el cap. III no tiene en cuenta la muerte (pérdida irreparable) sino otras lesiones a esclavos y animales ajenos (*rumpere, urere, frangere*: Gayo 3,217). Es lógico también plantear el tema desde otros puntos de vista tratando de advertir si estas diferencias en el momento de la *aestimatio damni*¹⁴ se deben a una especial consideración del *damnum*¹⁵ en los caps. I y III del texto aquiliano considerando dos tipos diversos de daños: a) muerte, que implica un resultado irreparable; b) lesiones, resultados dañosos temporales y por tanto recuperables referidos a los 30 días anteriores en el caso

¹⁴ Sobre la *aestimatio damni* vid. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione ai non domini*, (Milano 1992; (en adelante *Sup.*);_ CORBINO, *Danno, lesioni patrimoniali e la lex Aquilia nell'esperienza romana*, en *Scritti Franciosi*, I (Napoli 2007) 607 ss.; Id., *Danno qual.*, cit., 38; 33 ss.; 93 ss.; Id., *L'oggetto della aestimatio damni nella previsione del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano*, en *Studi Martini*, I (Milano 2008) 699 ss.; CURSI, *Danno e resp. extracontt.*, 3 s.

¹⁵ Cfr. S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di damnum. I. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*; (Napoli 2015); II. *Criteri di imputazione del danno tra "lex" e "interpretatio prudentium"*, (Napoli 2016).

de lesiones. Sin duda el *damnum* es uno de los conceptos rectores de la *lex Aq.*¹⁶

Es mucho más enigmático el cap. II que asimismo entiendo hay que encuadrar en el momento político y exigencias económicas de la época, cuya significación continúa siendo un problema para la romanística, y sobre el que se han vertido las más diversas explicaciones y conjeturas, que necesariamente tienen en cuenta la afirmación ulpiana que en su época su prescripción había caído *in desuetudinem*. Quizá la primera –y aventurada– explicación se debió a Johannes Voet¹⁷ que lo refería a la corrupción de la moral de los esclavos: *sic ut primum quidem caput de toto seruo perempto, secundum de parte eius nobiliore, puta animo corrupto, tertium autem de parte minus nobili, corpore scilicet laeso*. Hubo que llegar a 1816 en que el descubrimiento del palimpsesto veronés de Gayo por Niebuhr permitió otras explicaciones¹⁸.

¹⁶ Chr. AEDO, *Los requisitos de la lex Aquilia con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el cap. III, en Ius et Praxis*, 15 (2010) 311 ss.

¹⁷ J. VOET, *Commentarius ad Pandectas, lib. X, tit. II,v. (Coloniae Allobrogorum 1769.)*

¹⁸ Vid. B. BEINART, *Roman Law in South African Practice*, en *SALJ*, 60 (1953) 158. Otras conjeturas propuestas por Cuyacio, Bynkershoek *et alii*, han sido recogidas por Johannes VAN DEN LUINDEN en sus anotaciones a las *Pandectas* de Voet a su vez recogidas por P. GANE, *The selective Voet*, II (1955), y por GLÜCK en el vol. X de sus *Pandectas*.

Gayo 3,215. *Capite secundo adversus stipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur.*

Leyendo este § se deduce que nos lleva al mundo del crédito con la figura del *adstipulator*¹⁹ que según Corbino²⁰ nunca tuvo aplicación, pero dejo la exégesis del cap. II para un estudio aparte.

En este sede interesan tanto el cap. I como el III de la *lex Aq.*²¹ que a mi modo de ver plantean los mismos puntos interrogativos. Hasta ahora la romanística solo había tratado este tema al hilo de estudios aquilianos más amplios sobre todo a propósito de la *aestimatio damni*, y últimamente tratado monográficamente por Ankum²² y Aedo²³ que tratan

¹⁹ Vid. S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, I², (Napoli 1935) 72 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali*, (Padova 1962) 5 ss.; G. SCHERILLO, *L'adstipulator*, en *RIDA* (1963) 241 ss.; KASER, *Röm. Privatrecht*, I, 660.

²⁰ CORBINO, *Danno qual.*, 42.

²¹ El cap. II estaba en desuso en época clásica: *in desuetudinem abiit* dice Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 9,2,27,4 Vid. J. A. CROOK, *Lex Aquilia*, en *Athen.* 72 (1984) 75 ss.; CORBINO, *Il secondo capo della lex Aquilia*, en *Studi Bellomo*, II (Roma 2005) 11 ss.

²² ANKUM, *In XXX In diebus*, XXX, cit.

²³ AEDO *Rrequisitos de la lex Aquilia con especial referencia al daño* cit., 311-337.

exclusivamente al cap. III. Y no es que nuestra ley fuera una prescripción normativa larga y compleja sino más bien breve y lacónica, según Zimmermann²⁴ “drafted no longer in the clumsy monumental style of the XII Tables nor, as yet, displaying the hairsplitting pedantry of the later republican legislation”²⁵. Probablemente sería un plebiscito debido a la oportunidad del momento (contemporáneo de la *lex Hortensia* que equiparó los plebiscitos a las *leges*) en protección de los propietarios, y en principio diría de los pequeños propietarios incluidos en las últimas clases del censo que habían recibido para su cultivo pequeños lotes de terreno desde la *lex Licinia-Sextia de modo agrorum* (367 a. C.²⁶) que sufrían daños

²⁴ ZIMMERMANN, *Law of Obl.*, 953.

²⁵ Vid. D. NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redevedung*, (München 1986) 128.

²⁶ Incumplida desde sus primeros momentos necesitó ser vuelta a poner en vigor por los famosos *tribuni plebis* Tiberio y Cayo Graco. El primero presentó una *lex Sempronia agraria* en el 133 a. C. Tiberio Graco aún procediendo de la *nobilitas* tenía tendencias democráticas proponiendo revitalizar la extenuada clase agraria de pequeños propietarios que durante mucho tiempo habían constituido el nervio de la República: cfr. TORRENT, s. h. v. en *Diccionario de derecho romano*, (Madrid 2005) 626. Desde sus primeros momentos esta ley o plebiscito suscitó la ira de la *nobilitas* forzando la *intercessio* de C. Octavio, su colega en el tribunado, contra el que Tiberio realizó un acto revolucionario: la *abrogatio imperii* obteniendo su destitución por los *concilia plebis* y a la vez creando una comisión para la distribución de tierras, los *tres viri*

patrimoniales causados por otro sin la voluntad deliberada de causarlos y por tanto ocasionados por *culpa, id est negligentia* (Gayo D. 47,9,9)²⁷, y de ahí la neta fractura entre XII Tab. y *lex Aq.* que Ulp. D. 9,2,1 pr. se complace en describir destacando la función derogatoria de la *lex Aq.* respecto a la legislación anterior, ofreciendo una panorámica de nuestra ley que con mentalidad actual puede calificarse innovadora al admitir la responsabilidad por culpa en el *damnum iniuria datum*.

La responsabilidad por *damnum* por tanto no había sido introducida *ex nihilo* por la *lex Aq.*, pues las XII Tab. ya regulaban la muerte y las lesiones causadas dolosamente (XII Tab. tanto de un hombre libre como de los esclavos y animales ajenos; es muy significativa la *lex homicidii* atribuida al rex Numa Pompilio según información de Fest. (Lindsay 247): *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*²⁸ cuyo eco se

agris adsignandis, siendo asesinado en el 132 al pretender ser reelegido tribuno. Diez años más tarde su hermano Cayo es elegido tribunus plebis y propone otra lex Sempronia agraria (cfr. TORRENT, Dicc., 626-627) confirmando la ley de Tiberio que suscita la ira de la nobilitas, también es vetada por su colega Marco Livio Druso, Cayo Graco tiene que exiliarse y muere

en el 122.

²⁷ Vid TORRENT, *Prev. aq.*, cit.

²⁸ Cfr. G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5ª ed., (Torino 1965) 149-150; add. TORRENT,

Derecho público romano y sistema de fuentes, (Madrid 2008) 132-133.

encuentra en la legislación decenviral. Cursi²⁹ piensa que el puente que conexiona la normativa sobre el daño desde las XII Tab. a la *lex Aq.*, se encuentra en el “riassetto pretorio” de las normas decenvirales sobre las lesiones físicas que pretende ver confirmado en la narración de Gell.,³⁰ de la que se desprende que las normas decenvirales eran inadecuadas para tutelar las lesiones, tanto respecto al criterio de la pena fija³¹ como respecto al tipo de pena, que en el caso del talión no aseguraba la plena equivalencia de la sanción. En mi opinión, antes que cargar las tintas sobre el “riassetto pretorio” sin desdeñar su importancia en los intentos clarificadores a lo que tanto contribuyó la jurisprudencia, me fijaría en el cambio de rumbo que significó la *lex Aq.* respecto a las XII Tab. al introducir la *culpa*³² como criterio medular fijando criterios sobre la cuantía

²⁹M. F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, (Napoli 2010) 21.

³⁰ Gell. 20,1,13 al exponer el episodio de Lucio Verazio (perteneciente al *ordo equester*) que Gell. trae de Lab.*ad XII Tab.* § 3 recogido por F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II (Lipsiae 1889, reed. Roma 1964) 83.

³¹ Gell. 20,1,37-38.

³² ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, cit., 1007-1013; AEDO, *El concepto de culpa aquiliana y su evolución en las últimas décadas. Distintas teorías*, en *Revista de derecho*. Universidad Católica del Norte (Chile), 21 (2014) 21-59.; Id., *El problema del concepto de la culpa en la lex Aquilia. Una mirada funcional*, en *Rev. de Derecho cit.* 27 (2014) 27-57; Id.,

de las penas económicas que por tanto eran variables, y señalando nuevos plazos para calcular el montante del daño resarcible.

Para el cálculo *quo plurimum in eo anno fuit* contamos con:

Gayo 3,210. *Damni iniuriae actio constituit per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.*

Gayo (7 ad Ed. prov.) D. 9,2,2 pr. *Lege Aquilia capite primo cavetur: ut qui seruum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti in eo anno plurimum fuit, tantum aes dare domino; 1. et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset.*

IJ 4,3 pr. *Damni iniuria actio constituitur per legem, Aquiliam, cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem qui pecudum numero sit iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno purimum fuit, tantum domino dare damnetur,*

Por el cálculo *in diebus XXX proximis*:

Gayo 3,218. *Hoc tamen capite <III> non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is qui damnum dederit. ac ne plurimi quidem verbum adicitur. et ideo*

El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial, en Revista chilena de derecho, 41 (2014) 705 ss.; TORRENT, Aproximación al concepto de culpa ex lege Aquilia, cit., 75 ss.

quídam putaverunt liberum esse iudici vel ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere quo plurimi res fuit, vel ad id quo minoris fuit. sed Sabino placuit proinde habendum ac si etiam hac parte plurimi verbum adiectum esset; nam legis latorem contentum fuisset.

Ulp. (18 ad ed.) D. 9,2,27,5. *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod userit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

Hay que dar por originario el tenor del cap. I *quanti in eo anno plurimum fuit* dada la coincidencia sustancial entre las *Inst.* de Gayo y su comentario al Edicto provincial que legitiman activamente al propietario contra el delincuente para ejercitar la *actio legis Aquiliae* reclamando el mayor valor que tuviera el esclavo o el *pecudes* muerto culposamente en el año anterior. Originariamente sólo estaba legitimado activamente el propietario que sufría el daño. *Erus* en lenguaje latino antiguo tenía un significado de *dominus* (*erus apud antiquos pro domino ponebatur*) y más ampliamente patrimonio como se advierte en la antigua reglamentación del *consortium ercto non cito*³³, de modo que el término *erus* parece pertenecer al tenor originario de la ley, como podemos ver confirmado en Ulp. (18 ad Ed.) D. 9,2,11,6: *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino*; vuelve a citar al *dominus* en D. 9,2,27,5, y aparece igualmente en

³³ Cfr. TORRENT, *Consortium ercto non cito*, en *AHDE*, 34 (1964) 493 ss.

IJ 4,3, pr. Parecería que la ley con el término *erus* -que Corbino³⁴ considera inseguro- podría dar a entender que el cap. I sólo tiene en cuenta un tipo cualificado de propietario: el dueño de esclavos y animales, mientras que el III se refiere a cualquier tipo de propietario, circunstancia negada por Corbino dada la segura inclusión de lesiones a esclavos y animales entre las *res* tuteladas en el cap. III. Todo esto autoriza a predicar de la *lex Aq.* que su contenido originario se dirigía a la protección del propietario³⁵, de una manera mucho más sutil -y eficaz- que en las XII Tab. que sólo tenía en cuenta los resultados dañosos ejecutados con *dolus*. Está documentado que una vieja *lex Numae*³⁶ de época monárquica sancionaba el homicidio de un hombre libre con la pena del talión, mientras que para la *ossis fractio* se preveía una pena económica de 300 ases³⁷. En este sentido la *lex Aq.* al contemplar los actos culposos *iniuria dati* hace que nuestra ley sea realmente “one of the most impressive achievements of the Roman legal mind”³⁸, y hace bien Zimmermann al comenzar el título I del cap. 30 de su *Law of*

³⁴ A. CORBINO, *Damno qual.*, cit., 83-84.

³⁵ En este sentido VALDITARA, *Dammum iniuria datum*, 41.

³⁶ Fest. 247 L.; Serv. *In Verg. Ecl.* 4,43.

³⁷ Gayo 3,223.

³⁸ F. H. LAWSON - B. H. MARKENSINIS, *Tortious Liability for unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, (Cambridge 1982) 19.

Obligations “The statutory definition of the delict: *Iniuria*”³⁹. Además, según Zimmermann⁴⁰ “the most important change brought by the *lex Aquilia* was the transition from a system of fixed penalties to a more flexible assessment of the damages suffered by the victim of the wrong”.

A la vista de las dos series de textos citados se desprende que la *lex Aq.* sanciona todo tipo de daños, la *occisio* de esclavos y animales, y el *dannum* a cualquier tipo de *res*; en la primera serie penando al pago del máximo de lo que hubiera valido el esclavo o animal dañado en el último año, y en el segundo a lo que valiera la *res* en los XXX días anteriores al daño; de modo que si el cálculo del valor del resarcimiento en la fórmula *si quis in eo anno* se aplicaba a la destrucción de cosas particularmente valiosas: esclavos y animales, el cálculo del valor de las cosas dañadas como consecuencia de otras actividades lesivas como *urere, frangere, rumpere*, se aplicaba lo que éstas valiesen *in XXX diebus proximis*, diferencias entre las sumas económicas a pagar a la víctima en función de la importancia de los daños causados: muerte de esclavos y animales valorados *in eo anno*; lesiones a esclavos, animales y otros bienes ajenos por su valor en los treinta días anteriores. Estas noticias podemos darlas por ciertas en el sentido de haber sido recogidas en el plebiscito aquiliano del 286 a. C., aunque obviamente las proposiciones de Gayo y

³⁹ ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 998.

⁴⁰ ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 961.

Ulp. que nos permiten conocer cual pudo haber sido el contenido originario de la ley, muestran una modernización lingüística que no corresponde al latín del s. III a. C. en que aún dominaba la jurisprudencia pontifical (activa hasta el 254 en que Tiberio Coruncanio *pontifex maximus* comenzó a emitir *responsa* públicamente) y unas determinadas coordenadas políticas propias de la lucha de clases, que en ningún modo eran las mismas que regían en la jurisprudencia antonina y severiana.

De todos modos esta distinta valoración del daño no deja de ser extraña, “rather odd” dice Zimmermann, porque el juez no estaba instruido para determinar (“for instance”) *quod actoris interest*⁴¹ sino *quanti in eo anno plurimi fuit* (cap. I) y *quanti ea res in diebus XXX proximis* (cap. III). ¿Cuándo se valora el importe del daño? La respuesta debe ser problemática y el tema suscitó el interés de los juristas; pensemos en el esclavo herido mortalmente en una determinada fecha que muere en fechas posteriores como consecuencia de las heridas: ¿a qué momento se refiere la valoración del daño? Y otra pregunta no menos inquietante: ¿se trata de una *aestimatio damni* o de una *aestimatio*

⁴¹ Vid. TORRENT, *Id quod interest (daño emergente, lucro cesante) en la aplicación de la lex Aquilia. Reflexiones sobre Jul.—Ulp. D 9,2,23,1-2*, pendiente de publicación

*rei*⁴²? Corbino⁴³ piensa en la *aestimatio damni*, mientras que Valditara⁴⁴ considera la *aestimatio rei*, añadiendo⁴⁵ que “la limitazione della esperibilità del rimedio aquiliano era dovuta al fatto che i capi I e III del plebiscito erano volti a tutelare specificamente la proprietà. Ciò aveva comportato come logica conseguenza una *condemnatio* en *q. e. r. plurimi fuit* che conduceva a una *aestimatio rei*”. En cualquier caso al prescribir la *lex Aq.* una valoración que se proyectaba hacia el pasado en el cap. I para precisar el momento en que al acto delictivo había significado el mayor perjuicio patrimonial para la víctima (*in eo anno; in XXX diebus proximis*), debió discutirse entre los juristas clásicos desde qué momento debía practicarse esta valoración⁴⁶, problema al que dieron distintas respuestas Jul. y Cels. citados por Ulp.; Jul. entendía que debía valorarse desde el momento en que el esclavo o el animal, indispensables para sostener la economía de la víctima, recibía la herida que causó su muerte posterior, mientras que Cels. entendió que debía valorarse desde el momento de la muerte efectiva.

⁴² Cfr. CANNATA, *In tema di aestimatio rei nell'azione aquiliana*, en *SDHI*, 58 (1992) 586 ss.

⁴³ CORBINO, *L'oggetto dell'aestimatio damni*, cit., 699 ss.

⁴⁴ VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei*, cit.

⁴⁵ VALDITARA, *Dammum iniuria datum*, 41.

⁴⁶ Cfr. CANNATA, *Delitto e obbligazione*, en *ACOP* (1992) 23 ss.

D. 9,2,2,21 (Ulp. 18 *qad Ed.*) *Ait lex: "quanti is homo in eo anno plurimi fuisset". quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est. 1. Annus autem retrorsum computatur, ex quo quis occisus est: quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum interuallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum Iulianum, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra scribit.*

De todos modos discutir de *aestimatio damni* y *aestimatio rei* me parece tarea un tanto vacua, porque el primero apuntaba a la valoración del hecho jurídico delictivo, *damnum iniuria datum* que constituía el eje central de la *lex Aq.*, y el segundo al valor de la *res laesa*, pero en definitiva apuntando ambas cuestiones a fijar la mayor suma económica con la que el delincuente debía resarcir a la víctima.

A todo esto hay que añadir otro factor que agravaba o sancionaba con mayor dureza la situación del demandado al que la ley imponía la responsabilidad del daño siendo condenado al pago de una pena *in duplum* en caso de *infitiatio*: Gayo D. 9,2,2,1: *et infra deinde cauetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset*, es decir, si el demandado no asumiendo su *recta defensio* se resistía a la demanda presentada por la víctima o desdeñaba su colaboración en el proceso haciendo trizas el principio del contradictorio seguido en el *ordo iudiciorum privatorum*. El tema es complejo, porque si pensamos en el proceso *per formulas* que sustituyó a las viejas *legis actiones* con todas las incógnitas y dificultades de datación que suscita la *lex Aebutia*, quizá del 204 a. C., habría que situar las noticias sobre

la *infitiatio* a ochenta años de distancia respecto a la *lex Aq.* Sabemos que la mayor fuente de noticias sobre el *ordo* lo debemos a Gayo⁴⁷ sin cuyo auxilio sería mucho más profundo nuestro desconocimiento del proceso del *ordo*. Hoy estamos todos convencidos de que Gayo era anticuarista, decididamente sabiniano, conservador, en retraso respecto al estado del derecho de su época que ya había producido grandes avances en la *interpretatio* aquiliana debidos a la jurisprudencia y rescriptos imperiales desde Antonino Pio en adelante.

En el caso que estamos examinando no acaba de estar claro la pretensión gayana insertando la *infitiatio* en una acción penal como la *actio legis Aquiliae* en el mismo plano que las acciones personales privadas, tratando la resistencia del delincuente a cooperar en el proceso *ex lege Aquilia* para cumplir con el principio del contradictorio que la doctrina del s. XIX había encuadrado dentro de la llamada “bilateralidad subjetiva” de los procesos del *ordo*, en los que era absolutamente imprescindible la presencia de ambas partes en la fase *in iure* que culminaba en la *litis contestatio*⁴⁸. Parecería

⁴⁷ Cfr. T. HONORÉ, *Gaius. A biography*, (Oxford 1962); rec. de P. FREZZA, en *IVRA* 15 (1962) 270-275.

⁴⁸ Vid. L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: "indefensio", "absentia", "latitatio"*, (Napoli 2016) 12 ss. Vid. mi rec. en *IVRA* 66 (2018) 455 ss.

que Gayo había querido destacar el rigor de la *lex Aq.* sancionando al que caía en *infitiatio*: infundada resistencia a la demanda⁴⁹, con una *poena in duplum*, lo que desde otro punto de vista pone de relieve las dificultades de situar en sus justas coordenadas por un lado los problemas lingüísticos, y por otro el contexto social en que se aplicaba la *lex Aquilia*⁵⁰, y me alinee con la doctrina mayoritaria que la considera promulgada en el 286 a. C.⁵¹, e insisto, mayoritaria, no unánime, pues algunos piensan que es más reciente y habría sido promulgada a lo largo del s. III a. C.; por ejemplo Cannata⁵² considera que es más reciente atribuyéndola a un tribuno P. Aquilio que había vivido en torno al 210 a. C.

⁴⁹ CORBINO, *Damno qual.*, 43.

⁵⁰ Vid. con fuentes y lit. HONORÉ, *Linguistic and Social Context of the lex Aquilia*, en *The Irish Jurist*, 7 (1972) 140 ss.

⁵¹ Vid. A. BISCARDI, *Sulla data della lex Aquilia*, en *Studi Antonino Giuffrè*, I, (Milano 1967) 75 ss.; A. GUARINO, *La data della lex Aquilia*, en *LABEO* 14 (1968) = *Pagine di diritto romano*, 3 (Napoli 1994) 263 ss.; ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, , 955 ss.; D. PUGSLEY, *The origins of the lex Aquilia*, en *LQR*, 95 (1969)) 50 ss.

⁵² C. A. CANNATA,, *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, en *SDHI*, 58 (1992) 201 ss.; Id. *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, en L. VACCA,(cur.), *La responsabilità civile nella prospettiva storico-comparatistica*, (Torino 1995) 25 ss.

Las citas textuales del cap. I las conocemos gracias a los juristas clásicos, y D. 9,2,2,1 no parece dar una respuesta definitiva al momento de estimación del valor del esclavo muerto *in quantum eo anno plurimum fuisset*⁵³. Obviamente esto fue materia de *ius controversum*, y acertadamente se pregunta Zimmermann⁵⁴ but what was the sense of throwing the calculation back into the past? Did those who drafted the *lex Aquilia* want to make up for the fact that, prices being unsteady, the owner of the slave might not have sold him just at the time when the wrong was committed?, preguntas muy pertinentes. Cardascia⁵⁵ ya había apuntado el hecho que en una economía con precios estables como la de Roma en la primera mitad del s. III a. C., el valor de los esclavos y los animales más valiosos en aquella sociedad agraria tenía que estar sometido a fluctuaciones debidas a los cambios estacionales. A mi modo de ver es razonable esta explicación de Cardascia, pero también debo advertir que nunca han sido fijos los precios en períodos de sequía o por el contrario lluviosos que desembocaban en malas o buenas cosechas, ni en los períodos bélicos en los que

⁵³ Cfr. PRINGSHEIM, en *Ges. Abh.*, II, cit., 426.

⁵⁴ ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 961. Vid. también D. DAUBE, *On the third chapter of the lex Aquilia*, en *LQR*, 62 (1936) 259; von LÜBTOW, *Untersuch.*, cit., 120.

⁵⁵ G. CARDASCIA, *La portée primitive de la loi Aquilia*, en *Daube noster*, (Edinburgh 1974) 63 ss.

siempre se hallaba envuelta Roma originando un alza de precios con las concomitantes situaciones inflacionarias que conducían a sensibles variaciones de precios. Estas reflexiones demuestran una vez más la estrecha relación entre economía y derecho como no podía ser de otro modo⁵⁶.

Ciertamente que estas variaciones estacionales darían lugar a distintos precios según la baja y alta estación, y de ahí que la estimación *quam plurimi in eo anno* a la vez que sancionaba el hecho delictivo, favorecía el equilibrio económico de la víctima, o si se prefiere, su estabilidad económica., aunque hay que reconocer que sería difícil para el propietario probar cuanto valía el esclavo en un determinado momento (el de la muerte efectiva: *occisio*, y el de la herida mortal: *vulneratio*), y de ahí las discordancias entre Jul. y Cels. sobre el momento de la *aestimatio* del *damnum iniuria datum* que conducía inevitablemente a una *aestimatio rei*⁵⁷ que protegiera el *id quod interest* de la víctima buscando su mayor valor, porque si muriera en un momento posterior como consecuencia de la herida, lógicamente su valor iría disminuyendo en ese intervalo, y de ahí el *plurimum in eo anno* aquiliano, que es lo

⁵⁶ A las relaciones entre economía y derecho he dedicado muchos estudios en los que aplico la teoría económica a cuestiones romanísticas.; vid. cita de mis trabajos sobre el tema en TORRENT, *Más sobre Gayo 3,219: si quis corpore suo damnum, dederit*, en RIDROM 21 (2018) nt. 61 pendiente de aparición.

⁵⁷ VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, 41; 42-80;

que sostiene Gayo 3,214 en su interpretación de *plurimum* tratando de aclarar las dificultades de precisar el momento de la *aestimatio damni* superando la evidente disminución patrimonial de la víctima si sólo se estimara el momento *cum occideretur*, tesis confirmada por Jul. – Ulp. D. 9,2,23,3.

Gayo 3,214. *Quod autem adiectum est in hac lege: quanti in eo anno plurimi ea res fuerit, illud efficit, si clodum puta aut luscum servum occiderit qui in eo anno integer fuit, <ut non quanti fuerit cum occideretur, sed quanti in eo anno plurimum fuerit>*⁵⁸, *aestimatio fiat. quod fit ut quis plus interdum consequatur quam ei damnum datum est.*

D. 9,2,23,3 (Ulp. 18 *ad Edictum*). *Idem Iulianus scribit aestimationem hominis occisi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit: et ideo et si pretioso pictori pollex fuerit praecisus et intra annum, quae praecideretur, fuerit occisus, posse eum Aquilia agere pretioque eo aestimandum, quanti fuit priusquam artem cum pollice amisisset.*

Las conductas tipificadas en la *lex Aq*, eran *occidere* en el cap. I y *urere, frangere, rumpere* en el III y originariamente sólo comprendían conductas positivas con resultados lesivos para la víctima que se encuadraban originariamente en el *damnum corpore datum*⁵⁹. Posteriormente la *iurisdictio praetoria* fue admitiendo excepciones a la exigencia de que el daño tenía que

⁵⁸ La integración es de KRÜGER, *Suppl.* basado en IJ 4,3,9.

⁵⁹ TORRENT, *Más sobre Gayo 3,219, cit.*

ser causado con una acción, o como dice Arangio-Ruiz⁶⁰, debido al esfuerzo muscular del delincuente, para admitir omisiones⁶¹, o como vió Schrage⁶² "the requirement of a direct causal relation between the positive act and the effect is another test which impedes liability for omissions... This requirement of a direct causal relation between the positive act and the harm was mitigated in the course of the time: an *actio utilis* or an *actio in factum* could be given when the defendant had locked up another person's slave or animal and the latter came to starve, or when the defendat had so excited another persons' beast of burden or pack animal that it collapsed and died". De esta forma se fue ampliando la aplicació de la ley para comprender nuevas figuras tipificadas de delitos privados de daño culposo comprendiendo actos omisivos. Pero tanto Arangio-Ruiz como Schrage parecen quedarse en el tenor originario de la *lex Aq.* que exigía especialmente en el cap. I el *damnum* causado *corpore corpori suo* para admitir actos lesivos culposos que no implicaban lesiones irreparables en el cap. III, dando la impresión estos autores que contemplan una separación tajante en la *lex Aq.* entre *occidere* y otros actos lesivos que la

⁶⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹³, (Napoli 1957) 375.

⁶¹ Cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 4^a ed., (Milano 1965) 510.

⁶² E. SCHRAGE, *Negligence. A comparative and historical introduction to a legal concept*, en AA.VV., *Negligence, The comparative legal history of the Law of Torts*, (Berlin 2001) 24.

jurisprudencia y la *iurisdictio praetoria* posterior relacionaría con el *plurimum si in eo anno damnum dederit, y quantum plurimi in XXX diebes proximi fuit* (o *erit* que señala algún texto), distintos plazos tenidos en cuenta *ex lege Aq.* para calcular la *aestimatio damni* y consiguientemente la suma económica que el delincuente debía pagar a la víctima, valoración proyectada hacia el pasado en el cap. I y discutido si hacia el futuro en el III, aunque yo estoy convencido con Ankum que se refería a los 30 días anteriores a la producción del daño (*fuit no erit*).

Este distinto momento de la valoración, si por un lado parece dar una visión de algún modo contradictoria en la *lex Aq.* según los distintos tipos de daños, también es inquietante porque si en caso de *occisio* refería la *aestimatio damni* a un valor del pasado, en los casos de *urere, frangere, rumpere*, refería el momento de la *aestimatio* a los *XXX diebus proximis*, es decir a un hipotético valor de la *res laesa* en un momento anterior (*fuit*) o futuro (*erit*), discordancia problemática y hasta arbitraria por dos motivos: porque la *aestimatio* de la *occisio* había que referirla al pasado (cap. I: *quanti in eo anno fuit*): el mayor valor del esclavo o animal en el año anterior, mientras que en el caso de *vulneratio* (cap. III agrupo en este término los diversos tipos de *damnum* distintos de la muerte del ser animado) la *aestimatio damni* debía referirse a un plazo mucho más corto: 30 días posteriores a la lesión. Es ilógico que se estimara el daño en los 30 días posteriores a la lesión, porque el valor del esclavo o animal dañado forzosamente tenía que disminuir por causa del

daño respecto al precio de mercado del bien dañado. Desde este punto de vista la determinación del momento para el cálculo del *damnum* implica un agravamiento económico para el delincuente, que deberá resarcir a la víctima con una suma mayor que el valor de la *res laesa* en el momento en que causó el daño, porque ya no sólo se penaba el acto delictivo con la obligación de resarcimiento proyectando con mayor contundencia la protección aquiliana del propietario, sino que además ofrece el flanco de poder considerar la pena fijada *in eo anno* o *in diebus XXX proximis* en una versión puramente penal. No todos admiten la consideración penal de la *actio legis Aquiliae* puesta en tela de juicio por Zimmermann⁶³ al entender que el aspecto penal de la *lex Aq.* es más aparente que real, aun admitiendo que tiene todos los caracteres de las *actiones poenales*: intransmisibles pasivamente con lo que no se podían ejercitar contra los herederos del delincuente⁶⁴.

Desde el punto de vista de la reconstrucción del *iter* aquiliano, aparte de su carácter penal -que me parece indudable- puede enfocarse el problema desde un ángulo puramente privatístico en relación con el *id quod interest*⁶⁵ de la víctima que las fuentes romanas presentan especialmente en

⁶³ ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 973.

⁶⁴ Ulp (18 *ad Ed.*) D. 9,2,23,8: *in heredem... haec actio no dabitur, cum sit poenalis*. Add. Gayo 4,112.

⁶⁵ Ulp. (41 *ad Sab.*) D. 9.2.41. pr.

materia de destrucción de las *tabulae testamenti*⁶⁶, aunque no creo que la obtención del *id quod interest* por parte de la víctima pueda atribuirse al tenor originario de la *lex Aq.* y fuera más bien objeto de *ius controversum* entre los clásicos: Marcelo, Gayo, Jul.⁶⁷, Ulp. en la interpretación posterior de los *verba legis*, discusión que acaso empezó a suscitarse desde Sab., y casi me atrevería a decir desde los muy numerosos *libri de iuri civil* de los *auditores Servi*⁶⁸.

Una vez analizado el cap. I cuyo supuesto de hecho es la destrucción completa del bien dañado (muerte del esclavo o animal ajeno), pasaré a analizar los distintos supuestos del cap. III, dejando claro que el cap. I sancionaba la muerte de un esclavo o un animal valioso (serían aquéllos *quae collo dorsove domantur*), nunca la un hombre libre que desde las XII Tab. se encuadraba en lo que con terminología moderna llamamos derecho penal público, delito gravísimo reprimido en la época

⁶⁶ Vid. VALDITARA, *A proposito di D. 9,2,41 pr. e dell'actio in factum concessa per il danneggiamento delle tavole testamentarie*, en SDHI 60 (1964) 650 ss.; F. MUSUMECI, *Danneggiamento delle "tabulae testamenti" e applicabilità della tutela aquiliana*, en INDEX, 45 (2017) 308 ss.

⁶⁷ Vid. MUSUMECI, *In difesa della genuinità di un testo di Giuliano (48 Dig.) D.9,2,42*, en AUPA 60 (2017) 335 ss.

⁶⁸ Vid. p. ej., TORRENT, *Ofilius... libros de iure civil plurimos et que omnem partem operis fundarent reliqui (Pomp. lib. sing .ench. D. 1,2,2,44)*, en IVRA 64 (2016) 287-300.

más antigua siguiendo la ley del talión, y más adelante en las severas *leges* que sancionaban el *homicidium* de un hombre libre; hubo que llegar a los glosadores⁶⁹ porque después de éstos no hay duda que hay que dar una respuesta afirmativa⁷⁰, aunque algunos autores defienden la *actio legis Aquillie* en caso de muerte de un hombre libre en época justiniana como piensan

⁶⁹ Para la época posterior a los glosadores vid. R. FEENSTRA, *Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésions corporelles avant Grotius*, en *Etudes Petot*, (Paris 1959) 169-171, republicados con *adenda* por el mismo FEENSTRA, *Fata iuris romani. Etudes d'histoire du droit*, (Leyden 1974) 323-327. Vid. también ID., *Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadenersatz bei Tötung und Körperverletzung*, en FEENSTRA - ZIMMERMANN (eds.), *Schriften zur europäischen Recht und Verfassungsgeschichte*, 7 (Berlin 1992) 429-454; P. CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiano ad Ugo Grozio*, en *AUPA* 43 (1985) 341 ss.

⁷⁰ FEENSTRA, *L'actio legis aquiliae en cas d'homicide chez les Glossateurs*, en J. E. SPRUIT (ed.), *Maior viginti quinque annis. Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institut for Legal History of the University of Utrecht*, (Assen 1979) 45 ss. (que es el que manejo), porque ha sido reeditado con *addenda* por el propio FEENSTRA, *Le droit savant au moyen âge et sa vulgarisation*, (London 1986), y posteriormente traducido al alemán por Monique Stress-Sulser con el título *Die Glossatoren und die actio legis Aquiliae utilis bei Tötung eines freien Menschen*, en E. J. H. SCHRAGE (ed.), *Das römische Recht in Mittelalter*, (Darmstadt 1987) 205-232; ID., *L'application de la loi Aquilia en cas d'homicide d'un homme libre, de l'époque classique à celle de Justinien*, e *Mélanges Wubbe*, Freiburg/Schweiz 1993) 131 ss.

Montel⁷¹ y Sanfilippo⁷² planteando el tema de su posible clasicismo que admite en caso del *paterfamilias* ante la muerte de su *filiusfamilias*, negando en derecho clásico el ejercicio de la acción aquiliana en cualquier otro supuesto referido a la muerte de un hombre libre, hipótesis negada por Wacke⁷³, pero Macqueron⁷⁴, Wittmann⁷⁵, Schebitz⁷⁶, se muestran proclives a

⁷¹ A MONTEL, *La legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per la morte di una persona*, en *Temi Emiliana* 7 (1930) 133-150; ID., *Ancora in tema di di legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per uccisione*, en *Riv. dir. priv.* (1931) parte seconda, 276 nt. 1; ID., *Nota sul fr. 36 § 1 D. ad legem Aquiliam*, en *Studi Urbinati*, 6 (1932) 90-96.

⁷² C. SANFILIPPO, *Il risarcimento del danno per uccisione di un uomo libero nel diritto romano*, en *Annali Catania*, 5 (1950-51) 118-131.

⁷³ A. WACKE, *Umfälle bei Sport und Spiel nach römischen und geltenden Rechts*, en *Stadion. Zeitschrift für Geschichte des Sports und de Körperkultur*, 3 (1978-79) 27 y 37-38 , que ha sido traducido al español: *Accidentes en deporte y juego según el derecho romano y vigente derecho alemán*, en *AHDE* 50 (1980) 551-579.)

⁷⁴ J. MACQUERON, *L'interêt morale ou d'affection dans les obligations delictuelles en droit romain*, en *Etudes Audinet*, (Paris 1968) 178-181; Id., *Histoire des obligations. Le droit romain²*, (Aix-em-Provence 1975) 321-322.

⁷⁵ R. WITMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht* (München 1972) 97-98.

⁷⁶ B. SCHEBITZ, *Berechnung der Ersatzes nach der lex Aquilia* , thesis Freie Universität Berlin (1987) 54-ss.

considerar posible la aplicación en época clásica de la *lex Aq.* al *homicidium* de un *filius familias*.

Dejo por el momento este tema que envuelve una problemática muy interesante; de un lado la misma noción del *homicidium-occisio*, tema que sigue atrayendo la atención de los romanistas⁷⁷ en relación con lo que podemos llamar principios rectores de la *lex Aq.* al menos hasta la época clásica, lo que suscita el problema si en los textos aportados en la compilación justiniana sobre el *homicidium* de un *filiusfamilias liber et ingenuus* fuera idónea la aplicación de la *actio legis Aquiliae*, tema que se discute en la romanística no solo en el caso de *homicidium* sino también la idoneidad aquiliana para comprender el resarcimiento al *pater* por las lesiones infligidas al *filius* que pudieran ocasionarle incapacidad para el trabajo, costosos gastos médicos, y desde luego la muerte del *filius* en el supuesto más grave, daños que desde un punto de vista económico implicaban una “depauperazione”⁷⁸ para el *pater* que está a la base de todo supuesto de *damnum iniuria datum* causado a la víctima, pero ¿cabe esta asimilación *occisio-vulneratio* en el caso de daños causados a un hombre libre, y pensemos en el caso de

⁷⁷ Vid. con lit. TORRENT, *Más sobre Gayo 3,219.*, cit.,

⁷⁸ Término utilizado por VALDIITARA, *Damnum iniuria datum*, 11.

los atletas y deportistas⁷⁹?; ¿cabe exigir responsabilidad en estos casos al amparo de la *lex Aq.*?; ¿se aplican en estos casos los momentos fijados por los caps. I y III para el cálculo del *damnum* resarcible?;. Todos estos temas son apuntados por los autores que hablan de la *lex Aquilia*⁸⁰, no por todos, y normalmente los tratan entre los *obiter dicta*; así denominamos en España a los comentarios de los jueces en sus sentencias que no afectan sustancialmente a su decisión final.

Dentro de lo heterogéneo de las explicaciones ofrecidas por la doctrina hay algo claro; todavía en época clásica la muerte de un hombre libre no entraba en las previsiones aquilianas porque la *corporis aestimatio* sólo se refería a los esclavos, porque como señalan Gayo (6 *ad Ed. prov.*) D. 9,3,7 y Ulp. (23 *ad Ed.*) D. 9,3,1,5 *in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest*⁸¹ (Ulp.) o *liberum corpus nullum recipit aestimationem*

⁷⁹ Vid. M. AMELOTTI, *La posizione degli atleti in fronte al diritto romano*, en *SDHI* 21 (1953) 145-147;

U. GUALAZZINI, *Premesse storiche al diritto sportivo*, (Milano 1965) 17-22.

⁸⁰ Vid. p. ej., B. ALBANESE, *Studi sulla lex Aquilia*, en *AUPA* (11 (1950) 269-285; von LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., 116-120,

⁸¹ Frase que más o menos literalmente se repite en Paul (2 *sententiarum*) D. 14,2,2,2, que sin embargo no tiene nada que ver con la *lex Aq.* sino con la *lex Rhodia de iactu*, y también invocaba este principio Ulp. para explicar la multa pecuniaria fija establecida por el edicto *de effusis et deiectis*: FEENSTRA, *L'applicazione de la loi Aq.*, cit., 145 nt. 18.

(Gayo); asimismo aparece este principio en Gayo (7 *ad Ed. prov.*) D. 9,1,3 donde a propósito de la *actio de pauperie* vuelve a destacar la nulidad de la *aestimatio* de un *liberum corpus*. Insisto en uno de mis puntos interrogativos ¿estaban amparados los daños causados a un hombre libre en la *lex Aq.* en época clásica? Yo creo que no, pues tanto el *edictum de feris* como el *de effusis et deiectis* preveían una pena fija en caso de muerte de un hombre libre. Feenstra⁸² no admite los casos citados en derecho clásico ni en vía de interpretación dentro de las previsiones aquilianas dada la reparación mediante una pena fija, y estoy de acuerdo con esta tesis pues de admitirse la contraria entraría en contradicción con dos principios: a) el principio del resarcimiento *quanti plurimi in eo anno o in diebus XXX proximis*; b) el principio *liberum corpus nullum recipit aestimationem*. Pero Wittmann⁸³ sí admite el pretendido amparo aquiliano al menos desde la época de Ulp. y parece que se va abriendo paso su tesis en la romanística centroeuropea pero refiriéndola no a los juristas clásicos sino a los comisarios justinianos, y en este sentido se muestran Wieacker⁸⁴, Raber⁸⁵, Kaser⁸⁶, Olivier⁸⁷,

⁸² FEENSTRA, *L'application de la loi Aquilia*, cit. 146.

⁸³ WITTMANN, *Körperverletzung*, 98-104.

⁸⁴ F. WIEACKER, rec a WITTMANN, *Körperverletzung*, en *zss* 92 (1975) 357.

⁸⁵ F. RABER, rec. a WITTMANN, cit., en *IVRA* 24 (1973) 236-237.

⁸⁶ KASER, *Das römische Privatrecht*, II², (München 1975) 438.

Wacke⁸⁸, Schebitz⁸⁹, Zimmermann⁹⁰, que en línea de máxima sólo conciben extender la aplicación de la ley Aq. a categorías humanas muy concretas: el *filiusfamilias* y el *homo liber bona fide serviens* que Wittmann extiende a todo hombre libre.

Añade más dificultades para ofrecer respuestas al tema de las lesiones (muerte o heridas con resultado de muerte de un hombre libre), el dato constatado en las fuentes que los textos que tratan casos de *occisio* (o *vulneratio*) de un *filius familias*, suscitan un tema tan problemático como los daños morales (*damnum ex affectione*) que algunos autores consideran también resarcibles *ex actione legis Aquiliae*⁹¹, problema en el que no puedo detenerme ahora para no alejarme de lo que interesa en este escrito: momento para el cálculo de la *aestimatio damni* teniendo como base de la *aestimatio* el *plurimum in eo anno* o *in diebus XXX proximis* según la importancia de la lesión (muerte,

⁸⁷ N.J.J. OLIVIER, *Die aksie weens die nalatige veroorsaking van pyn eb lyding 'n regshistoriese andersoek met 'n regsvergelykede ekskursus*, thèse (Leyde 1978) 35.

⁸⁸ WACKE, *Umfälle*, cit., 27-28.

⁸⁹ SCHEBITZ, *Berechnung*, cit., 99-100.

⁹⁰ ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 1017.

⁹¹ Vid. A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, en *BIDR* 16 (1904) 234-236; y entre los últimos con fuentes y lit. D. A. CENTOLA, *Le sofferenze morali nella visione giuridica romana*, (Napoli 2011) 162-167.

es decir daños irreversibles, no recuperables en el cap. I) o heridas causadas (que no implicaban la destrucción total de la cosa) *servum vel pecudem* en el cap. III, y es en este punto: valoración del *damnum*, en el que la doctrina se divide creando un problema interpretativo según la exégesis textual *lea erit* (Ulp.) o *fuit* (Gayo.)

La exégesis del cap. III de la *lex Aq.* citada más o menos textualmente por Gayo y Ulp. ha sido afrontada con diversas variantes por la crítica moderna a partir de finales del s. XIX. Mas recientemente Ankum⁹² seguido por Cannata⁹³, ha defendido que la lectura *erit* no conduce a resultados prácticos coherentes entre las dos fórmulas del cap. III *quanti ea res erit in diebus XXX proximis* y *quanti ea res fuit in diebus XXX proximis* referidas a las lesiones a esclavos y animales, la auténtica es la segunda, combatiendo una doctrina que desde 1936 asumió Daube⁹⁴ que defiende la autenticidad de la primera basada en la lectura *erit* de Ulp., corregida por la doctrina más reciente que entiende interpolado *erit* en Ulp. D. 9,2,27,5⁹⁵ considerando que su tenor original debía ser *fuit*, lo que equivale decir que la *aestimatio damni* del esclavo o animal herido debía ser considerada en los treinta días anteriores a la comisión del

⁹² ANKUM, *In diebus XXX*, 171.

⁹³ CANNATA, *Sul testo della lex Aq.*, cit., 44 ss.

⁹⁴ DAUBE, *On the third chapter*, cit. 253 ss.

⁹⁵ Criticado por LENEL, *Pal. II*, 527.

delito siempre que hubiese sido ejecutado *iniuria* y causado por la *culpa* del delincuente al que se condenaba a pagar el *plurimum* que valiese *ea res in XXX diebus proximis*, tomada cuenta de cualquier hecho que pudiese disminuir su valor económico⁹⁶ por el daño infligido. Algunos piensan que el tenor originario de la *lex Aq.* prescribía la pena a pagar por el acto lesivo cuando hubiese sido causado *dolo aut culpa*, al menos hasta Alfeno, uno de los grandes *auditores Servi*, requiriendo exclusivamente la *culpa* a partir de Alfeno. No lo entiendo así y considero que culpa y antijuridicidad van unidos desde el plebiscito aquiliano⁹⁷ obviamente unidos asimismo al *damnum*⁹⁸; cosa distinta es que la noción de *culpa* se perfiló desde Q.M.⁹⁹, pero la noción muciana no hizo sino teorizar una concepción anterior de los actos lesivos ejecutados sin intención de causar daño, probablemente intuída por los *veteres*, desarrollada por Q. M. y en la segunda mitad del s. I a. C. por

⁹⁶ CORBINO, *Damno qual.*, 182.

⁹⁷ AEDO, *Los requisitos de la ley Aquilia con especial referencia al daño*, cit., 311 ss.; TORRENT, *Prev. aq.*, cit.

⁹⁸ Cfr. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., 271 ss.

⁹⁹ AEDO, *Los requisitos de la ley Aquilia con especial referencia al daño*, cit., 311 ss.; TORRENT, *Prev. aq.*, cit.; CORBINO, *Antigiuridicità e coolpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano*, en SDHI 75 (2009) 77 ss.

los *auditores Servi*¹⁰⁰, *culpa* que a mi modo de ver era uno de los principios rectores de la *lex Aq.* superando y derogando las XII Tab. y otras leyes sucesivas perfilando lo que se llamará siglos más tarde responsabilidad extracontractual.

Creo que Gayo (D. 47,9,9) dejó perfectamente claro la inclusión de los actos culposos sujetos a resarcimiento como gran aportación de la *lex Aq.* al distinguir los actos dolosos que entraban en el derecho criminal, de los actos culposos que *lege Aquilia tenentur* que ha llevado a un sector de la doctrina romanística más antigua a explicarlo como una contraposición entre *iniuria* (responsabilidad objetiva) y *culpa* (responsabilidad subjetiva) que se fue difuminando en la *interpretatio prudentium* a la *lex Aq.*¹⁰¹. Ya Rotondi¹⁰² había advertido la exigencia de superar la rigidez de la contraposición antijuricidad-culpabilidad¹⁰³, y Beinart¹⁰⁴ calificó la *iniuria* como punto de

¹⁰⁰ K. VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, en *RIDA 1 = Mélanges De Visscher*, III (1949) 437 ss., entiende que la noción de *culpa* había nacido en época tardo-republicana.

¹⁰¹ Cfr. R. ROBAYE, *Remarques sur le concept de faute dans l'interprétation de la loi Aquilia*, en *RIDA 3^a série 38* (1991) 333 ss.

¹⁰² G. ROTONDI, *Dalla "lex Aquilia" all'art. 1151 cod. civ.*, en *Riv. dir. comm.* 12 (1916) = *Scritti giuridici*, II, (Milano 1922) 479 ss.

¹⁰³ Seguido por W. KUNKEL, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, en *ZSS 49* (1929) 158 i. nt.

contacto con la noción de *culpa*, de modo que como entiende Cursi¹⁰⁵ la explicación de Beinart dirigida a que en la primera fase de aplicación de la ley Aq. la responsabilidad habría sido de carácter puramente objetivo, siendo la interpretación jurisprudencial de la expresión *iniuria* en el texto aquiliano desarrollado en torno a una serie de casos particulares en los que habiendo un delito de daños, la antijuridicidad habría venido a menos, de modo que en época clásica la *iniuria* habría sido suplantada por una noción amplia de *culpa* comprensiva tanto del dolo como de la negligencia¹⁰⁶

D. 47,9,9 (4 *ad Duodecim Tabularum*¹⁰⁷). *Qui aedes acervumve frumenti iuxta damum positum combuserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut, si minus*

¹⁰⁴ B. BEINART, *The relationship of "iniuria" and "culpa" in the "lex Aquilia"*, en *Studi Arango-Ruiz*, I (Nápoli 1952) 279 ss.

¹⁰⁵ CURSI, *Iniuria cum damno*, 12.

¹⁰⁶ Cfr. K. VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République* en *RIDA 1 = Mélanges De Visscher*, III (1949) 437 ss.

¹⁰⁷ Creo demasiado sucinta la inclusión por LENEL, *Pal. I*, 244 de este texto en la rúbrica *de incendiariis*, rúbrica que desde luego tiene apoyo en el texto, pero yo me hubiera fijado más en la frase *si vero casu, id est negligentia* para poner acaso una subrúbrica que podría ser del tipo *ad legem Aquiliam de dolo aut culpa*. Vid. Otras explicaciones como la de Arangio-Ruiz y Zimmermann que no comparto: TORRENT, *Prev. aq.*, cit.

idoneus sit, levius castigatur, appellatione autem aedium omnes species aedificii continentur.

Volviendo a los textos gayano y ulpiano relativo a *in XXX diebus proximis* del cap. III de la *lex Aq.*, Corbino¹⁰⁸ destaca que la norma se refiere a algunos comportamientos típicos: *urere, frangere, rumpere*, que disminuían el valor económico del bien dañado mientras que en el cap. I el *damnum* causado *cum iniuria* contemplaba la destrucción total de la *res* (*occisio*). Hay puntos de coincidencia en los caps. I y III si consideramos que en ambos caps. el valor resarcible del bien dañado tenía que ser referido al momento en que éste tuviera el mayor valor aunque no coincidiera con el momento en que el bien era dañado para siempre destruyéndose completamente (cap. I *occisio*) o solamente disminuía su valor económico, pero retrotrayéndose la *aestimatio damni* a dos momentos distintos; en el cap. I a lo máximo que valiera en el año anterior, y en el III en los 30 días anteriores al momento de la herida o mutilación del esclavo o animal dañado, y ésta es la explicación de Ankum seguido por Cannata¹⁰⁹ en torno a la preferencia de *fuit* en vez de *erit*, que me parece la más coherente. En todo caso en ambos caps. el valor de la reparación podía no coincidir con el valor que tuviera el esclavo o la cosa objeto de *occisio* o *vulneratio* en el momento de producirse el daño. ¿Se refiere el *plurimum*

¹⁰⁸ CCORBINO, *Damno qual.*, 197.

¹⁰⁹ CANNATA, *Sul testo della lex Aq.*, cit-. 44.

únicamente a la situación jurídica de la época clásica, o correspondía a la fase más antigua de aplicación de la *lex Aq.*? Por esta última interpretación se pronuncian Cannata (que presenta una reconstrucción del cap. III¹¹⁰ y Cursi¹¹¹, pero la niega Corbino.

Cannata¹¹² entiende que *praeter hominem et pecudem occisos* es un añadido interpretativo e innovativo del cap. III obra de Ulp. como en su día había visto Pernice¹¹³. Para Cannata Ulp. presentaba el enunciado del cap. III como norma relativa a las *ceterae res* que no eran ni el esclavo ni la *pecus* del I; por ello Ulp. enuncia lss *ceterae res* no como “cosas” sino como “casos”, por lo que el cap. III no podía abarcar la *occisio* y de ahí su referencia al *plurimum* de lo que valía la cosa: *quanti ea res fuit in XXX diebus proximis*, y no al *in eo anno* del cap. I, sujeto aquel valor a variaciones estacionales¹¹⁴. Según Cannata¹¹⁵ “sarebbe assolutamente insensato pensare che il legislatore, che si era così atentamente preoccupato di tali considerazione economica

¹¹⁰ CANNATA, *Il terzo capo della lex Aquilia*, en *BIDR 98-99 (1995-96)*111.

¹¹¹ CURSI, *Iniuria cum damno*, 202-203.

¹¹² CANNATA, *Sul testo*, cit., 45.

¹¹³ PERNICE, *Zur Lehre von der Sachsbeschädigungen*, cit., 14 ss.

¹¹⁴ Cfr. CARDASCIA, *La portée primitive*, 62 ss.

¹¹⁵ CANNATA, *Sul testo*, 46.

nel redigere il cap. I, se ne fosse poi disinteressato redigendo il III uno schiavo bracciante mutilato di una gamba deve essere sostituita tal quale uno schiavo morto". Cannata¹¹⁶ ve en un texto de Ulp. D. 9,2,27,22 el primer testimonio de la progresiva extensión jurisprudencial del cap. III a título de daño no destructivo. Por su parte, como hemos visto, Daube¹¹⁷ había deducido del tiempo futuro: *erit* que el legislador quería enunciar el resarcimiento por la lesión derivada de heridas a esclavos y animales tal como se manifestaba en los 30 días sucesivos, y que además este enunciado en general fue debido a la extensión jurisprudencial, tesis que me parece errónea pues creo más coherente la lectura *fuit* y no me parece lógico ni articulado que los redactores de esta cláusula estuvieran pensando en arbitrarios futuribles.

Un tema que ha suscitado la atención de la romanística es el término *plurimum*¹¹⁸ de la regla *in diebus XXX proximis* que si algunos romanistas interpretan en los 30 días sucesivos al hecho lesivo, otro creen que se refieren a los anteriores que me parece la lectura preferida tal como se desprende de Ulp.9,2,27,5 y

¹¹⁶ CANNATA, *Terzo capo*, 118 ss.

¹¹⁷ DAUBE, *On the third chapter*, 253 ss.; ID. *On the use*, 329 ss.

¹¹⁸ Vid. J. A. ILIFFE, *Thirty days hath lex Aquilia*, en *RIDA* n.s. 5 (1958) 494 ss.

aceptada entre los glosadores¹¹⁹, postacursianos¹²⁰, comentaristas¹²¹, humanistas¹²² de modo que podemos entender que hubo una lectura homogénea de *proximus* tal como aparece en la *Vulgata*.

Los que como Daube consideran que los 30 días son los posteriores a la lesión considerando la *aestimatio* basada en el carácter particular de la *res laesa* sujeta a valoración, que serían cosas o animales que no pueden ser debidamente valorados sino con el transcurso del tiempo, y así se empeñó en defender Daube¹²³, compartiendo su visión desde otro ángulo, el *id quod*

¹¹⁹ ROGERIO, *Summa Codicis*, en *BIMAE*, i, (ed. de Bononiae 1914,) 05 (XXIV) 5; AZON, *Summa Codicis, ad Cod. 3,34* (Venetiis 1514) 235 n. 38

¹²⁰ GODOFREDO, *Lectura super Digesto Veteri*, ad d. 9,2,1 (Lugduni 1550) 272 gl. *Lege Aquilia*. Cfr. P. RASI, *L'actio legis Aquiliae e la rex`pmsabilità extracontrattuale nella Glossa*, en G. TOSSI (cur.), *Atti del Convegno Internaz. di Studi Accursiani*, (Milano 1968) 771 ss.

¹²¹ ALBERICO DE ROSATE, *Commentarii in primam Digesti Veteris partem*, ad D. 9,2, (Venetiis 1585) 367v; BALDO DEGLI UBALDI, *Praelectiones in quattuor Institutionum libri*, ad I I. 4,3 (Venetiis 1599) 41r; PAULI CASTRENSIS, *In primum Codicis partem commentaria*, ad Cod. 3,35, (Venetiis 1575) 167v.

¹²² Vid. lit. en CURSI, *Iniuria cum damno*, 291 nt. 104.

¹²³ DAUBE, *On the third chapter*, 253 ss.; ID., *On the use of the term "damnum"*, en *Studi Solazzi*, (Napoli 1948) 329 s.; ID., *Damnum und Nezeq*, en *RH*, 8 (1989) 285 nt. 39.

interest, Valditara¹²⁴ y Cannata¹²⁵, inclusión sumamente interesante, pero no creo que este *id quod interest* fuera propiamente objeto de la reclamación de la víctima; no estaba todavía suficientemente desarrollado el sistema procesal en el 286 a. C. para introducir esta sutileza, y no creo que el legislador lo hubiera tenido en cuenta, que para Daube simplemente era el factor de distinción en la valoración del daño entre los caps. I y III, siendo el I realmente el que estaba en conexión con el valor real de la *res laesa*. Otras interpretaciones del valor del bien lesionado, quemado, o mutilado del cap. III a propósito de la cláusula *quanti ea res erit/fuit* han sido aportadas por Kelly¹²⁶, Volk¹²⁷, e Iliffe¹²⁸, que contemplan los *XXX diebus* sucesivos al acto lesivo como el espacio de tiempo en el que el causante del daño tiene dos alternativas: a) la posibilidad de restituir con una cosa nueva la que había sido lesionada; b)

¹²⁴ VALDITARA, *Sup. cit. passim*; Id., *Dall'aestintio rei "id quod interest" nell'applicazione della condemnatio aquiliana*, en L. VACCA (cur.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, (Torino 1995) 76 ss.

¹²⁵ CANNATA, *Delitto e obbl.*, 76 ss.; ID., *Sul testo*, cit.

¹²⁶ KELLY, *Further Reflections on the lex Aquilia*, en *Studi Volterra*, 1 (Milano 1971) 240 ss.

¹²⁷ A. VOLKS, *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis*, *RIDA*, n.s. 24 (1977) 478 ss.

¹²⁸ ILIFFE, *Thirty days*, 504 ss.

pagar su valor para no incurrir en la *manus iniectio*. Esta explicación me parece muy arriesgada, en primer lugar porque no había ninguna sustitución para el esclavo o *pecudes* muerto del cap. I, y la pretensión de la víctima en el cap. III sólo se dirigía a lograr su reequilibrio patrimonial con el pago del *damnum*.