

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

PREVISIONES AQUILIANAS. II. *ACTIO DIRECTA, IN FACTUM, UTILIS, AD EXEMPLUM, QUASI DAMNI INIURIAE LEGIS AQUILIAE*. LAS LLAMADAS ACCIONES MIXTAS

AQUILIAN PREVISIONS. II. *ACTIO DIRECTA, IN FACTUM, UTILIS, AD EXEMPLUM, QUASI DAMNI INIURIAE LEGIS AQUILIAE*. THE SO-CALLED MIXED ACTIONS

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

La *lex Aquilia*, en realidad un plebiscito del 286 a. C., como cualquier otra prescripción normativa vinculante hubiese quedado en nada si no pudiese exigirse *in iudicio* el cumplimiento de sus prescripciones dirigidas a perseguir el resarcimiento del daño extracontractual que la *lex Aq.* encauzó dentro del *damnum iniuria datum*, uno de los más importantes delitos privados (además del *furtum*, la *iniuria*¹ y la *rapina*) perseguibles a instancia de parte a cuyo amparo se fue delineando lo que a partir del *ius commune* medieval se denominó responsabilidad extracontractual. La *lex Aq.* introdujo en el ordenamiento romano los actos antijurídicos culposos al margen de relaciones jurídicas previas entre el causante del daño y la víctima, y de ahí que la *culpa* pasara a convertirse en uno de los principios rectores de la responsabilidad aquiliana². A este respecto el ordenamiento jurídico aprestaba la *actio*³ definida por Celso (3 *Dig.*) como *ius persecuendi iudicio quod sibi debeat*. Desde el punto de vista de

¹ Que llegaría a configurarse como uno de los cuatro delitos privados en el campo penal con ciertas relaciones con el *damnum iniuria datum*, núcleo esencial del plebiscito aquiliano. Cfr. D. PUGSLEY, *Damnum iniuria*, en TR 36 (1968) 371 ss.; P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra "iniuria" e "damnum iniuria datum"*, (Padova 2000) 61 ss.; M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, (Milano 2002); A. CORBINO, *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano*, en SDHI 75 (2007) 77 ss.

² Vid. TORRENT, *Previsiones aquilianas: <Culpa> vero casu id est negligentia en la lex Aquilia. Gayo (3 ad XII Tab.) D. 47,9,9 que aparecerá en TSDP, 21 (2019) (en adelante *Prev. aq.* I)*

³ Sobre la definición y génesis procesal de la *actio* vid. sintéticamente TORRENT, s. h. v., en *Diccionario de derecho romano*, (Madrid 2005) 20.

completamiento constructivo del ordenamiento jurídico romano una vez que se habían ido aquilatando las diferentes figuras sustantivas que traen su más remoto punto de partida de la época monárquica con un embrionario intento de sistematización en las XII Tab. de mediados del s. V a. C. con las *actiones de pauperie*⁴ y *de pastu*, todavía en medio de una cierta indeferenciación entre derecho (material) y proceso (formal) encontrando protección los derechos materiales en el proceso de las *legis actiones* hasta llegar a la definición de *actio* por Celso, jurista del s. II d. C., como medio judicial por el que una persona puede obtener el reconocimiento, satisfacción y sanción de un derecho subjetivo reconocido previamente por el ordenamiento. En derecho moderno el concepto de acción está en conexión inmediata con el concepto de derecho subjetivo, concepto logrado por la dogmática del s. XIX que lo define como un interés privado reconocido y protegido por el Estado, con lo que se supera la tensión entre su explicación como la pretensión del titular de un derecho subjetivo a exigir un cierto comportamiento de otro, bien como el mismo interés protegido, que trasladado al pragmatismo romano enlaza con la consecución procesal del *id quod interest*⁵ a favor el titular del bien dañado.

⁴ Cfr. H. ANKUM, *L'actio de pauperie et l'actio legis Aquiliae dans le droit romain classique*, en *Studi Sanfilippo*, II (Milano 1983) 13 ss.

⁵ Vid. con fuentes y lit. TORRENT, *Id quod interest (daño emergente, lucro cesante) en la aplicación de la lex Aquilia. Reflexiones sobre Juliano-Ulpiano D.*

Quizá hayan sido demasiado sumarias o breves mis alusiones al concepto de *actio* y a las relaciones entre derecho y proceso, y creo oportuno antes de adentrarme en el análisis de las acciones aquilianas dedicar cierta atención a las relaciones originarias entre derecho y proceso. Las figuras procesales al menos hasta la *cognitio extra ordinem* constituían una parte importante del *ius privatum*, o desde el punto de vista celsino a las relaciones entre *ius* y *actio*, teniendo presente que la primera acción aquiliana fue la *actio directa* (*civilis* y *poenalis* en cuanto la *condemnatio* constituía una *poena privata*) que traía su fundamento de los *verba legis Aquiliae* que entiendo pueden ayudar a esclarecer el sentido de las posteriores acciones pretorias aquilianas *in factum*, *utiles*, *ad exemplum legis Aq.*, *quasi damni iniuriae*, que traen su fundamento de las ampliaciones jurisprudenciales al contenido estricto de los caps. I y III de nuestra ley. Señala Orestano⁶ que el problema de la acción ha sido considerado desde muy diversos aspectos: como problema de teoría general, como problema histórico, y como problema práctico, añadiendo que todavía después de mas de un siglo de

9,2,23,1-2 (pendiente de publicación.). Add. Id., *Pretium affectionis o daños morales en la aestimatio damni ex lege Aquilia*, (pendiente de publicación) donde he tratado el tema de los daños morales que frente a una orientación doctrinal que reclama su origen en el *ius* romano-canónico medieval, sostengo que tiene claros antecedentes en los textos romano-clásicos.

⁶ R. ORESTANO, *Azione (storia del problema)*, en *ED*, IV (Milano 1959), recogido en Id., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, (Bologna 1978), 14.

notorios estudios sobre el argumento no se ha llegado a un seguro criterio de método con apuntes muy dispares entre los autores citando para demostrar este punto de vista a autores del relieve de Calamandrei⁷ y Satta⁸. La intervención de Chiovenda⁹ en el campo del derecho procesal civil es altamente significativa destacando la importancia de la investigación histórica a la que la Pandectística alemana del s. XIX¹⁰ dedicó esfuerzos notables estudiando la acción (“Geschichte der Klagen”) desde Roma a los tiempos modernos considerándola como la evolución a lo largo de más de 20 siglos de una idea “primordial” romana que entendía la *actio* de tiempos antiguos como una afirmación de derecho frente al adversario, idea que transformaría las doctrinas germánicas para considerar la *actio* como una invocación al juez, y oí algunas veces a don Alvaro d’Ors en los años 60 del siglo pasado que la acción no era otra cosa que el derecho en pie de guerra de modo que derecho y proceso no eran otra sino las dos caras de una misma moneda. Ciertamente que las investigaciones procesales generalmente muy pormenorizadas estudiando acciones concretas han

⁷ P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, (1942), recogido en sus *Studi di diritto civile*, V (Padova 1947) 102.

⁸ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, (Padova 1957) 97.

⁹ G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, (1903) reeditado en sus *Saggi di diritto processuale civile*, I (Roma 1930) 57 nt. 14.

¹⁰ Cfr. TORRENT, *La Pandectística del s. XIX último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo*, en *SDHI* 81 (2015) 469 ss.

tomado en nuestro tiempo un volumen creciente¹¹, sobre todo en el análisis de acciones que protegen derechos privados específicos que a veces llegan a identificar derecho y proceso. Un hecho notorio en la romanística de nuestros tiempos es que generalmente trata el proceso en las exposiciones del derecho privado romano, y yo mismo me incluyo en este grupo¹², destacando las sucesivas fases de protección procesal de los derechos (*legis actiones*, proceso *per formulas*, *cognitio extra ordinem*). Es cierto que también se han ido publicando notables estudios autónomos sobre el derecho procesal romano¹³ en el que (sin afán de exhaustividad) hay que destacar los de Luzzatto¹⁴, Pugliese¹⁵, Nicosia¹⁶, y el ya citado de Kaser-Hackl.

¹¹ Vid. lit. en M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², (München 1996) 12 ss.

¹² TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, (Madrid 2008) 103 ss.

¹³ Cfr. G. PUGLIESE, *Diritto e proceso nell'esperienza romana*, en *Diritto e proceso nella esperienza romana. Atti in mem. di G. Provera*, (Napoli 1994) 9-36, = *Scritti giuridici (1985-1999) "a cura" de L. Vacca*, (Napoli 2007) 733-757.

¹⁴ G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana. I. Esercizio dei diritti e difesa privata*, (Bologna 1946); *Procedura civile romana, II. Le legis actiones*, (Bologna 1948); III., *Le origini del proceso formulare*, (Bologna 1950); *Il problema d'origine del proceso extra ordinem. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, (Bologna 1965); *In tema di origine del proceso extra ordinem. Lineamenti critici e ricostruttivi*, en *Studi Volterra, II* (Milano 1969) 665-757. Luzzatto tenía una mentalidad enciclopédica, dominaba el derecho romano, y en la parte que ahora interesa, el proceso y las obligaciones, además de la epigrafía, la papirología y el derecho positivo italiano. Me sugirió como "tesi di laurea" que realicé en los dos años (1968-69) que permanecí en la Universidad de Bolonia *La iurisdictio dei magistrati municipali* que posteriormente publiqué en español (1970) en la colección de publicaciones de la Universidad de Salamanca. Luzzatto fue mi maestro en Bolonia y retomo una vez más esta ocasión para rendirle un

Con todo lo que implica la relatividad del concepto de acción predicada por Orestano, entiendo que el estudio de la *lex Aq.* exige un análisis paralelo de sus aspectos sustantivos y procesales, y desde luego no se entendería la andadura y evolución de la ley *Aq.* sin sus aspectos procesales a partir de la originaria *actio civilis poenalis ex lege Aq.* que en las sucesivas ampliaciones jurisprudenciales de los *verba legis* llegó a coincidir en el tiempo con acciones aquilianas pretorias que llegaron a constituir una nueva y amplísima tipología procesal¹⁷. La primera protección procesal que reconocía y sancionaba el *damnum iniuria datum* previsto en el plebiscito

emocionado homenaje por su magisterio. Al mismo tiempo vuelvo a instar a Ferdinando Zuccotti y a Giovanni Luchetti a reeditar los *Appunti di Papirologia giuridica* de Luzzatto (Bologna 1965) para los que me encargaron una “nota di lettura”, y que dado la demora en su edición publiqué en español: TORRENT, *Reflexiones sobre la relectura de los “Appunti di Papirologia giuridica” de G. I. Luzzatto*, en *RIDROM* 11 (2013) 549-605. Anteriormente por encargo de Francesco Amarelli había escrito sobre los estudios epigráficos de Luzzatto publicados en *SDHI* (de los papirológicos ya se habían ocupado Mario Amelotti y Livia Migliardi-Zingale); vid. TORRENT, *I quaranta anni della collaborazione a Studia di Giuseppe Ignazio Luzzatto*, en *SDHI* 75 (2009) 439-479.

¹⁵ PUGLIESE, *Il proceso civile romano*. I. *Le legis actiones*, (Roma 1962); II. *Il proceso formulare*, (Milano 1961);

¹⁶ G. NICOSÌA, *Il proceso privato romano*. I. *Le origini*, (Catania 1980); II. *Il proceso privato romano. La regolamentazione decemvirale*, (Catania 1984), ambos reeditados por Giappichelli (Torino 1986); III. *Nascita ed evoluzione della iurisdictio*, (Catania 2012).

¹⁷ A título explicativo como caso de *actiones ad exemplum* en otros supuestos en que se ejercitaba, es suficiente aludir a la *actio institoria*; cfr. A. BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, en *Studi Donatuti*, 1 (Milano 1973) 191 ss. Ya tendremos ocasión en páginas posteriores de hablar mas detenidamente de estas *actiones ad exemplum legis Aq.*

aquiliano necesariamente tenía que encauzarse a través del proceso *per formulas* que había sustituido a las arcaicas *legis actiones* desde la *lex Aebutia* presumiblemente promulgada en el 204 a. C., y dentro del procedimiento formulario se fue desarrollando la actividad jurisdiccional en la concesión de fórmulas para la reparación del *damnum* aquiliano que a su vez requirió una grandiosa labor de *interpretatio* por obra de los juristas a partir de los *verba legis Aquiliae*¹⁸ que muestra una vez más la estrecha relación entre derecho y proceso.

La primera expresión procesal de la ley Aq. no podía ser otra cosa que una *actio directa* configurada penalmente¹⁹ dirigida a reparar los daños estrictos previstos en los caps. I y III de la ley: *occisio* y *vulneratio* (*urere, frangere, rumpere* de un esclavo o animal ajeno y daños sobre cosas ajenas²⁰) que originariamente exigía un contacto material y directo (*corpore*

¹⁸ Sobre la ampliación jurisprudencial de los *verba legis* con especial referencia al *damnum*, vid. S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di "damnum"*. I. *Il danno nel diritto romano tra semantica a interpretazione*, (Napoli 2015); II. *Criteri di imputazione del danno tra "lex" e "interpretatio prudentium"*, (Napoli 2016).

¹⁹ Vid. T. FINKENAUER, *Pönale Elemente der lex Aquilia*, en *Ausgleich oder Busse als Grundproble des Sachadenersatzrechts von der lex Aquilia bis zur Gegenwart. Symposium Hausmaninger*, (Wien 2017) 35 ss. Se sigue discutiendo en la romanística si la acción tuviera una finalidad penal, resarcitoria, o o conjunta, tema al que dedicare un próximo escrito.

²⁰ Dejo aparte el cap. II referido a la punición de los actos reprobables realizados por el *adstipulator* que por su especificidad requiere un tratamiento diferenciado de las previsiones de los caps. I y III. Remito por todos con fuentes y lit. a CORBINO, *Il secondo capo della lex Aquilia*, en *Studi Bellomo*, II (Roma 2004) 1 ss.

suo²¹) entre el causante del daño y el bien dañado, ampliado posteriormente a otros supuestos (*neque corpore neque corpori*; quizá el más significativo sea *fame necare*) debidos a la sucesiva extensión en sede de *interpretatio* de los *verba legis* emprendida por la jurisprudencia, extensión correlativamente enlazada con el progresivo afinamiento del concepto de *culpa*, precisando siempre los juristas romanos que el ilícito culposo debía haber sido realizado con *iniuria* (*sine iure*: sin tener ningún derecho sobre el bien dañado), hasta el punto que Wohllschläger²² ha insistido en que los romanos únicamente valoraban la conducta culposa del autor del ilícito. La mayoría doctrinal –a la que me adhiero– no cree que la mención *actio in factum* fuera indicio de interpolación, y sigue siendo objeto del interés de la romanística actual la delimitación, posibilidades de ejercicio, causalidad²³, legitimación activa y pasiva, consideración de la *culpa* del agente del daño²⁴, momento de la *aestimatio damni*²⁵ para fijar el

²¹ Cfr. TORRENT, *Más sobre Gayo 3,219: si quis corpore suo damnum dederit*, que aparecerá en RIDROM 22 (2019).

²² C. WOHLLSCHLÄGER, *Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht*, en ZSS 93 (1976) 135.

²³ Vid. con lit. TORRENT, *La causalidad aquiliana. Conexión “corpore suo-damnum dare”*: Gayo 3,219; Ulp. (18 ad Ed.) D. 9,1,1,7: IJ 4,3,16, en RIDROM, 20 (2018) 465 ss. (=www.ridrom.uclm.es).

²⁴ TORRENT, *Aproximación al concepto de “culpa ex lege Aquilia”*. Paul. (X ad Sab.) D. 9,2,31 y 9,2,28, en L. Gagliardi (cur.), *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II (Milano 2018) 75 ss.

²⁵ Vid. con lit. TORRENT, *Previsiones aquilianas 2. Momento de la “aestimatio damni” para el cálculo del resarcimiento del “damnum”*. La discordancia entre

montante de la *poena*, el *id quod interest* de la víctima, concurrencia de culpas entre los diversos agentes del daño²⁶, concurrencia de la *actio legis Aquiliae* con otras acciones, la naturaleza penal o reipersecutoria de la *actio legis Aq.*, de modo que para la romanística la *lex Aq.* ofrece muchos flancos abiertos a siempre arduos análisis de los textos que tantas veces son de difícil exégesis complicando su solución, que sólo puede ser global teniendo en cuenta la evolución de múltiples factores integrados tanto en el campo de las obligaciones como en el proceso.

Entre estos flancos abordo en esta sede el estudio de la *lex Aq.* desde una óptica procesal en la que como es obvio asumen una función esencial las acciones para dirimir la culpa, depurar la responsabilidad del delincuente, la antijuridicidad de su comportamiento dañoso, la correlativa función penal, el momento en que debe fijarse la *aestimatio damni*, y desde un punto de vista económico la función resarcitoria de las acciones a favor de la víctima del daño que fue siendo desarrollada por la jurisprudencia y la *iurisdictio praetoria* con la creación de las pertinentes cláusulas edictales.

Dentro de esta evolución ampliatoria jurisprudencial de la responsabilidad aquiliana encontramos dos grupos diferenciados de acciones: 1) la *directa* o *in ius*, amparada

“quo plurimum in eo anno fuit” (Gayo 3,210 y D. 9,2,2 pr.), e *“in diebus XXX proximis”* (Gayo 3,219; Ulp. D. 9,2,27,5), en RIDROM 21 (2018) 239 ss.

²⁶ TORRENT, *Concurrencia de culpas de causantes del daño y responsabilidad aquiliana*, pendiente de publicación.

inmediatamente en el “dettato”²⁷ originario de la *lex Aq.* adherente a las prescripciones de la ley (caps. I y III) cuyo tenor originario lo conocemos por Gayo 3,210 y 217, D. 9,2,2 pr.; 2) otro grupo de *actiones: utiles, in factum*²⁸, *ad exemplum, quasi damni iniuria legis Aquiliae*, ideadas en la *iurisdictio praetoria* que se habían ido creando correlativamente a la extensión jurisprudencial de los *verba legis*, quizá a partir del 254 en que Tiberio Coruncanio acabó con el monopolio pontifical del conocimiento del derecho, y desde luego posterior al 204, fecha convencional de la *lex Aebutia* que abrió paso al procedimiento *per formulas*. Se discute²⁹, si estas acciones pretorias hubieran sido conocidas en la experiencia de la tarda República. Zimmermann³⁰ entiende acertadamente que los primeros comentarios a la *lex Aq.* (para mí ampliaciones a los originarios *verba legis*) se remontan a los *veteres (conditores iuris)* del s. II a. C. como Junio Bruto, *vir optimus y iuris peritissimus* al decir de Cic., e inmediatamente después la gran jurisprudencia del s. I a. C.: Quinto Mucio, Servio Sulpicio Rufo y desde luego Aulo Ofilio; el *ius controversum* sobre temas aquilianos se multiplica

²⁷ Vid. A. CORBINO, *Il dettato aquiliano. Tecniche legislative e pensiero giuridico nella media Repubblica*, en *Studi Labruna*, II (Napoli 2007) 1127 ss.

²⁸ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of Civilian tradition*, (Cape Town 1990, reed. Oxford 1996) 991, 993 ss, prefiere hablar de *actio directa* y *actio utilis*.

²⁹ CORBINO, “*Actio directa, actio utilis, actiones in factum*” *nella disciplina giustiniana del danno aquiliano*, en *Studi Nicosia*, III (Milano 2007) 3.

en época clásica y no se puede negar su presencia contextual en época justiniana³¹. Según Corbino “certo è poi anche che la perdurante sottolineatura giustiniana della origine civile o pretoria dei singoli rimedi, trova anch’essa giustificazione nella normativa del tempo”, y añade “benché il proceso sia ormai ordinato sempre *ex rta ordinem* e si svolga perciò secondo un dinamica del tutto distinta da quella che lo caratterizava quando la procedura era ancora incentrata invece sul rilascio magistratuale di una *formula* dalla cui *conceptio* dipendevano i compiti del giudice, il fondamento sostanziale dell’azione esperibile resta ancora tuttavia rilevante non solo dal punto di vista delle valutazioni che il giudice è chiamato a sprimere, ma anche dal punto di vista del *tempus agendi*”. En este sentido entiendo que Corbino considera relevante el fundamento sustancial de la acción: *occisio* derivada del cap. I, otros daños del III (*vulneratio*), que en su pensamiento entiendo argumento esencial para discriminar el ejercicio en unos casos de la *actio directa* y en otros de las acciones pretorias que iban reconociendo las sucesivas ampliaciones del *damnum iniuria datum* aquiliano con nuevos criterios para la *aestimatio damni* aportados por la jurisprudencia y reconocidos en todas las acciones pretorias que debian tener en cuenta tanto la cualidad

³⁰ ZIMMERMANN, *Law of Obl.*, 928 ss.

³¹ Vid. P. GRÖSCHLER, “*Actiones in factum*” e “*actiones utiles*” intorno alla “*lex Aquilia*” fra metodo interpolazionistico e metodo-antiinterpolazionistico, en M. MIGLIETTA - G. SANTUCCI (cur.), *Problemi e prospettive della critica testuale*, (Trento 2011) 29 ss.

de la víctima, que si en la acción directa tenía que ser el propietario³² de la *res laesa*, en las *actiones in factum* podía ser simplemente poseedor, como también obviamente “la natura del pregiudizio lamentato”³³.

En general la doctrina se ha fijado en la diferenciación entre la *actio directa* y el otro grupo de acciones, especialmente las *actiones utiles* e *in factum*³⁴ a las que hay que añadir las *actiones ad exemplum legis Aquiliae*³⁵, con las que el pretor iba completando cualquier otro ángulo de responsabilidad extracontractual, que no son acciones opuestas al tenor originario del plebiscito aquiliano sino que inspiradas en éste lo iban desarrollando a través de los remedios pretorios. Ya he dicho en otra sede³⁶ que el pretor en ciertas ocasiones concedía una *actio in factum* con un régimen distinto del de la *actio directa* para exigir responsabilidad por un comportamiento ilícito culposo que conllevaba un daño patrimonial sin que tal comportamiento hubiera alterado la condición física de la cosa;

³² Pero vid. I. PIRO, *In dubio pro domino? Brevi riflessioni intorno alla valutazione giuridica dell'aestimatio perempti in materia aquiliana*, en *Studi Labruna*, VI (Napoli 2007) 4313 ss.

³³ CORBINO, *Actio directa*, 3 nt. 4.

³⁴ B. ALBANESE, *Studi sulla lex Aquilia*. I. *Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia*, en *AUPA* 21 (1950) 6 nt. 1 y 2, (en adelante *Studi*) aporta un elenco de los textos que recogen tanto las *actiones utiles* como las *actiones in factum legis Aquiliae*.

³⁵ Sobre estas últimas vid. en general G. WESENER, *Actiones ad exemplum*, en *ZSS*, 75 (1958) 220 ss.

³⁶ TORRENT, *Prev. aq.* I, cit.

pondré como ejemplo Ulp. que remontándose a Lab. cita el caso de la manumisión por alguno de un esclavo legado que luego se hubiera dado a la fuga; Volterra³⁷ entiende que la *actio civilis* sólo contemplaba un *facere* directo del autor material del daño, mientras que como en origen la *lex Aq.* no contemplaba las omisiones, (por ejemplo el *fame necare*) sus consecuencias dañosas eran exigibles mediante *actiones in factum ad exemplum legis Aq.*, lo que a mi modo de ver permite presuponer -al menos a nivel teórico- un valor morfogenético de las *actiones ad exemplum* sobre las *utiles* e *in factum* que prácticamente eran equiparables³⁸, trayendo la denominación *utilis* una clara connotación procesal mejor precisada con la denominación *ad exemplum legis*, y la denominación *in factum* se derivaría del primer plano en que la jurisprudencia situó el hecho ilícito culposo reprobable penalmente, y creo que puede decirse que el enfoque procesal en el estudio de la *lex Aq.* acaso constituye el nervio de mayores coincidencias de la romanística³⁹.

³⁷ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, (Roma 1961) 566.

³⁸ Cfr. W. SELB, *Formulare Analogien in "actiones utiles" und "actiones in factum" vor Julian*, en *Studi Biscardi*, III (Milano 1982) 317 ss.

³⁹ Sobre las *actiones utiles, in factum, ad exemplum legis Aquiliae*, vid. G. ROTONDI, *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*, en *AUPE* 28 (1914) 107 ss. = *Scritti giuridici* II, (Milano 1922) 411 ss.; Id., *Dalla "lex Aquilia" all art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche*, en *Riv. Dir. Comm.* 114 (1916) 942 ss. = *Scritti*, II, 465 ss.; P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II (Pavia 1916) 942 ss.; C. ARNÓ, *Actio in factum accommodata legi Aquilia*, en P. CIAPESSONI, (cur.), *Per il XV Centenario della codificazione giustiniana*, (Pavia 1934) 31 ss.; ALBANESE, *Studi sulla legge Aq.*, cit.1 ss.; J. MACQUERON, *Le rôle de la jurisprudence*

Asimismo la verificación del daño como hecho causal que legitimaba el ejercicio de cualquiera de las *actiones* aquilianas, aún con todos los problemas que se derivan del concepto de *causa*⁴⁰, es otro de los que podemos llamar principios aquilianos

dans la création des actions en extension de la loi Aquilia, en *Ann. de la Fac. de Droit d'Aix-en-Provence*, n.s. 43 (1950) 222 ss.; WESENER, *Actiones ad exemplum*, cit., 220 ss.; PUGSLEY, *On the lex Aquilia and culpa*, en *TR* 50 (1982) 1 ss. U. von LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de danno iniuria dato*, (Berlin 1971) 135 ss.; Id., *Die Aktionen im Unkreis der lex Aquilia*, en *Labeo*, 30 (1984) 8 ss.; E. VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, (Pamplona 1973) 1 ss.; P. SOTTY, *Les actions qualifiées d'"utiles" en droit classique*, en *Labeo* 25 (1979) 155 ss.; P. PAUW, *Actio in factum and the lex Aquilia*, en *South African Law Journal*, 97 (1980) 280 ss.; PUGSLEY, *On the lex Aquilia and culpa*, en *TR* 50 (1982) 8 ss.; G. M acCORMACK, *Juristic interpretation on the lex Aquilia*, en *Studi Scherillo*, I (Milano 1982) 266; G. THIELMANN, "Actio utilis" und "actio in factum" zu den Klagen im Umfeld der lex Aquilia, en *Studi Biscardi*, 2 (Milano 1982) 295 ss.; P. van WARMELO, *Les actions autor de la loi Aquilia*, en *Studi Biscardi*, cit., III, 351 ss.; SELB, *Formulare analogien*, cit. 317 ss.; M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, en *ED* 36 (1985) 62 ss.; R. SANTORO, *Aspetti formuilarari della tutela delle convenzioni atipiche*, en N. Bellocchi (cur.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, (Napoli 1991), 109 ss. = *Scritti minori*, I, (Torino 2009) 375 ss.; ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 993 ss.; J. F. GERKENS, "Aequae perituris..." une approche de la causalité dépassant en droit romain classique, (Liège 1997) 146 ss.; GRÖSCHLER, *Actiones in factum: eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Recht*, (Berlin 2002) 13 ss. (en adelante *Actiones in factum. Klage-Neuschöpfung*), Id., *Actiones in factum e actiones utiles*, cit., 29 ss.; CORBINO, *Actio directa, actio utilis*, cit., 1 ss.; Id., *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*², (Padova 2008) 13 ss.; TORRENT, *Actio Legis Aquiliae*, en *Diccionario de derecho romano*, cit., 44-45; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra verba e interpretazione*, (Torino 2015) 66 ss.

⁴⁰ Vid. PUGSLEY, *Causation and confessions in the lex Aquilia*, en *TR* 50 (1970) 163 ss.; SELB, *Kausalität in der dogmengeschichtlichen Betrachtung*, en *Festschrift Herdlitzka*, (München-Salzburg 1972) 197 ss.; ANKUM, *Das Problem der "überholenden Kausalität" bei der Anwendung der lex Aquilia im klassischen römischen Recht*, en *Festgabe Lübtow*, (Berlin 1980) 225 ss.; J. F. GERKENS, "Aequae perituris", cit., 146 ss.; M. SCHERMAIER, *Kausalität oder Finalität? Überlegungen zur "causa" im Ulpian D. 2,14,7*, en T. Finkenauer - B. Sirks (Herg.), *Interpretationes iuris antiqui. Dankesgabe*

aunque la determinación causal en conexión con las particularidades casuísticas de los relativos §§ suele ser bastante problemática, y así lo reconoce Nörr⁴¹ a propósito del análisis de D. 9,2,9 pr. al entender que evidencia una serie de implicaciones procesales que tienen que ver con el riesgo que asume el autor del daño en la elección del medicamento prescrito que ocasionaba la muerte del enfermo, mostrando claramente que para la tutela del daño la extensión pretoria – *actio in factum*– era el instrumento judicial idóneo para la sanción de aquella responsabilidad culposa con resultado de muerte que enmarcaba un *iniuria causam mortis praestare*. Coincido con la mayor parte de la romanística en que la denominación *actio in factum* no ofrece base para sostener que fuera indicio de interpolación.

En realidad podríamos hacer tres grupos e incluso cuatro de acciones aquilianas: a) *directa* b), *utiles* e *in factum* por su intercambiabilidad, c) *ad exemplum legis Aquiliae*, d) *actio quasi damni iniuriae ex lege Aq.*, y aun reconociendo la homogeneidad de los grupos a) y b) creo que los grupos c) y d), pueden formar a nivel teórico un grupo aparte, reconociendo que los tres últimos grupos son de creación pretoria. Éste será el eje central de mi análisis, que no es ninguna “scoperta geniale”, porque la operatividad de las *actiones directae* (*actio civilis legis Aquiliae*) y

Nishimura, (Wiesbaden 2018) 293 ss., y concretamente a propósito de la *lex Aq.* con fuentes y lit. TORRENT, *La causalidad aquiliana*, cit., 466 ss.

las *actiones utiles e in factum* viene plasmada en los comentarios jurisprudenciales clásicos evidenciados en la compilación justiniana y en la Paráfrasis de Teófilo que recogen muchos de los supuestos que ya habían preocupado a los juristas clásicos traídos al D.

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 iumentum tam vehementer agerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum cogitaverit, ut praeceperetur aut si quis alieno seruo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortus fuerit aut aliqua parte corporis laesus erit, utilis in eum actio datur. sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen deiecerit et is sufficatus fuerit, eo quod proiecerit corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit ideoque ipsa lege Aquilia 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 actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugent.*

Teoph. 4,3,16. Κανόνι δὲ γενικῶς δεῖ περιλαβεῖν πότε ὁ *directos Aquilios* ἀρμόσει, πότε δὲ ὁ *utilis*, καὶ τέως εἰδέναι χρὴ ὅτι ὁ νόμος ἑαυτὸν δίδωσιν, ἐπειδὴν ἀδικηθῆ ὄψμα. ἀλλ' εἰ μὲν ἐκ σώματος ἢ βλάβη προσγένηται, τυχὸν γὰρ ψιλαῖς ταῖς ἑμαυτοῦ

⁴¹ D. NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, (München 1986) 166.

χερσίν ἢ μετὰ ξύλου ἢ λιθοῦ ἢ ἐτέρου τινὰς ὀργάνου πλήξας ἀνεῖλον τινὰς ἢ ἐτραυματίσα *directos* ὁ *Aquilios* ἀρμόσει. εἰ δὲ σῶμα μὲν δὲ γέγονεν ἢ βλαβῆ, δίδοσθαι τὸν *utilion Aquilian* χρή. οἷον τὸν ἐμόν τις οἰκέτην ἢ τὸ ἐμόν *pecus* ἐνέκλεισεν ἐπὶ χρόνον, ὥστε λιμῶ διαφθαρήναι, ἢ τὸ ἐμόν ὑποζύγιον αὐτῶς ἤλασε οροδρῶς. ὡς μὴ ἐνεγκεῖν τὸ πλῆθος τοῦ διαστήματος, ἀλλὰ διαρραγήναι, ἢ τὸ ἐμόν τυχὸν πρόβατον ἢ τὸν ἐμόν βοῦν οὕτω τις διετάραξεν, ὡς ἐνεχθῆναι αὐτὸν κατὰ κρημνοῦ καὶ ἀπολέσθαι ἢ κατὰ τι βλαβῆναι, ἢ ἐάν τις τὸν ἀλλότριον οἰκέτην πείση ἀνελθεῖν εἰς δένδρον ἢ κατελθεῖν εἰς φρέαρ, εἰδὼς δυσχερεστάτην καὶ ἐπικίνδυνον τὸν ἀνοδὸν ἢ τὴν κάθοδον εἶναι, εἶτα ὁ οἰκέτης ἀνιῶν ἢ κατιῶν ὠλέσθησε καὶ ἢ τετελεύτηκεν ἢ περὶ τι μέρος ἐ βλάβῃ τοῦ σώματος. τί δὲ ὅτι ἀλλότριον ἀπὸ γεφύρας ἢ ὄχθησ ἔρριψε κατὰ τοῦ κατενεχθεῖς ἐν τῷ ὕδατι ἐπνίγνε ἐνταῦθα τὸν *directon Aquilian* δίδόναι χρή ὅς γὰρ ὤθησε τὸν οἰκέτην οἰκειᾶ σώματί τις ἐβλαψεν οὐδὲ σῶμά ἐστι τὸ ἀδικηθὲν, ζημία δέ τις προσγέγονεν ἐμοὶ ἀργοῦτος τὸ ἀδικηθὲν, ζημία δέ τις προσγέγονεν ἐμοὶ ἀργοῦντος τοῦ *directu* ἐπειδὴ οὐκ ἀπὸ σώματος καὶ *utiliu* δὲ διὰ τὸ μὴ ἠδικῆσθαι σῶμα, ἤρесе τὸν ζημιώσαντα ὑποπίπτειν τῇ *in factum*. οἷον τὸν ἐμόν οἰκέτην, ὡς ἀμαρτάτοντά τι δεσμοῖς περιέβαλον τοῦττον ἕτεροσρίκτᾶ καὶ φιλανθρωπία κινηθεῖς, ὅτι ἐκφεύζεται, λύσας ἀφήκε τῶν δεσμῶν.

Es evidente que en época justiniana seguían sirviendo para la solución de problemas de responsabilidad extracontractual tanto la *actio directa legis Aquiliae* como las demás acciones pretorias reseñadas, que obviamente no

nacieron *ex nihilo* sino por un lado en la reflexión jurisprudencial sobre las exigencias de protección de la integridad de personas y cosas ajenas dañadas por un tercero con *culpa et iniuria*, en definitiva protección de la propiedad ante actos dañinos culposos; por otro en la intensa actividad práctica del magistrado encargado de la *iurisdictio*. En este sentido es luminosa la información de un jurista como Pomp. que con Gayo serán los que mayor número de noticias nos dan sobre el desarrollo histórico del ordenamiento jurídico romano.

D. 19,5,11 (Pomp. 39 *ad Q. M.*): *Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur, sed ad eas actiones, quae legibus proditae sunt, si ex iusta et necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.*

Es muy significativo este texto de Pomp. que se remonta a Sab. Asombrosamente Lenel en su *Pal.* solo recoge hasta el libro 36 de los comentarios pomponianos *ad Sab.*, y me atrevería a hipotizar que este § acaso debiera estar situado en una rúbrica *ad legem Aquiliam*. Este texto es muy interesante para conocer la introducción y la función de las *actiones utiles* e *in factum* en la aplicación de la *lex Aq.*, indicativo también de la aplicación extensiva de los *verba legis* a nuevas situaciones de daños culposos que exigían el resarcimiento a la víctima, y como dice Corbino⁴², muestra un factor relevante constituido por la

⁴² CORBINO, *Danno qual.*, 70.

actividad normativa integrativa de la disciplina legislativa *ad legem Aq.* que desarrolló el pretor, que Corbino inserta en su explicación de la disciplina del daño en las sucesivas ampliaciones jurisprudenciales al dictado originario de los caps. I y III a daños causados en una “*situazione attuale*” protegida directamente causada por un comportamiento del delincuente jurídicamente injustificado, de modo que la víctima habría podido –en relación a los diversos presupuestos (los de la ley o los del edicto) ejercitar la acción directa, y otras veces la introducida por el pretor que distinguía entre los casos en los que habría acordado una extensión *utilis* de la disciplina directa, y casos en los que por el contrario habría acordado una tutela más independiente de los presupuestos de la ley y por ello en relación a las circunstancias del caso: *in factum*. Como vemos, Corbino introduce una distinción entre *actiones utiles* y *actiones in factum*; las *utiles* se derivarían de una aplicación extensiva de la *actio directa* mientras que las *in factum* dependían de las circunstancias del caso. En mi opinión Corbino se quedó corto en esta última explicación porque la ley Aq. fué siempre un referente tanto para las *actiones utiles* como para las acciones *in factum*, y en general para todas las acciones aquilianas pretorias, un punto de partida o referencia que necesariamente debía tener a la vista el magistrado que la concedía como se deriva de Paul. (II *ad Plaut.*): *In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio*. La indudable *auctoritas* de Albanese en materia aquiliana ya había combatido la idea de la

existencia en época clásica de un único remedio procesal aquiliano pretorio, distinguiendo en esta época *actiones utiles* y *actiones in factum* aun admitiendo una importante intervención manipuladora justiniana⁴³.

A mi modo de ver para poder enunciar los juristas *lege Aquilia teneri* debían conocer previamente si los presupuestos sustanciales del *damnum* reclamado por la víctima *in factum*, en *via utilis* o *ad exemplum*, entraban en los *verba legis* originarios o en los ampliatorios sucesivos, *damni* reclamados para su debido resarcimiento, y desde luego las acciones pretorias *utiles* e *in factum* estaban plenamente asentadas y largamente propuestas en época clásica, como comprueba von Lübtow en IJ 4,3,16: *sed si non corpore damnum fuerit neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui dederit... placuit eum que obnoxius fuerit in factum actione teneri*. También hay que tener en cuenta que en la época justiniana la *actio in factum* se había convertido en una *actio generalis*⁴⁴, y creo que en cierta manera puede decirse lo mismo mismo para la época clásica en los casos *qui alio modo damnum contingit* en relación con D. 9,2,33,1 (Paul. 2 *ad Plaut.*⁴⁵): *In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur*

⁴³ ALBANESE, *Studi sulla lex Aq.*, cit. 210 ss.

⁴⁴ En este sentido H. KÖNIG, *Das allgemeine Schadenersatzrecht im Mittelalter im Anschluss an die lex Aquilia*, (Diss. Frankfurt 1954) 6, 54; desde la Edad Moderna en adelante vid. CURSI, *Damno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, (Napoli 2010) 97 ss.

⁴⁵ Situado por LENEL, *Pal.*, 1, 1148, en la rúbrica *de lege Aquilia*. Sobre el texto ROTONDI, *Dalla lex Aq.*, cit., 477 ss.; ALBANESE, *Studi*, 86, 197.

actio. Desde luego en el s. II d. C. ya conocía el tema Pomp. en su comentario a Q. M. (D. 19,5,11); se sabe que a su vez Sab. traía en sus escritos gran inspiración de Q. M.; por otra parte el comentario de Paul. *ad Plaut.*, hace pensar que podemos remontar la *actio in factum* al s. I a. C., y considero probable que los *auditores Servi* y en especial Of. en su *compositio edicti* debían haberse ocupado de algunas *actiones in factum*, o acaso el mismo Servio que en sus 2 *Libri ad Brutum* presumiblemente trataba de materias procesales.

Es cierto que las noticias que tenemos sobre la andadura de las acciones aquilianas civiles y pretorias se refieren a una época en la que ya se había instaurado la *cognitio extra ordinem* desde Augusto, un nuevo procedimiento probablemente nacido para la protección judicial de los fideicomisos, o en otros *iudicia* asumidos por el emperador en juicios de *appellatio* ante sentencias de tribunales inferiores, o ante temas que el *princeps* asumía directamente la *cognitio*. Los fideicomisos como encargo fiduciario con el que el testador encomendaba la ejecución de sus disposiciones a otra persona (fiduciario) en el caso de una herencia testamentaria, o del llamado en la sucesión legítima, constituyeron desde Augusto una nueva figura sustantiva del sistema hereditario que no era posible tramitar con el proceso del *ordo iudiciorum privatorum* que desconocía o no había podido

Plaut. era contemporáneo de Celio Sab. y es citado por Pomp. y otros juristas posteriores; pero de Plaut. tenemos muy escasas noticias biográficas; vid. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², (Graz-Wien-KÖln1967) 134.

delimitar la figura, por lo que creo que en sus primeros momentos iban de la mano *cognitio extra ordinem* y fideicomisos⁴⁶, y es obvio que también la *cognitio* ayudó al desarrollo de las acciones aquilianas pretorias en casos en que anteriormente (en el *ordo*) sólo podía reclamarse el resarcimiento del daño mediante una *formula*, que como vió Corbino delimitaba la función del juez.

Se puede decir que en el *ordo* ante los daños previstos por la ley Aq. inicialmente sólo cabía en principio la acción directa y ante los *damni* expresamente previstos en la ley; también debe decirse que el puro “dettato aquiliano” como gusta decir Corbino, suministraba el material para la *interpretatio legis* desarrollada tanto sobre la *occisio* (cap. I) como sobre la *vulneratio* (cap. III): *urere, frangere, rumpere*, de modo que en los tiempos finales del *ordo* la jurisprudencia fue delineando nuevos presupuestos sustantivos de la acción proporcionando la base para nuevas acciones pretorias que a su vez implicaban no solamente la extensión a nuevos presupuestos sustantivos para la *aestimatio damni* en protección de los *domini*, sino al mismo tiempo ampliando el poder instructorio del magistrado en su *causae cognitio*⁴⁷ permitiendo la ejercitabilidad de las

⁴⁶ TORRENT, *El senadoconsulto Rubriano de fideicommissariis libertatibus* (Ulp. 5 fideic.) D. 40,5,26,7: “si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a praetore adesse noluisse”. *Un intento de explicación material y procesal*, en AG, anno LC, fasc. 3 (2018) 461.

nuevas acciones pretorias, aunque con la *cognitio extra ordinem* hay que decir que sobre el plano formal parece haber hecho propia la terminología y las categorías del *ordo iudiciorum*⁴⁸, que en el desarrollo de las acciones aquilianas al llegar la época Justiniana incluso podían modificar el *tempus agendi* hasta el punto que en esta época las *actiones in factum* podían ejercitarse *in perpetuum* como se deriva de I. 4,12 pr., aunque la enigmática expresión *aliquando* suscita algunas dudas y en todo caso no suministra los argumentos que justificaran la eventual extensión de la perpetuidad a las acciones de origen pretorio⁴⁹,

I. 4,12 pr. *Hoc loco admonendi sumus eas quidem actiones quae ex lege senatusve consultosve ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacrae constitutiones tam in rem quam personalibus actionibus certos fines dederunt: eas vero, quae ex propria iurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium). Aliquando tamen in perpetuum extenduntur, id est usque ad finem constitutionibus introductum: quales sunt hae, quas bonorum possessori ceterisque qui heredis loco sunt accommodate. furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur: absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.*

⁴⁷ Con la *cognitio*, dice LUZZATTO, *Il problema d'origine*, cit. 47 nt. 1, órganos directores del nuevo proceso eran el emperador y los funcionarios delegados para ejercer la función jurisdiccional.

⁴⁸ LUZZATTO, *Il problema di origine*, cit. 26.

⁴⁹ CORBINO, *Actio directa*, 3.

Incluso podría encontrarse algún fundamento a la perpetuidad de las acciones *in factum* en Paul. (1 *ad Ed.*) D. 44,1,7 35 pr.⁵⁰ En mi opinión, siguiendo a Corbino, lo más probable es que estas acciones fueran anuales a falta de una indicación específica contraria, tesis que ve confirmada en Gayo (4 *ad Ed. prov.*) D. 4,3,28, (19 *ad Ed. Prov.*) D. 11,7,7 pr., y Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 4,9,7,6.

Estos pronunciamientos justinianos han hecho que la tripartición de las acciones pretorias aquilianas haya sido vista por algunos romanistas como manipulaciones justinianas⁵¹, y hasta Albanese⁵² que niega la existencia en época clásica de un único remedio aquiliano pretorio, y por tanto afirma la clasicidad de las *actiones in factum* y *utiles*, no deja de sospechar una notable intervención compilatoria.

Todo esto implica que en materia de *lex Aq.* dada la confrontación entre los textos propiamente justinianos y los clásicos, y aún entre los mismos textos clásicos entre sí⁵³ (*ius controversum*), la doctrina romanística haya tenido que

⁵⁰ Nada aclara sobre este problema J. M. BLANCH NOUGUÉS, *Observacions acerca de D. 44,7,1,35 pr.*, en *SDHI* 61 (1985) 871 ss.

⁵¹ Vid lit. sobre el tema ZILLOTTO, *L'imputazione*, 59 ss.

⁵² ALBANESE, *Studi*, 210 ss.

⁵³ Vid. un caso claro las controversias clásicas sobre problemas aquilianos entre juristas, que además eran contemporáneos, en K.- H. SCHINDLER, *Ein Streit zwischen Julian und Celsus*, en *ZSS* 74 (1957) 201 ss.

enfrentarse con el problema de las interpolaciones⁵⁴, suscitando una controversia entre los interpolacionistas y los anti-interpolacionistas, que en general desde Kaser⁵⁵ se tiende a ver de un modo mucho más prudente⁵⁶ lejos del hipercrítico que defendían Beseler, Albertario, Solazzi. Ya no nos dedicamos a la caza de interpolaciones (aunque algunas, pero pocas, existen). En 1961 decía Raggi⁵⁷ que tantas presumibles intervenciones compilatorias (a las que aludía el propio Justiniano en la *Const. Deo Auctore* del 5 de diciembre del a. 530) no habían hecho otra cosa que eliminar las menciones originarias del debate jurisprudencial desterrando sobre un plano ideológico, que yo entiendo como implacable ideología positivista de Justiniano⁵⁸, contra aquel *ius controversum* propio de la libertad jurisprudencial de los juristas clásicos que había suscitado en

⁵⁴ Vid. L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, en *AUPA*, 16 (1931) 3-554.

⁵⁵ M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, (Wien 1972).

⁵⁶ Vid. K.-H. ZIEGLER, *Max Kaser e la revisione della critica interpolazionistica nella romanistica di lingua tedesca dopo il 1967*, en M. MIGLIETTA - G SANTUCCI, *Problemi e prospettive della critica testuale*, (Trento 2011) 61 ss; Chr. BALDUS, *La critica del testo nella romanistica tedesca a dieci anni dalla morte di Max Kaser*, *ibid.* 121 ss.

⁵⁷ L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, (Roma 1961) 126 ss.

⁵⁸ TORRENT, *La fractura justiniana en la producción del derecho, la prohibición de comentar el Digesto y su ideología positivista*, en *SDHI* 79 (2013) 191 ss..

ocasiones tantos problemas derivados de la diversa instrumentación de las acciones aquilianas.

Desde luego que en nuestros días ya no estamos en el terreno de la “Interpolationenjagd” ni buscamos indicios de interpolación⁵⁹, tema al que dedicó tantos esfuerzos Palazzini Finetti⁶⁰. La “Interpolationenjagd” había dado lugar a muchos excesos que como dice Lambertini⁶¹ habían caracterizado aquella tendencia de la romanística que en los casos extremos (pero no rarísimos) habrían debido ponerse como una investigación científica que conducía a una composición-recomposición textual guiada por una lógica apriorística. Se pensaba que todo o casi todo estaba interpolado; basta echar una mirada al *Index Interpolationum quae in Iustiniani digestis inesse dicuntur* iniciado por Ludwig Mitteis en 1920 y continuado por Levy y Rabel en tres vols. con *addenda* (Weimar 1929-1935).⁶² Aquellos excesos que fueron dominantes en la primera mitad del s. XX alejaron a los civilistas del estudio del derecho romano y finalmente llevaron a los romanistas a seguir

⁵⁹ Vid. el trabajo basado sobre la metodología interpolacionista de A. GUARNERI CITATI, *Indice delle parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*, (Milano 1927).

⁶⁰ U. PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris civilis giustiniano*, (Milano 1953).

⁶¹ R. LAMBERTINI, *Interpolazioni nei “Digesta”. Dichiarazioni di Giustiniano*, en MIGLIETTA - SANTUCCI, *Problemi e prospettive della critica testuale*, cit., 5.

otra dirección más prudente en el estudio de los textos extractados en el *Corpus iuris civilis* y sobre todo en el Digesto, que había pretendido recoger todo el saber jurídico romano sirviéndose especialmente de los juristas clásicos. También hay que reconocer que Justiniano en las constituciones *Haec quae necessario* y *Cordi* para el *Codex* y *Deo auctore* y *Tanta* para el Digesto, autoriza las manipulaciones, añadidos, supresiones, cortes, correcciones, aclaraciones, que efectuaron los compiladores.

Una variante de la nueva dirección que tomó la romanística se produjo –dice Lambertini– cuando se pensó que la labor de los *iurisprudentes* había sido alterada por Justiniano sólo en parte, y que las intervenciones masivas debían adscribirse sobre todo a los maestros de la Tarda-Antigüedad (como gusta de denominarse actualmente a los que hasta hace poco llamábamos juristas postclásicos, que se calificaban de decadentes), que desde los años 70 del s. XX vienen siendo rehabilitados, tanto por Amarelli destacando la categoría de los juristas que contribuyeron a la redacción del *Codex Theodosianus*⁶³, como por los numerosos escritos publicados por la *Accademia Costantiniana* rehabilitando la jurisprudencia y la legislación imperial postclásica que hoy se entiende constituyó el nexo de unión entre los clásicos y los justinianeos, al compás

⁶² Vid. TORRENT, *Introducción metodológica al estudio del derecho romano*, (Oviedo 1974) 124.

asimismo de la nueva transmisión libraria en la transición del *volumen* al *codex* magistralmente expuesta por Wieacker⁶⁴ que ha aportado un gran avance en la investigación estratigráfica de los textos, llegando a distinguir entre la historia del texto (“Textgeschichte”) y la historia de su contenido (“Sachgeschichte”), con el corolario que los textos justinianos habrían introducido en el *Corpus iuris civilis* textos no genuinos debidos a las alteraciones postclásicas llamados glosemas generalmente realizadas en formas marginales o interlineares por los lectores y anotadores de las obras en el paso del *volumen* al *codex*.

Estas alteraciones tardo-antiguas⁶⁵ (glosemas), hoy las diferenciamos de las interpolaciones; éstas más bien apuntan a la modificación voluntaria de un texto justiniano que altera sensiblemente su tenor originario clásico; a veces no se trata de simples añadidos sino muchas veces son omisiones y raras veces sustituciones del texto genuino, que dado el carácter oficial y autoritario de la compilación justiniana alcanzan la categoría de derecho inmediatamente vigente que no tenían aquellos textos en épocas anteriores en los que se discutía –

⁶³ F. AMARELLI, *Codex Theodosianus e scientia iuris. Ruolo e compiti del giurista nella tarda antichità*, en *SDHI* 75 (2009) 45 s.

⁶⁴ F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, (Göttingen 1960).

⁶⁵ Vid. VOLTERRA, *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustiniane occidentali*, en *RSDI* 8 (1935) 107-145, II, 389 -405; III, 9 (1936) 365-380 = *Scritti giuridici*, IV (Napoli 1991) 309-382.

como vemos a propósito de la *lex Aq.* cuál debía ser el derecho aplicable.

Frente a la fe ciega en la compilación justiniana de los glosadores y comentaristas medievales, que sin duda realizaron una labor gigantesca y meritísima, los primeros humanistas (Angelo Poliziano), e inmediatamente después la Escuela Culta (s. XVI y XVII, comenzando por Antonio Fabro), empiezan a plantear serias dudas críticas sobre aquellos textos (se significó como “cazador de interpolaciones” el español Antonio Agustín, 1527-1624), y la “caza” de interpolaciones pasó a ocupar la atención de la romanística desde el s. XIX (Eisele, Lenel) hasta mediados del s. XX (Beseler, Albertario, Solazzi)⁶⁶, pero desde el aldabonazo dado en 1950 por el gran Riccobono poniendo en un primer plano la continuidad esencial del derecho romano en todas sus épocas, que no por ello dejaba de advertir la evolución lógica de las instituciones jurídicas al compás de las nuevas exigencias requeridas por los avances de la ciencia y técnica jurídica para mejor responder a los nuevos requerimientos sociales y económicos del mundo romano, se abrió una etapa de gran prudencia vuelta a proclamar en el II Congreso de la “Società Italiana di Storia del Diritto” celebrado en Venecia en 1967, destacando la llamada a la prudencia de Kaser⁶⁷ que defiende un cierto “Konservativismus”, y

⁶⁶ Vid. lit. en TORRENT, *Introducción metodológica*, 124 ss; Id. *Derecho público romano y sistema de fuentes*, (Madrid 2008) 537 ss.

Wieacker⁶⁸, de modo que desde entonces se fue afirmando la regla *in dubio contra interpolationem*.

Las razones para esta llamada a la prudencia son de gran peso: yo diría que principalmente la consideración del brevísimo tiempo en que se compiló el Digesto (del 530 al 533) donde se recogían los *iura*: escritos de los juristas anteriores a la época justiniana siendo Ulp. el jurista clásico más citado⁶⁹; estos tres años y la gran cantidad de textos prejustinianos aportados (9672 fragmentos) fueron la base para que la romanística a partir de 1967 entendiera que no cabían cambios radicales de modo que la recogida fiel de los textos clásicos⁷⁰ viene demostrada por las citas de los compiladores justinianos de las controversias entre aquellos mismos juristas, lo que contradice la aspiración de Justiniano a presentar un derecho

⁶⁷ KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen. (Über die Grenzen des Interpolationenkritik*, en *La critica del testo. I* (Firenze 1971) 364 ss. *La Critica del Testo* recoge en 2 vols. las actas del congreso citado.

⁶⁸ WIEACKER, *Zur gegenwärtigen Lage der romanistischen Textkritik*, en *La critica del testo, II* (Firenze 1971) 1099 ss., que pone en primer plano las minimizaciones de las controversias clásicas por los compiladores justinianos: p. 1117.

⁶⁹ Que se ocupa de los temas *ad legem Aquilianam* en su libro XVIII *ad Ed.* transmitido en la *Collatio* y en el Digesto, lo que nos permite seguir la transmisión libraria de tantos textos aquilianos; vid. H. J. WOLFF, *Ulpian XVIII ad Edictum in Collatio and Digest and the problem of postclassical editions of classical words*, en *Scritti Beatif. Ferrini*, IV (Milano 1940) 85 ss.

⁷⁰ Un ejemplo de lo que digo y referido a temas aquilianos, lo vemos en F. MUSUMECI, *In difesa della genuinità di un testo di Giuliano (48 ad Ed. D. 9,2,42*, referido al *damnum* producido sobre las *tabulae testamenti*, tema que a mi modo de ver presenta el problema de la posible concurrencia de las *actiones ad legem Aquiliae* con la *actio depositi* y la *actio ad exhibendum*.

límpido, claro, sin controversias ni antinomias que pudieran enturbiar la comprensión del derecho para facilitar a jueces y juristas el derecho a aplicar en el s. VI d. C., y abreviar los juicios.

La aplicación del método casuístico de los juristas clásicos que trataban de ofrecer soluciones a través de casos singulares antes que hacerlo mediante abstracciones generalizantes, que es a lo que estamos habituados los juristas modernos que pretendemos encontrar estas abstracciones en los códigos a partir –por poner una fecha– del gran Código civil francés de 1804 de honda raíz romanística calificado justamente de “código de exportación” por su gran influencia en códigos posteriores. Frente al método casuístico de los juristas clásicos Gröschler⁷¹ defiende que no hay que excluir que en los juristas romanos pueda advertirse una tendencia a construcciones más sistemáticas que casuísticas, aunque la moderna romanística esté más concentrada sobre los casos singulares dejando en sombra la historia “complejiva” dogmática del derecho romano⁷².

Yo estoy convencido que la historia del derecho no es otra cosa que historia de la dogmática jurídica, y en mi opinión en algunos textos clásicos podemos encontrar casos claros de

⁷¹ GRÖSCHLER, *Actiones in factum e actiones utiles*, cit., 30.

⁷² Cfr. O. BEHRENDTS, *Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Geschichtslehre*, en *Recht und Justiz in „dritten Recht“* (Frankfurt a. M.

dogmática que es lo que nos ha permitido reconstruir los relieves dogmatizantes aquilianos en los juristas de la época. Opina Gröschler que del carácter casuístico del derecho romano se sigue que no todas las decisiones de los juristas debían estar modeladas según un sistema determinado; estas divergencias en forma de diferencias de opiniones eran frecuentes y podían surgir de la distancia cronológica: el arco temporal del derecho clásico duró más de dos siglos en los que obviamente el derecho romano seguía evolucionando. A mi modo de ver la erudición de los juristas severianos, consciente de este factor, les llevaba a citar opiniones de juristas anteriores: Q. M., Of. en la época republicana, y en el primer Principado Lab., Sab., Sexto Pedio, Ner., que nos ayuda a entender el entendimiento de los problemas aquilianos. A esto hay que añadir las diferencias de opinión en los escritos de un mismo jurista; su opinión podía ir perfeccionándose incluso contradiciéndose, por lo que no se pueden excluir contradicciones en el pensamiento de un mismo jurista, pero estas contradicciones no pueden ser tomadas como interpolaciones sino como signo de autoperfeccionamiento de su pensamiento jurídico.

De todos modos la explicación de Gröschler de que no todas las decisiones de los juristas debían estar modeladas según un sistema determinado, que en mi opinión conduce a la afirmación de una ausencia total de dogmática entre los clásicos, o dicho de otro modo, una ausencia total de criterios

1989) 50 ss.; Id., *Die Grundsbegriffe der zugleich einer Warnung vor den „l'art*

abstractos aplicables al ordenamiento jurídico, y por lo que interesa en esta sede, aplicables al ordenamiento procesal, no es totalmente cierta como comprobamos en un texto de Gayo que afecta frontalmente a un tema central que estamos tratando: la eventual diferencia entre las *actiones in factum* y las *actiones utiles* en el campo de la responsabilidad aquiliana, porque Gayo aporta una explicación de la *actio in factum* (Gayo 4,46) para distinguirla de la *actio in ius* (Gayo 4,45), acaso tomada de la obra sabiniana porque Gayo en mi opinión no era ningún genio del derecho sino un modesto maestro provincial en retraso respecto a la situación del derecho de su tiempo que tuvo la fortuna de escribir unas *Institutiones* simples y sencillas en las que se muestra seguidor de la escuela sabiniana (*nostrae scholae auctores*), que influyeron poderosamente sobre la jurisprudencia y legislación posterior, y esencialmente en los libros y leyes del Occidente altomedieval posterior, que entre otros problemas incluye el tema del derecho vulgar de Occidente con la utilización de un lenguaje clásico que se iba degenerando⁷³

Gayo 4,45; *Sed eas quidem formulas in quibus de iure quaeritur in ius conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dare oportere aut*

pose l'art", en *INDEX*, 25 (1966) 9-12.

⁷³ Un ejemplo de esto en los primeros tiempos de la Baja Edad Media lo tenemos en España en la *Historia Compostelana* (s. XII), que aún teniendo fama de ser la obra escrita en latín mas elegante de la España de la época, permite advertir deformaciones del lenguaje; cfr. R. BALTAR, *Tránsitos de gramático*, en *Plenitudo veritatis. Homenaje a Mons. Romero Posse*, Instituto Teológico Compostelano, *Collectanea Scientifica Compostelana*, 26 (2018) 791.

pro fure damnum <decidi oportere; sunt et aliae in> quibus iuris civilis intentio est.

Gayo 4,46: *Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, <sed> initio formulae nominatio eo quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur.*

Todas las reflexiones que he venido describiendo a propósito –por simplificar– del método compilatorio justiniano, entiendo que son aplicables al campo aquiliano y su progresiva ampliación material y procesal debida a la *interpretatio prudentium* y a la *iurisdictio praetoria*; por supuesto que encontramos divergencias entre los juristas sobre cuál acción ejercitar⁷⁴, y un caso claro de esta diairética que tantas veces se ha enfocado por la romanística como interpolaciones, se encuentra en la dicotomía *actiones utiles* y *actiones in factum* para solucionar la responsabilidad derivada del *damnum iniuria datum* aquiliano. Según Gröschler⁷⁵, las propuestas para una distinción exacta entre estas categorías de acciones se pueden sostener con el auxilio de hipótesis interpolacionistas que con frecuencia dependen precisamente de la sistemática de distinción de la que se parte, pero también es obvio que con este modo de proceder el resultado que se pretende demostrar es utilizado como premisa, lo que nos sitúa en un círculo vicioso. Gayo que conocía bien la problemática de la *lex Aq.* (3,210-219),

⁷⁴ Cfr. TORRENT, *Concurrencia de culpas*, cit.

en 4,45 para determinar los casos de aplicación de la *actio in ius* y en 4,46 en sede de las exigencias generales de determinación de la *formula in factum*⁷⁶, podía haber sustituido *damnum* por *factum*, pero estas precisiones ya las había hecho en el libro III de sus *Institutiones*, y en 4,16, texto eminentemente procesal, trata de una acción cuya *formula* comienza –como dice van Warmelo⁷⁷– por una exposición de los eventos que dan lugar a la acción (*in factum*): *initio formulae nominata eo quoid factum est*. Van Warmelo admite el uso promiscuo clásico de las *actiones in factum* y *utiles* “sans qu’ils y ajoutaient une signification dogmatique et même sans y vouloir indiquer nécessairement un lien avec la loi Aquilie” con lo que a mi modo de ver predica una visión amplísima de aquellas acciones pretorias aplicables a situaciones jurídicas distintas de las aquilianas, y en esto sin duda tiene razón van Warmelo, que añade⁷⁸ “il faut se rappeler que les juristes romains biens qu’ils avaient un sentiment de droit, très aiguisé, n’étaient pas des juristes qui s’occupaient beaucoup de la théorie et du dogme du droit. Ils étaient des

⁷⁵ GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, 31.

⁷⁶ Sobre la problemática de las *actiones in factum*, obviamente con matices entre las respectivas explicaciones, vid. McCORMACK, *Aquilian Studies*, en *SDHI* 41 (1975) 30 ss.; SOTTY, *Recherches sur les utiles actions. La notion d’actio utilis en droit roman classique*, (Université de Clermont 1977) 67 ss.; Id. *Les actions*, 159 ss.; KASER- HACKL, *Röm. Zivilprozessrecht*, 251 ss. que se mueve desde el pnto de vista de la *interrogatio in iure*.

⁷⁷ VAN WARMELO, *Les actions autour lex Aq.*, 352 nt. 5.

⁷⁸ VAN WARMELO, *Actiones autor*, 353.

hommes de la pratique, bien qu'ils connaissent des théories générales et des dogmes, mais sans qu'ils en étaient épris de telle façon que le dogme précédait les besoins de la vie actuelle" y "cette distinction entre le juriste de la pratique et le savant ou professeur des écoles se montre bien en ce que concerne le domaine de la loi Aq."⁷⁹

En mi opinión hay que llegar a I. 4,3,16 para encontrar la distinción justiniana entre *actiones in factum* y *utiles* en el sentido que corresponde ejercitar la *actio utilis* cuando el causante del daño actúa *non corpore suo*⁸⁰ ni *corpori*, es decir, sin un esfuerzo muscular directo⁸¹ que es lo que exigía el tenor originario de la ley Aq., de modo que las citadas acciones pretorias implican una avanzada *interpretatio* jurisprudencial de los *verba legis* de la que participaba la *iurisdictio praetoria* plasmada en el uso promiscuo de ambas *actiones*⁸² en casos en que no podía intentarse la *actio directa*⁸³. El ejemplo que trae la *Instituta* justiniana de *actio utilis* es el del esclavo ajeno prendido por un tercero que lo deja morir de hambre (*fame necare*); obviamente el esclavo no muere por una actividad

⁷⁹ VAN WARMELO, *Actions autour*, 354.

⁸⁰ Cfr. TORRENT, *Más sobre Gayo* 3,219, cit.

⁸¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹³, (Napoli 1957) 375.

⁸² Vid. J. L. BARTON, *The lex Aquilia and decretal actions*, en *Daube Noster*, (Edinburgh 1974) 15 ss.,

⁸³ Cfr. D. 19,5,14 (Ulp. 41 ad Sab.); D. 9,2,27,21 (Ulp. 18 ad Ed.) de los que tendré ocasión de ocuparme *infra*.

corporal del delincuente (y no olvidemos que estamos en el campo de los *delicta privata*) sino que muere por no haber sido alimentado. Este recurso a la *actio utilis* ya había sido descrito por Gayo 3,219: *placuit in damnum ex ista lege actionem esse, ideoque alio modo damno dato utiles actiones dentur*, que recogió la Par. Theoph. 4,3,16: εἰ δὲ σῶμα μὲν ἠδικήθη οὐκ ἀπὸ σώματος δὲ γέγονεν ἡ βλάβη, δίδοσθαι τὸν *utilion Aquilion* χρή.

Creo que coinciden sustancialmente Gayo y los textos bizantinos; acaso la frase de Gayo *si alio modo damno dato* puede decirse que viene mejor precisada o completada en la descripción justiniana de la causa directa del daño resarcible al traer el ejemplo de una persona compasiva que libera al esclavo ajeno; obviamente aunque el afrancador no toca al esclavo para nada (ni le mata ni le hiere ni le incapacita), es decir, no hay daño corporal al esclavo por el manumitente ni evidencia su actividad muscular, pero la declaración de *libertas* implica un daño patrimonial para el *dominus servi*, y dado que no hay ningún tipo de lesión directa sobre el esclavo, el *dominus* puede actuar contra el manumitente ejercitando una *actio in factum*. La frase de Gayo nos dice claramente que desde luego en época antonina era corriente la aplicación de las *actiones in factum*, situación que Gayo habría conocido de su admirado Sab., y la *actio in factum* probablemente fuera ya conocida por los *auditores Servi* (Of., Alfeno, Aufidio Namusa), y acaso también por el mismo Servio que había escrito 180 *libri iuris civilis* siendo muy

celebrados los *responsa* servianos por los juristas posteriores⁸⁴. Ciertamente que el “tatbestand” no producía por sí mismo ninguna lesión ni menoscabo del esclavo; su perjuicio para el *dominus* consistía en la pérdida de la propiedad sobre el esclavo que obviamente minoraba su patrimonio; no cabía por tanto la *actio directa legis Aquiliae*, siendo el reseñado un caso claro de ejercicio de la *actio in factum* para la protección del propietario del esclavo que la *interpretatio prudentium* ampliando los requisitos originarios de la ley Aq. que requería el *damnum corpore suo datum* por el delincuente producido con su esfuerzo muscular directo, ampliaba su protección mediante una *actio in factum*.

En el caso citado el *damnum* lo produce la liberación del esclavo, un acto jurídico de liberalidad por parte de un tercero sin ninguna relación previa con el *dominus servi* que para nada ataca la integridad corporal del esclavo, acto realizado *sine iure, cum iniuria* respecto al *dominus servi*, en definitiva una *iniuria cum damno*, un acto ilícito sancionable al amparo de las sucesivas ampliaciones de los *verba legis Aq.* acometidas por la jurisprudencia y sancionadas por la *iurisdictio praetoria*. Es bien sabido que *culpa, iniuria* y *damnum* son los tres principios rectores de la ley Aq., pero los estrictos *verba legis* no son suficientes para poner en marcha los mecanismos aquilianos de la sanción por el daño, porque hay que añadir la *culpa* del

⁸⁴ Admirablemente recogidos por MIGLIETTA, “*Servius respondit*”. *Studi in torno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena*, I (Trento 2010).

causante del daño, de modo que antijuricidad y culpabilidad van de la mano⁸⁵. No debió tener ninguna dificultad el pretor al incluir aquel daño injusto causado *sine iure* por un acto ilícito dañoso para el *dominus* que perjudicaba su círculo patrimonial para encuadrarlo dentro de las correlativas cláusulas sancionatorias edictales, y aunque el daño no fuera realizado ni *corpore* ni *corpori*, es decir, al no ser un daño previsto en el tenor originario aquiliano y por tanto no idóneo para ejercitar la *actio directa*, la progresiva extensión jurisprudencial lo consideró acto reprochable que debía ser sancionado amparando la pretensión resarcitoria de la víctima mediante una *actio in factum*.

Considerando la *Instituta* justiniana y los textos gáyanos *ad hoc*, Gröschler⁸⁶ considera que la tripartición *actio directa, utilis, in factum*, es perfectamente lineal, en mi opinión demasiado lineal en la reconstrucción de Gröschler, porque entiende que cabe la *actio directa* ejercitable por la víctima cuando el daño haya sido causado sea *corpore* que *corpori* (los supuestos del cap. I: *occisio* y III: *vulneratio*), o sea, daños debidos a una actividad directa del delincuente que tienen como consecuencia un daño corporal, mientras que se debe experimentar la *actio utilis* cuando el daño no sea ocasionado en manera directa *neque corpore neque corpori* (dejar morir de hambre: *fame necare*), pero existe un daño sustancial para el

⁸⁵ CURSI, *Iniuria cum damno*, cit.; CORBINO, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., 77 ss.

esclavo, y consiguientemente lesiona irremediabilmente la *res domini*, y cabe la *actio in factum* cuando el daño fuera realizado no *corpore* ni *corpori* no dañando sustancialmente la *res laesa* en el caso de la *manumissio alieni servi*. Nada dice Gröschler de la *actio ad exemplum*, entendiendo además que no hay contradicción entre las tres primeras acciones, concluyendo que ésta correspondería a una visión justiniana que no concuerda con las fuentes clásicas, explicación que no comparto: tan clásicas o justinianas son las tres acciones pretorias, o una cosa o la otra, pero no clásicas las dos primeras y justiniana la *actio ad exemplum*, y de lo que vengo diciendo hasta ahora se deriva que considero clásicas las tres acciones pretorias.

Para entender mejor el significado y función procesal de cada una de las tres acciones pretorias⁸⁷, debemos empezar por los elementos comunes : en primer lugar el *damnum*⁸⁸, y no debemos olvidar que el objeto⁸⁹, las modalidades y el momento de la *aestimatio damni* ha constituido para la romanística un gran polo de atracción⁹⁰; el *damnum* en sus diferentes formas es un

⁸⁶ GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, 34.

⁸⁷ Sobre el problema de las formas procesales originarias vid. NÖRR, *Causa mortis*, 140 ss.; CORBINO, *Osservazioni sulla forma originaria delle azioni aquiliane*, en *ANNAEUS*, 1 (2004) 97 ss.

⁸⁸ Vid. G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*, (Torino 1998); CORBINO, *Danno, lesioni patrimoniali e lex Aquilia nell'esperienz romana*, en *Studi Franciosi*, I (Napoli 2007) 607-625;

⁸⁹ CORBINO, *L'oggetto della aestimatio damni nella previsione del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano*, en *Studi Martini*, I (Milao 2008) 699-710

elemento esencial que conduce a esclarecer el ejercicio de cada una de las acciones pretorias. Otro elemento común es la *iniuria*⁹¹, y “last but non least” la *culpa*⁹², de modo que *damnum*, *iniuria* y *culpa* son realmente los tres grandes principios rectores de la responsabilidad aquiliana⁹³. En el campo estrictamente procesal debemos tener en cuenta que las *actiones utiles e in factum* son intercambiables, y en ocasiones los textos presentan una *actio in factum* para reparar un daño sustancial que según la *Instituta* justiniana debería ejercitarse mediante una *actio utilis*. Un ejemplo de lo que vengo diciendo lo encontramos en Cels. citado por Ulp. Tampoco debemos olvidar que con la *cognitio extra ordinem* se habían ampliado considerablemente los poderes instructorios del magistrado que dirigía el proceso en todas sus fases desapareciendo la bipartición *in iure* y *apud iudicem* propia del *ordo* que sujetaba al *iudex privatus* a los términos estrictos de la *formula*, y consiguientemente

⁹⁰ Vid. VALDITARA, *Superamento dell'“aestimatio rei” nella valutazione del danno aquiliano ed estensione ai non domini*, (Milano 1992); Id., *Dall'“aestimatio rei” all'“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.; Id., *Sull'origine del concetto di damnum*, (Torino 1998); CORBINO, *Danno, lesioni patrimoniali e lex Aquilia nell'esperienza romana*, en *Studi Franciosi*, I (Napoli 2007) 607 ss.; y por último con fuentes y lit. TORRENT, *Prev. aq.* II, 240 ss.

⁹¹Vid. CURSI, *Iniuria cum danno*, cit., 147 ss.

⁹² Vid. por último con fuentes y lit. TORRENT, *Previsiones aquilianas*. I, cit.

⁹³ Sobre la amplitud de la tutela aquiliana vid CURSI, *Per una storia della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II (Napoli 2006) 36 ss.

desapareciendo el rigor de la *litis contestatio* a la vez que la *cognitio* significaba una nueva concepción de la *iurisdictio*.

D. 9,2,7,6 (Ulp. 18 *ad Ed.*): *Celsus autem multum interesse dicit, ociderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur, unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum.*

Otro ejemplo similar lo encontramos en

D.9,2,27,9 (Ulp. *eod. lib.*): *Si fornicarius serous coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit: ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius negligenter custodierit, an tenebitur qui subiecerit? nam qui custodit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, nam peccavit: quid ergo est? puto utilem competere actionem tam, in eum qui ad fornacem obdormiuit quam in eum qui negligenter custodit, nec quisquam dixerit in eo qui obdormiuit, rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere ve lita munire, ne evegetur.*

En el primer § se sobreentiende que Cels. conocía perfectamente el cap. I de la ley Aq., y al no haber muerte injusta directa debida al esfuerzo muscular del delincuente que sólo había suministrado la *causa mortis*, entendió que no cabía la *actio directa* sino la *actio in factum*. Cels., último de los juristas proculeyanos, fue contemporáneo de Jul. con el que tuvo

famosas disputas⁹⁴, es de finales del s. I y primera mitad del III, pretor el 106 y el 107, dos veces cónsul, miembro del *consilium* de Adriano y autor de 11 *libri epistularum*, 7 o más libros de *commentariis*, 12 de *quaestiones* y 30 *digestorum*. Sabía de lo que hablaba y distingue claramente entre muerte violenta, inmediata, y proporcionar la *causa mortis*, o dicho de otra manera, sabía lo que significaba la *occisio*⁹⁵ inmediata causada por el delincuente, y la debida a haber proporcionado la *causa mortis*; distinguía entre muerte directa e indirecta, y para este último caso consideraba aplicable una *actio in factum*. Pero Ner. (D. eod. 27,9) en el caso del *fornicarius* adormecido piensa en una *actio utilis*, y de esta opinión participa Ulp.

Por supuesto que también Ulp. conocía los *verba legis Aquiliae* y la *occisio* inmediata del cap. I que cita textualmente, y por eso dice en D. eod. 7,1: *occisus autem accipere debemus, sive gladio sive etiam fuste vel alio telo vel manibus (si forte strangulavit eum) vel calce petiit vel capite vel qualiter qualiter*, que nos lleva al sentido originario de *occidere* de la ley que no tomaba en consideración cualquier *damnum* sino el que pudiese considerarse consecuencia de una de las actuaciones cualificantes⁹⁶ previstas: *occidere, urere, frangere, rumpere* que venían siendo ampliadas considerablemente por la jurisprudencia, y yo diría que en cierta manera unificando a

⁹⁴ Vid. SCHINDLER, *Ein Streit zwischen Julian und Celsus*, cit., 201 ss.

⁹⁵ Sobre el significado de *occidere*, vid. por último con fuentes y lit. TORRENT, *Prev. aq I*, cit.

⁹⁶ CORBINO, *Danno qual.*, 93.

efectos procesales las nuevas acciones pretorias *ex lege Aq.* que desarrollaban el contenido originario del plebiscito aquiliano. Todavía el sentido restringido de los *verba legis* seguía siendo recordado por Jul. (86 *dig.*⁹⁷) D. 9,2,51 pr. al considerar *occidere* como actividad que provoca el evento mortal inmediato: *adhibitia vi et quasi manu*, sentido restringido conocido por Lab. (muerto el 11 d. C.) citado por Ulp. D. 9,2,9 pr. (18 *ad Ed.*) y D. 29,5,1,17⁹⁸, pero que ya había experimentado una *interpretatio* ampliatoria desde los primeros tiempos clásicos al admitir la imputabilidad por haber proporcionado la *causa mortis* aunque la muerte efectiva ocurriera en momentos posteriores, que si no permitía el ejercicio de la *actio directa*, la responsabilidad por el *damnum* era exigible mediante *actiones in factum* que recuerda Ulp. remontándose a la doctrina de Lab., Sab. (en el comentario de Ulp. 41 *ad Sab.*D. 19,5,14,1), Ner. (Ulp. D. 9,2,9,2). En mi opinión ya he dicho que creo probable remontar las *actiones in factum* a los *auditores Servi*, especialmente Of. que en su *compositio edicti* tuvo que consignar muchas cláusulas edictales, y además escribió 15 *libri de actionibus*.

Todavía en época severiana estaba vigente el originario sentido resarcitorio del *damnum* que preveía la *lex Aq.* en el 286

⁹⁷ Situado por LENEL, *Pal.* I, 480, en la rúbrica *ad legem Aquilianam*.

⁹⁸ LENEL, *Pal.*, II, 734, sitúa este § bajo la rúbrica *ad SC Silanianum et Claudianum: quarum testamenta ne aperiantur*, lo que no está descaminado ni alejado de la ley Aq. por la aplicación de la tutela aquiliana en casos de daños a las *tabulae testamenti*; vid. MUSUMECI, *Danneggiamento delle*

a. C. pero ampliadas considerablemente las *causae damni*, como evidencia el libro 18 *ad Ed.* de Ulp., no distinguiendo autónomamente las acciones a utilizar (*utiles* o *in factum*), como muestra Ulp. D. 9,2,27,9 recogido en *Coll.* 12,7,7 donde propone una *actio utilis*. Parece haber cierta discordancia con un texto similar (*Coll.* 12,7,8) que se refiere al horno adosado a una pared común que es incendiada donde Ulp. propone una *actio in factum* que produce cierta perplejidad, porque si ésta es opinión genuina de Ulp., y así me lo parece, implica que eran intercambiables ambos tipos de acciones pretorias, promiscuidad que también compartían Ner. y Cels., o que las cláusulas edictales no las discriminaban, uso promiscuo que parece estar en contra de las acusadas diferenciaciones justinianeas. ¿Este uso promiscuo significa que estamos ante un sistema caótico? se preguntaba Gröschler⁹⁹, pero Lenel¹⁰⁰ ya había dicho que “ohne Zweifel” los juristas romanos utilizaron las expresiones *actio in factum* y *actio utilis* en modo promiscuo. Desde el punto de vista de la teoría de las interpolaciones Gröschler¹⁰¹ destaca que la confusión terminológica entre *actiones in factum* y *actiones utiles* es un hecho notable que

“*tabulae testamenti*” e applicazione della tutela aquiliana, en *INDEX* 45 (2017) 308 ss.

⁹⁹ GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung*, cit., 28 ss.

¹⁰⁰ LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, (Leipzig 1927) 203: „Es kann vielmehr kein Zweifel unterliegen, dass die Juristen beide genannten Ausdrücke promiscue gebrauchen“.

¹⁰¹ GRÖSCHLER, *Actiones in factum e actiones utiles*, cit. 36.

confirma la genuinidad de las fuentes *ad hoc*, y que la tripartición de la *Instituta* justiniana demuestra que la variedad terminológica del Digesto hace ver que las fuentes clásicas no habían sido modificadas para crear un sistema homogéneo de *actio directa, utilis e in factum*. Pero pregunto ¿qué finalidad tenía entonces la tripartición justiniana? En mi opinión sólo podía deberse a una finalidad esencialmente didáctica. Es posible que en el § citado Ulp. viera alguna singularidad en orden a qué acción era preferible ejercitar al preguntarse *quid ergo est?*, porque en ocasiones defiende una *actio in factum* y en otras (D. eod. 27,9) una *actio utilis*. La primera opinión es traída de Cels. y la segunda de Ner. ¿Porqué discrepan Cels. y Ner.? ¿Es que Cels. estaba hablando de un daño destructivo y Ner. de otro tipo de daños?

D. 9,2,9,2 (Ulp. 18 *ad Ed.*): *Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait.*

En un caso similar (D. 9,2,29,7): *pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset*, Ner.-Ulp. aplican la *actio in factum*, pero en D. 47,8,2,20 (Ulp. 56 *ad Ed.*): *si tamen ideo inclusit, ne pascatur et ut fame perierit*, el jurista severiano opina que es oportuno ejercitar una *actio utilis*¹⁰². En mi opinión ambas *actiones* eran profusa y promiscuamente ejercitadas en época clásica, y la citación en el D. de textos ulpianos recogidos también en la *Coll.* (D. 9,2,27,9-10 = *Coll.* 12,7,4,7-8) indica claramente una doble tradición textual de los textos ulpianos,

y muestran –como dice Gröschler¹⁰³ que los compiladores justinianos en lo referente a las acciones pretorias en el ámbito de la *lex Aq.* han recortado los textos pero no han modificado su contenido para crear un sistema homogéneo de *actio directa*, *actio utilis* y *actio in factum*.

La solución de estas discordancias presenta dificultades, porque en otro caso referente a daños a animales recogido en D. 9,2,53 (Ner. 3 membr.): *Boves alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur...* el jurista propone una *actio in factum ad exemplum leg. Aq.* para reparar la lesión sufrida por el propietario de las bestias lanzadas al precipicio. ¿Tuvo Ulp. en cuenta los *libri membranorum* de Ner.? ¿Estamos ante un caso de *ius controversum* cuyas distintas soluciones procesales no fueron discriminadas por Ulp. a quien le era indiferente proponer uno u otro tipo de acción? En D 9,2,7,9 Ulp. está citando la opinión de Cels., otro gran jurista e insigne proculeyano contemporáneo de Jul., y hoy todos convenimos que con Jul. acabaron las *controversiae* entre los *diversae scholae auctores* que tantas veces no respondían a planteamientos teóricos o técnicos contrarios sobre el derecho vivo, sino a la fidelidad de los escolares a sus maestros, y como hemos visto también cita Ulp. a Ner. Lo significativo de los §§ ulpianos es la comprobación que en época adrianea era corriente la utilización de una *actio in factum* en los casos en que no había

¹⁰² Cfr. SELB, *Formulare Analogien*, 738; CORBINO, *Actio directa*, 31 nt. 81

¹⁰³ GRÖSCHLER, *Act. In factum e act. utiles*, 36.

daño corporal directo sobre objetos vivos, mientras que en el caso del *fornicarius* el daño se producía sobre cosas inanimadas.

Hay un elemento común en el ejercicio de ambos tipos de acciones: el *damnum iniuria datum*; ninguno de los daños ilícitos causados directa o indirectamente sobre los bienes ajenos podían escapar a la protección de la justicia, daños que la *interpretatio* jurisprudencial a los originarios *verba legis Aquiliae* iban encauzando con progresiva amplitud para comprender lo que en terminología moderna podemos llamar daños causados de modo indirecto, que tampoco podía ignorarlos el pretor que prestaba las correspondientes cláusulas edictales para preservar el *id quod interest* de los propietarios¹⁰⁴; en cualquier caso factor común en todos los textos de responsabilidad extracontractual era el *damnum* (además de la *iniuria* y la *culpa*), recurriendo para exigir su reparación bien a la *actio directa* cuando el daño producido estaba incluido en la factura originaria de la ley, o a uno u otro tipo de acciones pretorias: *utiles, in factum*, ampliamente utilizadas en los tiempos clásicos en la represión del *damnum* aquiliano, cuya discriminación procesal trató de ser explicada en las rebuscadas líneas de pensamiento justiniano, que como no podía ser de otro modo también tenían en cuenta los modos de producción del *damnum* para plantear las sutiles distinciones que hemos visto en las *Institutiones Iustiniani*, que si primordialmente tenían una finalidad didascálica y de ahí su pretensión de buscar las bases

¹⁰⁴ TORRENT, “*Id quod interest*”, cit., pendiente de publicación.

para discriminar el tipo de acción a ejercitar, también tenían valor legislativo al darlas Justiniano el marchamo de derecho vigente como a toda la obra justiniana; en este sentido Justiniano es el primer gran positivista de la Historia¹⁰⁵, pero acaso en la explicación compilatoria de la aplicación de las viejas acciones pretorias aquilianas prevaleciera más su finalidad escolástica destinada a los estudiantes de derecho antes que tratar de perfilar categorías más precisas por así decir dogmático-procesales.

Probablemente el caso más claro que permite afirmar que desde el s. I d. C. (Lab.) los juristas del Principado distinguían perfectamente la *actio directa* de las acciones pretorias complementarias de la *lex Aq.*¹⁰⁶ sea el ya citado D. 9,2,7,6 en que Ulp. cita la opinión de Cels., siendo muy elocuente la frase *non Aquilia teneri* (se refiere a la *actio directa*), *sed in factum actione tenentur*. El supuesto de hecho es muy significativo: es tenido a la *actio in factum* el que da veneno a un enfermo en vez del medicamento curativo, o da una espada a un loco segando en ambos casos la vida de un esclavo mediante un comportamiento en el que falta una acción mortal inmediata por parte de los delincuentes que por supuesto no quieren aquel resultado de muerte, en el caso del médico por un

¹⁰⁵ TORRENT, *La fractura justiniana en la producción del derecho, la prohibición de comentar el Digesto y su ideología positivista*, en *SDHI*, 79 (2013) 191 ss.

evidente descuido, y en el del que da la espada al loco por no haber previsto las consecuencias de su acto dejando en manos de alguien que no puede gobernarse por sí mismo un instrumento peligroso para los demás¹⁰⁷; ambos proporcionan la *causa mortis* y por tanto deben quedar sujetos al resarcimiento del *damnum iniuria datum* mediante una *actio in factum*; en ambos casos no puede decirse que los autores de tales comportamientos hubieran dado muerte por sí mismos al esclavo o al animal pero sin duda sus comportamientos dieron ocasión a que se produjera el evento mortal del que deben responder. Van Warmelo¹⁰⁸ parece ir para la diferenciación entre acciones civiles y pretorias por la causalidad: *causa proxima*= acción civil; *causa remota*= acciones pretorias, y a esto atribuye las *controversiae* clásicas sobre el argumento¹⁰⁹.

Mi tesis apunta a que la *actio in factum* ya era ejercitable desde los últimos tiempos republicanos, probablemente desde Of. *qui primus edictum diligenter composuit*, y por ende desde los

¹⁰⁶ Así las calificó acertadamente VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias*, cit.

¹⁰⁷ Podría decirse de algún modo, que en este último caso estamos cerca de lo que hoy llamamos responsabilidad objetiva que observamos en el derecho positivo español por ejemplo en la llamada Ley penal del Automóvil, o en la regulación española de la responsabilidad por daños medioambientales.

¹⁰⁸ VAN WARMELO, *Actions autour*, 355.

¹⁰⁹ Cfr. A. WATSON, *Narrow, rigid and literal interpretation in the later Roman Republic*, en TR 38 (1969) 351 ss.

primerísimos tiempos del Principado de Augusto, siendo significativa la mención de Lab. por Ulp.

D. 9,2,9 pr. (Ulp. 18 *ad Ed.*): *Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam. quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit.*

Lab. distingue si la muerte de la esclava se produjo *suis manibus*, es decir *corpore suo*, por su actividad directa, o por su oferta a la esclava para que tomara la pócima, en cuyo caso se ejercitaba la *actio in factum*. En general Ulp. se inclina más por la *actio in factum* que por la *actio utilis*, como vemos en otros §§ además de D. eod. 7,6 y eod. 9, pr. que ya hemos examinado.

D. 9,2,9,3: *Si servum meum equitatem concitatum equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit: quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus.*

Este § me parece sumamente interesante y me permite sostener la tesis que la *actio in factum* para tutelar el daño causado por *occisio* indirecta que no cabía en el cap. I de la ley, ya era conocida en la última época republicana y especialmente en Of. que habría escrito su pretensión de ejercitar la *actio in factum* bien en su *compositio edicti*, bien en sus *libri de iure civili*¹¹⁰, bien en sus *libri de actionibus*.

¹¹⁰ Vid. TORRENT, *Ofilius... libros de iure civil plurimos et qui omnem partem fundarent reliquit* (Pomp. lib. sing. Ench.) D. 1,2,2,44, en IVRA 64 (2016) 287 ss.

D. 19,5,14,1 (Ulp. 41 *ad Sab.*¹¹¹): *Sed et si seruum quis alienum spoliaverit isque frigore mortuus sit, de vestimentis quidem furti agi poterit, de seruo vero in factum agendum criminali poena adversus eum servata.*

Parece muy compleja la exégesis de este fr. Es evidente el ejercicio de la *actio furti* por la sustracción de la vestimenta del esclavo que causó su muerte por frío, y de la *actio poenalis in factum ex lege Aq.* por la *occisio*, pero ésta es una explicación demasiado simple. Tomados aisladamente son dos hechos en sí mismos reprobables que rompen su aislamiento por su resultado conjunto: el esclavo muere de frío y esto tenía que haberlo *provisum* el delincuente que no produce la muerte inmediata *suis manibus* sino que *causam mortis praestitit*. Su *sedes materiae* en el Digesto también es problemática al situarlo los compiladores en el libro 41 de los comentarios de Ulp. a Sab. que según Lenel trataba *de furtis*; me inclino a pensar que los propios compiladores debieron tener dudas al incluir el § en la rúbrica del título V de D. 19 *de praescriptis verbis et in factum actionibus* lo que de por sí es significativo y de compleja explicación al poner en un mismo plano ambas categorías de *actiones*, o dicho de otro modo: parece que los compiladores o bien pensaron en un enunciado genérico de la rúbrica de D. 19,5, o bien tenían a la vista el uso promiscuo de la *actio in*

¹¹¹ Este textolo coloca Lenel, *Pal.* II, 1134, en la rúbrica *de furtis*, pero por su temática (*occisio*) su conexión con la *lex Aq.* (*occisio*) me parece indudable.

factum en época clásica confirmando su aplicabilidad clásica en la época justiniana, porque como es bien sabido la *actio praescriptis verbis* es postclásica.

Dejando aparte estas hipotéticas vías binarias entre acciones aquilianas pretorias y *actio praescriptis verbis*, van Warmelo¹¹² parece remontar su confrontación al s. III a. C. con lo que no estoy de acuerdo, pues creo que las acciones aquilianas pretorias parece con alta probabilidad que habrían sido del último cincuentenio del s. I a. C., pero dice van Warmelo: començons a constater que l'action directe était employée lorsqu'un esclave ou de bétail était mis à mort ou endommagé par un tiers qui avait agi d'une façon directe (*damnum corpore datum*). C'est bien facile de dire "de une façon directe" mais quelle est exactement la signification de ce mot "directe"? Il s'agit de la relation entre la cause et l'effect, y pone los ejemplos de *occisio* o *vulneratio suis manibus* en que la causa y su consecuencia saltaba inmediatamente a los ojos, pero la cuestión se complica cuando "à près trois siècles de notre ère" jugaban los conceptos de *causa proxima* y *causa remota*, lesión directa *suis manibus* o indirecta (*fame necare, deicere ab ponte*) causada por un acto anterior del delincuente aquiliano. Y sigue diciendo van Warmelo: "¿est que la tierce personne qui effectuait la cause est responsable par son acte, ou fait'il dire que son acte est une cause trop éloignée de la consequence? Da la impresión que van Warmelo se mueve por dos órdenes de

¹¹² VAN WARMELO, *Actions autour*, 354-355.

ideas: el significado concreto para los juristas del término *occisio* en la prescripción originaria de la *lex Aq.*¹¹³ y la causalidad del *damnum*, de modo que había ocasiones en que los juristas tenían claro que se aplicaba la *actio directa* y en otras (con “cause éloignée” por seguir la terminología de van Warmelo) había que demandar otra acción al pretor cuando “les besoins de l’utilité publique ou de la justice justifiaient”, acción en principio decretal que con el tiempo se convertía en edictal, e incluso una *actio ad exemplum legis Aq.*¹¹⁴ entendiendo van Warmelo¹¹⁵ que los juristas preferían la expresión *actio utilis*, sea que se tratara de una acción cuya fórmula contenía una *fictio* o fuera una acción con transposición de sujetos¹¹⁶; “de même, a fin d’indiquer ces actions on parlait aussi d’actions *in factum*”, con lo que llegamos a mi tesis de intercambiabilidad o fungibilidad de las *actiones* aquilianas pretorias en época clásica pero que no parece que los juristas se preocuparan de aquilatar el nombre de la acción, porque si Gayo utiliza con mayor frecuencia el término *actio utilis*¹¹⁷, y Paul. también parece preferir *actio utilis* y *actio ad exemplum legis Aq.*, Ulp. utiliza mayormente el término *in factum*. Yo diría que los §§ de estos juristas procedentes unas

¹¹³ Vid. WATSON, *Narrow rigid*, 352 ss.

¹¹⁴ D. 9,2,53 Ner. (1 membr.) ; D. 9,2,12 (Paul. 10 ad Sab.); Coll. 12,7,6,7.

¹¹⁵ Van WARMELO, *Actions autour*, 357.

¹¹⁶ D. 9,2,30,1 (Pul. 22 ad Ed.); vid. WESENER, *Utiles actiones in factum*, en *Studi Betti*, IV (Milano 1962) 496.

¹¹⁷ Vid. fuentes en VAN WARMELO, *Act. autour*, 357 nt. 17.

veces de comentarios civilísticos (*ad Sab.*) y otros *ad Ed.*, son una prueba más de la promiscuidad de las acciones pretorias aquilianas en época clásica.

Tornando a D. 19,5,14,1 su conexión con el *damnum* aquiliano parece evidente, porque se había producido una *occisio* siendo la *causa mortis* el despojo de las vestiduras por el ladrón asesino indirecto. Para mí no hay concurso de acciones, sino que el § propone una diferenciación de acciones por hechos distintos: robo de los vestidos por un lado y muerte del esclavo por otro. En la primera parte Ulp. afronta el robo de un modo muy genérico aludiendo a la posibilidad de intentar la *actio furti*, dando la impresión de prestar mayor atención al evento dañoso irreversible: la *occisio*, aunque es un mismo delincuente el ladrón y el que proporciona la *causa mortis*, fijándose especialmente en ésta para proponer la *actio in factum* para el resarcimiento que repare el *damnum* causado por la *occisio*. Este § más D. 9,2,9,pr. (Ulp. que se remonta a Lab.); D. 19,5,14,1; D. 9,2,7,6 y D. eod. 29,7 los sitúa Corbino¹¹⁸ en un primer grupo de §§ constituido por aquéllos que tomaban en consideración la muerte de esclavos y animales, pero en circunstancias que impiden referirla a un comportamiento calificable como *occidere* en cuanto el agente se ha limitado a *causam mortis praestare*. Es problemático D. eod. 29,7 (Ulp. 18 *ad Ed.*) que dispone *posse Aquiliam teneri* para el magistrado municipal que hubiera incurrido en un *damnum iniuria datum*, y

en este caso aunque Ulp. no dice nada entiendo que quedaría sujeto por la prescripción del cap I., y por tanto ejercitable en este caso la *actio directa*, discriminando un caso de *fame necare* en que *in factum actio danda est* contra el que aprestaba la *causa mortis*.

D. 9,2,29,7 (Ulp. 18 *ad Ed.*): *Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri. Nam et cum pecudes aliquis pignoris cepisset et fame eas necaverit, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est.*

D. 9,2,49 pr. (Ulp. 9 *disp.*¹¹⁹): *Si quis fumo facto apes alicuius fugerit vel etiam necaverit, magis causam mortis praestitisse videtur que occidisse, et ideo in factum actione tenebitur.*

En todos estos casos es el propietario quien sufre el daño y por tanto es beneficiario de la protección de la ley Aq. mediante una *actio in factum*. La hipótesis del daño causado al apicultor por hacer humo en las colmenas de forma que las abejas se dieron a la fuga o incluso murieron por el humo, debió ser una de las más antiguas¹²⁰ contempladas por la

¹¹⁸ CORBINO, *Actio directa*, 28.

¹¹⁹ LENEL, *Pal.* II, 420 sitúa este fragmento bajo la rúbrica *ad legem Aquiliam*, la misma rúbrica de su libro 18 *ad Ed.* donde trataba extensamente tantos problemas aquilianos: el origen del plebiscito aquiliano, su contenido originario, los legitimados activos y pasivos, la *aestimatio damni*, la antijuridicidad y culpabilidad, la protección procesal. Para mí el hecho que en el comentario del libro 18 *ad Ed.* dedicara tanta atención a las acciones pretorias (y la *actio in factum* ya había sido descrita por Of.) antes que a la acción directa, es muy significativa de la labor jurisprudencial en la progresiva extensión de la protección aquiliana a partir de la ampliación a otros supuestos distintos de los originarios de la ley.

jurisprudencia republicana en tema de daños aquilianos causados por haber hecho fuego, que bien por el incendio (*urere*) o por el humo asociado al fuego, causaba un perjuicio a los bienes ajenos que debía resarcirse. Señala Corbino¹²¹ a propósito de D. eod. 49 pr. que el razonamiento del jurista parece desarrollarse “sul filo di una attenzione alle circostanze particolarmente sottile”. Discutieron los juristas (D. eod. 27,12; *Coll.* 12,7,10) si las abejas podían ser objeto de propiedad; en todo caso no entraban en las previsiones del cap. I (muerte directa del esclavo o de *quadrupedes vel pecudes*) *corpore corpori*, con lo que el daño (muerte en la concepción ampliada del *damnum* podía asimilarse a los daños del cap. I, o fuga (cap. III) debía incluirse en el cap. III, teniendo en cuenta en caso de muerte la *causa mortis* para la imputación del daño aquiliano.

Hasta ahora hemos visto mayormente casos que entran en la visión de los supuestos ampliados por la jurisprudencia del cap. I: *occisio*. Asimismo hay otros casos en que también se aplica la *actio in factum* en supuestos ampliados del cap. III en que no hay daños físicos a la cosa aunque sí implican un perjuicio para el propietario. Me fijaré en un texto de Alf. que junto con Of. son probablemente los más notables de los

¹²⁰Vid. desde un contrario punto de vista porque en esta ocasión se trata de la adquisición de las colmenas por *ocupatio*, F. CAMACHO DE LOS RIOS, *Occupatio apis*, en *Anales de la Universidad de Alicante*, (sin fecha en la separata) 49- 72.

¹²¹ CORBINO, *Danno qual.*, 131.

auditores Servi, que prueba la garantía que implicaba la protección de la *actio in factum* para el propietario dañado.

D. 19,5,23 (Alf. 3 dig. a Paul. Epit.): *Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, que secum ambulabat, rogatus annulus ostendit, ut respicerit: illi excidit annulus et in Tiberim devolutus est. respondit posse agi cum eo in factum actione.*

Este § no viene recogido por Lenel ni en los *libri digestorum* de Alf. ni en el *epitome* a Alf. de Paul., pero su inclusión en una probable rúbrica *ad legem Aquiliam* parece indudable. También es sintomático que los comisarios justinianos colocaron este § en la rúbrica de D. 19,5: *de praescriptis verbis et in factum actionibus*, que parece un cajón de sastre poniendo en un mismo plano expositivo acciones que en la época justiniana, perdida la rigurosa tipicidad de las acciones propia de la época clásica, fueron de algún modo parificadas por los justinianos. El supuesto de hecho de Alf.-Paul. es muy significativo al exponer un caso específico de *culpa-neglegentia* de quien hizo perder el anillo que los últimos republicanos sancionaban con una *actio in factum (legis Aquiliae*¹²²). Dos que paseaban a orillas del Tíber, uno con un

¹²² L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, (Milano 1940) 35, insiste en la negligencia del que perdió el anillo, destacando “in questo frammento notevole” que se acuerde una *actio in factum* por un *prudens* republicano, manifestación que demuestra la tendencia en época republicana a proveer con medios pretorios situaciones privadas de tutela civilística, pero añade una frase inquietante: “l’azione era concessa perchè l’amico di colui che aveva mostrato l’anulus aveva procurato e per negligenza sua, che data la assoluta perdita della cosa non poteva dare luogo ad un’azione *ex lege Aquilia* neanche in via *utilis*”, afirmación que a mi juicio se alinea con la tesis de De Francisci. Vid. P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα*, I (Pavia 1916)

anillo que debía ser muy valioso; el otro le ruega que se lo enseñe, y al tenerlo en sus manos se le cae al Tíber en un caso evidente de *neglegentia*, quedando obligado a su resarcimiento mediante una *actio in factum*. Estrictamente este supuesto no cabía en *urere, frangere, rumpere* del cap. III, pero Alf. no duda que el que dejó caer el anillo al río debe responder: es un caso típico de responsabilidad aquiliana por negligencia que ocasiona un *damnum* al *dominus*. Insisto en lo significativo de la rúbrica de D. 29,5 que plantea algunas dudas a la crítica tanto por esta promiscuidad entre la *actio praescriptis verbis* y la *actio in factum legis Aquiliae* en cuanto la pérdida del anillo no entrañaba daño corporal a la cosa ni al dueño ni a la cosa, y además no entraba en en las previsiones del cap. I *legis Aq.* ni en el *iurere, frangere, rumpere* del cap. III. Según MacCormack¹²³ “no aquilian action lay as the loss of the ring could non strictly he brought under the third chapter, but Alfenus was prepared to allow an *actio in factum*. It is perhaps conceivable that he refused de Aquilian action on the ground that there was no fault, but was prepared to allow *in factum*. However it seems more probable that the person from whose hand the ring slipped would have been deemed to be at fault”. Y yo me pregunto: ¿no habría sido más preciso Alf. si en vez de proponer una *actio in factum* hubiese propuesto una *actio utilis*?

301. En todo caso DE SARLO, 35 nt. 2, parece pensar en una *duplex interpretatio* que abarcaría tanto la *actio praescriptis verbis* como la *actio in factum*.

¹²³ G. MacCORMACK, *Aquilian Studies*, 30.

¿De qué servía la discriminación justiniana entre las acciones aquilianas pretorias en I. 4,3,16? ¿Reflejaba la *Instituta* justiniana exactamente la situación del derecho en la época clásica? ¿Llegaba hasta ese punto la pretendida tendencia arcaizante de Justiniano defendida por Pringsheim¹²⁴ que Wieacker pone en duda¹²⁵, o rompía la *Instituta* la tradición clásica sobre las acciones pretorias aquilianas?. ¿Implica alteraciones a los textos clásicos I. 4,3,16¹²⁶?

Por otra parte queda el problema de la vecindad entre contratos innominados¹²⁷ que hoy todos convenimos en que eran convenciones atípicas, y *lex Aq.* De Francisci¹²⁸ es de la idea que la *actio in factum* mencionada por Alf. no tiene nada que ver con la *lex Aq.* siendo este caso más propio de los contratos innominados, y parecen seguir esta vía Biondi¹²⁹ y Barton¹³⁰,

¹²⁴ F- PRINGSHEIM, *Ges, Abh.*, II (Heidelberg 1962) 9 ss.

¹²⁵ WIEACKER, *Ist Justinian klassizist?*, en *Etudes Macqueron*, (Aix-en-Provence 1970) 683 ss.

¹²⁶ La “Interpolationenjagd”, como hemos visto, hoy está desacreditada y en nuestros días hay una mucho mayor prudencia en admitirlas; cfr. F. J ANDRES SANTOS, *El interpolacionismo. Auge y decadencia de un método de investigación sobre el Digesto*, en D. MANTOVANI – A. PADOA SHIOPPA, *Interpretare il digesto. Storia e metodi*, (Pavia 2014) 557 ss.

¹²⁷ Vid. lit. sobre los mismos en A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², (Napoli 2001) 948 nt. 83.2.

¹²⁸ DE FRANCISCI, *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I (Milano 1913) 301;

¹²⁹ B. BIONDI. *Contratto e stipulatio*, (Milano 1953) 111 ss.;

pero en mi opinión Alf., y desde luego Paul. tenían que estar pensando en la *actio in factum* para reparar aquel *damnum* aquiliano¹³¹, o como dice Albanese¹³² modelado sobre la ley Aq., y no comparto que la *actio in factum* de D. 19,5,23 haya que atribuírsela a Paul. y no a Alf. como piensan Thomas¹³³ y Watson¹³⁴.

El daño producido por la acción culposa de una persona que hace que la cosa se pierda, en este caso monedas, había sido previsto por Sab. que suministra argumentos para distinguir claramente la *actio de damno iniuria dato* de la *actio furti*.

D. 9,2,27,21 (Ulp. 18 ad Ed.): *Si quis de manu mihi nummos excuserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumine vel in mare el in cloacam occiderint: quod si ad aliquem, pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. idem etiam in factum dari posse actionem ait.*

Este es un caso de lo que llama Corbino¹³⁵ “dispersione di una cosa”. A mi modo de ver este § ofrece dos ángulos de

¹³⁰ J. L. BARTON, *The lex Aquilia and decretal actions*, cit. 18.

¹³¹ Cfr. S. SCHIPANI, *Responsabilità “ex lege Aquilia”: criteri di imputazione e problema della “culpa”*, (Torino 1969) 192.

¹³² ALBANESE, *Studi sulla legge Aq.*, cit. 81 ss.;

¹³³ J. A. C. THOMAS, *An Aquiliam Complet*, en *Studi Biondi*, 2 (Milano 1965) 171 ss.

¹³⁴ WATSON, *D. 7,1,13,2 (Ulp. 18 ad Sab.): the lex Aquilia and decretal actions*, en *IVRA* 17 (1968) 174.

ataque; de un lado la posible concurrencia de la *actio directa legis Aq.* con la *actio furti*¹³⁶; de otro Sab. aporta argumentos para distinguir la *actio directa leg. Aq.* de la acción pretoria aquiliana *in factum*. Sab. centra el eje de las distinción entre las acciones aquilianas y la *actio furti* sobre si la cosa objeto del *damnum* benefició o no a alguno. El § es muy elocuente: si un tercero golpeó la mano del que tenía un saquito de monedas y éstas cayeron al río, mar o cloacas, la víctima puede ejercitar la *actio directa* si la pérdida de las monedas no benefició a nadie, pero si benefició a alguno se debe ejercitar la *actio furti* y así lo entendían los *veteres*. Sab. informa de la posición de los *veteres* (que Sab. llama *antiqui*) como seguidores rigurosos de los *verba legis* de modo que si la pérdida de la cosa benefició a alguno, los *veteres* veían este supuesto como complicidad *est enim* en el *furtum* por lo que debía ejercitarse la *actio furti*, complicidad en el *furtum* ya conocida por Gayo 3,202 que tiene gran relación con D,9,2,27,21.

Gayo 3,202: *Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit, qualis est enim ope consilium furtum factum est. in quo numero est qui nummos tuos excusit ut eos alius subriperet, vel obstitit tibi ut alius subriperet, aut oves aut boves tuas fugavit ut alius eas exciperet, et hoc veteres scripserunt de eo qui eo panno rubro fugavit armentum.*

¹³⁵ CORBINO, *Danno qual.*, 104-105.

¹³⁶ A esta concurrencia de acciones aquilianas y *actio furti* que las fuentes permiten entrever, como igualmente con otras acciones, y pongo como ejemplo la *actio legis Corneliae de sicariis et venficis*, pienso dedicar un ulterior estudio.

sed si quid per lasciviam, et non data opera ut furtum commiterentur, factum sit, videbimus an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquiliam, quae de damno lata est, etiam culpa puniatur.

Sab. citado por Ulp. aporta una novedad respecto a los *veteres* asimismo citados por Gayo señalando que en este caso debía ejercitarse la acción pretoria aquiliana *in factum*, que Sab. con cierto regusto anticuarista denomina *actio damni iniuriae*, locución *-damnum iniuriae-* que aparece en numerosos textos¹³⁷, y que en todo caso demuestra que desde principios del Principado ya estaba muy extendida la *actio in factum*. El texto de Gayo es más circunstanciado que el de Ulp., y discute si debe ejercitarse la *actio in factum* o la *actio utilis* prefiriendo la última para reprimir el daño causado con *culpa*. Ambos apelan a *ope consilium*¹³⁸. El § de Gayo es un caso tratado por los clásicos de complicidad en el *furtum* que en principio los *antiqui* encajaban procesalmente en la *actio furti* aunque quien dió la ocasión al *furtum* no hubiera perpetrado él mismo el delito, sino como dice Zimmermann¹³⁹ “but merely either rendered physical assistance (*ops*) or mentally participated in the theft by way of instigation or advice (*consilium*). Para Zimmermann es indudable que para los *veteres* era innecesaria la distinción entre

¹³⁷ Cuidadosamente seleccionados por CURSI, *Iniuria cum damno*, 139 nt. 170.

¹³⁸ Sobre la discutida distinción entre *ops* y *consilium*, cfr. Ulp.(37 *ad Ed.*) D. 47,2,50,3. Vid. la interpretación de MacCORMACK, *Ope consilio furtum factum*, en TR 51 (1983) 275 ss.

el primer delincuente y el segundo “at a time when the notion of *furtum* was so vague and imprecise as to cover almost every form of dishonesty”.

Pero a propósito de la culpabilidad, que en temas aquilianos siempre va unida a la antijuridicidad, Ulp. es más preciso que Gayo al distinguir si las monedas iban a caer al mar, río o cloacas de forma que las monedas se perdían totalmente para todos en cuyo caso *si quis de manu mihi nummos excuserit*, desde Sab. *damni iniuriae esse actionem*, e igualmente *ope consilio* si las monedas iban a parar a un tercero con el que estaba confabulado, en cuyo caso según Sab.-Ulp. D. 9,2,27,21, *in factum dari posse actionem*, y según Gayo 3,202 *utilis actio dari debeat*, con lo que volvemos a una ambigua intercambiabilidad o promiscuidad que decía Lenel¹⁴⁰ entre *actiones utiles* y *actiones in factum* entre los clásicos, cuya distinción, señala Gröschler¹⁴¹, sólo puede hacerse desde hipótesis interpolacionistas, con lo que no estoy de acuerdo, sino que achaco la intercambiabilidad de las discrepancias en la instrumentación procesal pretoria de la responsabilidad por el daño aquiliano a las *controversiae* entre los juristas clásicos.

Como hemos visto da la impresión de que era más utilizada la versión *in factum* que la versión *utilis*. Sería demasiado simple decir que se da la *actio in factum* cuando hay

¹³⁹ ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 930.

¹⁴⁰ LENEL, *Das Ed. perpet.*, 208.

resultado de muerte o destrucción de la *res laesa*, como en el caso de dar a un enfermo veneno en vez de una medicina, o dar una espada a un loco con resultado de muerte, pero también en el caso de *fame necare* con idéntico resultado de muerte: Ner.-Ulp. D. 9,2,9,2 en que el delincuente encierra al esclavo y lo deja morir de hambre, caso que Miglietta¹⁴² engloba en el concurso de acciones entre la *lex Aquilia* y la *lex Cornelia de sicariis*, y Corbino¹⁴³ califica como un mero “non comportamiento” del culpable, explicación que a juicio de Gröschler¹⁴⁴ presupone que por ejemplo, el esclavo se hubiera encerrado a si mismo y que el culpable meramente hubiese proporcionado la *causa mortis* al no suministrarle alimento. También en un caso similar traído en D. 9,2,29,7: (*pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferret*), Ulp. siguiendo a Ner. activa la *actio in factum*.

Sin embargo en otro caso de *fame necare* Ulp. abandona la tesis de Ner. para entender aplicable la *actio utilis*.

D. 47,8,2,20 (Ulp. 56 *ad Ed.*): *Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum: quamvis erraverit, agi tamen cum ea vi bonorum raptorum non posse*

¹⁴¹ GRÖSCHLER, *Actiones in factum e actiones utiles*, 31.

¹⁴² MIGLIETTA, “*Servus dolo occisus*”. *Contributo allo studio del concorso tra “actio legis Aquiliae” e “iudicium ex lege Cornelia de sicariis”*, (Napoli 2001) 337, 350 nt. 173.

¹⁴³ CORBINO, *Actio directa, actio utilis, cit.*, 30 nt. 80.

¹⁴⁴ GRÖSCHLER, *Actiones in factum e actiones utiles*, 35 nt. 6.

Labeo ait: sane dolo caret: si tamen ideo inclusit, ne pascatur et ut fame periret, etiam utili lege Aquilia.

Este texto es interesante por varios motivos; en primer lugar por su colocación por los compiladores en los llamados *libri terribiles* lejos del *lib. XVIII ad Ed.* de Ulp. donde trataba por extenso *ad legem Aquilianam*; por ello Lenel coloca este § bajo la rúbrica *ad formulam actionis vi bonorum raptorum*¹⁴⁵; en segundo lugar porque plantea la concurrencia entre la *actio vi bonorum raptorum* y la *actio pretoria utilis legis Aquiliae*.

Una primera conclusión general es que entre los clásicos había una cierta promiscuidad entre *actiones in factum* y *actiones utiles legis Aquiliae*, que por el contrario los abstractizantes justinianos (I. 4,3,16) pretendieron perfilar aportando criterios diferenciadores no tenidos en cuenta por los juristas del Principado que presentan como intercambiables las *actiones in factum* y las *utiles*; además de alguna manera habiéndose perdido en época justiniana la rigurosa correspondencia entre *actio* y derecho subjetivo protegido de modo que ya no se seguía la idea de que sin una acción concreta correspondiente a un derecho concreto, lo que equivale a decir que se iba perdiendo la tipicidad de las acciones, era teóricamente imposible la protección de los derechos si no contaban con su correspondiente acción, algo que incluso en época clásica en realidad seguía siendo una verdad a medias pues la poderosa *iurisdictio praetoria* ya había ido delineando nuevas *actiones in*

factum y *utiles* para proteger situaciones que a su juicio merecían tutela procesal, difundiéndose rápidamente en época postclásica la *actio praescriptis verbis* en defensa de convenciones atípicas, acción genérica que iba arrinconando la estricta tipicidad procesal que venía desde la República, e incluso de antes: pensemos en las rigurosas cinco *legis actiones* posteriores a las XII Tab. que probablemente ya venían siendo utilizadas en la época arcaica, especialmente las llamadas *legis actiones* ejecutivas, y en el rigorismo de las fórmulas procesales subsiguientes a la *lex Aebutia*. Pero no es una gran novedad la indiferenciación clásica que defiende, porque Pernice¹⁴⁶ ya había hablado de esto.

También Lenel¹⁴⁷ va por la vía indiferenciada clásica pues considera que en el campo de los daños extracontractuales se ejercita la *actio utilis* tanto cuando no hay *occidere* sino *mortis causa praeberere*, en cuyo caso las *actiones utiles* no pueden ser concebidas sino *in factum*, como cuando se trata de extensiones¹⁴⁸ de la legitimación activa y pasiva, y en estos casos, al menos parcialmente, la fórmula requería una *fictio*¹⁴⁹.

¹⁴⁵ LENEL, *Pal.* II, 763.

¹⁴⁶ A. PERNICE, *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen nach römischen Recht*, (Weimar 1867) 144 ss. y otros autores inmediatamente posteriores; vid. lit. en ALBANESE, *Studi*, 6 nt. 3, 7 ss.

¹⁴⁷ LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, (Leipzig 1927) 231,

¹⁴⁸ ALBANESE, *Studi*, 312 ss. entiende postclásicas las pretendidas extensiones.

Yo me inclino a considerar clásica la *fictio*¹⁵⁰, utilizada por Marcel. D. 20,1,27 como arrgumento gramatical (no me atrevo a decir retórico) para fundamentar que en ciertos casos como la *elucassio* (dejar tuerto o ciego al esclavo pignorado) fuera ejercitable una *actio quasi damni iniuriae (ex lege Aq.)*, pues el recurso a una *actio quasi ex lege Aq.* ya había sido utilizado por su contemporáneo Gayo (13 ad *Ed. prov.*) D. 47,2,51¹⁵¹ que en el caso de animales encerrados en un lugar angosto de modo que cayeron precipitados (al barranco o al río) preveía para el mismo caso una *actio utilis quasi ex lege Aq.*, y poco antes Ner. (1 *membr.*) D. 9,2,53 preveía para el mismo caso una *actio in factum ad exemplum legis Aq.*, lo que me hace pensar que desde los juristas antoninos parecen intercambiables las *actiones utiles quasi ex lege Aq.* y las *actiones in factum ad exemplum legis Aq.* Ciertamente que Marcel. D. 20,1,27 nada dice sobre si la *actio quasi damni iniuriae* era *in factum* o *utilis*, lo que añade más complejidad al ya de por sí complejo §. Acaso Marcel. dando por sabido el uso promiscuo *in factum-utilis* considerara innecesario señalar la naturaleza de la acción, o en caso de haber mencionado qué acción utilizar en el caso de lesiones

¹⁴⁹ VALIÑO, *Acc. pret. compl.*, 77, comentando D. 20,1,27 parece eliminar el recurso a la *fictio*, al menos con cierto sentido técnico, pues cautamente traduce *fungamos* por “supongamos”.

¹⁵⁰ TORRENT, *Id quod interest*, cit.

¹⁵¹ LENEL, *Pal.* I, 220 sitúa nuestro § bajo la rúbrica *furti manifesti et nec manifesti*, determinación que no me parece adecuada, pues el § dice: *Nam et si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia tenetur.*

causadas por el propietario al esclavo pignorado, esta mención hubiera sido pasto de los acortamientos compilatorios.

En época severiana esta uso promiscuo entre *actiones in factum* y *utiles* era algo corriente entre los juristas de la época como ya habían advertido Pernice, Lenel, y más recientemente Santoro¹⁵² al declarar que esta mescolanza tiene larga confirmación en el campo de supuestos de *damnum* “più o meno strettamente collegati” a los supuestos previstos por la *lex Aq.*, idea que comparto, e incluso podría decir a tenor de los textos que los mas “collegati” serían *fame necare*, heridas *mortifere*, *dare* o *offrire venenum* en vez de *medicamentum curativo*, y podría añadir otros más. En mi opinión si los daños estrictamente previstos en los *verba legis* eran los únicos sujetos a la *actio directa legis Aq.*, la progresiva extensión jurisprudencial a otro supuestos igualmente lesivos, merecieron los *auxilia praetoris* a través de una panoplia de acciones pretorias plenamente asentadas en el derecho clásico. La protección de la víctima ante hechos lesivos que ya no eran los originales previstos en la ley, pero producidos *damni iniuriae*, se había adueñado de los juristas clásicos instrumentando procesalmente aquella protección mediante *actiones in factum, utiles, ad exemplum, quasi damni iniuriae ex lege Aq.*, y produce asombro que Pap. tratando de convenciones dotales y en sede de *actio praescriptis verbis* hable de forma redundante de una

¹⁵² SANTORO, *Aspetti formulari*, 109.

*actio utilis tamen in factum danda est*¹⁵³, mescolanza que muestra con evidencia la gran eficacia práctica de las acciones aquilianas pretorias.

No creo que necesariamente tenga que considerarse interpolado el término *quasi* utilizado por Marcel. En contra se pronunció Reggi que sostenía la interpolación en D. 20,1,27 desde *an aliqua actio* hasta *auxilia praetoris* incluido *fungamos* que atribuye a un anotador postclásico. Valiño¹⁵⁴ va aun más lejos al señalar que el perjuicio causado por el *dominus* (deudor pignoraticio) sobre el esclavo pignorado no es un hecho materialmente suficiente como para apreciar la existencia de un daño aquiliano y por esta razón se da una *actio in factum*, algo no dicho por Marcel. que no se pronuncia sobre la ya aludida duplicidad o ambivalencia de la *actio in factum-utilis*. Advierto además la contradicción entre negar el daño aquiliano y al mismo tiempo admitir una *actio in factum* que por fuerza tenía que haber nacido en la *interpretatio prudentium ad legem Aq.* Es cierto que el término *quasi* se había entendido indicio de interpolación justiniana en los tiempos de exasperación interpolacionística, pero en mi opinión podía ser clásico al amparo de la progresión extensiva de los daños aquilianos por la jurisprudencia. Creo que podemos hablar de concurrencia

¹⁵³ Vid. SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, en *Studi Scherillo*, IV (Milano 1982) = *Scritti minori*, cit., I, 259 ss.

¹⁵⁴ VALIÑO, *Acc. pret. compl.*, 78 nt. 114

indiferenciada entre las *actiones in factum* y las *utiles*, como también entre las *actiones ad exemplum legis Aq.* y las *actiones quasi damni iniuriae*, términos que no tuvieron dificultad en asumirlos los comisarios justinianos que admitían acciones cada vez más genéricas.

Pero no solamente los juristas clásicos ponen de relieve el uso promiscuo de *actiones in factum* y *actiones utiles*, sino que Pap., el último de los grandes juristas severianos, cita un caso de *actio utilis in factum* poniendo en un mismo plano la dicotomía *in factum-utilis*; cierto es que en el § papiniano no se trata de un caso de responsabilidad aquiliana, y por tanto extracontractual, sino de un caso en que se ataca la *fides conventionis* a propósito de un pacto dotal entre marido y mujer.

D. 23,4,26,3 (Pap. 4 Resp.¹⁵⁵): *Convenit, ut mulier viri sumptibus, quoquo iret, veheretur, atque ideo mulier pactum ad litteras viri secuta provinciam, in qua centurio merebat, petit. non servata fide conventionis licet directa actio nulla competit, utilis tamen in factum danda est.*

El supuesto de hecho es puramente contractual en el sentido de ataque a un pacto dotal *inter vir et uxor*¹⁵⁶ que convenía que los gastos de viaje asumidos en primer lugar por la mujer para seguir al marido, centurión en una provincia,

¹⁵⁵ Casi no haría falta citar la *Pal. leneliana* porque el título 4 de D. 23 ya es muy significativo: *De pactis dotalibus*. LENEL, *Pal.* I, 898, acertadamente coloca el § bajo la rúbrica *de iure nuptiarum et dotium*.

debían ser reembolsados por éste, y podría parecer que no tiene sentido aportar este § que por contractual debe quedar al margen de cualquier discusión aquiliana, pero lo apporto precisamente por su cita de *utilis tamen in factum danda est*, que refuerza mi idea del uso promiscuo en tiempos clásicos de estas acciones pretorias que yo interpreto aplicable *ad legem Aq.* Señala Pap. que efectuado el viaje la mujer lo paga anticipadamente, y el centurión faltando a la *fides conventionis* se niega a reembolsar estos gastos a la mujer, decidiendo Pap. que para que la mujer consiguiera el reembolso por parte del marido no cabe intentar una *actio directa* sino una *utilis in factum actio*. Santoro¹⁵⁷ considera que el texto contiene una alteración denunciada por el indicativo *competit* después de *licet* (*licet directa actio nulla competit*), pero esto no autoriza –dice Santoro– a “capovolgere, come fa invece la critica pressochè unanime¹⁵⁸, la decisione della spettanza di un mezzo di tutela, lasciando che il testo dica *actio directa nulla competit*”. Ciertamente es una redundancia la mención de una *actio utilis tamen in factum*; acaso Pap. conociera la doctrina de la ambivalencia de estas acciones preconizada por Ulp. en diversos textos. Collinet¹⁵⁹ considera

¹⁵⁶ Sobre el régimen patrimonial del matrimonio vid con lit. GUARINO, *Dir. riv. rom.*, cit., 584 ss.

¹⁵⁷ SANTORO, *Aspetti formulari*, en *Scritti minori*, cit., 373.

¹⁵⁸ Vid la lit. que cita en p. 373 nt. 72 a partir de G. BORTOLUCCI, *Actio utilis*, (Roma 1909) 31 ss. que cita la lit. del s. XIX.

¹⁵⁹ P. COLLINET, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, (Paris 1947) 381 ss., 455 ss.

alterado el §, pero sin embargo cree posible una *actio utilis in factum* en derecho clásico, no considerándola clásica ni Brugi, ni De Francisci, ni Wesener¹⁶⁰. Valiño¹⁶¹ siguiendo a d'Ors¹⁶² admite la interpolación de aquella *actio* considerándola propia de la *cognitio*, explicación que a mi modo de ver no disipa las incógnitas de las *actiones utiles in factum*. Sotty¹⁶³ que cree posible la interpolación, al mismo tiempo admite el ejercicio por parte de la mujer de una *actio utilis in factum* teniendo en cuenta la inoponibilidad de una *exceptio pacti* del marido.

Conviene que haga un inciso para examinar la doctrina de Sotty que en principio parecía mantener hipótesis novedosas al declarar que en época clásica existían las *actiones utiles* siendo utilizadas “dans le but d'utilité” a pesar de que normalmente no era posible ejercitarlas en ciertas ocasiones por razones jurídicas y dogmáticas. La tesis de Sotty ha sido negada por van Warmelo¹⁶⁴. Para Sotty las *actiones in factum* son acciones pretorias edictales o decretales empleadas en algunos casos en los que las acciones propuestas por el *ius civile* e incluso por el *ius honorarium*, no podían ser intentadas, lo que se aplica tanto a

¹⁶⁰ Vidl lit. en SANTORO, *Aspetti formulari*, 373 nt. 72.

¹⁶¹ VALIÑO, *Actiones utiles*, (Pamplona 1974) 353 ss.

¹⁶² D'ORS, en *IVRA*, 20 (1969) 57 nt. 10.

¹⁶³ R. SOTTY, *Recherches sur les utiles actions. La notion d'actio utile en droit romain classique*, (Université de Clermont 1977) 83 ss, y en general Id., *Les actions qualifiées d'"utiles" en droit romain*, en *LABEO* 25 (1979) 139 ss.

las *actiones in factum* como a las *utiles*. Esta última idea no me parece feliz; no veo como el magistrado que va creando el *ius honorarium* no pueda autorizar el ejercicio de una acción prevista en las cláusulas edictales, y además se contradice al señalar “même si elles n’était pas toutes des actions édictales, il est évident qu’elles étaient agréées par le preteur chaque fois qu’une personne voulait les instituer, du reste, ainsi que les *actiones in factum*, leur but était le même, c. a. d. elles étaient agréées à raison d’utilité et d’équité”. Me parece tautológica esta explicación porque de un lado pone en un mismo plano aquellas acciones pretorias, y la razón de su existencia por razones de utilidad o de equidad me parece una banalidad.

Volviendo a D. 23,4,26,3 lo primero que hay que decir es que parece una redundancia la lectura *actiones utiles in factum*, y Santoro¹⁶⁵ se pregunta ¿es posible pensar que Pap. en el caso de un pacto dotal que tenía por objeto las *vecturas uxoris* tratado en conexión con D. 24,1,21 pr¹⁶⁶. no diese alguna acción?, añadiendo que es innegable que en ese caso subsistiesen los extremos de la *actio de dolo*, y dado que de ésta no hay ninguna traza en D. 24,2,26,3 no ve razón para dudar que dado el carácter subsidiario de este último remedio, el § debiese

¹⁶⁴ VAN WARMELO, *Actions autour*, 351 ss.

¹⁶⁵ SANTORO, *Aspetti formulari*, 373.

¹⁶⁶ D. 24,1,21 pr. (Ulp. 32 *ad Sab.*): ... *nam et Papinianus libro quarto responsorum scriptit vecturas uxoris et ministeriorum eius virum itineris sui causa datas repetere non posse: iter autem fuisse videtur viri causa et cum uxor ad*

mencionar aquella *actio utilis in factum* aunque no explique el porqué de esta denominación. En la ciencia romanística Pap. es famoso por dos razones: la oscuridad de sus decisiones, y su alta estatura moral, y a la pregunta de Santoro yo añado interrogativamente ¿podría haber visto o pensado Pap. en relación con la protección del patrimonio de la mujer alguna conexión, analogía o cierta similitud con la responsabilidad aquiliana instrumentada mediante *actiones utiles* o *in factum* que en época clásica eran intercambiables? El *damnum* a la mujer no se había causado *neque corpore neque corpori*, y los supuestos que mencionn las fuentes para estos daño se refieren fundamentalmente a la *occisio* o *vulneratio* de esclavos y animales (caps. I y III *legis Aquiliae*) y estos daños habían sido incluidos genéricamente en las acciones aquilianas pretorias en las sucesivas extensiones jurisprudenciales de los *verba legis*, y hay un dato muy claro que se deriva del § de Pap.: el impago de las *vecturas* implicaba lesión al patrimonio de la mujer. Falta en nuestro § uno de los principios rectores de la *lex Aq*: la *culpa*, porque el marido ha infringido conscientemente el *pactum dotalis* haciendo caso omiso de la *fides conventionis*, y por eso señala que no cabe una *actio directa* para reclamar aquellos gastos siguiendo la máxima *ex nuda pacta actio non oritur*, pero Pap. ve justa la reclamación instrumentando para ello una *actio utilis in factum*. Otra pregunta que me viene a la mente: ¿podrían los justinianeos haber sustituido *utilis* por un eventual

virum pervenit. nec interesse, an liquid de vecturis in contrhendo matrimonio

utiliter papiniano?, pregunta que quizá tenga más valor gramatical o retórico que efectivo, porque tal como ha sido recogido el § en el D. puede ser clásica la respuesta papiniana: *licet directa actio nulla competit, utilis tamen in factum danda est*. Esta respuesta a mi modo de ver demuestra que Pap. conocía muy bien las progresivas extensiones procesales pretorias *ex lege Aquilia*, y con la redundancia *utilis-in factum* Pap. confirma mi tesis del uso promiscuo de las correspondientes acciones en época clásica.

Son numerosos los ejemplos de este uso promiscuo, y en páginas anteriores ya hemos hecho la exégesis de algunos textos *ad hoc*; por ejemplo para un mismo supuesto de muerte de un esclavo o de un animal por privarle de nutrición (*fame necare*), mientras Ner. en Ulp. D. 9,2,9,2 prescribe una *actio in factum*, e igualmente (D. eod. 9,3) para el caso de de mi esclavo que excita al caballo de modo que *in flumen praecipitus est*, y hay que advertir en este caso Ulp. además de Ner. cita esta misma *actio*, pero esta vez atribuída a Of., por lo que la *actio in factum* aparece ya documentada en la segunda mitad del s. I a. C., opinión que presumiblemente sería corriente entre los *auditores Servi*; la misma *actio* atribuye Ulp. a Lab. (D. eod. 9, pr.) en el caso de la *obstetrix* que *medicamentum dedit* no curativo de modo que muere la mujer enferma. En otras ocasiones Ulp. (56 ad Ed.)D. 47,8,2,20: *publicanus qui serous meum abduxerit*, citando la opinión de Lab. preconiza una *actio utilis*, (Lab. murió en el 11

convenerit: non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit...

d. C., con lo que también podemos adscribir su opinión a la segunda mitad del s. I a. C.).

Esta ambivalencia es la que muestra Pap. conjuntamente sin ningún reparo en D. 23,3,26,3: *utilis tamen in factum* en que no cabe ninguna *actio directa* en el caso que el marido no cumpla con los pactos doctales. Otro supuesto de ambivalencia, esta vez para el caso de animales encerrados en un lugar estrecho que acaban precipitándose en un barranco o en un río, lo vemos en Gayo (13 *ad Ed. prov.*) D. 47,2,51 ya examinado que prescribe una *actio utilis ad exemplum legis Aquiliae*, mientras para Ner. (1 *memb.*) D. 9,2,53 debe instrumentarse una *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*. En otros casos, como señala Santoro¹⁶⁷, sólo varía la parte lesionada, y por tanto la legitimación activa: Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 9,2,11,8 que preconiza una *actio in factum* para el caso del *servus qui bona fide alieni serviat*; para el caso del esclavo pignorado Paul. (10 *ad Sab.*) D. 9,2,18 que además plantea un caso de concurrencia de la *actio pigneraticia* con la *actio legis Aq.*¹⁶⁸; es de presumir que esta última *actio* sería una *actio in factum* pero que igualmente podría ser una *actio utilis exemplo <legis> Aq.* que es la que prescribe contundentemente Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 7,1,17,3¹⁶⁹: *nemo dubitari* en un caso en que está legitimado activamente el usufructuario

¹⁶⁷ SANTORO, *Aspetti formulari*, 373-374.

¹⁶⁸ D. 9,2,18 (Paul. 10 *ad Sab.*): *Sed et si his qui pignori servum accepit occidit eum vel vulneravit, lege Aquilia et pigneraticia conveniri potest, sed alterutrus contentus esse debet actor.*

De éstos y otros §§ deduce Santoro¹⁷⁰ que la *actio utilis* equivale a la *actio ad exemplum legis Aquiliae* basándose en D. 47,2,51; D. 9,2,53; *Coll.* 12,7,7; D. 9,2,27,9, equivalencia que ya había enunciado Pernice¹⁷¹ hace 150 años, defendida también por Lenel¹⁷² al declarar que la *actio utilis* sólo podía aplicarse específicamente en dos ocasiones: cuando no hay un *occidere*, y cuando se trata de extensiones de la legitimación activa¹⁷³ y pasiva, aunque esto implicase el recurso a una *fictio*. En los demás casos eran plenamente intercambiables. De algunos textos parece deducirse una cierta asimilación entre *actiones utiles* y *actiones ad exemplum*, tesis que comparte Albanese y sigue suscitando adhesiones más o menos explícitas por parte de Wesener¹⁷⁴, Thielmann¹⁷⁵ y Van Warmelo¹⁷⁶. Uno de los enfoques de Santoro va por la idea que la *actio utilis* es una *actio in factum*, basándose en D. 47,8,2,20 y D. 9,2,92 y con otras

¹⁶⁹ D. 7,1,17,3: *Si quis seruum occiderit , utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario dandam numquam dubitari.*

¹⁷⁰ SANTORO, *Aspetti formulari*, 376.

¹⁷¹ PERNICE, *Sachneschädig.*, 144 ss.

¹⁷² LENE, *Ed. perp.*, 231

¹⁷³ VALIÑO, *Acc. pret. compl.*, 63, estimndo plenamente clásica la *actio utilis*, considera que ésta sólo se aplica a la legitimación activa.

¹⁷⁴ WESENER, *Utiles actiones in factum*, 500 ss.

¹⁷⁵ THIELMANN, *Actio utilis und actio in factum*, 315.

¹⁷⁶ VAN WARMELO, *Actions autor loi Aq.*, 352 ss.

denominaciones lo encuentra en D. 9,2,53 (= *utilis*) *in factum actio*, y en D. 47,2,51: *utilis quasi ex lege Aq.*

Ante este cúmulo de denominaciones de las acciones aquilianas pretorias entre los juristas clásicos hay que situar los pronunciamientos justinianos en I. 4,3,16 simplificando la *actio legis Aquiliae* en tres grandes categorías que toman el *damnum* como eje esencial de la distinción: *directa*, *in factum*, *utilis*, y de ahí que los romanistas hayan dedicado gran atención a poner orden en el caos¹⁷⁷ terminológico de las acciones aquilianas centrados fundamentalmente en la distinción *in factum-utilis*. Como ejemplos paradigmáticos Gröschler centra la discusión en Lübtow, que entiende influenciado por la crítica interpolacionística, y Selb que a su juicio aporta nuevos enfoques¹⁷⁸, centrados ambos autores en los daños causados *nec corpore nec corpori*, en los que no había un daño sustancial pero que privaban al propietario de las utilidades de la *res laesa*.

De entrada Lübtow¹⁷⁹ destierra que en los casos de daños no sustanciales pudiera recurrirse a la simple analogía, por lo que las *actiones in factum* previstas en la *Instituta* justiniana no eran *actiones ad exemplum legis Aquiliae*, sino que constituían acciones autónomas, porque de entenderse análogas implicaría que había un daño en el sentido originario de los caps. I y III de

¹⁷⁷ El término “caos” es de GRÖSCHLER, *Actiones in factum e act. utiles*, 36.

¹⁷⁸ GRÖSCHLER, *op. cit.* 37 ss.

¹⁷⁹ LÜBTOW, *Unters.*, 180.

la ley Aq., o sea, un deterioro o una destrucción causada *sine iure* de la cosa ajena. A mi juicio la argumentación de von Lübtow me parece algo oscura porque destaca exesivamente la autonomía de la *actio in factum* dejando en nada los ardorosos esfuerzos jurisprudenciales para la protección de los intereses de los propietarios dañados ampliados a partir de los *verba legis* originales de la ley Aq., y aplicados a nuevos supuestos ciertamente causados *nec corpore neque corpori* (excitar los animales para que cayeran al río con la consecuencia de su perecimiento, o el *fame necare* sobre esclavos o animales con las mismas consecuencias: *causa mortis praestare*, pérdida de monedas: *excussare nummos*) que a mi juicio son daños sustanciales que los juristas iban creando incluyéndolos en la protección procesal aquiliana aunque no fueran exactamente los previstos originariamente por la ley Aq. a tenor de las versiones literales de los caps I y III que ofrecen Gayo y Ulp., por lo que rectificando a Lübtow creo que puede admitirse una gran cercanía entre *actiones in factum* y *actiones ad ex. legis Aq.* concedidas por el pretor para protección de los legitimados activos, lo que que implica tener en cuenta nuevos tipos de daños que en justicia debían ser resarcidos; esto significa la aplicación de las nuevas ideas ampliatorias jurisprudenciales a partir del concepto original aquiliano del *damnum*¹⁸⁰ que correlativamente llevaba de consuno una ampliación de los legitimados activos. En este sentido creo acertada la crítica de

¹⁸⁰ TORRENT, *Más sobre Gayo* 3,219, cit.

Gröschler que si se quisiese seguir la tesis de von Lübtow habría que aceptar el resultado poco feliz que el término *actio in factum* pudiese tener significados muy diversos; Gröschler no ve un motivo racional para esta imprecisión conceptual, y las fuentes no concuerdan con la interpretación de Lübtow que sólo con el auxilio de suposiciones de interpolación pretende armonizar las fuentes con sus presunciones. Un ejemplo del acentuado presupuesto interpolacionista de Lübtow lo tenemos en su lectura de un § de Ulp. (18 *ad Ed.*) repitiendo ideas de Sab. que he tenido la ocasión de citar en páginas anteriores a propósito de la calificación del *damnum* culposo sobre *nummi alieni*:

D. 9,2,27,21: *Si quis de manu mihi nummos excuserit, Sabinus existimat damnum iniuriae <non> esse actionem, <sed in factum dari posse actionem> si ita perierint ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen vel in cloaca ceciderunt: quod si ad aliquem pervenirent, ope consilio furtum factum agendum quod ex antiquis placuit, [idem etiam in factum dari posse actionem ait.]*

La reconstrucción interpolacionista de Lübtow parte de la negación de Sab. al ejercicio de una *actio directa* sino *in factum* por el golpe culposo dado por el agente al titular de las monedas que caen al río, mar o cloacas, partiendo del supuesto que como no hay destrucción de la cosa dañada para Sab. no cabe la *actio directa* a no ser que las monedas llegaran a alguno, pero si llegaran a alguno *ope consilio* puede interponer la víctima una *actio* no aquiliana sino *furti in factum*. En cualquiera

de los dos casos Lúbtow atribuye a Sab. que como no había destrucción de las monedas no había daño aquiliano, y de aquí que no fueran ejercitables ni la *actio civilis legis Aquiliae* y por eso interpone un *non* antes de *damnum iniuriae esse actionem*, ni las pretorias, con lo que Lúbtow desconecta en Sab. cualquier relación con las acciones aquilianas, y que a mi juicio introduce una eventual concurrencia de las *actiones legis Aquiliae* con la *actio furti in factum* en el caso de que las monedas caídas *in aliquem pervenirent*.

No creo que haga falta decir que nuestro § es muy complejo; Valditara¹⁸¹ lo trae a colación en su análisis de las fuentes dirigido a individualizar la posición de los juristas pre-severianos en tema de las modalidades de cálculo de los daños aquilianos al objeto de la *condemnatio*, obviamente en función de si *ne* o si *ad aliquem pervenirent*, pero creo que no está acertado Valditara cuando declara que todos los textos sobre el tema pertenecen a juristas del s. II d.C., lo que no me parece cierto dada la presencia de §§ en D. 9,2 que citan a juristas anteriores, unos republicanos: Bruto (D. eod. 27,22); Q. M. (D. eod. 31 pr.; 39 pr); Alf. (D. eod. 29,4; 52,1-4); Of. (D. eod. 9,3); nueve veces Lab. (D. eod. 2,2; 5,2; 7,5; 9 pr.; 23,4; 27,35; 29,3; 57; otros del primer Principado como Sab. (D. eod. 7, 3; 7,8; 11,5; 27,1; 27,11; 27,21; 29,1; 29,2; 29,3), como asimismo otros juristas pre-severianos que éstos sí son del s. II d. C.

¹⁸¹ VALDITARA, *Sup.*, 153, 154 nt. 439,

Corbino analiza nuestro § como cuestión dudosa en Sab. en función de si¹⁸² la cosa “dispersa” hubiese sido de natura “non individua” (dunque non più “riconoscibile”), no pronunciándose sobre la alteración del texto tal como propone Lübtow. Corbino en realidad parte del relieve del *damnum* aquiliano, pero no tiene en cuenta D. 9,2,27,21 para diferenciar la primera cuestión que a su juicio debe afrontarse, que es la individualización de los aspectos comunes que permitían considerar las tres acciones aquilianas (*directa, in factum, utilis*) mas allá de las diferencias específicas que pudiesen señalar eventualmente su respectivo régimen¹⁸³; cierto es también que Corbino está pensando en dirimir estas eventuales diferencias en su análisis de la disciplina del daño en las fuentes justinianeas.

A mí no me parece tan alterado el texto de Sab. tal como viene citado por Ulp. Desde luego podría derivarse que aquella diferenciación como dice Gröschler¹⁸⁴ parece caótica en las fuentes <clásicas> por lo que se refiere al uso de la *actiones in factum* y *utiles* en casos sustancialmente equivalentes, pero antes de profundizar en el tema conviene conocer las aportaciones de Selb que centra su punto de mira en un reparto cronológico de las fuentes, partiendo de que la terminología de los juristas

¹⁸² CORBINO, *Danno qual.*, 105.

¹⁸³ CORBINO, *Actio directa*, 5.

¹⁸⁴ GRÖSCHLER, *Actiones in factum e act. utiles*, 41.

romanos pueda haber sido modificada en el transcurso del tiempo¹⁸⁵. Este reparto cronológico es explicado por Selb en el sentido que hasta Jul. los juristas clásicos distinguían rígidamente entre *actiones in factum* y *actiones utiles*¹⁸⁶, distinción que no me parece tan novedosa ni desde luego operante en el sentido que le da Selb, pues yo más bien creo en la ambivalencia clásica de estas acciones pretorias. Entiende Selb además que la *actio utilis* era una acción por analogía de la que se hablaba en tiempos clásicos “vor Julian” y la *actio in factum* hasta Jul. era una *actio in ius concepta*,¹⁸⁷ aplicándose la fórmula *in factum* solamente cuando la fórmula de una acción del *ius civile* debía ser modificada mínimamente, esencialmente en casos de transposición de sujetos afectando a la legitimación tanto activa como pasiva, y en casos de transformación de la fórmula mediante una *fictio*. La conclusión de Selb es que hasta Jul. esta mínima injerencia en la fórmula venía expresada como *actio utilis* basándose en una serie de textos que interpreta *pro domo (theoria) sua*. Veamos en primer lugar los §§ en los que pretende ver una transformación de la fórmula por medio de una *fictio*.

¹⁸⁵ SELB, *Actiones in factum und Formulrtechnik (Vorbemerkungen zu einer geplanten Untersuchung)*, en *Festschrift Heinrich Demelius*, (Wien 1973) 230 ss.; GRÖSCHLER, *Act. In factum e act. utiles*, 44.

¹⁸⁶ SELB, *Formulare Analogien*, 315 ss.

¹⁸⁷ SELB, *Formulare Analogien*, 324, 348.

D. 9,2,11,10 (Ulp. 18 *ad Ed.*): *An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum.*

Este § es muy interesante en cuanto parece presentar una similitud entre Jul. y Ulp. y a la vez una aportación o según se mire, una discordancia de Ulp.; Jul. reconocía una *actio legis Aq.* al *fructuarius* y al *usuarius*, *actio* civilística *in ius concepta* que obviamente tenía que ser una *actio directa* que en el argumentario de Selb Ulp. asumía *recte* señalando *melius utile*. Para mí no hay ni novedad de Jul. ni de Ulp, pues sostengo que las *actiones utiles* ya eran conocidas en los tiempos finalísimos de la República por lo que no comparto la explicación de Selb; en mi opinión la *compositio edicti* de Jul. tenía su antecedente (que muy probablemente conocía Jul.) en la *compositio* de Of. Selb considera que la *nota* de Ulp. de acuerdo con Jul. *melius iudicium utile dandum* quiere decir que con el *iudicium utile* el *iudex* podía ser informado explícitamente que la acción podía ser ejercitada por *fructuarius* y *usuarius*, y hay que advertir que la obra de Jul. fue la mas consultada por Ulp.¹⁸⁸

Corbino¹⁸⁹ analiza este § de Jul.-Ulp. entre otros referidos a *iura in re aliena* y siempre en materias aquilianas: Paul. (10 *ad Sab.*) D. 9,2,12 y Ulp. (17 *ad Sab.*) D. 7,1,7,3 relativos al *ususfructus* y al *usus*; Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 9,2,7,3 y Paul. (3 *ad Sab.*)

¹⁸⁸ VALDITARA, *Sup.*, 61.

¹⁸⁹ CORBINO, *Damno qual.*, 85

relativos a las *servitutes*; Ulp. (18 *ad Sab.*) D. 9,2,17 relativo al *pignus* que en este último § prefiere una *actio in factum*¹⁹⁰. Considero que los comentarios de Paul. y Ulp. *ad Sab.* evidencian la aplicabilidad de las *actiones in factum* y *utiles* en toda una serie de daños aquilianos que exorbitaban el estricto círculo de los primitivos *verba legis*, por lo que no puedo admitir la tesis de Selb de que para encontrar estas *actiones* tenemos que situarlas después de Jul., aunque admite algunas excepciones específicas como las acciones con transposición de sujetos y las que se basan en una *fictio*¹⁹¹, que si algunos pretenden verlas como acciones autónomas, en mi opinión no son otra cosa que ampliaciones jurisprudenciales de la *lex Aq.* bien como *actiones in factum* o como *actiones utiles* que en contra de Selb ya se daban con anterioridad a Jul. Como ejemplo de una simple transposición de sujetos Selb. alega un § de Ulp. donde cita y aprueba la doctrina de Jul.:

D. 5,1,18,1 (23 d Ed.): *Si filius familias ex aliqua causa ex qua patri competit, velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit qui patris nomine agat. nam et Iulianus placet, si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnus iniuria passus sit: posse eum utili iudicio agere, ne dum pater expectatur impunita sint maleficia, <quia pater venturus non est vel*

¹⁹⁰ Jul. que es el jurista clásico que nos interesa en estos momentos, en temas aquilianos es citado por Ulp. 16 veces según CERAMI, *La concezione celsina del ius*, en *AUPA* 38 (1985) 120 nt. 216; 18 veces según VALDITARA, *Sup.*, 61 nt. 160 que ofrece un elenco de estas citas.

*dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit*¹⁹². *unde ego semper probavi, ut, si, res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio <forte depositum repetens vel mandati agns vel pecunim quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia iusta ex casua agat>, ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiatur et egestate Romae laboret viaticulo suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinaverat. et finge senatorem esse filium familias qui patrem habet in provincia, nome augetur utilitas per dignitatem?*

Teniendo en cuenta que para Lenel el libro 23 *ad Ed.* de Ulp. trataba *de iudiciis omnibus*¹⁹³, yo diría que este § lo único que demuestra en que Ulp. había leído los *libri dig.* de Jul., al que se adhiere no solamente en este caso sino también en otros de procesos con transposición de sujetos nacidos *ex contractu* que demuestran que en tiempos de Jul. –yo entiendo que desde finales del s. I a. C.–, en cierta manera las acciones pretorias *ex lege Aq.* eran acciones transversales que los juristas ponían en concurrencia con otras acciones para que no quedaran *impunita beneficia* dado que la sanción del *damnum iniuria datum* estaba firmemente anclada en el pensamiento jurisprudencial, y de ahí la concurrencia o transversalidad de las acciones pretorias

¹⁹¹ Cfr. Paul. D. 9,2,12 y 30,1; Ulp. D. 9,2,27,32.

¹⁹² Integración que la edición del CIC de Mommsen-Krüger toma de Eisele, que los primeros entienden como glosa.

¹⁹³ LENEL, *Pal.* 2, 548, colocando nuestro § (p. 555) en la subrúbrica *Si iudex litem suam fecerit*, que no veo que pueda tener relación directa con la *actio utilis ex lege Aq.*

sancionadoras del *damnum* con acciones puramente *civiles* nacidas *ex contractu*, (de ahí la concurrencia o colisión entre la *actio ex locato*, *actio venditi*, *actio mandati*, o nacidas de agresiones directas a la propiedad y posesión ajens, y de ahí la concurrencia y paralelismo entre la *actio furti* y las *actiones ex lege Aq.*¹⁹⁴), y no estaba lejos del pensamiento de los juristas la *lex Aq.* ante un *damnum* que había que reparar. ¿Qué acción había que utilizar en este caso que sin duda debió ser objeto de *ius controversum*? Hay que tener en cuenta que el *ius controversum* en la actividad jurisprudencial ya estaba implantado a mediados del s. II a. C. entre los juristas *qui fundaverunt ius civile*, y en el I entre mucianos y servianos haciéndose notar la influencia de la filosofía griega y sobre todo del estoicismo en la dialéctica de los juristas y sobre todo de la *diairética*¹⁹⁵ que a mi modo de ver tuvo que influir asimismo sobre la *interpretatio* jurisprudencial a partir de los *verba legis Aq.* aquilatando los conceptos de *damnum*, *iniuria* y *culpa* aquilianos, además de la creciente extensión de la idea de no dejar nunca *impunita* los *maleficia* en aras de una cada vez mas refinada idea de la *aequitas* y la *iustitia*¹⁹⁶. La técnica divisoria (*diairesis*) ya era

¹⁹⁴ Cfr. TORRENT, *Confluencias, colisiones, paralelismos entre las "acciones ex lege Aquilia" y la "actio furti"*, pendiente de publicación.

¹⁹⁵ En este sentido C. GIACHI - V. MAROTTA, *Diritto e giurisprudenza in Roma antica*, (Roma 2012) 187 ss.

¹⁹⁶ Vid. por último con lit. TORRENT, *El concepto de "iustitia" en los juristas romanos*, en *RIDROM* 20 (2018) 89 ss.

conocida por Platón¹⁹⁷ en el s. V a. C. que trasplantada al mundo romano inspiró la división entre *genus* y *species*, tema magistralmente analizado por Talamanca¹⁹⁸ para el que no existe una división efectiva entre *divisionum definitio* y *partitionum definitio*, pero entiende a la vez que la *diairesis* opera según dos modalidades fundamentales que dependen del objeto sometido a la técnica divisoria, de modo que si el *genus* es una categoría abstracta, viene dividido en *species* que mantienen el mismo nombre que el *genus* diferenciándose de las otras *species* por características que tienen diferencias específicas.

Trasladadas estas ideas de Talamanca al campo procesal, podría decirse que si la *diairesis* divisoria de las acciones parece alejada de un planteamiento dogmático dado el uso promiscuo de *actiones in factum y utiles*, de *actiones ad exemplum legis Aquiliae* y *actiones quasi damni iniuriae*, esta división, sobre todo la primera: *actiones in factum-utiles* aparece por el contrario con cierto fundamento jurídico-procesal en las *Institutiones* de Justiniano 4,3,16, quizá por darlas una fundamentación que pareciera a los comisarios idónea para la escuela, aunque para van Warmelo¹⁹⁹ lo que ocurrió fue que los compiladores de la

¹⁹⁷ Platón, *Sofista*, 252a-253e.

¹⁹⁸ Vid. TALAMANCA, *Lo schema "genus-species" nelle sistematiche dei giuristi romani*, en AA.VV. *La filosofia greca e il diritto romano*, II, Accademia dei Lincei, (Roma 1977) 3 ss.

¹⁹⁹ VAN WARMELO, *Actions autour*, 360.

Instituta utilizaron las nociones de *actio in factum-utilis* de una manera nueva y especial, consistiendo tanto la novedad como la especialidad en que la noción de *actio in factum* se aplicó en casos de *damnum corpori datum*, y la noción de *actio utilis* en los casos de *damnum datum*, que en mi interpretación sólo demuestra el carácter abstractizante propio de los comisarios justinianos. Pero no concuerda esta explicación de la diáresis aplicada en I. 4,3,16 con lo preconizado en el *Codex* justiniano 3,35 que trae constituciones de Alejandro Severo y Diocleciano y Maximiano bajo la rúbrica genérica *de lege Aquilia*, no haciendo ninguna discriminación entre las diversas acciones aquilianas. Acertadamente dice van Warmelo²⁰⁰ “il semble donc que la distinctione entre *actio directa, in factum, utilis* n'avait plus d'importance pour la pratique en qu'elle existait seulement dans les écoles du droit où l'on s'occupait toujours des livres des juristes d'auparavant et où l'on respectait l'ancienne distinction dans un but de théorie et de dogme”. Cabe preguntarse ante esta explicación ¿es que los clásicos en tema de acciones aquilianas pretorias hacían afirmaciones teóricas? ¿hacían afirmaciones dogmáticas? ¿ambas a la vez? Yo diría que en ningún caso trataban de hacer disquisiciones teórico-dogmática, sino que laboraban a impulsos de las urgencias prácticas de resolución de casos en los que cabía acción directa para resolver los problemas de *damni* causados al margen de los *stricta verba legis*, y de ahí la ambivalencia *acciones in factum-*

utiles para resolver los casos que trataban; los teórico-dogmáticos fueron los comisarios de las *Institutiones* de Justiniano, libros para la enseñanza del derecho que en el campo procesal aquiliano quiso distinguir unas de otras las acciones aplicables para solucionar los problemas de la responsabilidad extracontractual.

Traigo a colación este tema porque me atrevería a decir parangonando la división entre *genus* y *species* que si la llevamos al campo procesal, permite sostener que entre los juristas romanos podría entreverse una cierta analogía de instrumentación de la *diairesis* en el sentido que *genus* es la *actio directa* aquiliana, y *species* las sucesivas acciones pretorias con la división entre *actiones in factum, utiles, ad exemplum legis Aquiliae, quasi damni iniuriae*.

Sin duda lo que acabo de decir es una abstracción o incluso una mera hipótesis; si es una abstracción también debo decir que no menor que la realizada por los comisarios de la *Instituta* justiniana 4,3,16 al pretender trazar una neta línea divisoria entre las *actiones in factum* y las *utiles*; por otro lado la *diairesis* como instrumento teórico operativo en el campo procesal, no parece haber sido límpidamente implantada entre los clásicos que tantas veces dan la impresión que para ellos estas acciones podían aplicarse promiscuamente. Yo diría además que la *lex Aq.* y su progresivo desarrollo jurisprudencial es un magnífico banco de prueba de la progresiva

²⁰⁰ VAN WARNELO, *Actions autour*, 361.

secularización del ordenamiento jurídico romano centrada por la romanística a partir de Tiberio Coruncanio en el 254 a. C., primer *pontifex maximus* plebeyo que se atrevió a ser el *primus qui publice responsa profiteri*, pero esto no quiere decir que desde entonces fuera completa la mencionada secularización y la creación desde entonces de una jurisprudencia laica libre porque seguía estando en manos de la clase aristocrática, y por tanto aún con cierto secretismo o desde otro punto de vista, cierta resistencia de los patricios a dejar el conocimiento del derecho a todas las clases sociales y especialmente a dejar entrar a los plebeyos en el conocimiento de los *arcana iuris*; de hecho los *conditores iuris* al decir de Pomp. D. 1,2,2,39 pertenecían a la clase aristocrática. Se atribuye a Manio Manilio, cónsul el 149 a. C. la redacción por escrito de sus *responsa* y promover la publicación de *venalium vendendorum leges* que cierto sector de la moderna romanística²⁰¹ cree probable identificarlas con las *actiones* que recuerda Varrón; a Manio Manilio, pretor en torno al 140 que redactó unos *libri de iure civili* escribiendo en forma de diálogo los tres primeros; sería Publio Mucio Scevola, cónsul en el 133 a. C., a mi juicio el más agudo y avanzado de los *conditores iuris*, probablemente alineado con las reformas democráticas de Tiberio Graco; habría sido P. M. quien como *pontifex maximus* dió el último golpe al secretismo del

²⁰¹ Vid. lit. en V. SCARANO USANI, *L' "ars" dei giuristi. Considerazioni sullo studio epistemologico della giurisprudenza romana*, (Torino 1997) 49 nt. 85.

conocimiento del derecho²⁰² al haber publicado en el 140 una edición reordenada de los *Annales Maximi*²⁰³.

Pero si la tradición analística ayuda fundamentalmente a esclarecer problemas de lo que podemos llamar derecho público o constitucionalismo romano, esta conclusión no es suficiente para desterrar totalmente a los *conditores iuris* de los problemas aquilianos como podemos comprobar en las alusiones a Junio Bruto en el campo de la responsabilidad extracontractual, dada la vigencia y operatividad de la *lex Aq.* desde el 286 a C. cuyos contornos procesales aparecen con cierto confusionismo identificatorio en el campo de las acciones aquilianas en el D. y en la *Coll.* debido probablemente a la coincidencia en el tiempo, probablemente hasta la época constantiniana²⁰⁴, del procedimiento formulario y la *cognitio extra ordinem*, cuya primera expresión había servido a Augusto para resolver los problemas de los fideicomisos²⁰⁵, prescribiendo Nerón (muerto en el 68 d. C.) autoritariamente el uso de la *cognitio* en los procedimientos en que una de las partes eran los *publicani*²⁰⁶.

²⁰²GIACHI - MAROTTA, *Dir. e Giurispr.*, cit., 188.

²⁰³ Vid. B. FRIER, *Libri Annales Pontificum Maximorum. The origins of the annalistic Tradition*, American Accademy, (Roma 1979).

²⁰⁴ Más bien de Constancio y Constante, hijos de Constantino, que pusieron fin al uso de las *formulae* antiguas: C. 2,57 (68) 1 del año 342.

²⁰⁵ TORRENT, *SC Rubriano*, cit., 454 ss.

Un caso de extraordinaria complejidad sustantiva y procesal en que Paul. D. 9,2,30,1 para el supuesto de esclavo muerto dado en prenda, mezcla la legitimación para ejercitar la *actio legis Aq.* al deudor al que correspondería la *actio directa* o al acreedor hipotecario al que correspondería la *actio utilis* en mi opinión por la vía de reclamar el *id quod interest*; introduciendo el fr. además temas tan interesantes en derecho privado como la resarcibilidad por el montante de la deuda hipotecaria con el anejo problema de a quien correspondan los *hyperocha* sobrantes, fr. que incluye también el problema del tiempo en que ha de tenerse en cuenta para computar la *aestimatio damni*. Asimismo el fr. paulino es de los más discutidos desde ángulos interpolatorios con la excepción de Manigk²⁰⁷ y Debray²⁰⁸.

D. 9,2,30,1 (Paul. 22 *ad Ed.*): *Pignore datus servus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quaeritur, sed hic iniquum est ut domino et creditori eum teneri. nisi quis putaverit nullum in ea debitorem iniuriam passurum cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ad initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus*

²⁰⁶ TORRENT, *Los "publicani" y la "lex Portus Asiae"*, en *Scritti Corbino*, 7 (Tricase 2016) 200.

²⁰⁷ A. MANIGK, *Pfandrehtliche Untersuchungen. I. Zur Geschichte der römischen Hypothek*, (Breslau 1904) 124 ss.

²⁰⁸ M. DEBRAY, *Le fermier et la loi Aquilia. Autour du fr. 27,14 D. 9,2*, en *NRHD* 33 (1909) 662 nt. 2.

creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quisque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipse autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.

Este fr. que Lenel²⁰⁹ coloca bajo la rúbrica *ad legem Aquiliam* plantea en primer lugar que si se hubiese dado muerte al esclavo pignorado compete la acción al deudor (que era el dueño del esclavo), pero seguidamente propone si compete al acreedor una *actio utilis ex lege Aq.* cuando el deudor sea insolvente o haya perdido (¿caducado?) la acción por el paso del tiempo *quia potest interesse eius*. En todo caso Paul. considera *iniquum* (¿injusto?) que el deudor (confusionismo de Paul. pues entiendo que en vez de deudor debía haber puesto el agresor) se obligue contemporáneamente respecto a dos personas: el *dominus servi* y el acreedor: *sed hic iniquum est ut domino et creditori eum teneri*, confusionismo quizá debido a que el acreedor para recuperar el montante de su crédito (*quisque ad modum debiti*) dispone de la *actio utilis legis Aq.* contra el deudor y también contra el agresor, de forma que una vez pagado el *modum debiti* libera al deudor de la obligación de restituir el *debitum*, pero si el agresor hubiera pagado al deudor o al acreedor reclamante más de aquel *modum*, el deudor puede actuar contra el acreedor con la *actio legis Aq.* para reclamar el sobrante, aunque ciertamente es confusa la parte final del fr. desde *ut prosit-Aquiliae actio* que parece poner en un mismo

²⁰⁹ LENEL, *Pal*, I, 1010.

plano respecto al sobrante deudor y acreedor, y que en realidad dice que tiene la *lex Aq.* el acreedor por el *debitum* y el deudor por el sobrante²¹⁰.

El fr. ha sido muy atacado por la crítica interpolacionista y Antonio Fabro (1557-1624), uno de los mas significativos representantes de la Escuela Culta, fundamentalmente francesa a partir del s. XVI que introdujo el llamado *mos gallicus* en el estudio del derecho romano en Europa²¹¹ debió ser el primero que abrió el fuego contra las alteraciones de nuestro fr., asumidas en la doctrina romanística a partir del s. XIX

No pretendo dejar resuelto definitivamente el problema de la concurrencia que creo igualitaria en época clásica entre las acciones pretorias aquilianas *in factum* y *utiles*, uno de los problemas procesales mas importantes en la aplicación de la *lex Aq.* desarrollados por la última jurisprudencia republicana y la del Principado que oscilan en los juristas antoninos y severianos en la aplicación de una u otra acción como hemos tenido ocasión de ir comprobando. Este problema constituye una muestra más del *ius controversum* que enfrentaba las opiniones de los juristas en el campo procesal aquiliano; todos eran conscientes de la insuficiencia de las prescripciones originarias del plebiscito aquiliano emprendiendo una ardua tarea ampliatoria que sobre aquella base extendieron a nuevos

²¹⁰ VALIÑO, *Acciones pretorias compl.*, 60.

²¹¹ TORRENT, s. v. Fabro, Antonio, en *Dicc. de der. rom.*, cit., 350.

damni a los que no podía aplicarse la *actio directa* única aplicable según los *verba legis*, *damni* ampliados que entendían igualmente reprobables siendo asumidos por el pretor encauzando su reclamación a través de nuevas acciones características del *ius honorarium*.

He dejado para el último lugar el encuadramiento de la *actio legis Aq.* entre las llamadas *actiones mixtae*, análisis que aporta más datos sobre el esclarecimiento de la naturaleza de la acción aquiliana suscitado un texto de Gayo a propósito de la litiscrescencia que Cursi²¹² entiende como aumento desde la condena *ad simplum* a múltiples mayores (*ad duplum*) en el que se extremezcan el carácter resarcitorio y la función penal derivados del ejercicio de una *actio damni iniuriae legis Aquiliae*. Para mí la litiscrescencia acaso tiene más que ver con el crecimiento de litigantes demandados que se añaden al único que realmente pudo el *damnum* resarcible como puede comprobarse en la reparación del *damnum ex lege Rhodia*, en que los cargadores de mercancías salvadas por el hecho de que el capitán de la nave para evitar su naufragio ante una tormenta se vió obligado a lanzar al mar mercancías de otros armadores que en último término es un modo de hacer asumir el riesgo de la echazón a los que salvaron sus mercancías²¹³, lo que desde una óptica político-económica de nuestro tiempo incluso podría

²¹² CURSI, *Iniuria cum damno*, 212.

²¹³ Cfr. TORRENT, *Reflexiones sobre la causa del "damnum" ex lege Aquilia. D. 43,24,7,4 (Ulp. 71 ad Ed.): el problema de la "causalité dépassante" (Gerkens), o "überholende Kausalität" (autores germánicos)*, pendiente de publicación.

calificarse como una socialización de riesgos, o en términos de la moderna industria aseguradora, un reparto o distribución de riesgos practicado en el derecho marítimo greco-romano y si apuramos la argumentación, un problema de ética financiera como lo enfocan algunos mercantilistas de nuestros días. En el fondo éste es un problema jurídico-económico que me parece ver en la argumentación de Cursi sobre la litiscrescencia que se fija esencialmente sobre el montante de la *condemnatio* aumentada del *simplum* al *duplum*, que es como a partir de Gayo,4,9 y D. 9,2,2,1 (Gayo 7 *ad Ed. prov.*) enfoca Cursi el problema de la litiscrescencia en la *actio ex lege Aquilia* que encuadra en una posible (a su juicio) cláusula general gayana. En mi opinión, y estrictamente desde un punto de vista procesal sobre la naturaleza de la *actio legis Aq.* el problema ha sido enfocado por la romanística dentro del análisis de si la *actio legis Aq.* tenía una función exclusivamente penal, simplemente reipersecutoria²¹⁴ o ambas a la vez que permitieran hablar del carácter mixto de la acción.

Gayo 4,9: *Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actione iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt.*

²¹⁴ Vid. con lit. y fuentes A. DIAZ BAUTISTA, *La función reipersecutoria de la "poena ex lege Aquilia"*, en A. MURILLO, (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, (Burgos 2001) 272-284.

D. 9,2,2,1 (Gayo 7 *ad Ed. prov.*): *et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset*²¹⁵.

Gayo 3,216: *Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduce manifestum est. sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret, nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.*

Coinciden los frs. gayanos en que *adversus infitiantem in duplum agimus*, frase que vuelve a repetir en 3,216 subrayando el diverso contenido del cap. II respecto al I²¹⁶. Según Cursi tanto Gayo 4,9 como D. 9,2,2,1 parecen hacer referencia a una cláusula general relativa a la litiscrescencia aunque ambos traten de distintas circunstancias, y es significativo que D. eod. 2,1 sigue inmediatamente a la cita textual del cap. I *legis Aq.*²¹⁷ La cláusula general de litiscrescencia parece muy extendida en la ciencia romanística²¹⁸; pero contra esta doctrina Talamanca²¹⁹

²¹⁵ LENEL, *Pal.*, I, c. 205 coloca el fr. en la rúbrica *ad legem Aquiliam* (E. 118).

²¹⁶ Gayo 3,216: *Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est. sed id caveri* (1992) 35, 41 nt. 54: *Id., infitiantem in duplum agitur.*

²¹⁷ Gayo (7 *ad Ed. prov.*) D. 9,2,2 pr.: *Lege Aquilia capite primo cavetur: "ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id eo anno plurimi fuit, tantum aes domino damnas esto"*.

²¹⁸ NÖRR, *Causa mortis*, 124 nt. 12; CANNATA, *Delitto e obbligazione*, en *Atti Copanello*, (Napoli 1992) 35, 41 nt. 54; *Id.*, *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria.*, en L. VACCA (cur.), *La responsabilità civile nella prospettiva storico-comparatistica*, (Torino 1995) 33; *Id.*, *Usus modernus Pandectarum: Common Law, diritto romano olandese e diritto comune europeo*, en *SDHI*, 57 (1991) 391 y nt. 42; F. M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum*, (Bari 2000) 134 ss.; CURSI, *Iniuria cum damno*, 212-213.

considera que se derivaría automáticamente de la fórmula *damnas esto* que se repite en los tres caps. de nuestra ley sin necesidad de una específica cláusula legislativa, por lo que D. 9,2,2,1 no alude a tal pretendida cláusula sino que responde a un comentario del jurista interpretando los términos *et infra* no como una repetición de los términos de la ley sino una simple consecuencialidad lógica, de modo que los *verba legis* "*damnas esto*" proporcionaban a Gayo la clave para un reenvío al procedimiento ejecutivo y de ahí la litiscrescencia *in duplum*.

¿Podría ser una solución incluir la *actio legis Aq.* entre las acciones mixtas aludidas por Gayo 4,9: *rem vero et poenam persequimur?*, frase que según Cursi²²⁰ venía citada en tema de litiscrescencia.

Si la *actio legis Aq.* para Gayo era una *actio mixta* éste es un tema que necesariamente nos lleva a analizar el problema de la naturaleza de la acción; sabemos que el carácter mixto no correspondía a su naturaleza originaria que sólo admitía una consideración penal como seguía recordando en la primera mitad del s. II a C. Catón²²¹, *pro Rhod.* 167. Parece demasiado simplificador decir que la *actio legis Aq.* era reipeseocatoria *in simplum* y penal *in duplum*, y no es convincente la hipótesis de

²¹⁹ TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del proceso privato*, en *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Atti Copanello*, (Napoli 2000) 126 nt. 253. Cfr. R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica*, (Napoli-Roma 1990) 50.

²²⁰ CURSI, *Iniuria cum damno*, 213.

Cardascia²²² que niega el originario carácter penal del plebiscito aquiliano basado en una discutida distinción entre ilícitos dolosos e ilícitos no dolosos, es decir culposos, y mientras los actos dolosos daban lugar a acciones penales, los segundos cuya represión penal había sido precisamente el objeto de la ley Aq. derogando normas represivas anteriores (Ulp. D. 9,2,1 pr.), sólo daban lugar al resarcimiento del *damnum* y no a una *poena* en el sentido usual de este término. A mi modo de ver esta tesis pone en duda la originaria naturaleza penal de la acción aquiliana y comparto la doctrina mayoritaria que la rechaza, aunque con diversos matices²²³, y pongo como ejemplo a

²²¹ Vid. Gell., 6,3,37.

²²² G. CARDASCIA, *La portée primitive de la loi Aquilia*, en *Daube noster*, (Edinburgh and London 1974) 63; Id., *Réparation et peine dans les droits cuneiformes et le droit romain*, en AA.VV., *La responsabilité à travers les ages*, (Paris 1989) 17, 21.

²²³ E. LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, (Berlin 1915) 135 ss.; Id., *Die Konkurrenz der Actionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1 (Berlin 1922) 15, 30, 36; BESELER, en ZSS 48 (1927) 65; Id., KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, (München 1935) 167 ss.; Id., *Das römischen Privatrecht. I². Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, (München 1971) 621; P.VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, (Milano 94) ss.; LAWSON, *Negligence in civil Law*, (Oxford 1950) 8 ss.; LÜBTOW, *Untersuch.*, 36 ss.; Th. MAYER-MALY, rec. a Lübtow, *Unters.*, en *Göttingen Gelehrte Anzeigen*, 226 (1974) 15, ss, 31 ss.; H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia⁵*, (Wien-Mainz 1996) 35 ss.; ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical Roman Law*, en *BIDR* 85 (1982) 19 ss.; ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 973 ss.; CURSI, *Iniuria cum damno*, 213; VALDITARA, *Iniuria cum damno*, 57, que considera „ben saldo il carattere penale dell'azione aquiliana al tempo di Lab. considerando “probabile” su originario carácterenal; FINKENAUER, *Pönale Elemente*, 35 ss.; TORRENT, *Prev aq.*, I, cit.

Schulz²²⁴: “the classical action *legis Aquiliae* was a pure penal action and non an *actio rem et poenam persequens* as is said in *Gaius 4,9*”; pero la cuestión de la naturaleza penal de la *actio legis Aq.* sigue suscitando dudas en la doctrina, que la consideran mas cercana al resarcimiento del daño que a una verdadera pena, y en este sentido se han manifestado Schipani²²⁵, Cannata²²⁶. También De Robertis²²⁷ hipotiza su originario carácter reipersecutorio que se fue desnaturalizando en la evolución posterior adquiriendo con la tendencia en este sentido a finales de la República.

Estas discusiones nos llevan al siguiente problema: ¿desde cuándo arranca el encuadramiento de la *actio legis Aq.* entre las *actiones mixtae*? ¿qué sentido tiene este encuadramiento? Respecto al primer punto interrogativo está documentado que Cassio²²⁸, eminente jurista del s. I d. C. ya conocía las *actiones mixtae* como se desprende del comentario al edicto pretorio de Paul.:

²²⁴ F. SCHULZ, *Classical roman Law*, (Oxford 1951) 589.

²²⁵ SCHIPANI, *Resp. ex lege Aq.*, 88 ss.

²²⁶ CANNATA, *Delitto e obb.*, 43 ss.

²²⁷ DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum*, 88 ss.

²²⁸ Cayo Cassio Longino fu vivió en el s. I d. C.; fue *consul suffectus* en el 30, procónsul en Asia en los años 40 y 41, y murió en Çepoca de Vespasiano. Escribió *libri iuris civilis* y *Notae ad Vitellium* que acaso fueran comentarios a los *libri ad Vitellium* de Sab. Sin duda Cassio fue un eminente jurista *laudato non indicato libro* por Marcian., Marcel. y Gayo; vid. LENEL, *Pal. I*, c. 110.

Paul. (1 *ad Ed.*) D. 44,7,35 pr.: *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, haec etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. illae tamen rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitori nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.*

La discusión se centra sobre la valoración que deba darse a la frase *damnas esto*, y su fundamental carácter penal viene confirmado por los juristas clásicos: Gayo 3,82, 202 y 4,112; D. 8,2,32 pr. (7 *ad Ed. prov.*); 50,17,111,1 (12 *ad Ed. prov.*) que esencialmente trata de la intransmisibilidad pasiva de la acción; Jul. (86 *Dig.*) D. 9,2,51,2 y eod. 1 (donde trata de su carácter acumulativo); Paul. (22 *ad Ed.*) 9,2,30,3 y *Paul. Sent.* 1,13^a.6; Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 9,2,11,2., frs. que como señala *Cursi*²²⁹ “capovolgono il tradizionale rapporto tra finalità reipersecutoria e penale propria delle azioni miste”. La doctrina sigue discutiendo si el ejercicio de la *lex Aq.* conducía a resultados reipersecutorios y penales a la vez, y parece generalizado en la doctrina, como dice *díaz Bautista*²³⁰ que la

²²⁹ CURSI, *Iniuria cum damno*, 213.

conurrencia entre pena y resarcimiento en los *delicta*, o dicho de otra manera, entre acción penal y reipersecutoria, es acumulativa en las acciones penales “puras” cuyo prototipo es la *actio furti*²³¹ con su caterva de complementarias, y alternativas en las acciones penales “mixtas” de la que es modelo la *actio legis Aquiliae*. Díaz Bautista observa que en el *furtum* siempre tuvo la víctima dos acciones disponibles: la penal y además una reivindicatoria, bien la *rei vindicatio* bien la *condictio furtiva*, pero en el caso del *damnum* tenía el perjudicado siempre la acción penal y sólo a veces también la reipersecutoria en función de determinadas circunstancias, pues considera que si quien causaba el daño era un extraño sin relación alguna con el perjudicado, éste sólo tenía la acción penal aquiliana, bien la directa bien las complementarias, pero si existía alguna vinculación jurídica entre el agresor y la víctima que obligase al primero a responder ante el segundo por el perjuicio causado, la víctima tendría en este caso una doble posibilidad procesal: la acción penal de daño y la acción para exigir la reparación con naturaleza reipersecutoria. Según Díaz Bautista esta eventualidad de la acción reipersecutoria fue la que llevó a considerar que la *poena ex lege Aquilia* contenía ella misma el

²³⁰ A. DIAZ BAUTISTA, *La función reipersecutoria de la “poena ex lege Aquilia”*, en A. MURILLO VILLAR (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno*, (Burgos 2001) 271.

²³¹ Cfr. TORRENT, *Conurrencia, colisiones, paralelismos entre las “acciones ex lege Aquilia” y la “actio furti”*, pendiente de publicación.

resarcimiento, al ser a veces la única ejercitable por el perjudicado.

Díaz Bautista afronta el problema del encuadramiento en época clásica de las *actiones legis Aq.* como *actiones mixtae* que perseguían tanto el contravalor de la cosa dañada (función reipersecutoria) como la multa económica que imponía desde su promulgación en el 286 a. C. la *lex poenalis Aquilia*, con la espinosa cuestión a la vista de Gayo 4,9 de la disposición de dos acciones dirigidas a la represión del *damnum* aquiliano, a lo que hay que añadir el problema de si el ejercicio de una de estas acciones excluyese el ejercicio de la otra, problemas que se arrastran en la ciencia romanística desde Savigny, admitiéndose generalmente la vigencia de las *actiones mixtae*, acaso mal entendida por la jurisprudencia clásica²³² y no suficientemente aclaradas en el derecho justinianeo a pesar de que ésta era una de las finalidades de la compilación bizantina que traen cierto confusionismo con las *actiones vindictam spirantes* cuyos textos conviene recordar:

IJ. 4,6,18: *Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persecuendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae quantum rei persecuendae et ob id mixtae sunt. poenam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur quadrupli*

²³² Vid. E. BETTI, *Studi sula "litis aestimatio"*. 2. *Le "actiones quibus et rem et poenam persequimur"*, (1915); G. MELILLO, *Tignum iunctum*, (Napoli 1964) 153 ss.; D. LIEBS, *Gemischte Begriffe im römischen Recht*, en *INDEX*, I (1970) 143 ss.; L. VACCA, *Azioni penali "ex delicto": pena e reintegrazione patrimoniale trs filosofia greca e diritto romano*, en O. Diliberto (cur.) *Il problema della pena criminale*, (1993).

sive nec manifesti dupli, de sola poena agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet: eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.

4,6,19: *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur. poena autem tripli est. sed et legis Aquiliae actio de damno mixta et, non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit, veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, , qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti his homo en anno plurimi fuerit, secundum iam traditam divisionem. "ítem mixta est actio contra eos, qui relictis sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerint usque adeo, ut etiam in iudicium vocarentur; tunc etenim et ipsam rem vel pecuniam quae relictis est dare compelluntur et aliud tantum pro poena, et ideo in duplum eius fit condemnatio".*

La idea de *actiones mixtae* de Gayo viene repetida en la *Instituta* de Justiniano, pero ¿realmente responde al derecho clásico la exposición de Gayo? Sabemos que Gayo era un modesto jurista provincial²³³ seguidor de la doctrina sabiniana, con lo que debemos remontar mas atrás la idea de las acciones mixtas como mínimo a la época de Sab., y hoy puede decirse que es mayoritaria la opinión de que en época clásica la *actio legis Aq.* tenía un fundamental carácter penal, en lo que insisten Flume²³⁴ y von Lübtow²³⁵ que apoyándose en Flume considera

²³³ TORRENT, *Prev. aq.* I, cit.

que la categoría de las acciones mixtas se habría debido a un epítome postclásico de las *Institutiones* de Gayo²³⁶, desvirtuando en alguna medida el Gayo veronés cuyas ideas recogen las *Inst.* de Justiniano. Defienden su clasicidad Hausmaninger²³⁷ y Ankum²³⁸. Desde otro punto de vista Cursi²³⁹ teniendo en cuenta Gayo y su derivada justiniana en los ejemplos traídos en *IJ* 4,6,19, pretende que en Justiniano prevalece el carácter reipersecutorio sobre el penal.

Pero sigue sin estar claro Gayo 4,9; Voci²⁴⁰ atribuye a una “svista” (despiste, interpretación descuidada) de Gayo acumular *poena* a *poena* antes que *poena* a *res*²⁴¹ que llevaba a incluir la *actio legis Aq.* entre las acciones mixtas, dando a entender que en Gayo coincidían una valencia de *poena* en un doble sentido estructural y funcional (reipersecutorio y penal), por lo que son diferentes la concepción gayana y la justiniana

²³⁴ W. FLUME, *Die Bewertung der Institutionen des Gaius*, en *ZSS*, 79 (1962) 18 ss.

²³⁵ LÚBTOW, *Unters.*, 36 ss.

²³⁶ Se muestra crítico con esta tesis MAYER-MALY en su rec. a von Lübtow, cit., 33.

²³⁷ HAUSMANINGER, *Schdenersatzrecht*, 40.

²³⁸ ANKUM, *Actions by which we claim*, 33 ss.

²³⁹ CURSI, *Iniuria cum damno*, 216

²⁴⁰ VOCI, *Risarcimento e pena privata*, 91 ss.; Id., *Azioni penali e azioni miste*, en *SDHI*, 64 (L998) 15, 30 ss.

sobre la naturaleza de las acciones mixtas, prevaleciendo en Justiniano la función reipersecutoria sobre la penal. La doctrina romanística en general entendió clásico el Gayo veronés²⁴² que admitía la concurrencia alternativa (cumulativa) entre acción penal (aquiliana) de daño y acción reipersecutoria²⁴³, lectura asumida como clásica por Provera, Liebs²⁴⁴, Ankum, y hasta había sido admitida por Beseler²⁴⁵, como también por Voci, obviamente difuminando el originario carácter penal de la *lex Aq.*, y el mismo Schulz²⁴⁶ seguía defendiendo ardorosamente el carácter penal puro de la acción aquiliana en época clásica de modo que todos los textos que acumulaban un sentido resarcitorio a la naturaleza penal estaban interpolados en la compilación justiniana aunque admitía que esta cumulatividad o electividad ya empezaba a ser practicada en la época postclásica como demuestra *Coll. 12,7,9* tomado de *Ulp. 18 ad Ed.*, pero su cumulatividad clásica fué defendida con abundancia de argumentos por Lübtow.

²⁴¹ Tesis seguida por G. PROVERA, *Lezioni sul proceso I-II* (Torino 1989) 106.

²⁴² Vid. lit. en DIAZ BAUTISTA, *La función reipers.*, 272 nt. 6.

²⁴³ LEVY, *Konkurrenz der Aktionen*, 2, 2 ss.; VOCI, *Risarcimento e pena priv.*, 182; cfr. la rec. de H. KADEN, en *ZSS* 60 (1940).

²⁴⁴ LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, (Göttingen 1972) 241; cfr. rec. de A. BISCARDI, en *SDHI*, 40 (1974) 489 ss.

²⁴⁵ BESELER, *Klagenkonkurrenz*, en *ZSS* 44 (1924) 365.

²⁴⁶ SCHULZ, *Classical roman Law*, 572.

Albanese²⁴⁷ ya había desvelado las dificultades que la dogmática romana y civilística actual presenta en la historia de la represión del acto ilícito²⁴⁸ partiendo de la total coincidencia entre ilicitud y antijuridicidad, a su vez distinguiendo una antijuridicidad subjetiva (acto humano reprehensible e imputable: actos jurídicos en sentido técnico) y objetiva (propia de los hechos jurídicos en sentido estricto) donde el único carácter identificante de la ilicitud jurídica sería la “contrarietà all’ordine giuridico” que obviamente conduce a una conceptualización muy amplia y discutible que trata de deslindar los actos y los hechos antijurídicos. En mi opinión la represión de ambas categorías en la evolución ampliatoria por jurisprudencia y *iurisdictio praetoria* en torno a la aplicación de *la lex Aq.*, está a la base de los esfuerzos de la romanística actual para tratar de cohesionar antijuridicidad y culpabilidad en el campo de la responsabilidad *ex lege Aq.* como vemos en los estudios de Cursi y Corbino²⁴⁹. En el campo del derecho romano hasta llegar a la distinción entre *poena* y *res* el problema –prescindiendo de antecedentes más remotos– se presenta con las XII Tab. que fueron perfilando la venganza privada, la *manus iniectio*, el *sacramentum*, la *pignoris capio*, que para

²⁴⁷ ALBANESE, *Illecito. Storia*, en ED 20 (Milano 1970) 50 ss.

²⁴⁸ Cfr la. lit. romanística (Ferrini) y civilística (Scaduto, Rubino) que cita ALBANESE, *illecito*, 50 nt. 1.

²⁴⁹ CURSI, *Iniuria cum damno*, cit.; CORBINO, *AntigiudicITÀ e colpevolezza*, cit.

Albanese²⁵⁰ implican otras tantas y distintas etapas evolutivas²⁵¹ en las que se manifiesta una degradación de la penalidad en que el prevalente planteamiento penal del derecho privado, bien visible en época histórica, se presenta profundamente modificado. En estas coordenadas la dicotomía *poena-res* de Gayo 4,9, la aplicabilidad del *iunterdictum quod vi aut clam* o de la *actio legis Aq.*, el confusionismo entre función reipersecutoria o penal, o ambas a la vez incluyendo la acción aquiliana entre las acciones mixtas, desde una visión muy general, representan otro paso más en la evolución de la aplicabilidad de la *lex Aq.*, que he estudiado en otra sede²⁵².

A la vista de las alusiones de Cassio entiendo muy probable que la jurisprudencia del s. I d. C. adjudicara a la *actio legis Aquiliae* cuya represión del *damnum iniuria datum* se había mostrado muy eficaz, y teniendo en cuenta la continua *interpretatio* ampliatoria de los *verba legis* en la República tardía, llevara a los clásicos a adjudicar a la *lex Aq.* un plus de protección a la víctima configurando la *actio legis Aq.* con una doble función reipersecutoria y penal que teorizarían mas tarde

²⁵⁰ ALBANESE, *Illecito*, 58.

²⁵¹ En el campo de la evolución procesal posterior a las XII Tab. cfr. P. FUENTESECA, *Las "legis acciones" como etapas del proceso romano*, en *AHDE* 34 (1964) 209 ss. = *Estudios de derecho romano*, (Madrid 2009) 853 ss.

²⁵² TORRENT, *Concurso de causas en la "lex Aquilia". La "causalité dépassante" (Gerkens) o überholende Kausalität (autores germánicos.) Paralelismos entre el "interdictum quod aut clam" y las "acciones ex lege Aquilia (pendiente de publicación).*

los comisarios justinianos incluyendo la *actio legis Aq.* entre las *actiones mixtae*, encuadramiento soterrado probablemente en Vitelio en el s. I a. C.²⁵³ (conjetura que tomo de las *Notae ad Vitellium* de Cassio, y en el Principado en Cassio (citado por Paul. D. 44,7,35 pr.), y en Gayo 4,9 en tiempo de Marco Aurelio al haber acumulado *poena a poena* antes que *poena a res* como se desprende generalmente de los textos *ad hoc*, lo que se debería según Voci²⁵⁴ a que Gayo “non si sarebbe accorto di aver cumulado *poena a poena*”²⁵⁵ suscitando gran perplejidad en la ciencia romanística.

De la argumentación de Voci deriva Cursi que éste excluye la continuidad sustancial entre el concepto de acción mixta que se desprende de Gayo y la que se deriva de las IJ donde la función reipersecutoria de las acciones mixtas quedaría asegurada por la prevalencia de las características reipersecutorias sobre las penales²⁵⁶. Provera²⁵⁷ no duda del carácter mixto de la *actio legis Aq.*, considerando Gayo 4,9 un caso particular de *poena* que se añade a *poena*; Brasiello²⁵⁸ lo

²⁵³ KUNKEL, *Herkunft unnd soz. Stellung*, 19, cree probable su pertenencia al *ordo equester*.

²⁵⁴ VOICI, *Risarc. e pena priv.*, 91 ss.; Id. *Az. peali e az. miste*, 30 ss.

²⁵⁵ Según CURSI, *Iniuria cum damno*, 215 nt. 150, en la concepción de Voci coinciden el valor estructural y funcional del término *poena*

²⁵⁶ Cfr. ANJUM, *Actions by which we claim*, 19 ss.

²⁵⁷ PROVERA, *Lez. Sul proc. civ. giust.*, I-II, 106.

enlaza con los posibles precedentes de la clasificación de Gayo entendiendo que a la vista de D. 44,7,35 pr. Se deriva que el primero en introducir las acciones mixtas había sido precisamente Gayo incluyendo entre éstas la *actio legis Aq.* que al igual que Voci considera un error gayano. En un puto coincide Albanese²⁵⁹ con Voci: la conexión Cassio-Gayo que llega hasta Justiniano salvo que éste da mayor relieve al carácter reipersecutorio de la acción aquiliana sobre el penal. Valditara²⁶⁰ piensa más bien en la conexión entre la clasificación gayana y la justiniana teniendo en cuenta el carácter mixto de la *actio legis Aq.* en ambas épocas, considerando implícito *in simplum* en Gayo 4,9 que llega a ser totalmente explícito en IJ 4,3,9 y 4,3,16. Vacca²⁶¹ por el contrario niega la continuidad entre la clasificación gayana y la justiniana considerando que la *actio legis Aq.* gayana *in simplum* se dirige únicamente a obtener el valor de la *res* aunque genéticamente es una acción penal, mientras que la acción justiniana mixta *in simplum* es fruto de un mal entendimiento

²⁵⁸ U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano.. Atto illecito pena e risarcimento del danno*, (Milano 1957) 41 ss.

²⁵⁹ ALBANESE, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma*, en *Syntelea Anragio-Ruiz*, I (Napoli 1964) 113 ss.; Id., *Illecito. Storia*, 72 ss.

²⁶⁰ VALDITARA, *Sup.*, 189 ss.

²⁶¹ VACCA, *Azioni penali ex delicto*, 211 ss.; Ead., *"Actiones penales" e "actiones quibus rem persequimur"*, en *IVRA*, 40 (1989) 50 ss.; Ead., *Delitti privati e azioni penali nel Pirncipato*, en *ANRW*, II.14, (Berlin-New York 1982) 586 ss. (en este último estudio solamente presta atención a la clasificación de Gayo).

de la estructura de la acción penal. Esto es más o menos lo que había dicho De Francisci hace más de un siglo²⁶², y recientemente Rossetti²⁶³. A Corsi²⁶⁴ no le parece acertada la elección de poner en planos netamente distintos la concepción gayana y la justiniana, o al menos no está suficientemente motivada, pues no se ha tenido en cuenta que la concurrencia alternativa entre la acción aquiliana y la reipersecutoria no llega a excluir en absoluto la facultad del actor que haya ejercitado la reipersecutoria para obtener el mayor resarcimiento previsto por la acción aquiliana, aunque a la luz de IJ 4.3.16 no le cabe duda que el carácter reipersecutorio de la acción prevalece sobre el penal, lo que a su juicio la lectura justiniana debe ponerse en relación con la tendencia general a despenalizar el derecho privado romano que se venía produciendo desde la época postclásica, tendencia advertida por la doctrina romanística a partir de los años 30 del siglo XX²⁶⁵, tendencia que según Corsi²⁶⁶ habría podido contribuir a debilitar lo que muy

²⁶² DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penali e la loro intransmissibilità passiva*, (Milano 1912) 8 ss.

²⁶³ G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di struttura e funzione delle azioni penali private*, en *BIDR* 96-97 (1993-94) 370 ss.

²⁶⁴ CURSI, *Iniuria cum damno*, 216 nt. 151.

²⁶⁵ VOCI, *Risarc. e pena priv.*, 105 ss.; ALBANESE, *Illecito. Storia*, 85 ss.; CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione giustiniana ad Ugo Grozio*, en L. VACCA (cur.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, (Torino 1995) 108; MIGLIETTA, *Servus dolo occisus*, 325 ss.

²⁶⁶ CURSI, *Iniuria cum damno*, 217.

probablemente debía haber sido la originaria naturaleza penal de la acción “a vantaggio dei dei profili meramente reipersecutori de la tutela”. A mi juicio, algo dudosa o problemáticamente añade Cursi: “va notato, però, che questi ultimi forse sussistono sin dall’origine dell’azione”. A mi modo de ver todas estas consideraciones nos llevan a retrotraer la función resarcitoria de la *actio leg. Aq.*, no diría que a su momento originario como insinúa Cursi, pero sí desde luego a Gayo al suministrar serios indicios de aceptación de las acciones mixtas que en época *justiniana* ya eran moneda corriente, y es sintomático que el título 2 *ad legem Aquilianam* D. 9, sea antecedido por el I: *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, cuyo contenido se dirige a la protección de los bienes, finalidad que ya había sido sancionada para los actos de daño dolosos a propósito de incumplimientos contractuales en las XII Tab, constituyendo la *lex Aq.* una precisa y efectiva modernización del derecho romano de la República al sancionar los hechos ilícitos culposos dando pié al fecundo y discutido campo de la responsabilidad extracontractual. Tengo la impresión que Cursi sin decirlo expresamente, pero lo derivó de su escrito *Iniuria cum damno* tantas veces citado, parece remontar a los momentos originarios del plebiscito aquiliano la doble naturaleza penal y reipersecutoria de la acción, pues señala que el criterio de valoración de la pena está inicialmente “commisurato” al valor de la cosa perdida en un circunscrito lapso de tiempo

precedente al evento (*quanti plurimi*²⁶⁷), “e questa finalità risarcitoria non viene contraddetta dalla presenza nel primo *caput* de *plurimi*: anche questo parametro infatti si spiega in una logica reipersecutoria, come criterio finalizzato ad una piena reintegrazione del *damnum*”.

El *iter* interpretativo de Cursi nos lleva al tormentoso problema de la ciencia romanística para identificar la naturaleza penal o reipersecutori de la *actio legis Aquiliae* que a nivel doctrinal centran los autores en tres momentos: el originario aquiliano de Cursi, el momento clásico derivado de Cassio-Gayo-Paul. que hemos venido analizando, y el momento de la *Instituta* justiniana. En mi opinión dar un valor preponderante a cada uno de estas épocas tratando de buscar una cesura tajante entre éstas, en cierto modo me parece erróneo. Es cierto que los más analizados por la doctrina han sido el derecho clásico y el justiniano, pero no puedo dejar de lado las advertencias de Riccobono expresada en diversos escritos sobre la evolución más o menos rectilínea del derecho romano, con sus efidentes desfases concretos en situaciones esoecíficas; hoy por ejemplo tampoco se cree en la cesura tajante entre el derecho clásico y el postclásico, doctrina ardorosamente defendida por Amarelli y la Academia Costantiniana de Perugia, y hasta la caza de interpolaciones²⁶⁸ en la compilación

²⁶⁷ Vid. TORRENT, *Prev. aq.* II, 239 ss.

²⁶⁸ Vid. para un planteamiento general de las interpolaciones TORRENT, *Der. públ. rom.*, 537 ss.

justiniana que dominó en la ciencia romanística en la primera mitad del s. XX cayó en descrédito desde 1971²⁶⁹. Por mi parte encuentro un gran núcleo de verosimilitud en la tesis de Cursi que a nivel teórico me parece irreprochable y me siento inclinada a compartirla, con lo que dejo al menos provisionalmente resuelto el problema conceptual de la naturaleza penal o reipersecutoria de la *actio legis Aq.*, ambivalencia intuida por Rotondi²⁷⁰ al advertir que esta *actio* tiene carácter reipersecutorio sin por ello perder su naturaleza penal. Hoy en día parece exagerada la explicación de Albanese²⁷¹ expresada hace casi 60 años que entiende la *poena in simplum* (o sea la derivada de la acción reipersecutoria) como un *monstrum* conceptual, entendiéndose²⁷² “e ciò é un fatto indicativo come pochi altri, della tenacia dell’antica concezione totalitariamente penalistica, afflittiva, dell’illecito privato, in ogni modo l’*actio legis Aquiliae* è un’azione penale per i caratteri tipici della noialità, dell’intransmissibilità ereditaria passiva,, dell’esporoibilità cumulativa contro più responsabili e del concorso con altre azioni... in sostanza la *lex Aq.*, per i caratteri accennati, rappresenta un passo importantissimo verso il

²⁶⁹ Vid. KASER, *Zur Glaubwürdigkeit*, cit., 364 ss.; WIEACKER, *Zur gegenwärtige Lage der romanistischen Textkritik*, en *La critica del testo*, II (Firenze 1971) 1117. Add. KASER, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellen*, en *Festschrift Flume*, (Köln 1978) 101 ss.

²⁷⁰ G. ROTONDI, *Dalla lex Aq. all’art. 1151*, cit., 497 ss.

²⁷¹ ALBANESE, *Cenni sullo svol. St.*, cit., 111 ss.

²⁷² ALBANESE, *Illecito. Storia*, 63-64.

concetto di una pena risarcitoria: all'idea ormai prevalente di risarcimento, infatti, essa congiunge tenaci aspetti afflittivi", lo que interpreto como afirmación del carácter bivalente reipersecutorio y penal de la acción aquiliana.

A la luz de estas consideraciones se puede decir que la doctrina, casi mayoritariamente, se va inclinando por la ambivalencia de la *actio legis Aq.*, es decir, las dos funciones: reipersecutoria y penal, que Cardascia²⁷³ pensando desde una visión evolutiva a partir del dolo primitivo hasta llegar al concepto de culpa de finales de la República que solo entonces es cuando aparece más clara la función reipersecutoria, siendo lo más probable que la valencia penal se derive de una responsabilidad originaria a título de dolo, tesis que no me convence en cuanto que entiendo la culpa como un principio rector originario de la *lex Aq.* aunque su primera teorización documentada se debe a Q. M.²⁷⁴ pues no parece creíble²⁷⁵ Gayo D. 47,9,9 del que se deriva que los conceptos de dolo y culpa ya empezaban a diferenciarse en las XII Tab. En cualquier caso la doble función reipersecutoria y penal de la *actio legis Aq.*, y prescindiendo del momento en que empezó a hablarse de las acciones mixtas que bien podía ser a finales de la República y no tanto como pretende Cursi desde el mismo momento

²⁷³ CARDASCIA, *La portée primitive*, 63.

²⁷⁴ TORRENT, *Prev. aq.* I, cit.

²⁷⁵ TORRENT, *Aproximación al concepto de culpa ex lege Aq.*, 75.

originario de la promulgación de nuestra ley, hoy en día parece opinión mauyoritaria la creencia en la ambivalencia funciona de la acción, como se comprueba leyendo a Pernice²⁷⁶, Ferrini²⁷⁷, Levy²⁷⁸, Kaser²⁷⁹, Zimmermann²⁸⁰, Gallo²⁸¹.

La exaltación por algunos autores de la función reipersecutoria de la acción aquiliana, destaca la agudeza de la interrogación de Cursi²⁸²: "ma come giustificare allora -se non, come di regola- con la misura della sanzione la natura penale dell'azione"? enigma que resuelve²⁸³ atendiendo al significado originario de la *iniuria* aquiliana que a su juicio viene concebida como anjuridicidad objetiva contrapuesta a la *culpa*, que por el

²⁷⁶ PERNICE, *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen*, cit., 102.

²⁷⁷ C. FERRINI, *Damni (azione di)*, en *Enc. Giur. It.*, s. v. *Diritto penale*, IV (Milano 1911) 36 ss.

²⁷⁸ LEVY, *Privatstrafe*, cit., 147 ss.

²⁷⁹ KASER, *Quanti ea res est.*, cit. 167; en *Id.*, *Das römische Privatrecht*, I, 2ª ed., (München 1971) 621, dice: "Die *actio leg. Aq.* ist vermutlich seit alters eine Bussklage mit Sachverfolgungsfunktion".

²⁸⁰ ZIMMERMANN, *Law of Obl.*, 975, defiende las dos funciones de la *actio* aquiliana: "it could be *poena* in the guise of compensation", pero no veo nada claro "the guise of compensation".

²⁸¹ F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, (Torino 1993) 151: "si spiega quindi, come, nel plebiscito stesso risulti ormai sostanzialmente operato per la sanzione del danneggiamento il passaggio al principio risarcitorio" de donde derivo que para Gallo se añade en un tiempo posterior al originario carácter penal de la acción.

²⁸² CURSI, *Iniuria cum damno*, 217.

contrario indicaría el elemento subjetivo de la conducta, de modo que a lo largo del tiempo la *culpa* habría sustituido a la antijuridicidad transformando radicalmente en sentido subjetivo la concepción más antigua de la *iniuria* aquiliana, reconociendo honestamente que para sostener su orientación no hay ninguna fuente jurídica que la pruebe²⁸⁴.

No voy a entrar en estas disquisiciones sobre la *iniuria* aquiliana para no alargar excesivamente este escrito, pero sí me interesa ahora haber puesto de relieve la función reipersecutoria y penal de la *actio legis Aq.*, ambivalencia que entiendo eficiente desde finales de la República, a la que siguieron las perplejidades de la jurisprudencia clásica hasta la total asimilación de las acciones mixtas en la época justiniana.

²⁸³ CURSI, *Iniuria cum damno*, 271.

²⁸⁴ Vid. CURSI, *Iniuria cum damno*, 22 ss.