

# LOS ACTOS ILÍCITOS EN EL DERECHO ROMANO

*Arturo Solarte Rodríguez\**

## RESUMEN

El lector encontrará en las páginas que siguen un estudio sobre el régimen de los delitos privados y de los cuasidelitos en el derecho romano, figuras éstas que hemos denominado de manera general como “actos ilícitos”. El objetivo es realizar un análisis sobre la evolución que se presentó en Roma respecto del tratamiento que el derecho dio a los actos que originaban daños a las personas o a las cosas. Dicha evolución se analizará tomando como punto de partida la *Ley de las XII tablas* y culminará con las referencias pertinentes sobre el régimen establecido por el emperador JUSTINIANO en el *Corpus Iuris*. El estudio comprende los delitos que se han denominado como “delitos privados”, tanto aquellos establecidos por el derecho civil como aquéllos cuya consagración fue obra del pretor, así como aquellas figuras diversas que posteriormente fueron clasificadas como generadoras de obligaciones *cuasi ex delicto*. Hemos realizado un análisis más detallado sobre el régimen que existió en el derecho romano en relación con el delito conocido como *damnum iniuria datum*, el cual es el origen remoto de la moderna regulación de la responsabilidad por daños. En esta parte se analiza también la evolución de esta institución desde el punto de vista legal, con las referencias correspondientes a la *Ley de las XII tablas* y a la *lex aquilia*, así como la importancia que respecto de su alcance y extensión tuvo la actividad del pretor, con la

Fecha de recepción: 23 de abril de 2004

---

\* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en legislación financiera de la Universidad de los Andes. Estudios de doctorado en derecho de la Universidad de Salamanca. Profesor investigador del Departamento de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana.

cual, para la época del derecho justiniano, la figura ya tenía configurados buena parte de los elementos estructurales que posteriormente, gracias a la sistematización de la escuela del derecho natural, fueron vertidos en las codificaciones del siglo XIX, bajo el concepto de responsabilidad civil extracontractual.

**Palabras clave:** derecho romano, delitos privados y cuasidelitos, responsabilidad civil, evolución histórica de la responsabilidad civil.

### **ABSTRACT**

*The reader will find in the next pages a study about the regime of delictum and quasi delictum, figures that we had named in a general manner as "illicit acts". The target is to make an analysis concerning the evolution presented in Rome with respect to the treatment that the Roman law gave to the acts that derived in damages to people or things. Such evolution will be analyzed taking as a point of departure the XII Tables Law and will come to an end with the pertinent references on the matter of the regime established by the emperor JUSTINIANO in the Corpus Iuris. The study comprises the crimes that had been designated "private crimes", from the established by civil law to those whose consecration was a matter of the Praetor, as those posterior diverse figures that were classified as generating quasi ex delictio obligations. We has done an analysis more detailed about the regime that existed in the Roman Law in relation with the crime called damnum iniuria datum, which is the remote origin of the modern civil damage responsibility (civil liability). En this part is also analyzed the evolution of this institution from the legal point of view, with the respective references to the XII tables Law and the Lex aquilia, as the importance that with respect to his reach and extension had the praetor activity, with which for the times of Justinian's Law, the figure already had configured a great part of the structural elements that subsequently, due to the systematization done by the natural law school, were poured out in the codifications of the XIX century, under the concept of extra-contractual civil responsibility.*

**Key words:** roman law, delictum and quasi delictum, civil liability (torts), historical evolution of civil liability (torts).

**SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS DELITOS
  - 2.1. Concepto y clases
  - 2.2. Delitos del *ius civile* y delitos del *ius honorarium*
  - 2.3. Evolución histórica
  - 2.4. Características generales de las acciones derivadas de los delitos
3. CLASES DE DELITOS PRIVADOS
  - 3.1. Delitos del *ius civile*
    - 3.1.1. *Furtum*
      - 3.1.1.1. Concepto
      - 3.1.1.2. Elementos
      - 3.1.1.3. Consecuencias del *furtum*
    - 3.1.2. *Rapina*
    - 3.1.3. *Damnum iniuria datum*
      - 3.1.3.1. Precisiones previas
      - 3.1.3.2. Antecedentes
        - a. La *Ley de las XII tablas*
        - b. La *lex aquilia de damno*
      - 3.1.3.3. Elementos del *damnum iniuria datum* en la *lex aquilia*
      - 3.1.3.4. Extensión en el ámbito de aplicación de la *lex aquilia*
      - 3.1.3.5. Consecuencias del *damnum iniuria datum*. Aspectos debatidos por la doctrina
        - a. De la *poena* a la indemnización del daño
        - b. Naturaleza de la *actio legis aquiliae*
        - c. Especial referencia al elemento subjetivo en el *damnum iniuria datum*
      - 3.1.3.6. Acciones sobre daño injusto adicionales a la *actio legis aquiliae* en el derecho romano
    - 3.1.4. *Iniuria*
  - 3.2. Delitos establecidos por el *ius honorarium*
    - 3.2.1. *Metus*
    - 3.2.2. *Dolus malus*
    - 3.2.3. *Alienatio in fraudem creditorum (fraus creditorum)*
4. LOS CUASIDELITOS
  - 4.1. *Del iudex qui litem suam fecit*
  - 4.2. *De effusis vel deiectis*
  - 4.3. *De positis et suspensis*
  - 4.4. *La actio adversus nautas, caupones et stabularios*

**BIBLIOGRAFÍA**

## 1. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente documento es realizar una presentación sistemática sobre el régimen de los delitos y los cuasidelitos en el derecho romano. Se ha hecho una especial profundización en el estudio del *damnum iniuria datum*, toda vez que algunos de los principios que actualmente nos rigen en cuanto a las consecuencias de los daños injustamente causados provienen de la evolución que tuvo en esta materia el derecho romano.

Como se verá a lo largo de estas páginas, en el derecho de Roma el tema de la responsabilidad por daños tuvo una interesante evolución. Luego de una etapa inicial en la que la venganza privada y el talión se aplicaron de manera preponderante, se presentó un largo período en el que el menoscabo que una persona sufría injustamente en su persona o en sus bienes por la actuación de otra, tuvo como principal consecuencia la imposición de una pena, pues el hecho de infligir daños de manera injusta fue considerado un delito y como tal se sancionó. Debieron transcurrir muchos años para que se planteara un concepto de resarcimiento o indemnización del daño sufrido y muchos más aun para que este concepto prevaleciera sobre la concepción punitiva como forma de tratar estos asuntos, aun cuando esta última idea nunca se abandonó completamente. Por otra parte, la valoración que se hizo del elemento subjetivo en el causante del daño, esto es, su intencionalidad o lo reprochable de su conducta, tuvo también expresiones diversas a lo largo de los años, y, en general, presentó una larga y compleja evolución, en la que pasó de ser un elemento prácticamente intrascendente para la determinación de la imputación a convertirse en el eje de todo el sistema de responsabilidad.

En el derecho antiguo no existió diferenciación en cuanto al régimen jurídico de los daños de acuerdo con su origen; es decir, no existieron consecuencias distintas si el daño era ocasionado por el incumplimiento de una obligación surgida de un convenio celebrado entre las partes o si el mismo acaecía sin que existiera un vínculo jurídico previo entre ellas. Como veremos más adelante, en un principio toda la responsabilidad fue delictual. Transcurrirían también muchos años para que el incumplimiento de los contratos y el régimen de los daños derivados del mismo adquirieran entidad independiente<sup>1</sup>.

---

1 En cuanto a la responsabilidad contractual, y sin que este sea el tema específico de este estudio, se puede advertir desde ahora que los asuntos que tradicionalmente manejamos con base en los principios de la responsabilidad contractual, en el antiguo derecho romano fueron solucionados con las normas establecidas para los delitos y fueron objeto de sanciones de tipo penal (MAZEAUD, HENRI y LEÓN-TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961, págs. 46 y sigs.). Años más tarde, con el desarrollo del derecho se empezó a dar un tratamiento diferenciado a la infracción de los contratos, para lo cual se señala que debió ser muy

Finalmente, es necesario señalar desde ahora que originalmente fue el *ius civile* el que estableció los tipos básicos de los actos ilícitos en Roma y señaló las correspondientes sanciones, Posteriormente, fueron las opiniones de los juristas y la intensa actividad del pretor las que ampliaron considerablemente la gama de conductas, así como el portafolio de las acciones procedentes frente a las mismas.

Dentro del dinámico contexto anteriormente expuesto, comenzaremos nuestro estudio con el análisis del régimen de los delitos en el derecho romano, particularmente el de los llamados delitos privados.

## 2. LOS DELITOS

### 2.1. Concepto y clases

En el derecho romano se consideró delito (*delictum*) a todo acto antijurídico castigado o sancionado con una pena<sup>2</sup>. Teniendo en cuenta el tipo de conducta, el procedimiento aplicable y la sanción correspondiente, se distinguió entre los que se denominaron delitos públicos y los que fueron calificados como delitos privados.

Los delitos públicos (llamados también *crimina* en la época clásica)<sup>3</sup> atacaban, de manera directa o indirecta, al orden o a la seguridad del Estado. Por tal razón, fueron perseguidos a través del procedimiento penal y castigados con una *poena publica*. Estos delitos públicos, cuyo conocimiento correspondía a tribunales públicos permanentes (*quaestiones perpetuae*) o, en ocasiones, a otros órganos estatales como el Senado, eran castigados con sanciones corporales o pecuniarias, las cuales, en este último caso, beneficiaban al *aerarium populi romani* y no a los particulares que eventualmente hubieran recibido algún perjuicio por el ilícito. Dentro de los delitos públicos, la doctrina menciona diversas conductas, de las cuales destacamos los atentados graves contra las libertades ciudadanas (*perduellio*),

---

importante el surgimiento de los *bonae fidei iudicia* (JÖRS, PAUL y KUNKEL, WOLFGANG, *Derecho romano privado*, Editorial Labor, Barcelona, 1965, pág. 244). Para la época imperial los dos sistemas de responsabilidad (delictual y contractual) estaban claramente diferenciados. Aun cuando en este estudio nos vamos a referir fundamentalmente a la llamada responsabilidad “aquiliana”, a lo largo de este escrito haremos puntuales referencias al régimen de la responsabilidad contractual, cuando ello sea oportuno en relación con el tema que estemos tratando.

- 2 Dice FRITZ SCHULZ que en lugar de *delictum* los juristas emplearon en ocasiones la expresión *maleficium*. SCHULZ, FRITZ, *Derecho romano clásico*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1960, pág. 547.
- 3 En todo caso, ÁLVARO D'ORS dice que la distinción terminológica entre *delictum* y *crimina* no es muy rigurosa. Asimismo, indica que la expresión *maleficium* es genérica y que tiene “cierto matiz retórico”. D'ORS, ÁLVARO, *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, pág. 409. Sobre la cuestión terminológica también se pronuncia detalladamente JUAN IGLESIAS. IGLESIAS, JUAN, *Derecho romano. Historia e instituciones*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994, pág. 415.

las presiones ilícitas ejercidas sobre los magistrados, extendidas luego a la corrupción electoral (*ambitus*), la falsedad (*falsi*), el secuestro de un hombre libre (*plagium*), los actos de violencia (*vi*), el dar muerte a un hombre libre (*parricidium*), las exigencias y cobros desmesurados por parte de los magistrados que gobernaban las provincias (*crimen repetundarum*), el desfalco al erario (*crimen peculatus*), y el abuso o extralimitación de poder por parte de los magistrados o del Senado (*crimen maiestatis*)<sup>4</sup>.

Los delitos privados eran aquellos actos ilícitos que lesionaban o afectaban a un particular, a su familia o a su patrimonio<sup>5</sup>. Cuando se presentaba un delito privado, el afectado podía iniciar una acción “penal”, que tenía como propósito que el juez condenara al autor del hecho a que le pagara una cantidad de dinero, a manera de castigo, es decir, una *poena*, que beneficiaba directamente al sujeto pasivo del ilícito. Se dice que las acciones nacidas de esta clase de delitos eran privadas, en cuanto ellas sólo podían ser instauradas por la parte interesada en el asunto. Sin embargo, algunas acciones surgidas por la actividad del pretor (como la *actio sepulchri violati, de positis et suspensis, de effussis vel deiectis* o la *actio de feris*), podían ser de iniciativa popular en defecto de iniciativa por parte de la persona directamente damnificada. Estas acciones tuvieron la particularidad de que la *poena* correspondiente beneficiaba a la persona que finalmente hubiera promovido la acción<sup>6</sup>. También hubo acciones populares creadas por la ley, encaminadas a la defensa de los derechos e intereses de los particulares, especialmente en cuanto se relacionaba con la utilización por parte de éstos de algunos de los bienes públicos. En estas acciones el valor resultante de la condena impuesta se repartía de tal forma que la mitad beneficiaba al particular demandante y la mitad restante se entregaba al *aerarium populi romani*<sup>7</sup>.

## 2.2. Delitos del *ius civile* y delitos del *ius honorarium*

En el derecho romano antiguo, e incluso en las épocas clásica y posclásica, el *delictum* no se consagró en las fuentes de la regulación como una categoría general.

4 FUENTESECA, PABLO, *Historia del derecho romano*, Europa Artes Gráficas S.A., Madrid, 1987, pág. 226. D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 411. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO, *Derecho público romano y recepción del derecho romano en Europa*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 175 y sigs. ARANGIO-RUIZ, VICENTE, *Historia del derecho romano*, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1994, pág. 217 y sigs.

5 KASER, MAX, *Derecho romano privado*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1982, pág. 224.

6 D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 409. KASER clasifica estos eventos y, en particular, la violación de sepulcros como delito público. KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 224.

7 GUTIÉRREZ-MASON, LAURA, “Las acciones populares”, en *Derecho romano de obligaciones – Homenaje al profesor JOSÉ LUIS MURGA GONZÁLEZ*, Editorial Centro de Estudios Ramón Acero S.A., Madrid, 1994, pág. 739 y

Se trataba, más bien, de eventos particulares y diversos que fueron consagrados por el *ius civile* como hechos merecedores de una *poena*: ellos fueron el hurto (*furtum*), el robo (*rapina*), las lesiones a la persona (*iniuria*) y el daño injustamente causado (*damnum iniuria datum*). A su vez, el *ius honorarium*, particularmente el derecho pretorio, estableció otros delitos, de no menor importancia, dentro de los cuales cabe destacar el dolo (*dolus malus*), la violencia e intimidación (*metus*), y los actos fraudulentos en perjuicio de los acreedores (*alienatio in fraudem creditorum*). En todo caso es menester tener presente, tal y como lo señalan FERNÁNDEZ y PARICIO, que:

“en el período tardo republicano el sistema de acciones penales era prevalentemente pretorio y no civil, y aunque el término *delictum* sea propio del *ius civile*, se aplica por extensión a los delitos pretorios”<sup>8</sup>.

### 2.3. Evolución histórica

Del estudio de las fuentes y de las opiniones vertidas por los romanistas se puede advertir que existió una larga evolución respecto de las consecuencias que la sociedad romana atribuyó a la realización de los hechos considerados como delito.

En el derecho primitivo la consecuencia que se presentaba con ocasión del delito en un principio fue entendida como una venganza divina. Los dioses eran los árbitros de las sanciones, el castigo que se daba al autor del hecho era un sacrificio, y el delincuente era la víctima de la expiación<sup>9</sup>. Posteriormente, ese elemento religioso dio paso al concepto de venganza privada, de carácter lícito, en la que el agraviado o sus allegados, reaccionaban contra quien había cometido la falta, pudiendo inflingirle el mismo daño que había sido recibido. No obstante, se permitió que el ofendido renunciara a la venganza a cambio de una suma de dinero que se acordaba con el autor de la falta, a través de un procedimiento que se conoce como composición convencional o voluntaria. Finalmente, fue la propia ley la que estableció la obligatoriedad de la composición, pues en ella se determinó la cuantía de la *poena* o se fijaron los criterios para su determinación. De constituir el precio de la renuncia a la venganza por parte del damnificado, la *poena* pasó a ser

---

sigs. GUTIÉRREZ-MASON cita como ejemplos de estas acciones a la *actio de termino moto*, contra el que alteraba los límites de los municipios o las colonias mediante caminos o acequias, o la acción creada por la *lex ursonensis*, contra el que deterioraba o destruía los edificios de la colonia de Urso.

8 FERNÁNDEZ BARREIRO, ALEJANDRINO y PARICIO, JAVIER, *Fundamentos de derecho romano privado*, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres S.A., Madrid, 1997, pág. 427.

9 ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO, *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII tablas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 1988, pág. 23.

considerada como una verdadera obligación. Más adelante, al finalizar este acápite, precisaremos las circunstancias en las que surgió la categoría de las obligaciones *ex delicto*.

Como puede intuirse, la *Ley de las XII tablas* tuvo una extraordinaria importancia dentro la evolución que se comenta. En esta legislación, atribuida a los *decemviri legibus scribundis*<sup>10</sup>, se consagraron variadas conductas que en aquel entonces se estimó afectaban de manera importante a los miembros de la colectividad y, por tanto, se las reprimió y sometió a variados castigos.

Aunque en algunos aspectos la regulación parece elemental y conserva aun rasgos primitivos, como ocurre, por ejemplo, con la consagración del principio de la venganza privada y del talión como pena para algunos de los delitos, se observa también en ella un avance en el pensamiento y, particularmente, un asomo de humanización de este derecho sancionatorio frente a las legislaciones precedentes, toda vez que se permite la composición voluntaria e, incluso, para las lesiones menos graves, se establecen penas simplemente pecuniarias (composición legal)<sup>11</sup>.

10 A través de la *Ley de las XII tablas*, redactada entre los años 451 y 449 a. C., se codificaron una serie de preceptos jurídicos que regulaban diversas materias importantes para la sociedad romana de mediados del siglo V a. C. Se trataba de preceptos muy escuetos y precisos, inspirados, según algunos autores, en modelos griegos. La tradición señala que la redacción de la ley se originó en la necesidad de avanzar en la equiparación entre patricios y plebeyos, y que a partir de ella la ley se hizo pública y conocida, y fue vinculante para toda la comunidad. Es en todo caso muy incierto el ambiente que originó la expedición de la *Ley de las XII tablas* y el procedimiento seguido para su redacción, así como las vicisitudes que tuvo dicho proceso, aun cuando hay datos en los que la mayoría de la doctrina está de acuerdo. Al respecto señala ARANGIO-RUIZ que “es auténtica la *Ley de las XII tablas*, cierto el decenvirato legislativo y segura —dentro de los límites en que se puede aceptar la cronología de los antiguos— la fecha tradicional que se da a su publicación. Son únicamente falsas las narraciones acerca de la preparación y de los móviles de la ley, así como respecto al segundo decenvirato y al intento de restauración de la tiranía...”. ARANGIO-RUIZ, VICENTE, *Historia del derecho romano*, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1964, pág. 72.

De acuerdo con la tradición, esta legislación fue esculpida en cobre, según dicen algunos, escrita sobre madera, señalan otros, pero en uno u otro caso, lo cierto es que posteriormente los textos originales se perdieron. No obstante, se conserva buena parte de su contenido, en ocasiones por transcripciones hechas a través de manuscritos o de las citas efectuadas por los antiguos, o, incluso, por la transmisión oral, toda vez que, según señalaba CICERÓN, en su época el contenido de las tablas se aprendía de memoria en las escuelas. El descubrimiento de las *Instituciones* de GAYO en 1816 confirmó buena parte del contenido que hasta ese momento se había reconstruido de la *Ley de las XII tablas*. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 12 y sigs. ARANGIO-RUIZ, VICENTE, *Historia...* pág. 67 y sigs. FERNÁNDEZ DE BUJAN, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 55 y sigs.

11 Resulta interesante observar cómo la dureza de las sanciones establecidas por la *Ley de las XII tablas* fue valorada posteriormente por los romanos como un sistema adecuado para prevenir la ocurrencia de los delitos o el incumplimiento de las deudas. Se destacaba su carácter disuasorio. AULO GELIO hace referencia en las *Noches áticas* a una discusión sostenida al respecto entre el jurista SEXTO CECILIO y el filósofo FAVORINO. En un aparte el primero habría dicho al segundo que “la severidad de la ley es muchas veces una lección de conducta”. GELIO, AULO, *Noches áticas*, t. II, libro vigésimo, cap. I, Biblioteca Clásica, t. CLXIX, Librería de Perlado, Páez y Ca., Madrid, 1921.

En todo caso, las penas contempladas en la ley eran de naturaleza muy variada y carentes, en general, de los atributos que el derecho exige actualmente para el establecimiento de las sanciones. Como ya se ha señalado, en algunos casos la pena podía consistir en una sanción pecuniaria, pero también se contemplaban los azotes (*verberatio*), la esclavitud, el talión o, incluso, la muerte. Las penas corporales, y la muerte dentro de ellas, estaban establecidas para los delitos de mayor gravedad para la sociedad agrícola de aquel momento, como ocurría con el incendio provocado intencionalmente, castigado con la muerte a través de *crematio*. La muerte podía ser provocada de diversas maneras, dependiendo del delito de que se tratara y podía consistir en la decapitación con hacha, el ahorcamiento, la misma *crematio* en el evento antes anotado, el lanzamiento del reo desde la roca Tarpeya o, en fin, en la utilización de otros procedimientos que hoy nos parecen francamente censurables a pesar de la gravedad de las faltas que hubieran generado su aplicación<sup>12</sup>.

Otra característica que se atribuye al sistema establecido en la *Ley de las XII tablas* es la ausencia de valoración del elemento intencional respecto de la persona que llevaba a cabo la conducta descrita como delito. Por lo general, sólo se concebían los delitos dolosos (*scientia dolo malo*), esto es, los derivados de aquellas acciones en las que había una búsqueda intencionada del resultado antijurídico<sup>13</sup>. Este elemento hacía parte sustancial del comportamiento objeto de sanción. No existía en esta etapa del pensamiento romano una reflexión sobre las consecuencias de los actos negligentes, imprudentes o faltos de cuidado. No obstante, otras conductas fueron reprimidas y sancionadas objetivamente, por el simple hecho de ocurrir. Lo importante era que se pudiera determinar, causalmente, quien había sido el autor, pero no en virtud de un reproche subjetivo de su conducta, sino simplemente como atribución objetiva entre el resultado y el autor del comportamiento que lo había ocasionado.

Existió, en todo caso, un primer acercamiento a la valoración de la conducta del sujeto y a su aptitud para entender y querer el resultado, toda vez que se dio un

---

12 Como aquel que consistía en sumergir al condenado en el agua, posiblemente del río Tiber, encerrado en un saco, junto a un perro, una serpiente venenosa y un simio, pena ésta (*culleus*) establecida para el parricida, considerado este hecho no en su acepción antigua de muerte de un hombre libre, sino como el dar muerte al propio padre. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 29 y sigs.

Sin embargo, el mismo ORTEGA señala más adelante que “ante todo, el derecho de las *XII tablas*, tal como nos ha sido transmitido, era el derecho propio de una pequeña comunidad agrícola, dirigido a regular la vida pública y privada de la primitiva *civitas*. Tal derecho estaba constituido por un conjunto de normas que, destinadas a mitigar la rigidez de leyes y costumbres anteriores, participaron ineludiblemente del salvajismo que intentaban corregir”. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 80.

13 ARANGIO-RUIZ, VICENTE, *Historia...* pág. 90.

tratamiento diferente al delincuente púber, frente a aquel que aun era impúber y no había desarrollado una capacidad suficiente para valorar los resultados de sus acciones. Asimismo, se consideró que no tenía capacidad de cometer un delito quien no tuviera una *capax doli*, como los dementes o los infantes. Debe señalarse también que en la *Ley de las XII tablas* solamente se sancionaron los delitos consumados. La tentativa, tal vez por corresponder en buena parte a actuaciones llevadas a cabo en el círculo privado del agente, careció de sanción.

Llama la atención la importancia que se dio a las artes de la magia en la legislación decenviral, para efectos de sancionarlas cuando con ellas se pretendiera causar un daño a otro. La *Ley de las XII tablas* contemplaba hechos tales como hacer desaparecer los frutos de una finca ajena mediante encantamientos, atraer mediante palabras mágicas los sembrados de otro, o causar un mal a través de recitaciones mágicas (*malum carmen incantare*), sancionados todos ellos con la pena capital (que no necesariamente era la muerte, como se entiende actualmente)<sup>14</sup>.

Con posterioridad a la *Ley de las XII tablas* se dictaron diversas leyes de naturaleza penal para regular variadas conductas y el sistema fue adquiriendo desarrollo y consolidación. La actividad de los juristas y de los pretores fue fundamental para el perfeccionamiento técnico de los delitos del *ius civile* y para la creación de nuevas acciones encaminadas a prevenir y sancionar las conductas que afectaban a la sociedad romana y que el derecho civil no había contemplado aún.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que en la evolución de los delitos privados en el derecho romano influyó decisivamente el aspecto procesal. Durante mucho tiempo la represión de los delitos únicamente tuvo lugar cuando el particular afectado con el mismo reaccionaba e instauraba oportunamente la acción correspondiente, bajo las reglas del procedimiento civil. Sin embargo, en la época del Imperio fue necesario reprimir de manera más severa algunos de los delitos privados, razón por la cual fue posible, a elección del afectado con el hecho, ejercer la acción civil ordinaria o procurar la persecución criminal del autor (a través de la *cognitio extra ordinem*), para efectos de lograr con ello la imposición de una *poena publica*. Esto hizo que el ámbito de los delitos privados se fuera reduciendo. Sobre la evolución posterior señala KASER que:

“en el derecho posclásico la oposición entre *delicta* y *crimina* aparece desdibujada, en tanto la persecución pública va invadiendo la esfera de los hasta entonces considerados como delitos privados. Si en el derecho vulgar las pretensiones derivadas del delito son

---

14 VARELA MATEOS, ESTEBAN, “Magia y derecho en Roma”, en *Estudios jurídicos in memoriam del profesor ALFREDO CALONGE*, Salamanca, 2002, pág. 1056.

todavía ejercitables por el procedimiento civil, más que un castigo lo que persiguen es una indemnización (cualificada) de los perjuicios. JUSTINIANO restablece el derecho clásico de los delitos privados, pero otorga mayor importancia a la persecución criminal que a la privada”<sup>15</sup>.

Valga señalar que la índole y valoración de la *poena* también fue cambiando con el tiempo, aun cuando hasta la época clásica siguió cumpliendo una función de expiación de la falta cometida, no obstante su carácter pecuniario y su índole privada. En el derecho clásico la *poena* solía consistir en un múltiplo (duplo, triple, cuádruplo) del valor del daño causado, circunstancia ésta que demuestra que la concepción que se tuvo en cuenta para su establecimiento no fue la de darle al pago de la misma una función indemnizatoria, pues la referencia al daño causado no se hacía con el propósito principal de resarcirlo sino simplemente para tenerlo en cuenta como factor de cálculo. Posteriormente, en tiempos del emperador JUSTINIANO el pago de la pena sí cumplió una función reparatoria, sin que se eliminara completamente el componente punitivo arriba anotado. Téngase en cuenta, como adelante se explicará, que en algunos casos, además de las acciones penales, el afectado con el delito tenía a su disposición otras acciones encaminadas a recuperar el bien que había perdido o, en su caso, el resarcimiento del daño (*actiones rei persecutorias*), como la acción reivindicatoria o las acciones derivadas de los contratos, que en algunos casos podían acumularse a la acción penal.

Finalmente, y como ya lo anunciamos, es oportuno realizar una breve referencia al surgimiento del concepto de obligación *ex delicto* por la estrecha relación que dicha categoría tiene con el tema que estamos tratando. Hemos dicho que la consecuencia por la realización de un delito fue la imposición de una *poena* a cargo del ofensor y en beneficio del damnificado. Solamente a partir de la época en la que la ley estableció la obligatoriedad de la composición se puede hablar con propiedad de obligaciones surgidas *ex delicto*, toda vez que en el período anterior las mismas surgían en virtud de la voluntariedad de la composición, es decir, de las convenciones que se celebraban entre los particulares para efectos de acordar la renuncia a la venganza privada a cambio de una suma de dinero. En este sentido, la doctrina precisa que aunque el elemento común para el surgimiento de la categoría de las obligaciones *ex delicto* fue en un primer momento la *poena*,

“sólo en un momento posterior opera la jurisprudencia una asimilación de la relación jurídica basada en un delito al concepto de *obligatio*, entendiendo que el perjudicado por un acto ilícito tiene un derecho de crédito contra el autor responsable del mismo, cuyo contenido patrimonial es la *poena*, exigible por una *actio in personam*. Esa

---

15 KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 225.

transformación se encuentra relacionada con la reforma procesal operada por la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, y parte del análisis de la jurisprudencia acerca de los efectos de la *litis contestatio* en las acciones penales en un sistema procesal en que la condena es pecuniaria y la sentencia genera una *obligatio iudicati* de contenido y ejecución patrimonial<sup>16</sup>.

Así, con la *litis contestatio* se extinguía la relación jurídica derivada del delito propiamente tal y surgía otra que tenía por objeto el pago de la condena en caso de que se acreditara el supuesto de la acción, condena ésta que era exigible a partir de la sentencia;

“en un momento posterior la jurisprudencia tiende a asimilar la relación jurídica derivada de un delito a la que resulta de la *litis contestatio*, proyectándose a la situación anterior la nacida después de ese acto procesal; tal elaboración se lleva a cabo por la jurisprudencia en el curso del s. II d.C.; la *poena* como contenido de la obligación aparece en JULIANO (D. 47.2.57 pr.) y POMPONIO (D.50.17.38), y paulatinamente la jurisprudencia opera la asimilación de la *obligatio ex delicto* a las verdaderas obligaciones patrimoniales, que sólo se produce en el derecho justinianeo<sup>17</sup>.”

## 2.4. Características generales de las acciones derivadas de los delitos

Como mencionó anteriormente, en el derecho romano no existió una categoría abstracta o general de “delito”, sino casos específicos y concretos de hechos sancionados con una *poena*. No obstante ello, la doctrina<sup>18</sup> señala que de las acciones que surgían con ocasión de la realización de las conductas consideradas como delito, se pueden extraer algunas características generales, de las cuales destacaremos aquellas en las que existe un mayor consenso:

2.4.1. Las acciones penales eran pasivamente intransmisibles. Sólo respondía por el delito el autor del mismo y no sus herederos. En la época del emperador JUSTINIANO se dio una acción contra los herederos por el provecho que hubieran

16 FERNÁNDEZ BARREIRO, ALEJANDRINO, “Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones”, en *Derecho romano de obligaciones, homenaje...*, págs. 45 y 46.

17 FERNÁNDEZ BARREIRO, ALEJANDRINO, *op. cit.*, pág. 46.

18 ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, *Instituzioni di diritto romano*, Casa Editorial Dott, Eugenio Jovene, Napoli, 1977, pág. 365 y sigs.; ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J.A., *Derecho romano II. Obligaciones, familia y sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997, pág. 679; BETANCOURT, FERNANDO, *Derecho romano clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995, pág. 577; D’ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 413; FERNÁNDEZ, A. y PARICIO, J., *op. cit.*, pág. 428; FUENTESSECA, PABLO, *Derecho romano privado*, E. SÁNCHEZ A., Gráficas, S.L., Madrid, 1978, pág. 318 y sigs.; IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, pág. 416; KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 226; VOLTERRA, EDUARDO, *Instituciones de derecho romano privado*, 1ª edición, Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1986, pág. 550.

obtenido con el ilícito (*in id quod ad eum pervenerit*). No obstante lo anterior, se debe tener presente que los efectos de la acción sí se traspasaban a los herederos luego de la *litis contestatio* o después de pronunciada la sentencia para efectos de su ejecución.

Desde el punto de vista activo las acciones sí eran transmisibles, salvo en algunos eventos en los que se consideraba que el hecho atentaba más contra la persona que contra su patrimonio, como ocurría con la acción derivada del delito de *iniuria* (*actiones vindictam spirantes*).

2.4.2 Concurrencia acumulativa de acciones. Si el delito había sido causado por varios autores, la víctima podía percibir de todos y de cada uno de ellos el importe íntegro de la *poena*, de la misma forma en que en el derecho antiguo podía ejercer su venganza contra cada uno de los varios autores del hecho. En algunos casos esta característica estaba presente incluso cuando se trataba de una coparticipación de varios sujetos en el delito aun cuando no estuvieran en un mismo grado, como ocurría con la posibilidad de acumular las acciones dirigidas contra el autor y contra el cómplice, o contra el autor y el encubridor<sup>19</sup>. Ya en la época justiniana esta característica se vio atenuada en las acciones penales mixtas en aquellos casos en que el ofendido hubiera recibido el valor total de la *poena*, siempre que ésta incluyera en su importe el valor de la indemnización del daño causado<sup>20</sup>.

2.4.3. Concurrencia con las acciones *rei persecutorias*. Las acciones penales se podían acumular con las otras acciones que nacían del hecho ilícito y que se encaminaban a la restitución de la cosa o a la indemnización del daño causado (*actiones rei persecutorias*). Para aquellas acciones en las que la *poena* incluyera la indemnización, denominadas acciones penales mixtas, como era el caso de la *actio legis aquiliae*, el afectado con el delito sólo podía escoger una de las opciones, es decir, o ejercía la acción penal, o, por el contrario, ejercía la acción *rei persecutoria*<sup>21</sup>. A esta última circunstancia se le da el nombre de “conurrencia electiva de acciones”. Si el afectado con el ilícito ejercía alguna de las acciones que tenía a su disposición y posteriormente intentaba ejercer la otra, el pretor o, en su caso, el *Iudex* impedirían su ejercicio. No obstante, en consonancia con lo

19 KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 226. Esta extensión de la cumulatividad estaría presente en el *furtum*, pero no en el *damnum*, en opinión de FERNÁNDEZ A.; PARICIO, J., *op. cit.*, pág. 428.

20 FERNÁNDEZ y PARICIO sostienen que en esta época el régimen de cumulatividad en caso de coautoría se habría suprimido para dar paso a un sistema de solidaridad en el pago de la *poena*. FERNÁNDEZ A. y PARICIO J., *op. cit.*, pág. 429. No encontramos esta opinión en el resto de la doctrina consultada.

21 KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 226; BETANCOURT, FERNANDO, *op. cit.*, pág. 557; D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 414. Más adelante, al tratar el *damnum iniuria datum* veremos las diferentes opiniones que existen al respecto. Hemos consignado en este aparte la opinión que parece ser mayoritaria.

señalado en párrafo anterior, se indica que en la época del emperador JUSTINIANO se habría permitido la acción posterior en cuanto proporcionara al afectado un mayor valor respecto del que hubiera obtenido con la acción primeramente ejercida<sup>22</sup>.

2.4.4. Noxalidad. Si el delito era cometido por una persona sometida a potestad, como un *filiusfamilias* o por un *servus*, la acción se ejercía contra el *paterfamilias* o el *dominus*, como acción noxal, con lo cual el demandado podía liberarse de la *poena* entregando el autor del delito al ofendido (*noxae deditio*). Se indica que el régimen antes señalado sufrió diversas modificaciones a través del tiempo, aunque se mantuvo prácticamente inalterado en relación con los esclavos hasta la época justiniana. Respecto de los hijos la noxalidad decayó en su uso, particularmente a partir del reconocimiento de cierta capacidad patrimonial a los mismos mediante la creación de los peculios. A pesar de lo anterior, la noxalidad subsistió formalmente durante largo tiempo, debido, fundamentalmente, al respeto que el derecho romano daba al poder del *paterfamilias* y a la necesidad de mantener la posibilidad de que éste pudiese defender al hijo frente a la acción de terceros<sup>23</sup>. Aun cuando la responsabilidad del titular de la *potestas* era de carácter personal, se debe tener en cuenta que la responsabilidad recaía en el *paterfamilias* o en el *dominus* que tuviera la potestad en el momento en que se ejerciera la acción, a pesar de que no fuera la misma persona que hubiera tenido dicho poder en el momento de cometerse el delito. Finalmente, debe indicarse que si el *filiusfamilias* o el *servus* salían de la *potestas* a la que se hallaban sometidos, por darse su emancipación o su manumisión, la acción penal correspondiente podía ejercerse directamente contra él.

2.4.5. Carácter perpetuo o anual de las acciones. Las acciones penales establecidas por el *ius civile* no estaban sujetas a un plazo extintivo, razón por la cual se dice que eran perpetuas. Por su parte, las reconocidas por *ius honorarium* se extinguían, por regla general, transcurrido un año desde la realización del hecho<sup>24</sup>. No obstante, vencido el plazo anual, las acciones subsistían por el enriquecimiento experimentado por el autor del delito, esto particularmente en la época justiniana.

### 3. CLASES DE DELITOS PRIVADOS

A continuación realizaremos una descripción del régimen básico de los delitos privados establecidos por el *ius civile*, con especial énfasis en el *damnum iniuria*

22 KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 226

23 IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, pág. 417.

24 Como excepción en cuanto al plazo anual se señala que la *actio furti manifesti*, de origen pretorio, era perpetua. IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, pág. 418.

*datum*, como lo anunciamos al comienzo de este estudio. Seguidamente haremos referencia también a los principales delitos establecidos por el *ius honorarium*.

### 3.1. Delitos del *ius civile*

#### 3.1.1. *Furtum*

##### 3.1.1.1. Concepto

En el derecho romano el *furtum* consistía en la apropiación injusta de cosas muebles ajenas contra la voluntad de su propietario. Aunque en el derecho antiguo el delito se concretaba cuando la cosa se sacaba o removía del lugar en donde se encontraba originalmente (*amotio rei*), para la época clásica y posclásica el concepto se amplió y llegó a comprender eventos tan diversos como la sustracción misma, la retención contra la voluntad, el ocultamiento de la cosa o el encubrimiento de su autor, e, incluso, el uso indebido de las cosas que se tuvieran bajo custodia, conductas todas éstas que fueron englobadas bajo el concepto de *contractatio rei*.

Como se puede observar, el concepto que se tenía del *furtum* en el derecho romano no coincide con la noción moderna del delito de hurto, pues aquél incluye eventos que hoy en día corresponderían más propiamente a los delitos de estafa o abuso de confianza.

Algunos autores citan una definición de *furtum* atribuida a PAULO en el *Digesto*<sup>25</sup>, según la cual *furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*. Se ha indicado, asimismo, que de dicha definición surgirían los elementos clásicos del *furtum*, tales como el apoderamiento injusto (fraudulento) de la cosa, la intención de lucro en el autor del hecho, y el carácter mueble de las cosas sobre las que este ilícito debería recaer para que se diera su adecuada configuración<sup>26</sup>. No obstante, otros autores consideran que esta definición fue manipulada e interpolada por los compiladores del *Corpus Iuris* en la época del emperador JUSTINIANO y dudan de su atribución a PAULO y de que el citado concepto fuera el vigente en la época clásica del derecho romano<sup>27</sup>.

Dentro de la amplia gama de eventos que podían configurar el delito de *furtum* es conveniente precisar que este hecho ilícito se concretaba específicamente cuando

25 D. 47.2.1.3.

26 JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 359; ARIAS RAMOS J. y ARIAS BONET J.A., *op. cit.*, pág. 681.

27 KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 228; SCHULZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 555.

había una lesión injusta a la posesión o, incluso, a la tenencia y no necesariamente cuando hubiera una afectación del derecho de propiedad<sup>28</sup>. Ello se corrobora con la posibilidad de que se presentara el delito de *furtum* respecto de cosa propia (*furtum rei suae*), como cuando el propietario sustraía la cosa que se encontraba en manos del acreedor pignoraticio, o también cuando se despojaba de la cosa al simple retenedor o al poseedor de buena fe. La legitimación para entablar la acción concedida a ciertos detentadores no poseedores era de carácter excepcional, particularmente cuando éstos habían recibido la cosa en virtud de un contrato que generara responsabilidad por *custodia* (depositario, mandatario, *nauta*, *caupo*, *stabularius*, etc.) siempre que fueran personas solventes, pues, dada la pérdida del bien por hurto, éstos respondían directamente frente al propietario<sup>29</sup>.

Por otra parte, se debe tener en cuenta también que el delito de *furtum* se presentaba cuando la acción del *fur* recaía sobre cosas muebles susceptibles de propiedad privada. No había *furtum* si la acción recaía sobre cosas que no tuvieran dueño, como los animales salvajes o una *hereditas iacens*, o cuando se tratara de cosas que no estaban bajo el régimen de propiedad privada, como las cosas *divini iuris* o las cosas públicas, pues estas últimas tuvieron un régimen de protección diferente<sup>30</sup>. Asimismo, se consideró que también se podría configurar el *furtum* cuando se retuviera no sólo a esclavos ajenos sino a ciertas personas libres que se hallaban bajo potestad<sup>31</sup>, como el *filiusfamilias* o la mujer casada, o cuando el *iudicatus* fuera sustraído al acreedor a quien se había entregado por sentencia judicial. La doctrina precisa que este hecho, aparte de que podía configurar el crimen de *plagium*, generaba una protección interdictal (*interdicta de liberis exhibendis vel ducendis*)<sup>32</sup>. En relación con los bienes que podían ser objeto del delito que estamos analizando, se cita frecuentemente la opinión de SABINO, para quien el *furtum* podía recaer sobre cosas inmuebles, no obstante lo cual tal opinión fue aislada dentro de los jurisconsultos romanos<sup>33</sup>. Al respecto, ÁLVARO D'ORS, señala que:

“la apropiación violenta o clandestina de los inmuebles se califica como posesión viciosa, a efectos de los interdictos posesorios, o podía constituir un crimen público de *vis*, pero no un *delictum*; en el derecho tardío se tipifica como *invasio* (*Inst.* 4.2.1)”<sup>34</sup>.

28 IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, pág. 420.

29 Más adelante se hará referencia al régimen de responsabilidad por custodia.

30 PETIT, EUGENE, *Tratado elemental de derecho romano*, Editorial Saturnino Calleja S.A., Madrid, 1924, pág. 457.

31 GAYO, *Institutas*. 3, 199. *Textos de derecho romano*, coordinador: RAFAEL DOMINGO, Editorial Aranzadi S.A., Elcano (Navarra), 2002.

32 D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 416.

33 IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, págs. 420 y 421; SCHULZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 551; PETIT, EUGENE, *op. cit.*, pág. 457.

34 D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 416.

Finalmente, resulta oportuno señalar que en el derecho justiniano se distinguió entre el *furtum rei*, que se refería a los eventos clásicos de sustracción de la cosa, el *furtum usus*, que se daría, por ejemplo, cuando el depositario usaba la cosa entregada en depósito o el comodatario utilizaba la cosa prestada para un fin distinto del convenido, y el *furtum possessionis*, que se presentaba cuando era el mismo propietario el que sustraía la cosa a quien la detentaba legítimamente, como el acreedor pignoraticio o el poseedor de buena fe.

### 3.1.1.2. Elementos

Cuatro eran, pues, los elementos que se requerían para que se configurara el delito de *furtum*:

- a. La *contrectatio rei*, es decir, la sustracción, utilización o retención ilícita de la cosa;
- b. El *animus o affectus furandi*, es decir, la conciencia de obrar ilícitamente. No había hurto si se obraba con la convicción de tener derecho a la cosa o si se tenía la creencia de que ésta carecía de dueño. A este respecto, parte de la doctrina precisa que en la época clásica el requisito era que el *fur* actuara con *dolus malus*, y que las expresiones *animus o affectus (adfectus) furandi* habrían sido expresiones introducidas en la época posclásica<sup>35</sup>.
- c. El *furtum* debía ser realizado *invito domino*, es decir, que la acción debía efectuarse contra la voluntad del propietario. Como se ha indicado atrás, este elemento debe ser analizado teniendo en cuenta la evolución de la figura en el derecho romano, pues, como hemos señalado, dentro de dicho desarrollo la acción pudo ser ejercida por el poseedor de buena fe, el retenedor despojado o por el responsable por *custodia*, razón por la cual la voluntad de estas personas sería la que, en su caso, habría que considerar; y
- d. La acción debía realizarse *lucri faciendi gratia*, esto es, con la intención en el autor de sacar provecho con su acción. Así, si la intención del autor de la sustracción era destruir la cosa, la acción que se debía ejercer no era la *actio furti* sino la acción derivada del *damnum iniuria datum*, esto es, la *actio legis aquiliae*. Valga precisar que para algún sector de la doctrina<sup>36</sup> el elemento que mencionamos en este acápite no sería nada diferente al *animus furandi*, como

35 SCHLZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 553.

36 IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, pág. 421. SCHULZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 553.

expresión particular del *dolus malus*. Señalan al respecto que la referida intención de lucro no habría sido un elemento del *furtum* en la época clásica, sino que el mismo habría sido ideado por los juristas justinianos y que su presencia en los textos clásicos sería atribuible a una interpolación en los mismos.

### 3.1.1.3. Consecuencias del *furtum*

En términos generales, se puede señalar que como consecuencia del *furtum* se generaba para la víctima del ilícito una acción en virtud de la cual podía solicitar que le fuera impuesta al autor del hecho una *poena*, esto es, el pago de una multa en favor del actor, cuyo valor podía variar dependiendo de las circunstancias del hecho y de la clase de acción ejercida. Adicionalmente, y como adelante se precisará, la víctima del *furtum* tenía a su disposición acciones *rei persecutorias* para efectos de procurar que la cosa robada le fuera restituida.

En todo caso, las consecuencias de este delito se deben analizar teniendo en cuenta la evolución que experimentó el derecho romano. En la *Ley de las XII tablas* se dio un tratamiento dual a este delito, que dependía de si se estaba en presencia de hechos que configuraran un *furtum manifestum* o de un *furtum nec manifestum*<sup>37</sup>.

El *furtum manifestum* se presentaba cuando el autor del hecho era sorprendido en flagrancia, esto es, desarrollando la conducta punible o se encontraba en el lugar de los hechos. En este caso, la *Ley de las XII tablas* establecía que el ladrón debía ser azotado y adjudicado a la víctima por el magistrado, ello sin perjuicio del pacto que se pudiera acordar entre el autor del hecho o su grupo familiar y la víctima, para el pago de una suma de dinero, que sería entregada a título de rescate. Si el hurto se realizaba de noche se podía dar muerte al ladrón y la muerte se consideraba realizada conforme a derecho. Lo mismo ocurría si el robo acaecía durante el día y el autor del hecho se defendía con armas. En este caso, la víctima debía solicitar a gritos la presencia de sus vecinos (*endo plorare*), tal vez para que testificaran que el ladrón estaba armado o como una previa solicitud de ayuda, todo lo cual haría lícita la muerte inferida al *fur* en tales circunstancias. Si el hecho era cometido por un esclavo, se le azotaba y arrojaba por la roca Tarpeya; si se trataba de un impúber se le azotaba y debía reparar el daño causado. Se consideraba que también había *furtum manifestum* cuando el objeto robado era encontrado en

<sup>37</sup> Tabla VIII, n° 12 y sigs., GELIO, AULO, *Noches áticas*, t. II, libro XI, cap. XVIII, Biblioteca Clásica, t. CLXIX, Librería de Perlado, Páez y Ca. Madrid, 1921.

el domicilio del *fur*, luego de realizar un registro formal en dicho lugar. Este rito, que los textos denominaron *quaestio lance licioque*, exigía que el perjudicado hallara el objeto habiendo ingresado al domicilio del *fur*, desnudo y proveído solamente de un cordón (*licium*) en su cintura y de una bandeja (*lanx*) en las manos. Los juristas han intentado dar una explicación adecuada a esta ceremonia<sup>38</sup> pero no han tenido éxito, e, incluso el propio GAYO, la califica de ridícula<sup>39</sup>, tal vez por no comprender su verdadero significado en la época de promulgación de la ley decenviral.

En relación con el *furtum nec manifestum*, éste se podría definir por la vía negativa, como aquel en el que el autor del hecho no había sido sorprendido en flagrancia o en alguno de los otros eventos en los que ésta se presumía. La pena para el *furtum nec manifestum*, según la *Ley de las XII tablas*, era una multa por el doble del valor del objeto hurtado.

Existieron también dos acciones encaminadas a obtener el triple del valor de la cosa hurtada, que posiblemente fueron un desarrollo posterior a la *Ley de las XII tablas*: la *actio furti concepti*, contra quien habitaba en el inmueble en el que fuera hallada la cosa robada, así éste no hubiera sido el ladrón, y la *actio furti oblati*, que podía ser ejercida por aquel que había tenido que pagar la multa al ser encontrada la cosa hurtada en su domicilio, contra aquel que la había dejado allí sin su conocimiento.

Para finales de la época republicana y comienzos del Imperio, a pesar de que seguía existiendo la distinción entre *furtum manifestum* y *furtum nec manifestum*, la sanción para el primero fue sustituida por el pretor por una multa equivalente al cuádruplo del valor de la cosa. Para aquel momento el registro domiciliario se siguió desarrollando desprovisto de las formalidades del derecho antiguo, aunque exigía la presencia de testigos. Adicionalmente a las acciones antes reseñadas, el pretor concedió la *actio furti prohibiti* en caso de que el presunto *fur* se opusiera al registro y la pena correspondiente se fijó en el cuádruplo del valor de la cosa.

En la época del emperador JUSTINIANO desaparecieron buena parte de las acciones antes referidas, junto con la práctica del registro domiciliario a que se ha hecho referencia, y subsistieron solamente la *actio furti manifesti*, por el cuádruplo, y la *actio furti nec manifesti*, por el duplo. La acción pudo ser ejercida no sólo por el propietario o el poseedor, sino también por todo aquel que pudiera acreditar un

---

38 Sobre las diversas explicaciones a la ceremonia, algunas relacionadas con elementos de magia y superstición, se puede consultar la obra de ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 58.

39 GAYO, *Institutas* (8.193).

interés, como titular de un derecho real o de un derecho personal<sup>40</sup>. El monto de la *poena*, para el caso del propietario se calculaba tomando en cuenta la *estimatio rei*, mientras que para los restantes legitimados era un múltiplo del *id quod interest*<sup>41</sup>. Las acciones eran infamantes, es decir, que producían una degradación en el honor civil, la reputación y el estado del condenado, lo que generó, además, en la época de JUSTINIANO, ciertas restricciones para el acceso a cargos públicos y para el ejercicio de determinadas acciones.

Ahora bien, como se indicó al tratar las características de las acciones penales, era posible acumular a la acción penal derivada del hurto una acción *rei persecutoria*, que podía ser ejercida únicamente por el propietario. Esta acción era la acción reivindicatoria si el objeto subsistía y era identificable, con la ventaja en este caso de que se podía obtener la plena restitución, o la acción exhibitoria (*ad exhibendum*), cuando el *fur* hubiera retenido la cosa o hubiera perdido dolosamente su posesión, para efectos de que exhibiera la cosa y, si no le era posible hacerlo, para que pagara su estimación. Finalmente, también tenía a su alcance la *condictio ex causa furtiva*, que se utilizaba, principalmente, cuando la cosa no se podía identificar, caso de las cosas genéricas, como el dinero o las cosas consumibles<sup>42</sup>. La *condictio* se ejercía por el *simplum*, no era acumulable con la acción reivindicatoria o con la acción exhibitoria, y podía intentarse contra los herederos del ladrón.

Por último, debemos señalar que aunque históricamente el *furtum* siempre fue un delito privado, progresivamente se fueron dictando leyes que procuraron reprimir las conductas más graves a través de *poenas* públicas, como ocurrió en el caso del robo con armas, a través de la *lex cornelia de sicariis*, o con la sustracción de cosas públicas o sagradas con la *lex iulia*. Ello condujo a una crisis de la figura de los delitos privados, particularmente del *furtum*, y a que buena parte de los eventos que antes estaban reprimidos a través de sus acciones cayeran en adelante en la órbita del procedimiento criminal.

### 3.1.2. Rapina

El delito de *rapina* estaba tipificado como la apropiación de cosas ajenas utilizando la violencia. Aunque en principio era una forma calificada o agravada de *furtum*

---

40 ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *op. cit.*, pág. 683. Algunos autores restringen el interés únicamente a aquel que asumía una responsabilidad por custodia. D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 419; JORS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 363.

41 IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, pág. 423.

42 Según MAX KASER, éste sería el único caso en el que una *condictio* podía ser ejercitada por el propietario (KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 229), pues, como señala D'ORS "el que ejercita la *condictio* renuncia con ello a la

(*fur improbius*), la consagración de este delito se originó en la represión de los actos de violencia causados por grupos de personas que actuaban armadas y en cuadrillas. En el año 76 a. C. el pretor LÚCULO estableció la *actio vi bonorum raptorum* para estos eventos, la cual se podía ejercer por el cuádruplo dentro del año siguiente al hecho, o por el *simplum* posteriormente. El proceso se adelantaba ante un tribunal de *recuperatores*<sup>43</sup>. En una primera época los juristas consideraron que esta acción era de carácter penal, por lo cual podría acumularse con otras acciones *rei persecutorias*; posteriormente, en época del emperador JUSTINIANO, los juristas se inclinaron por el carácter mixto de la acción, al entender que el cuádruplo contenía el valor de la cosa y la pena.

### 3.1.3. *Damnum iniuria datum*

#### 3.1.3.1. Precisiones previas

En el derecho moderno existe el principio general según el cual si una persona ha sufrido un daño en su integridad o en sus bienes, que ella no tenga el deber jurídico de soportar, aquel a quien el hecho pueda imputarse deberá indemnizar o reparar el perjuicio que la primera ha sufrido.

Para que se pueda reclamar la reparación del daño antijurídico debe existir una relación de causalidad entre el hecho que lo ha provocado y la conducta de quien se dice fue su autor, sea que ésta haya consistido en una acción o, simplemente, en una omisión. En cuanto al nexo subjetivo entre la conducta del autor y el resultado dañoso, los ordenamientos jurídicos, particularmente los derivados de las codificaciones desarrolladas en el siglo XIX, han exigido la presencia de un criterio subjetivo de imputación para efectos de atribuir la responsabilidad a un determinado sujeto, en cuanto que la conducta del mismo debe ser reprochable por no corresponder a un arquetipo que se considera ideal. Así, si la conducta se aparta del modelo por haberse llevado a cabo por imprudencia, impericia, falta de cuidado, etc., se dice que el sujeto actuó culpablemente, mientras que si la realización del daño se llevó a cabo de manera intencional se señala que la conducta del sujeto fue dolosa. En todo caso, es evidente que cada día son más numerosos los eventos en los que se establecen criterios objetivos de imputación, por el tipo de actividad desarrollada o por el riesgo que se pueda ocasionar a los miembros de la colectividad.

---

propiedad, y precisamente por eso puede alegar que el ladrón le debía “dar la propiedad” (*dare sibi oportere*).  
D’ORS ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 419.

43 FUENTESECA, PABLO, *op. cit.*, pág. 324.

La reparación del daño puede realizarse *in natura* o a través de una indemnización pecuniaria, particularmente cuando estamos en presencia de daños patrimoniales, y, para estos efectos, en la búsqueda del resarcimiento integral, habrá de repararse no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante. Esto no significa que la afectación a los derechos de la personalidad o, en general, a bienes de carácter extrapatrimonial, quede sin consecuencias en el derecho, pues hoy es generalmente aceptada, aunque con limitaciones en algunos sistemas, la reparación del daño moral.

Como se podrá apreciar al finalizar este acápite, en el derecho romano no existió, como principio general, el deber de reparar los daños causados injustamente<sup>44</sup>, sino que se plantearon, por la ley o por el pretor, casos particulares de daños, especialmente referidos a las lesiones o deterioros que afectaban a los bienes fundamentales para las personas en aquel momento, y se establecieron las sanciones correspondientes. Así, para estos eventos la consecuencia que se estableció fue la imposición de una *poena* al causante del daño, cuyo propósito no era, en principio, lograr la indemnización del perjuicio que se había ocasionado, sino lograr el castigo del autor del hecho lesivo. Para que procediera la sanción, originalmente se exigió que el autor del daño hubiera desplegado una conducta positiva (acción) y que ésta se concretara en un contacto físico o externo con el objeto dañado. En principio, la simple omisión no hizo responsable al sujeto y tampoco su propia acción cuando ésta hubiera sido la causa simplemente mediata del resultado dañoso. De igual forma, en una primera época, solamente se sancionó la conducta con la que intencionalmente se causaba un daño a otro, siempre que pudiera verificarse que la actuación del sujeto se encontraba en relación causal directa e inmediata con el acontecimiento dañoso. Los daños ocasionados por negligencia no generaron originalmente reacción jurídica, pues ello se consideraba un evento fortuito.

En una época posterior, y gracias al desarrollo del pensamiento jurídico romano, el tratamiento dado a los daños causados de manera injusta tuvo una importante evolución y se llegó a admitir el carácter resarcitorio de la condena, así como la procedencia de la acción cuando la intervención del autor fuera mediata frente al resultado, carente de contacto físico o simplemente omisiva en relación con el daño producido. Finalmente, la culpa vino a convertirse en el eje del sistema de la responsabilidad civil<sup>45</sup>, todo ello luego de un largo proceso que a continuación analizaremos.

44 MAZEAUD, H. y L. – TUNC, A., *op. cit.*, pág. 39.

45 Señala JORDANO FRAGA que “la responsabilidad por culpa tal como nosotros hoy la entendemos (responsabilidad por imprudencia o negligencia) es de afirmación tardía y a ella se llega a través de una atormentada evolución”. JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, pág. 49.

Pues bien, el antecedente remoto del régimen jurídico que actualmente conocemos sobre reparación de daños se encuentra en la consagración en el derecho romano del delito denominado *damnum iniuria datum*, y, especialmente, en la evolución que esta figura experimentó por la labor del pretor y por las opiniones de los juristas. Dedicaremos las siguientes páginas a analizar con mayor profundidad este tema.

### 3.1.3.2. Antecedentes

#### a. La Ley de las XII tablas

En la Ley de las XII tablas los daños causados en la persona o en los bienes de un sujeto de derecho no constituyeron un tipo único o un género de delito privado. Por el contrario, en la citada legislación solamente se hizo referencia a variados eventos de daño, que producían, igualmente, diversas consecuencias de acuerdo con sus circunstancias. Por ejemplo, en la Tabla VIII de la legislación decenviral se encuentran disposiciones sobre ruptura o mutilación de un miembro a una persona, lesiones causadas a hombres libres o a esclavos ajenos, daños ocasionados a animales cuadrúpedos, daños producidos en virtud de encantamientos, incendios de casas o de cosechas y tala de árboles, entre los más relevantes. Como veremos más adelante, algunos de estos eventos vinieron a quedar subsumidos posteriormente en el delito de *damnum iniuria datum*, otros lo fueron en el delito de *iniuria*, particularmente cuando se estaba en presencia de lesiones causadas a un hombre libre, y, por último, algunos otros actos ilícitos tuvieron desarrollo independiente.

Todos los supuestos de daño a las personas o a las cosas fueron ubicados por unidad de materia en la Tabla VIII, según se desprende de las reconstrucciones que hasta el momento se han efectuado de la Ley de las XII tablas, aun cuando en la misma se contienen, además, normas relativas a otros delitos privados. Como ya lo anticipamos, las normas mencionadas contienen sanciones para los daños producidos en los bienes más importantes para la sociedad de la época, como lo eran los animales pertenecientes a un rebaño, los esclavos, las cosechas o los bosques. Como se señaló al estudiar el régimen general de los delitos, frente a algunas de las conductas de daño descritas en la Tabla VIII, la consecuencia fue la retribución del mal sufrido por otro mal de idéntica naturaleza (talión); era la venganza privada que existió en muchas civilizaciones en sus etapas primitivas. No obstante ello, se estableció también la posibilidad de que las partes acordaran la cuantía de una suma de dinero que pusiera fin a la diferencia surgida (composición voluntaria), y para otros casos se establecieron penas pecuniarias calculadas de acuerdo con el valor objetivo de la cosa o cantidades fijas de dinero señaladas de antemano por la norma (composición legal obligatoria). Por esta particularidad, se

señala que el sistema de la *Ley de las XII tablas* representa una “época de transición”<sup>46</sup>.

La doctrina de los romanistas ha discutido si en la *Ley de las XII tablas* se habría contenido una norma general sobre resarcimiento de los daños causados injustamente<sup>47</sup>, particularmente en cuanto tiene que ver con la interpretación de la expresión “*rupsit ... sarcito*” (Tabla VIII, 5), en la cual algunos ven la consagración de una norma general que ordenaría reparar los daños causados. Esta tesis no ha sido de general aceptación, toda vez que, como veremos más adelante, la finalidad de las normas en esta primera etapa era más punitiva que indemnizatoria, siendo esta última finalidad de tardía aparición en la evolución del derecho romano.

#### b. La *lex aquilia de damno*

El desarrollo más amplio y profundo en relación con la represión y la sanción a los daños causados injustamente vendría a darse con ocasión de una ley conocida como *lex aquilia de damno*, y, muy especialmente, con ocasión de su desarrollo a través de las decisiones de los pretores, por la vía de la concesión de acciones *utilis e in factum*, así como de las opiniones de los juristas, con todo lo cual esta figura alcanzó en Roma un importante desarrollo.

Son variadas las opiniones sobre la fecha de expedición de la *lex aquilia* y sobre las circunstancias que habrían llevado a su elaboración y promulgación. Sin embargo, la mayoría de la doctrina ubica su expedición en el año 286 a. C., y considera que esta norma se habría originado en un plebiscito propuesto por el tribuno AQUILIO con ocasión de conflictos presentados entre patricios y plebeyos en aquella época<sup>48</sup>.

Aun cuando no se conserva el texto exacto de la norma, por los datos obtenidos de las *Institutas* de GAYO y de las menciones realizadas en el *Digesto* al respecto, se puede sostener que la *lex aquilia* tuvo tres capítulos, dos de los cuales, el primero y el tercero, fueron especialmente importantes para la materia que estamos

46 MAZEAUD, H. y L. – TUNC, A., *op. cit.*, pág. 38.

47 COLOMBO, LEONARDO A., *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, pág. 104.

48 Se cita como fuente para esta datación la paráfrasis de las *Institutas* de TEÓFILO (4.3.15). PETIT, EUGENE, *op. cit.*, pág. 460; JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 364. En todo caso el tema es muy debatido. Una información más amplia sobre las diversas teorías planteadas al respecto se puede encontrar en BRAVO BOSCH, MARÍA JOSÉ, “Algunas consideraciones en torno a la Ley aquilia”, en *Estudios de derecho romano en memoria de BENITO MARÍA REIMUNDO YANES*. t. I, pág. 25 y *sig.*

tratando<sup>49</sup>. Dada la diversidad existente entre las materias contenidas en la ley, particularmente en lo que se refiere al capítulo segundo frente al primero y al tercero, algunos autores han planteado que los tres capítulos de la *lex aquilia* habrían tenido diferente origen, o que su elaboración se podría haber dado progresivamente. En este sentido se señala que el capítulo tercero podría corresponder a una etapa más moderna en la evolución del derecho romano<sup>50</sup>, toda vez que contempla un supuesto más general en cuanto a los bienes protegidos, pero, a su vez, más preciso respecto de las diferentes formas que podría tener el daño, lo que sería obra de un pensamiento jurídico con mayor desarrollo.

En el capítulo primero de la *lex aquilia* se establecía que el que hubiera matado (*occidere*) sin derecho o injustamente a un esclavo o esclava ajenos o a un animal cuadrúpedo de cualquier clase de ganado (*pecudem*)<sup>51</sup>, debía pagar el valor más alto que el esclavo o el animal hubiera tenido en el año inmediatamente anterior al delito. El capítulo tercero contenía una disposición más general para efectos de reprimir cualquier daño causado injustamente a otro por lesión o destrucción de un bien que le perteneciere; en efecto, se sancionaban allí las heridas causadas a un esclavo o a un animal o, incluso, según se interpretó posteriormente, los daños causados a una cosa inanimada, al quemarlas (*uere*), romperlas (*frangere*) o rasgarlas (*rumpere*). En estos eventos el causante del daño debía pagar al damnificado el mayor valor que la cosa hubiera tenido en los treinta días anteriores al hecho<sup>52</sup>.

49 El capítulo segundo de la *lex aquilia* hacía referencia al daño causado al estipulante por el *ad stipulator* que hacía una cancelación fraudulenta del crédito. Se dice que esta acción estaba en desuso en la época clásica y el propio GAYO considera que para los efectos perseguidos bastaría con utilizar la acción del mandato (GAYO, *Institutas*, 2, 216). ÁLVARO D'ORS estima que la finalidad de esta acción era castigar la apropiación fraudulenta del crédito por parte del *ad stipulator* y no la simple cancelación formal del crédito. D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 420. Por su parte, AMELIA CASTRESANA considera que la acción tuvo las dos finalidades que antes se han esbozado. CASTRESANA, AMELIA, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, pág. 24.

50 BRAVO BOSCH, MARÍA JOSÉ, *op. cit.*, pág. 29 y sigs. BRAVO hace una recapitulación de las diferentes teorías al respecto, pero no comparte la tesis de que las normas incorporadas en los tres capítulos tengan diferente origen en el tiempo.

51 Algunos autores traducen la expresión latina como “ganado grande” (D'ORS), “cuadrúpedo doméstico” (KASER) o como “cuadrúpedo gregario” (JÖRS KUNKEL e IGLESIAS). Es posible también que exista una diferencia de criterios en la traducción de las obras de algunos de estos autores al castellano. Hemos seguido la traducción que se hace del término *pecudem*, mencionada en la parte pertinente de las *Instituciones* de GAYO (3, 210), según la obra *Textos de derecho romano*, coordinada por RAFAEL DOMINGO.

Debe anotarse también que en D. 9.2.2.2 se señala que el capítulo primero de la ley aquilia se refería a “... los cuadrúpedos, que se comprenden en la clase de ganados, y se tienen en piaras, como las ovejas, las cabras, los bueyes, los caballos, los mulos y los asnos”. Seguidamente, se señala que LABEÓN consideraba incluidos dentro de esta clase de animales a los cerdos, pero no a los perros, ni a las fieras, como los osos, los leones y las panteras, aun cuando aceptaba incluir a los elefantes y a los camellos, que serían de género mixto, pues, a pesar de ser fieras por naturaleza, prestaban el servicio de los jumentos.

52 GAYO, *Institutas* (3, 217 y 218). BRAVO BOSCH, MARÍA JOSÉ, *op. cit.*, pág. 31.

### 3.1.3.3. Elementos del *damnum iniuria datum* en la *lex aquilia*

La doctrina señala que los siguientes fueron los elementos característicos del *damnum iniuria datum* en la época en que originalmente se dio aplicación a la *lex aquilia*:

- a. Era preciso que el *damnum*<sup>53</sup> consistiera en el deterioro o la destrucción de una cosa corporal (*corpus laesum*). En las reconstrucciones elaboradas sobre lo que pudo haber sido el texto de la ley se indica, como ya lo hemos anticipado, que en el capítulo primero se habría utilizado la expresión *occidere* (originalmente era la acción de golpear hasta la muerte, que debía ser ocasionada a través de un acto material sobre el cuerpo) y en el capítulo tercero las palabras *urere, frangere y rumpere* (originalmente quemar, romper y rasgar)<sup>54</sup>.
- b. El daño debía ser causado por un acto del hombre, que se concretaba en una acción de contacto corporal (*corpore*) del autor sobre la víctima<sup>55</sup>. Esto significa que en el sentido original de la ley el daño debía ser causado de forma inmediata y que la acción debía concretarse en la comisión de un hecho. Así, según lo enseña GAYO<sup>56</sup>, si se persuadía a un esclavo ajeno para que se subiera a un árbol y estando allí se caía y moría, no se configuraba el delito, mientras que sí se configuraría si se lo empujaba del borde de un río y el esclavo moría ahogado. El elemento que analizamos llevó a sutiles distinciones e, incluso, a opiniones que hoy nos parecen excesivamente rígidas, como aquella atribuida a LABEÓN, y refrendada por ULPIANO, según la cual si una comadrona proporcionaba con sus manos una medicina a una esclava y ésta moría, sí procedía contra aquélla la acción derivada de la *lex aquilia*, mientras que si lo que había hecho la comadrona era entregar la pócima en las manos de la esclava y era ésta quien directamente llevaba a su boca la bebida que habría de causarle la muerte, no procedería la acción por *damnum iniuria datum*, sino una acción *in factum*<sup>57</sup>.

53 Sobre la explicación semántica del término *damnum* puede verse la obra de CASTRESANA. Allí se encuentra también la explicación acerca de la evolución del significado de las expresiones *damnum dare*, entendida como colocación de un sujeto en situación de daño, y *damnum facere*, referida a la situación de gasto o pérdida patrimonial en la que se colocaba el afectado, y cómo el énfasis puesto en uno o en otro de estos conceptos caracteriza la evolución del derecho romano en este tema. CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 21 y sigs.

54 CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 34 y sigs.; BRAVO BOSCH, MARÍA JOSÉ, *op. cit.*, pág. 34.

55 Tradicionalmente se explica este elemento con la expresión *corpore corpori datum*. Schulz señala que esta expresión no corresponde a la época clásica del derecho romano (SCHULZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 563), mientras que ARIAS RAMOS y ARIAS BONET señalan que la citada expresión no es romana sino medieval (ARIAS RAMOS, J. y ARIAS RAMOS, J.A., *op. cit.*, pág. 686).

56 GAYO, *Institutas* 3, 219.

57 D. 9.2.9.Pr.; SCHULZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 563.

- c. La legitimación para entablar la acción correspondía al propietario de la cosa (*erūs*) y sólo se concedía a los ciudadanos romanos.
- d. El daño debía ser causado sin derecho (*iniuria*). Por tanto, no cometía el delito quien actuaba en ejercicio de un derecho, en estado de necesidad o en legítima defensa<sup>58</sup>. El elemento *iniuria* ha generado diversas opiniones entre los tratadistas, pues mientras una parte de ellos estima que la *iniuria* implicaba la culpabilidad del autor del hecho, entendida esta expresión como comprensiva de actuaciones dolosas o simplemente culposas<sup>59</sup>, otra corriente considera que la *iniuria* se refería únicamente a la antijuridicidad de la conducta, esto es a la actuación realizada sin derecho.

Al respecto, por ejemplo, ÁLVARO D'ORS indica que:

“a diferencia de las otras acciones penales, que presuponen el dolo del demandado, en ésta [se refiere a la *actio legis aquiliae*] la palabra *iniuria* fue interpretada ya por la primera jurisprudencia clásica en el sentido de que se debía responder también de ciertos actos de negligencia que causaban daños a otra persona; para designar este tipo de conducta negligente se acudió al término *culpa*, que se habría de utilizar posteriormente en la problemática de la responsabilidad contractual... El *damnum iniuria datum* es el prototipo de delito culposo (no doloso)”<sup>60</sup>.

Por su parte, otros autores, como ARANGIO-RUIZ o BONFANTE<sup>61</sup>, señalan que para la época clásica la *culpa* en el *damnum iniuria datum* no habría hecho referencia al juicio de reproche a una conducta negligente o descuidada, o a una mayor o menor previsión por parte del sujeto sobre las consecuencias del hecho, pues este tipo de análisis sólo se realiza en la época justiniana, sino que la culpabilidad sólo habría estado referida a la imputación causal del hecho con su autor, sin entrar en consideraciones subjetivas sobre la conducta por él desarrollada.

Como se expondrá más adelante de manera detallada, nuestra conclusión es que para la época de expedición de la *lex aquilia* la expresión *iniuria* tuvo el

58 D. 9.2.4.Pr.

59 IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, pág. 426; PETIT, EUGENE, *op. cit.*, pág. 461; MAZEAUD H. y L.; TUNC, A., *op. cit.*, págs. 42 y 43. COLOMBO, LEONARDO A., *op. cit.*, pág. 110 (el título de la obra de este último (*Culpa aquiliana*) es sugestivo de su opinión respecto del punto que tratamos); SCHULZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 563, para quien éste habría sido el esquema de la época clásica; KASER, MAX., *op. cit.*, pág. 230, quien precisa que originalmente se habría exigido que la actuación fuera antijurídica y dolosa y que, posteriormente, en la república tardía, los juristas lo habrían extendido a la culpa, entendida como negligencia.

60 D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 421.

61 ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, *Instituzioni...*, pág. 376; BONFANTE, PEDRO, *op. cit.*, pág. 532.

sentido restringido de actuación sin derecho o carente de justificación, pero en la época republicana se realizó una interpretación extensiva del término para comprender en él no sólo los casos en que el daño se hubiera causado de manera intencional (dolosamente) sino también aquellos en que fuera ocasionado por negligencia (culposamente)<sup>62</sup>.

- e. La pena establecida para el autor del *damnum iniuria datum* era una sanción pecuniaria que se fijaba con base en el valor objetivo que hubiera tenido la cosa en un determinado período de tiempo (dentro del año anterior, si era un evento del capítulo primero, o dentro de los treinta días anteriores al hecho, para los delitos regulados por el capítulo tercero). Según indica SCHULZ, en la interpretación clásica de la ley el valor que se debía tener en cuenta era el “que la cosa tuviere para todo posible dueño, no el que tuviese para el dueño actual”<sup>63</sup>.

#### 3.1.3.4. Extensión en el ámbito de aplicación de la *lex aquilia*

En virtud de las decisiones de los pretores y de las opiniones de los juristas, el ámbito de aplicación de la *lex aquilia* se fue ampliando de manera muy importante<sup>64</sup>. Vamos a reseñar a continuación los aspectos más representativos de dicho proceso.

En relación con el tipo de daños que daban lugar a la acción, se admitió que a través de una *actio in factum* se pudiera proceder cuando la muerte o la lesión no hubieran sido causadas *corpori datum*, esto es, sin que existiera el contacto corporal del autor con la cosa<sup>65</sup>. En el caso del *occidere* la acción se otorgó cuando la conducta del autor fuera la causa de la muerte (*causam mortis praestare*), como por ejemplo, cuando se asustaba al caballo en el que iba el esclavo, que resultaba

62 Esta es la opinión de JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 365.

63 SCHULZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 563. Al respecto, D. 7.6.2 y D. 9.2.33.

64 VALIÑO, EMILIO. *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley aquilia*. El autor trata el tema extensamente y, en particular, el carácter *utilis* o *in factum* de las acciones creadas para realizar la extensión que se comenta, tema éste que es objeto de amplias discusiones por parte de la doctrina especializada. Algunos autores, como JÖRS y KUNKEL consideran que se trata de dos denominaciones para un mismo fenómeno, particularmente en cuanto a las acciones creadas para extender la legitimación activa (*op. cit.*, pág. 366). VALIÑO, por su parte, estima que las acciones útiles se dieron únicamente en los casos en que era necesario extender la legitimación activa, mientras que fueron acciones *in factum* todas las restantes, *op. cit.*, pág. 21.

65 VALIÑO, EMILIO, *op. cit.*, pág. 21 y sigs. GAYO, *Institutas*, (3.219). En igual sentido, JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 365. D’ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 422; SCHULZ estima que estas acciones creadas por la jurisprudencia en la época republicana y mantenidas por el pretor eran acciones útiles. SCHULZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 565. Otros autores, como JUAN IGLESIAS (*op. cit.*, pág. 427) o MAX KASER (*op. cit.*, pág. 231), expresan que las acciones creadas para esta particular extensión de la *lex aquilia* se denominaban indistintamente *utilis* o *in factum*.

muerto al caer del mismo, a pesar de la inexistencia de contacto físico entre quien realizaba la conducta y la víctima, o como cuando alguien encerraba al esclavo ajeno y le dejaba morir de hambre. De igual forma, el evento arriba comentado de la comadrona que suministraba el medicamento que provocaba la muerte de la esclava es un ejemplo de la evolución de la jurisprudencia en cuanto al elemento que estamos analizando, pues en dicha opinión se aceptaba la procedencia de una acción *in factum* a pesar de que la muerte no hubiera sido ocasionada por una acción violenta sobre el cuerpo de la víctima<sup>66</sup>. La evolución en este punto culminó con CELSO, quien dio una nueva visión de la relación de causalidad, y particularmente del *occidere*, al considerar que éste consistía no sólo en la acción física de matar, sino también en “la colocación de un individuo en situación de muerte”<sup>67</sup>. Respecto de los otros eventos de daño, diferentes al *occidere*, la acción también se extendió a todos los casos en que la actuación del autor del hecho hubiera sido *causam damnum praestare*, a pesar de que no existiera contacto físico con la cosa deteriorada o destruida.

El sentido original de las expresiones *urere*, *frangere* y *rumpere* se fue ampliando hasta renovarse en la expresión *corrumpere*, como un concepto amplio y general de daño sobre las cosas. Para los efectos de la *lex aquilia* esta expresión llegó a significar una alteración sustancial en el *corpus* de la cosa, que se manifestaba a través de su deterioro o menoscabo, no necesariamente su destrucción, y que producía una pérdida económica para su propietario. Esta última apreciación la confirma CASTRESANA<sup>68</sup> citando el ejemplo del esclavo joven que había sido convertido en eunuco, lesión ésta que no configuraría un *damnum*, toda vez que el esclavo afectado en su virilidad antes que disminuir en su valor económico lo vería aumentado en beneficio de su dueño. JÖRS y KUNKEL expresan que la evolución en este punto habría alcanzado tal grado de desarrollo que, incluso, se habría concedido la acción en casos en que la cosa no perdía su integridad sino que disminuía en su valor o, simplemente, se perdía para su propietario y no se daban las condiciones para que prosperara la *actio furti*<sup>69</sup>.

La *actio legis aquiliae* pudo ser ejercida por personas que no tenían la calidad de propietarias de las cosas dañadas, siempre que acreditaran un interés jurídico en su protección, como ocurrió con los titulares de derechos reales sobre cosa ajena, como el usuario, el usufructuario o el acreedor pignoraticio, o también con aquellos que sólo detentaban la posesión de buena fe de la cosa. Esta extensión se

---

66 CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 30.

67 CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 31.

68 CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 34.

69 JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, págs. 365 y 366.

dio, principalmente, a través del establecimiento de acciones útiles<sup>70</sup>. A este respecto conviene precisar que cuando la acción del poseedor o del titular de derecho real sobre cosa ajena se iba a ejercer contra el propietario, la acción no era útil, sino una acción *in factum*, toda vez que en este caso particular no se podía crear la doble ficción de que el poseedor o el titular de derecho real sobre cosa ajena, era propietario de la cosa y, a su vez, el propietario demandado no lo era<sup>71</sup>. De igual forma, la evolución que se comenta llevo a que los peregrinos también pudieran ejercer la acción a través de una ficción en la respectiva fórmula procesal.

En la época clásica continuó siendo inaplicable la *lex aquilia* para sancionar los daños causados por omisión. Fue el derecho justiniano el que concedió acciones *in factum* por los daños que por este aspecto no quedaban cubiertos dentro de los originales términos de la ley. Precisan sobre este tema ARIAS RAMOS y ARIAS BONET que:

“la *interpretatio* admitió la existencia del delito en casos en que la abstención estuviese relacionada con un acto anterior positivo del causante del daño, v. gr., el que, encargado de un horno y después de encenderle, se echa descuidadamente a dormir, dando lugar a que se quemara la casa”<sup>72</sup>.

Por otra parte, se debe destacar que la casuística incorporada en el *Digesto* es significativa del grado de desarrollo que alcanzó en Roma el análisis de la relación de causalidad, así como el de los distintos eventos que podían influir en su adecuada configuración. El ingenio jurídico romano desarrolló una importante doctrina sobre el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa de la víctima del daño<sup>73</sup>.

La *actio legis aquiliae* se extendió también como *actio utilis* para hacer posible la reclamación por lesiones causadas culposamente cuando la víctima era una

---

70 VALIÑO, EMILIO, *op. cit.*, pág. 21.

71 VALIÑO, EMILIO, *op. cit.*, pág. 71 y sigs.

72 ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET J.A., *op. cit.*, págs. 686 y 687. En igual sentido, Díez-PICAZO, LUIS, *Derecho de daños*, pág. 68.

73 Para citar sólo algunos ejemplos al respecto, pueden verse D. 9.2.51, D. 9.2.11 y D. 9.2.15.2, sobre el caso del esclavo que era herido mortalmente por una persona y posteriormente rematado por otra, que generó opiniones diversas de JULIANO, de una parte, y de CELSO, MARCELO y ULPIANO, de otra; asimismo, D. 9.2.9.4, en el que se narra el caso del esclavo que muere al ser alcanzado por un dardo al ir caminando a través de un campo en el que se practicaba este deporte; y D. 9.2.11.Pr., relativo al caso del esclavo que muere cuando estaba siendo afeitado, porque un balón, disparado con fuerza desde un campo de deporte, golpea la mano del barbero y le corta el cuello, para citar sólo algunos de los casos más mencionados por la doctrina. Sobre este tema puede verse en detalle a CAMACHO DE LOS RÍOS, FERMÍN, “Límites en la reparación del daño”, en *La responsabilidad civil, de Roma al derecho moderno*, págs. 121 y sigs..

persona libre, toda vez que la *actio iniuriarium* requería dolo en el autor del hecho y, en sus términos originales, la *actio legis aquiliae directa* no procedía en este evento, pues nadie podía considerarse dueño de su propio cuerpo<sup>74</sup>.

Hemos indicado que en la época del establecimiento de la *lex aquilia* la consecuencia del delito era la imposición de una *poena* pecuniaria, calculada con base en el máximo valor objetivo que la cosa hubiera tenido dentro de ciertos períodos de tiempo. Señalan JÖRS y KUNKEL<sup>75</sup> que, posteriormente, la jurisprudencia amplió el criterio de valoración al *id quod interest*, lo que permitió la reclamación de las ganancias frustradas con el delito. Sobre este punto profundizaremos más adelante.

Finalmente, según algunos tratadistas<sup>76</sup>, la evolución de la jurisprudencia romana en este aspecto habría sido de tal entidad que para la época del emperador JUSTINIANO habría sido posible pedir indemnización para obtener el resarcimiento de cualquier clase de daño extracontractual, a través de la *in factum generalis actio ob indemnitatem*. Esta opinión no es generalizada entre los romanistas, pues se considera que, a pesar de la importante evolución experimentada en relación con el tratamiento del *damnum iniuria datum*, aun en la época del emperador JUSTINIANO, el daño injustamente causado continuaba siendo un delito, con muchas de las características que hemos mencionado para este tipo de actos ilícitos. No obstante los importantes avances antes comentados, el establecimiento de una regla general de reparación de los daños causados no corresponderá al derecho romano sino que se realizará posteriormente, gracias a los trabajos de la escuela del derecho natural<sup>77</sup>.

### 3.1.3.5. Consecuencias del *damnum iniuria datum*. Aspectos debatidos por la doctrina

#### a. De la *poena* a la indemnización del daño

Del análisis que hemos realizado sobre el régimen del *damnum iniuria datum* en las diferentes etapas de evolución del derecho romano, es claro que, en una primera

74 FERNÁNDEZ, A. y PARICIO, J., *op. cit.*, págs. 442 y 443. VALIÑO, EMILIO, *op. cit.*, pág. 97 y sigs. Como antecedente para esta extensión se cita la opinión de ULPIANO (D. 9.2.5.3), sobre el famoso y discutido caso de la lesión inferida por el maestro al aprendiz de zapatero, que era un *filius familias ingenuus*, y en el que se le ocasionaba a éste el desprendimiento de un ojo. JÖRS y KUNKEL opinan que es seguro que la extensión que se comenta no fue conocida en la época clásica y que la misma habría sido establecida en la época justiniana, *op. cit.*, pág. 366.

75 JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 366.

76 BONFANTE, PEDRO, *op. cit.*, pág. 532; IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, pág. 427.

77 DIEZ-PICAZO, LUIS, *op. cit.*, págs. 76 y sigs. CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 86.

época, la consecuencia prevista por la realización de un daño fue la imposición a su autor de una pena de carácter privado y no el establecimiento de una obligación a su cargo que consistiera en reparar el daño efectivamente causado. Ahora bien, si se observa el desarrollo histórico de la figura se puede advertir una evolución que va desde el original predominio de la pena en el derecho antiguo e incluso en la época clásica, a la preeminencia del concepto de indemnización del daño causado en la última etapa del desarrollo de este sistema jurídico, esto es, en la época de la compilación justiniana<sup>78</sup>. A continuación, vamos a profundizar en los detalles de este proceso.

Como ya hemos comentado, la *lex aquilia* determinaba expresamente cuáles eran las consecuencias que se presentaban para aquel que hubiera causado un daño en los términos arriba señalados: se debía establecer el máximo valor que la cosa hubiera tenido en el último año (para el caso de muerte de un esclavo o de un animal perteneciente a un rebaño de ganado) o el valor máximo que la cosa objeto del daño hubiera tenido durante los treinta días *proximi*, entendida esta expresión como los treinta días anteriores al hecho (para los restantes eventos). Determinada dicha cantidad, su pago era impuesto a título de *poena*, a cargo de quien hubiera causado el daño y en beneficio de la víctima del evento dañoso.

Originalmente, la ley daba *manus iniectio* para que el damnificado se cobrara la *poena* de manera inmediata (*damnas esto dare*). Para la época clásica, bajo el procedimiento formulario, fue necesario que se adelantara un juicio declarativo para determinar si el hecho había acaecido, si éste era atribuible causalmente a quien aparecía como su autor y, siendo ello así, cuál era la condena que procedía en el caso particular<sup>79</sup>; si el demandado confesaba el hecho durante el procedimiento, era condenado al pago de la pena, *in simplum*, en los términos arriba indicados; si el demandado negaba los hechos (*infitians*) y el juez efectivamente verificaba su responsabilidad en los acontecimientos que se le imputaban, lo condenaba a pagar el doble del valor de la *poena* originalmente establecida. Como se puede deducir de esto, particularmente en los casos en que la pena se convertía en un múltiplo del valor de la cosa, la pena posiblemente resarcía de manera plena e, incluso, excesiva al lesionado. Téngase en cuenta, además, que de acuerdo con lo ya expresado, el valor que debía tomarse como referencia era el máximo en un determinado período de tiempo, que no necesariamente coincidía con el que la cosa tenía en el momento del daño.

---

78 JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 242.

79 FERNÁNDEZ, A. y PARICIO, J., *op. cit.*, pág. 442.

Por otra parte, y como arriba se adelantó, en tiempos antiguos el valor de la *poena* era determinado con base en el simple valor objetivo de la cosa (*aestimatio rei*). Posteriormente, a partir de la última jurisprudencia clásica se empezó a incluir en la estimación del daño no sólo el valor objetivo o intrínseco de la cosa sino también el valor de los beneficios que se hubieran truncado por el acontecimiento dañoso<sup>80</sup>. CASTRESANA, con fundamento en la opinión de VALDITARA, indica que:

“la *aestimatio rei* pasa a integrar a partir de ahora dos variables: –una, el valor comercial del bien destruido o deteriorado, –otra, la valoración de la singular posición del *dominus* respecto de ese mismo bien”<sup>81</sup>.

A este respecto, GAYO cita el ejemplo del esclavo que moría en virtud de una lesión que le había sido inferida, dándose la circunstancia de que previamente había sido instituido heredero, sin que al momento de su muerte hubiera aceptado la herencia, por lo cual con su fallecimiento se podría perder para su dueño el valor de esta masa de bienes. En este caso GAYO concluye que, para el dueño del *servus*, el daño estaría conformado no sólo por el valor del esclavo, sino que a éste debería adicionarse el valor de la herencia perdida. La doctrina señala que este caso representa una importante evolución en cuanto a la valoración del daño, toda vez que en el análisis y resolución del mismo se habría pasado de la antigua noción del *pretium corporis* hasta llegar a un renovado concepto de *pretium servi*<sup>82</sup>. Como ejemplo de la evolución que comentamos, GAYO cita también el caso en el que se producía la muerte de un esclavo que formaba parte de una compañía de actores o de músicos, con lo cual ésta perdería valor. Se concluye que en este caso el perjuicio para el dueño debería incluir la disminución de valor antes indicada y no sólo el valor objetivo del esclavo muerto<sup>83</sup>.

Así pues, se observa una evolución del pensamiento jurídico que, partiendo del reconocimiento del simple valor objetivo o comercial de la cosa, la analiza ahora de una manera dinámica, es decir, con la potencialidad de tener variados vínculos y de generar beneficios ciertos; por otra parte, en esta época el carácter penal de la *actio legis aquiliae* comienza a ceder frente al elemento *rei persecutorio* que adelante se le reconocerá. Y a continuación,

80 D. 9.2.21 y sigs. KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 231. D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 420. CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 35 y sigs. La autora atribuye la paternidad de este proceso a juristas como NERACIO, JAVOLENO y JULIANO.

81 CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 36.

82 GERKE, citado por CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 36.

83 GAYO, *Institutas*, (3, 212). En igual sentido D. 9.2.21. y sigs.

“va a ser la jurisprudencia clásica posterior a SALVIO JULIANO, la que considere la *utilitas domini* como criterio determinante de la *summa condemnationis*, y esto, en opinión de VALDITARA, aproxima la *aestimatio rei* a una *aestimatio damni* cuyo cálculo remite al criterio del ‘*id quod intereset*’”<sup>84</sup>.

Es famoso a este respecto el pasaje de ULPIANO en el *Digesto* que a propósito de la muerte de un esclavo, señala lo siguiente:

“Pero ¿estimamos acaso su cuerpo sólo, en cuanto valiere cuando fuere muerto, o más bien en cuanto nos importó que no hubiese sido matado? Y usamos de este derecho, que se haga la estimación de lo que importa”<sup>85</sup>.

Finalmente, cabe precisar que esta evolución se consolida en la época posclásica, pues

“a lo largo del siglo IV d.C., en las escuelas de derecho se van a formular los principios fundamentales sobre el valor objetivo del bien y el interés a propósito de la *aestimatio damni* en la responsabilidad aquiliana. Son los posclásicos los que desarrollan un nuevo dogma que hace suyo JUSTINIANO: la indemnización de daños atiende a intereses individuales de los sujetos que estaban en el disfrute de la cosa destruida o deteriorada, y semejante consideración se encuadra en la fórmula del ‘*id quod intereset*’”<sup>86</sup>.

Este proceso contribuirá a consolidar la transformación de la *actio legis aquiliae* de una acción penal a una acción de resarcimiento de daños. Señalemos, finalmente, que, por su parte, la responsabilidad contractual también experimentó una interesante evolución en cuanto a los criterios para determinar las consecuencias del incumplimiento, con variados puntos de contacto en relación con el proceso que anteriormente se ha expuesto<sup>87</sup>.

84 CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 37. Al respecto también LLAMAS POMBO, EUGENIO, “*De la perpetuatio obligationis a la autonomía del equivalente pecuniario*”, en *Estudios jurídicos in memoriam del profesor ALFREDO CALONGE*, vol. II, pág. 663.

85 D. 9.2.21.2.

86 CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 38.

87 En el derecho clásico todo el sistema de responsabilidad contractual estaba condicionado por las características del procedimiento formulario, según el cual toda condena a realizar una prestación debía ser expresada a través de una suma de dinero (*condemnatio pecuniaria*) (GAYO, *Institutas*, 4.48. LLAMAS POMBO, EUGENIO, *op. cit.*, pág. 660). Este principio se originó posiblemente en el antecedente histórico de la composición, es decir, en el pago de una suma de dinero para liberarse de la ejecución personal. Todas las acciones, aunque en principio la prestación no tuviera carácter dinerario, quedaban al final expresadas en una suma de dinero, no sólo cuando la prestación original resultaba imposible de cumplir *in natura* sino también cuando el acreedor expresaba su preferencia por la prestación pecuniaria.

Ahora bien, para determinar la cuantía en que habría de consistir la condena, la estimación que hacía el juez (*litis aestimatio*) dependía de la naturaleza de la respectiva acción: en las acciones con una *intentio certa*, que eran aquellas en las que se pedía una cantidad de dinero precisa y determinada (*certae pecuniae*) el juez no

### b. Naturaleza de la *actio legis aquiliae*

La doctrina, en general, considera que la *lex aquilia* fue originalmente una ley de carácter penal y que, por ende, la acción de ella derivada, esto es, la *actio legis aquiliae* compartió dicha naturaleza. Por esta razón, la suma de dinero que el condenado debía pagar en favor del demandante perjudicado tenía el carácter de *poena* y no el de indemnización o resarcimiento por el daño que se le había ocasionado. La mayoría de la doctrina consultada también estima que no era posible acumular la acción derivada de esta ley con acciones *rei persecutorias*, en cuanto se señala que la pena contenía en su valor la indemnización del perjuicio causado. Dicha apreciación se justifica en que la propia ley establecía que se habría de tomar el “mayor valor” que la cosa hubiera tenido en el período respectivo, y se planteaba la posible litiscrescencia contra el *infittians*<sup>88</sup>. En ese sentido, autores como KASER, sostienen que la *actio legis aquiliae* era “una acción penal con función reipersecutoria (acción penal mixta)”<sup>89</sup>.

---

debía condenar por una suma superior ni por una suma inferior a dicha cantidad (GAYO, *Institutas* 4, 52). Si lo adeudado era una cosa cierta, se debía señalar el valor comercial que la misma tuviere para cualquier persona, valor éste que podía ser el del momento de la *litis aestimatio* (para las fórmulas con cláusula *quanti ea res est*) o el del momento de la sentencia (para las fórmulas con cláusula *quanti ea res erit*) (KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 163. LLAMAS POMBO, EUGENIO, *op. cit.*, pág. 663.). Es decir, la condena debía darse por el valor real de la prestación adeudada. Ahora bien, si la acción tenía una *intentio incerta*, era necesario tener en cuenta el interés del acreedor en la efectividad de la prestación (*id quod eius interest*), lo que podría comprender no sólo el valor de la cosa, sino también los gastos que el incumplimiento hubiera ocasionado o, incluso, las ganancias dejadas de percibir. CAMACHO DE LOS RÍOS señala que en caso de comportamiento doloso del autor del daño se podía exigir la máxima indemnización (CAMACHO DE LOS RÍOS, FERMÍN, “Límites en la reparación del daño”, *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno*, págs. 119 y 120).

La evolución del derecho romano continuó y el antiguo procedimiento formulario dejó de tener vigencia. Respecto de la siguiente etapa, señala KASER que “en el procedimiento cognitorio no rige ya el principio de la *condemnatio pecuniaria*. La condena puede imponer prestaciones que no consistan en dinero y hacerse efectivas éstas, inmediatamente, por el procedimiento ejecutivo. La devaluación del dinero en la época posclásica, determinó que se impusiesen prestaciones naturales, alternativamente junto con la prestación en dinero o en lugar de ésta” (KASER, MAX, *op. cit.*, págs. 162 y 163).

Para la época del emperador JUSTINIANO y teniendo éste en cuenta los conflictos que se habían presentado respecto de la medida del interés del acreedor (“Como se han llevado hasta el infinito las antiguas dudas respecto a los intereses...” C. 7.47.1), se estableció que para los casos en que la cantidad o la cosa fueran ciertas, como en las ventas o los arrendamientos o, en general, en los contratos, el interés no podía exceder del doble del valor de la prestación, mientras que para los casos en que la prestación fuera incierta, el criterio del juez se debía extremar “para que se restituya el daño que en realidad se infiere” (ib.), de manera que no ocurriera que por llevar a extremos la estimación del daño éste fuera imposible de ejecutar. Respecto de esta *decisio* de JUSTINIANO, señala CAMACHO DE LOS RÍOS que entre los romanistas se discute si dicha determinación se refería exclusivamente al tema contractual o si abarcaba también los daños de fuente extracontractual. El autor se inclina por la primera posición (CAMACHO DE LOS RÍOS, FERMÍN, *op. cit.*, pág. 144 y sigs.).

88 D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 421; BETANCOURT, FERNANDO, *op. cit.*, pág. 584; IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, pág. 418; ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A.. *Op. Cit.* 687.

89 KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 231

Por su parte, SCHULZ<sup>90</sup> sostiene que en la época clásica era posible acumular la *actio legis aquiliae* con acciones derivadas del contrato (de carácter *rei persecutorio*), dada la naturaleza penal de la *actio legis aquiliae*, situación que podría presentarse, *v. gr.*, si el comodatario dañaba la cosa que se le había prestado gratuitamente, caso en el cual podría ejercer la *actio legis aquiliae* y la *actio comodati*. En una línea de pensamiento similar, algunos autores plantean que la acción que estamos estudiando habría sido originalmente de carácter reipersecutorio y no simplemente penal, para lo cual se cita como apoyo la opinión de LEVY, según el cual la *actio legis aquiliae* era una acción cualitativamente mixta incluso en la época clásica, con fundamento en que si bien sería penal por su naturaleza, funcionaría como una acción reipersecutoria al concurrir con acciones de esta clase<sup>91</sup>. Destacamos en esta última opinión el planteamiento realizado sobre una posible concurrencia de la *actio legis aquiliae* con acciones reipersecutorias, posición ésta que, como comentamos en párrafo anterior, no es aceptada por la mayoría de la doctrina<sup>92</sup>.

Finalmente, el emperador JUSTINIANO clasificó la *actio legis aquiliae* dentro de las acciones mixtas, en cuanto la consideró en parte penal y en parte reipersecutoria, toda vez que además del valor actual de la cosa era posible obtener un excedente por el mayor valor que la cosa hubiera tenido en el año o en los treinta días anteriores al hecho.

c. Especial referencia al elemento subjetivo en  
el *damnum iniuria datum*

Como ya hemos adelantado, en los orígenes de la civilización romana si una persona causaba daños a los demás, el factor subjetivo de su comportamiento no era tenido en cuenta para determinar las consecuencias que de ello se derivaran. Para que alguien tuviera que responder por los daños ocasionados a otro bastaba “el hecho

---

90 SCHULZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 563.

91 BRAVO BOSCH, MARÍA JOSÉ, *op. cit.*, págs. 35 y 36.

92 ANTONIO DÍAZ BAUTISTA considera que la opinión de SCHULZ arriba citada, que sería compartida con VON LÜBTOW, es “aislada” entre los romanistas. DÍAZ BAUTISTA, ANTONIO, “La acumulación de responsabilidades *ex delicto* en el código de las ‘siete partidas’”, en *Glosae*, revista de historia del derecho europeo, n° 3. 1992. También puede verse DÍAZ BAUTISTA, ANTONIO, “La función reipersecutoria de la *poena ex lege aquilia*”, en *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*. En este artículo DÍAZ presenta varios casos extractados del *Digesto*. en los que se plantearía la concurrencia cumulativa de acciones, con lo cual el autor concluye que el tema continúa abierto a la investigación de los romanistas para que en el futuro se pueda llegar a conclusiones más firmes al respecto, *op. cit.*, pág. 271 y sigs.

objetivo del nexo de causalidad”<sup>93</sup>, y esta relación, como ya hemos mencionado, debía ser “inmediata y sensible”<sup>94</sup>.

En el derecho antiguo se establecieron algunas distinciones, partiendo de analizar si el daño se había causado intencionalmente o no. Al respecto se señala que en el derecho anterior a la *Ley de las XII tablas* ya se distinguía entre actos premeditados y actos no premeditados. Para corroborarlo se cita<sup>95</sup> una norma atribuida al rey NUMA en virtud de la cual quien de manera consciente, dolosamente, diera muerte a un hombre libre (*parricidium*) sería sometido a la muerte, mientras que si a dicho resultado (la muerte) se llegaba de una manera no consciente por parte del autor del hecho, éste debería ofrecer el sacrificio de un carnero como expiación. La *Ley de las XII tablas* también dio un tratamiento diferente a los delitos realizados intencionalmente frente a los que carecieran de dicha motivación. Así, se indica que esa distinción ya se esbozaba en el homicidio, cuando se establecía que debería entregarse un carnero si la muerte se producía como consecuencia de que “el dardo se escapa[ra] de la mano con más fuerza de la que se pretendía”<sup>96</sup>.

En cuanto al incendio, por su parte, se señala que la conflagración producida consciente y premeditadamente se sancionaba con la muerte de su autor, mientras que para el fuego producido por casualidad, incluyendo en este concepto la *negligentia*<sup>97</sup>, sólo se ordenaba reparar el daño. En todo caso, esta mención de la negligencia en la ley decenviral debe ser analizada cuidadosamente, pues, como señala ARANGIO-RUIZ, el caso del incendio no doloso no se puede considerar como una consagración de responsabilidad por culpa, pues en la época clásica este evento fue considerado como un *casus* y la referencia que se hace de él como un evento de negligencia corresponde al primer período imperial y no al pensamiento de los legisladores de las *XII tablas*<sup>98</sup>.

Como mencionamos al tratar los elementos de la *lex aquilia*, en ésta se indicaba que el daño debía ser producido con *iniuria*, y precisamos también cómo la doctrina ha dado diferentes interpretaciones al significado que habría tenido dicha expresión en la época de expedición de la ley. Señalamos que la doctrina moderna sostiene

93 JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 247.

94 JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 247.

95 KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 165; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO, *op. cit.*, pág. 34; JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 248.

96 Tabla VIII, 24 a.

97 Tabla VIII, 9 (“... si por casualidad, es decir por negligencia, ...”).

98 ARANGIO-RUIZ, VICENTE, *Historia...* pág. 91.

que para esa época el significado de *iniuria* era el de una actuación realizada sin derecho, sin motivo de justificación<sup>99</sup>. Adicionalmente, aunque la doctrina está de acuerdo en que no existía un análisis subjetivo del comportamiento del autor del daño, la mayoría de los autores también considera que, originalmente, el delito estaba tipificado como una actuación intencional. Los daños causados por imprudencia o negligencia fueron considerados como eventos fortuitos. Sostiene KASER al respecto que:

“el hecho debe ser realizado con *iniuria*, lo que significó, originariamente, no sólo un hecho antijurídico, sino también un hecho doloso”<sup>100</sup>.

Es en una época posterior, por interpretación de la *lex aquilia* hecha por los juristas preclásicos, cuando el requisito de la *iniuria* contenido en el *damnum iniuria datum* se entiende como la exigencia de que el daño se hubiera causado culpablemente, comprendiendo en este concepto las actuaciones realizadas con dolo y con culpa. Si el hecho se producía por caso fortuito (*casus*) no habría lugar a imponer la *poena* establecida en la ley. En este punto es importante precisar que en la doctrina se debate ampliamente si el concepto de culpa desarrollado en esta época consistía en la negligencia o falta de cuidado, tal y como lo conocemos actualmente, o si se trataba de una noción diferente. Destacamos al respecto que una parte importante de la doctrina actual señala que el concepto de culpa en la época clásica estaba referido al nexo objetivo entre el resultado y su autor (imputabilidad causal), sin que se entrara a verificar la diligencia o a valorar el juicio de previsibilidad llevado a cabo por el autor, ni tampoco a comparar su conducta con un modelo tenido como ideal<sup>101</sup>.

Otro aspecto importante en la evolución, que es destacado por JÖRS y KUNKEL<sup>102</sup> fue la consagración por obra del pretor del *dolus malus* como delito independiente, a través de la creación de la *actio doli* y de la *exceptio doli*, establecidas en favor

---

99 De acuerdo con AMELIA CASTRESANA, “CANNATA añade que la *iniuria* de la *Lex Aquilia* define el comportamiento lesivo y que, de los dos significados reconocidos a aquel término, acto injustificado y acto contrario a derecho, es prioritario el primero, ya que la partícula *-in* tiene valor privativo y pone de relieve la ausencia de justificación de una determinada conducta con arreglo a los principios del ordenamiento jurídico”. CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 47.

100 KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 230. Sostiene también JORDANO FRAGA que “para toda la fase primitiva del derecho romano y para una época posterior que resulta difícil de precisar, el dolo es integrante del delito público o privado, en modo que lo que hoy entendemos como ilícito culposo se equipara a los efectos de la irresponsabilidad al caso fortuito. JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 49. En similar sentido CAMINAS, JULIO G., “La problemática del dolo en el derecho romano clásico”, en *Derecho privado de obligaciones, homenaje... págs.* 971 y sigs.

101 ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, *Instituzione...*, pág. 376. JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 49.

102 JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 250.

de las personas que hubieran sido perjudicadas por el engaño malicioso realizado por otra.

En el período posclásico se confunden algunos de los conceptos del derecho clásico (vulgarización), pero en Oriente se lleva a cabo un importante trabajo por parte de las escuelas jurídicas, las cuales, con base en el derecho clásico, realizan el trabajo que servirá de base a los compiladores de la época del emperador JUSTINIANO. En este período se advierte una influencia importante de la filosofía griega y del cristianismo, particularmente en cuanto tiene relación con una posición moralizadora de las conductas humanas. Todo esto da lugar a que el régimen de responsabilidad empiece a tener como fundamento principal el concepto de culpa, entendida ya como un reproche subjetivo al autor de la conducta causante del daño. Así, la culpa se convierte en una categoría general y en concepto básico del sistema y es entendida como la omisión de la diligencia propia de un padre de familia cuidadoso (*diligens paterfamilias*)<sup>103</sup>. Culmina de esta manera una evolución que lleva el eje del sistema desde la exigencia de un nexo causal objetivo entre el autor y el hecho, a requerir la negligencia en el sujeto activo de la conducta para que se configure su responsabilidad. Finalmente, es interesante observar también en este punto la evolución seguida en el campo contractual, en la que se advierte un proceso que también termina con la consideración de la culpa como eje de dicho sistema de responsabilidad<sup>104</sup>.

103 JÖRS y KUNKEL señalan que aunque el concepto de culpa es clásico, la elevación del mismo a categoría general fue obra de los posclásicos. JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 257.

104 Los autores están de acuerdo en que el concepto de culpa surge originalmente dentro de la responsabilidad aquiliana, como criterio de imputación causal del daño frente al autor, y que desde allí se extiende a otros campos, entre ellos al de la responsabilidad contractual.

Como señala LLAMAS POMBO, en el tema de la imputabilidad en materia contractual “existe una divergencia entre el pensamiento clásico y el justiniano”, y precisa que, aunque existen dudas respecto del sentido de la evolución que se presentó, parece mayoritaria la opinión que sostiene que se pasó de “una responsabilidad generalmente objetiva en el período clásico, a otra de carácter subjetivo en el posclásico” (LLAMAS POMBO, EUGENIO, *op. cit.*, pág. 668). El concepto de culpa, como se entiende actualmente, es desconocido en el período clásico. En este período se destacan dos grandes campos para determinar la responsabilidad del contratante incumplido: de una parte, la responsabilidad por *custodia*, una responsabilidad por el resultado, de carácter objetivo y estricto, que surgía en algunos contratos en virtud de los cuales el deudor tenía en su poder cosas que pertenecían al acreedor y que le debía restituir posteriormente; en estos casos el deudor respondía en el evento de imposibilidad de cumplimiento (pérdida de la cosa), sin que le fuera admitida la prueba de su propia diligencia y sólo era posible su liberación en algunos casos típicos considerados como *vis maior*; por otra parte, el segundo campo de responsabilidad contractual estaba referido a los eventos restantes, en los que la responsabilidad se determinaba por la naturaleza específica de cada clase de relación obligatoria y por el tipo de acción que fuera pertinente ejercer. En este segundo campo el concepto de dolo tuvo gran importancia (LLAMAS POMBO, EUGENIO, *op. cit.*, pág. 668; JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 250 y sigs.; JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 45 y sigs. DAZA MARTÍNEZ, JESÚS, “El problema de los límites de la responsabilidad contractual en el derecho romano clásico”, en *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, pág. 231 y sigs.)

### 3.1.3.6 Acciones sobre daño injusto adicionales a la *actio legis aquiliae* en el derecho romano

Aun cuando ULPIANO señala en el *Digesto* que la *lex aquilia* derogó las leyes precedentes que trataban del daño injusto<sup>105</sup>, quedaron en vigor algunas disposiciones relativas a acciones que tuvieron como finalidad sancionar, resarcir, e, incluso, prevenir, la ocurrencia de daños en las personas o en las cosas. Se ha indicado que la pervivencia de estas acciones se debe a que en ellas se hacía referencia a conductas relacionadas con daños producidos en bienes diferentes a los protegidos a través de la *lex aquilia*<sup>106</sup>. Dentro de estas acciones se citan, particularmente, algunas que regulaban el siempre complejo y difícil tema de las relaciones entre vecinos. La doctrina menciona las siguientes:

- a. La *actio de pauperie*. Esta era una acción que se concedía contra el dueño de un animal cuadrúpedo por los daños que hubiera causado en las cosas

---

En las relaciones de derecho estricto originalmente existió responsabilidad en unos eventos muy limitados, como cuando había imposibilidad de cumplimiento o mora, originada en un comportamiento positivo (por comisión) y consciente del deudor.

En las relaciones *bonae fidei* existieron algunas que daban lugar a una acción infamante, como las que se basaban en el elemento *fiducia* (sociedad, mandato, depósito, tutela, entre las más relevantes) y en las que el deudor respondía por el *dolus* o *fraus*, considerados como violación del deber de confianza. En ese momento, el concepto de *dolus* “es la contraposición exacta de la *bona fides*” y “es un concepto extraordinariamente elástico” (JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 47 y pag. 52 y sigs.), comprensivo de variadas situaciones, que no coinciden exactamente con la apreciación que actualmente tenemos de la figura. En las relaciones *ex fide bona* que no llevaban consigo efectos infamantes, el concepto de *dolus* se hizo extensivo a toda deslealtad y, de alguna manera, dio lugar a que surgiera, como contrapartida, la obligación de atender un cierto nivel de diligencia para que el deudor no fuera reprobado por dolo. Como observa JORDANO FRAGA, en esta época en las fuentes se hace mención a la *diligentia*, entendida como una actitud que se originaría “como aplicación de una concreta exigencia de *bona fides*, que impone no sólo la abstención de conductas lesivas, sino la realización de ciertas actividades positivas cuya omisión, por tanto, genera responsabilidad por dolo...”.

Para los juristas posclásicos y justinianos el sistema clásico resultaba extremadamente complejo, demasiado casuístico, y muy diverso en sus criterios, dado que se había originado en un derecho práctico encaminado a resolver casos concretos. Por otra parte, para ellos resultaba muy importante realizar una labor de sistematización, que veían ausente en las creaciones clásicas. Asimismo, se destaca por la mayoría de la doctrina que en esta época influyeron los principios moralizadores del cristianismo y de la filosofía griega, que procuraban que prevaleciera la consideración de la voluntad del sujeto. Con base en todo ello, se dio origen al concepto de culpa, como reproche a una conducta negligente o descuidada, y de dolo, asociado con una conducta malévola. En el período posclásico, incluso la responsabilidad por custodia, la más ajena a las consideraciones subjetivas, “se transforma en una responsabilidad por omitida diligencia en la custodia” (JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 45), al exigirse en la misma que el deudor observara una rigurosa diligencia. En relación con las formas de responsabilidad estructuradas sobre el concepto de buena fe, y particularmente, las diversas gradaciones desarrolladas por la jurisprudencia, éstas se convirtieron en diversos grados de culpa-diligencia. Ya no sólo fue reprobable la actuación negligente sino que también la omisión culpable empezó a tener efectos jurídicos. En fin, la culpa-negligencia, referida a la omisión de la diligencia propia de un buen padre de familia, se convirtió en el centro del sistema de responsabilidad contractual.

105 D. 9.2.1: “La Ley aquilia derogó todas las leyes que antes de ella trataron el daño con injuria, así la de *Las XII tablas*, como alguna otra que hubo; cuyas leyes no es necesario referir ahora”.

106 Opinión de G. VALDITARA, según lo señala AMELIA CASTRESANA. CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 24.

pertenecientes a otra persona. Esta acción brindaba al perjudicado la alternativa de escoger entre el resarcimiento del daño causado y la entrega noxal del animal causante del perjuicio. A través de acciones pretorias la *actio de pauperie* se extendió como *actio utilis* a los daños causados por toda clase de animales, salvo los ocasionados por la acción de los animales potencialmente peligrosos, para los cuales regía el *edicto de feris*, que para una parte de la doctrina establecía un verdadero sistema de responsabilidad objetiva<sup>107</sup>.

- b. La *actio de pastu pecoris*, que se dirigía contra el dueño del animal que pastaba en fundo ajeno, para efectos de que resarciera el daño o realizara la entrega noxal del animal.
- c. La *actio de arboribus succisis*, que se otorgaba contra el que abusivamente cortara los árboles ajenos, con la consecuencia de que se le obligaba a pagar la suma de veinticinco ases por cada árbol cortado.
- d. La *actio aquae pluviae arcendae*, que era una acción que estaba establecida en favor del propietario de un fundo rústico para ser ejercida en contra de su vecino, con el fin de que éste removiera las obras construidas en su terreno y con las cuales hubiera alterado el curso normal de las aguas causándole un perjuicio<sup>108</sup>.

Adicionalmente a las anteriores, se citan las acciones especialmente creadas por el pretor para castigar los daños causados con ocasión de una calamidad pública, cuya *poena* estaba establecida en el cuádruplo, así como la acción creada para sancionar los daños causados en un tumulto o revuelta, cuya sanción se establecía en el doble del valor del daño causado. SCHULZ señala que, en general, los daños causados con violencia tenían como sanción el pago del cuádruplo del valor del daño<sup>109</sup>. Por otra parte, MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH menciona la *actio de aedibus incensis*, a través de la cual se podía pedir el resarcimiento de los daños causados

---

107 FERNÁNDEZ, A. y PARICIO, J., *op. cit.*, págs. 445 y 454. En contra ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *op. cit.*, pág. 687. A través del edicto *de feris* se prohibió tener animales peligrosos, como perros, jabalís, lobos, panteras, leones, etc., en lugares de paso público, sea que estuvieran sueltos o atados, si no era posible sujetarlos de tal manera que no causaran daño. Si se producía un resultado dañoso, éste debería ser resarcido por el *duplum* del menoscabo sufrido por la víctima. RODRÍGUEZ; ENNES, LUIS, “Los actos ilícitos de derecho honorario” en *Derecho romano de obligaciones*, pág. 907 y sigs.

108 JIMÉNEZ SALCEDO, MARÍA CARMEN, *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, pág. 203 y sigs. En esta obra se describe en detalle la evolución que tuvo esta acción, desde la *Ley de las XII tablas* hasta llegar al derecho justinianeo, pues los supuestos y requisitos de la misma fueron modificándose de acuerdo con la evolución de las necesidades que ella pretendía tutelar.

109 SCHULZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 566.

por el incendio de una casa o del grano de una era<sup>110</sup>. Finalmente, resulta importante mencionar que en el derecho romano también se desarrollaron mecanismos encaminados no sólo a sancionar el daño injusto, sino también a prevenirlo, a través de figuras como la *cautio damni infecti* y la *operis novi nuntiatio*<sup>111</sup>.

### 3.1.4. Iniuria

El delito de *iniuria* era, en general, toda ofensa o agravio físico o moral inferido a una persona libre. La *iniuria* podía darse través de hechos (*re*) o de palabras (*verbis*) y podía afectar, de una parte, la integridad física o, de otra, la dignidad o el honor del agraviado. Asimismo, la *iniuria* podía ser *levis* o *atrox*, según su mayor o menor gravedad, dependiendo del hecho mismo, del lugar y de la condición de la persona afectada<sup>112</sup>, y, finalmente, también se podía clasificar la *iniuria* en directa o indirecta, si el agravio se causaba a una persona o si se infería a sus familiares.

La *iniuria* siempre debía ser causada voluntariamente; así, si la lesión se causaba por una negligencia o un descuido, no se configuraba el delito. Asimismo, en la *iniuria verbis* se requería que el agravio se hubiera efectuado con la intención de difamar al otro<sup>113</sup>.

Aun cuando el tema estaba regulado de manera casuística, es posible afirmar que en la *Ley de las XII tablas* se consagraron tres clases de lesión a la persona<sup>114</sup>:

3.1.4.1. La consistente en mutilar al cuerpo uno de sus miembros (*membrum ruptum*)<sup>115</sup>, que era castigada con el talión, debiendo sufrir el autor del daño una mutilación igual a la que él había causado al damnificado; no obstante, el ofendido podía aceptar un pacto en el que renunciaba a la venganza a cambio de una compensación monetaria.

110 BRAVO BOSCH, MARÍA JOSÉ, *op. cit.*, pág. 25.

111 JIMÉNEZ SALCEDO, MARÍA CARMEN, *op. cit.*, pág. 216 y sigs.

112 GAYO, *Institutas* 3, 225.

113 SCHULZ, FRITZ, *op. cit.*, pág. 571. EDUARDO RUIZ FERNÁNDEZ señala que en la época clásica las lesiones, físicas o morales, debían ser “dolosamente inferidas”. RUIZ FERNÁNDEZ, EDUARDO, “Sanción de las ‘iniuriae’ en el derecho clásico” en *Derecho romano de obligaciones*, pág. 820.

114 KASER, MAX, *op. cit.*, pág. 231. RUIZ FERNÁNDEZ, EDUARDO, *op. cit.*, pág. 820. FERNÁNDEZ PRIETO, MARTA, *La difamación en el derecho romano*, pág. 21.

115 Tabla VIII, 2. IGLESIAS lo extiende a la inutilización de un órgano. IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, pág. 428. PETIT señala que la expresión *ruptum* debe entenderse como pérdida o invalidez y *membrum* como toda parte importante del cuerpo humano. PETIT, EUGENE, *op. cit.*, pág. 465.

3.1.4.2. Si se llegaba a fracturar un hueso (*os fractum*)<sup>116</sup>, fuera con la mano o con algún objeto, las sanciones eran pecuniarias y se tasaban de la siguiente manera: trescientos ases por la lesión inferida a un hombre libre y ciento cincuenta ases por la ocasionada a un esclavo.

3.1.4.3. Las restantes lesiones (*iniuria* propiamente dicha)<sup>117</sup>, que no implicaban mutilaciones o fracturas, estaban sancionadas con una multa de veinticinco ases.

Con posterioridad a la *Ley de las XII tablas* se presentó un importante desarrollo en esta materia pues, por una parte, la pena del talión ya no era aceptable por ser incompatible con el desarrollo del concepto de *humanitas* en Roma, y, por otra, la cuantía de las penas pecuniarias vino a afectarse sensiblemente con la depreciación de la moneda<sup>118</sup>. Asimismo, las conductas que configuraban el ilícito en la *Ley de las XII tablas* llegaron a ser tipos demasiado cerrados frente a los variados acontecimientos que podían afectar a las personas dentro de una vida en sociedad cada vez más compleja. Dado lo anterior, los pretores transformaron esta figura y crearon nuevos tipos de *iniuria*, extendiéndola incluso a los atentados contra el honor, todo lo cual quedó consagrado tanto en el *Edictum Generale* (primera mitad del siglo II a. C), como en edictos particulares para supuestos más concretos, de la siguiente manera:

- a. En el *Edictum Generale* quedó consagrada la *actio iniuriarum aestimatoria*, que en un principio podía ejercerse por los atentados contra la integridad física.
- b. *Edictum de convicio*, en virtud del cual se sancionaron los insultos y las burlas proferidas en público y faltando a las buenas costumbres, con los cuales se menospreciara a una persona frente a su casa o en un lugar al que asistiera con frecuencia.
- c. *Edictum adtemptata pudicitia*, para reprimir atentados contra el pudor de las personas, particularmente de las mujeres o de los impúberes, como cuando se

---

116 Tabla VIII, 3.

117 Tabla VIII, 4.

118 Anota ÁLVARO D'ORS que el peso del bronce de veinticinco ases en el siglo V [de Roma entendemos] era de unos ocho kilogramos y para la época imperial apenas alcanzaba 272.5 gramos. D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 424. En este sentido resulta oportuno mencionar que la depreciación de la moneda eliminó el efecto disuasivo que la multa establecida en la *Ley de las XII tablas* pudo tener en algún momento. Es famosa la historia narrada por AULO GELIO en las *Noches áticas*, sobre la costumbre de LUCIO VERACIO, "hombre desalmado y extraordinariamente malévolo", cuyo mayor placer consistía en dar bofetadas a los hombres libres que encontraba en su camino, pues tenía la tranquilidad de que enseguida de él iba su esclavo con una bolsa de ases en la mano, entregando los correspondientes veinticinco ases a todos aquellos que recibían los golpes de su *dominus*. GELIO, AULO, *op. cit.*, t. II, libro XX, cap. I, pág. 258.

atentaba contra la buena fama de una mujer honorable, apartando a quien la acompañaba, o de una doncella, si, por ejemplo, se la cortejaba de manera inadecuada.

- d. *Edictum ne quid infamandi causa fiat*, contra aquel que por hechos o de palabra difamara a otro con afirmaciones falsas y le hiciera crear mala reputación y desprestigio ante sus conciudadanos. En este caso el demandado podía defenderse demostrando la veracidad de sus afirmaciones a través de la *exceptio veritatis*.

Según señalan FERNÁNDEZ y PARICIO,

“la jurisprudencia del finales del siglo I a. C. y en especial LABEÓN, lleva a cabo una interpretación integrativa del concepto de *iniuria*, refiriéndolo, no a la lesión física inferida, sino al daño moral (*contumelia*) producido, lo que permite la extensión del edicto primitivo tanto a los daños físicos como a los morales”<sup>119</sup>.

De esta forma, la *actio iniuriarum aestimatoria* pudo ser entablada, en general, ante

“todo desprecio consciente de otra persona (*contumelia*, de *contumere*) para ensalzamiento de la propia”<sup>120</sup>.

En esta etapa, además, de acuerdo con la doctrina, la jurisprudencia romana logra

“superar la paradoja que constituía la existencia de una serie de ilícitos típicos conceptualmente distintos, reprimidos todos con una *actio aestimatoria* similar, unificando los diversos ilícitos en la noción técnica de *iniuria* y posibilitando la represión de cualquier ofensa física o moral a través de la *actio iniuriarum ex generali*, no *ex specialibus edictis*”<sup>121</sup>.

Para este momento, con la *actio iniuriarium* las sanciones se adecuaban al caso concreto y a sus circunstancias, así como a la condición de la persona perjudicada. Ya no tenía cabida el talió ni las penas pecuniarias rígidas que se consagraron en

---

119 FERNÁNDEZ, A. y PARICIO, J., *op. cit.*, pág. 437.

120 JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 368.

121 FERNÁNDEZ PRIETO, MARTA, *op. cit.*, pág. 428. En idéntico sentido, RUIZ FERNÁNDEZ, EDUARDO, *op. cit.*, pág. 820. Éste sostiene que solamente a partir de esta época cabría hablar propiamente de un edicto general. En todo caso, la relación entre los diferentes edictos, así como la época de expedición de los mismos, son temas muy debatidos en la doctrina.

la legislación decenviral. En el nuevo esquema el ofendido debía expresar cuál había sido el tipo de ofensa que le había sido inferido y solicitar la indemnización que estimara fuera la procedente. El tribunal de *recuperatores*, encargado, en general, de decidir sobre estos temas, debía determinar lo que considerara adecuado, según criterios de equidad (*ex bono et aequo*)<sup>122</sup>, pero nunca sobrepasando la estimación realizada por el ofendido. Si la *iniuria* era especialmente grave (*atrox*), era el pretor quien realizaba la estimación y no se podía condenar por encima de ella. En todo caso, se debe tener presente que, como señala D'ORS,

“la estimación de la pena no puede referirse a un daño material, ni siquiera cuando se trata de lesiones corporales, pues la integridad corporal de una persona libre, como su misma libertad, es algo inestimable, sino a la ofensa moral producida por la injuria (*contumelia*) y de ahí que aumente la cuantía en proporción a la dignidad de la víctima, gravedad del escándalo, etc.”<sup>123</sup>.

El demandado que era absuelto podía, a través de la *iudicium contrarium*, reclamar el pago de la décima parte de la pena pretendida por el actor.

La *actio iniuriarium* era activa y pasivamente intransmisible, de carácter infamante y anual en cuanto al plazo establecido para su extinción. En relación con la intransmisibilidad activa de esta acción señala FERNÁNDEZ PRIETO que ella se justifica en que la *actio iniuriarum* era

“la más representativa de las *actiones vindictam spirantes*”, con una caracterización netamente penal, por las cuales se reclamaba venganza y desagravio por la ofensa moral sufrida”<sup>124</sup>.

Dado este carácter, se comprende que esta clase de acciones no pudiera transmitirse a los herederos.

Finalmente, se debe advertir que ciertas *iniurias*, particularmente las agresiones a personas libres, junto con los allanamientos de morada, a partir de la *Lex Cornelia*

122 PARICIO sostiene que originalmente estas eran formas de “*condemnatio in aequum*” y que la expresión *aequum et bonum* es una expresión tardía en la época clásica del derecho romano. PARICIO, JAVIER, *Estudio sobre las “Actiones in aequum conceptae”*, pág. 37 y sigs.

123 D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, págs. 424 y 425. Sobre este tema PARICIO sostiene que los *recuperatores* sí podían tener en cuenta otros factores, adicionales a la *contumelia*, particularmente en los casos de lesiones físicas, tales como los gastos médicos y la pérdida económica sufrida por el herido como consecuencia de la lesión. PARICIO, JAVIER, *Estudio sobre las acciones...*, pág. 64.

124 FERNÁNDEZ PRIETO, MARTA, *op. cit.*, págs. 369 y 370.

*de iniuriis* (año 81 a. C.), se pudieron perseguir también ante el tribunal de las *quaestiones perpetuae*, como delitos públicos.

### 3.2. Delitos establecidos por el *ius honorarium*

Como arriba se señaló, los delitos establecidos por el *ius civile* no fueron los únicos que conocieron los juristas romanos, sino que por la actividad de los pretores se creó un número importante de acciones encaminadas a reprimir y sancionar conductas que no estaban tipificadas por el derecho civil<sup>125</sup>. Los siguientes fueron los delitos más importantes creados por el derecho honorario:

#### 3.2.1. *Metus*

La *actio quod metus causa*<sup>126</sup> se estableció para castigar el delito de intimidación (*metus*), que se presentaba cuando una persona amenazaba a otra con sufrir un perjuicio grave, actual o inminente, con el fin de obligarle a actuar de una determinada manera. En principio, la acción estaba encaminada a quitarle validez a los actos concluidos por virtud de la intimidación (que en el derecho civil eran eficaces), y a obtener la restitución a la víctima de lo dado o entregado en tales circunstancias. Si esto no se lograba, el pretor daba la acción penal en virtud de la cual el demandado era sancionado con pagar al demandante el cuádruplo del valor de la prestación o de la cosa objeto del negocio, si la acción se intentaba dentro del primer año, y el *simplum* en adelante. Los negocios celebrados en virtud de la amenaza podían rescindirarse mediante la *restitutio in integrum* o se podía evitar su ejecución a través de la *exceptio metus*.

#### 3.2.2. *Dolus malus*

El edicto tipificó el engaño malicioso como delito y dio al perjudicado la *actio de dolo* por el valor del daño sufrido. La *actio de dolo* se originó en la última época de la república por una fórmula del jurista CAYO AQUILIO GALO, quien la concibió originalmente como una acción íntimamente unida al concepto de simulación, el cual, no obstante, se abandonó posteriormente por los juristas (LABEÓN, principalmente), ampliando el concepto a:

---

125 Un listado bastante detallado de las mismas puede verse en D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, págs. 426 y 427.

126 Con origen posiblemente en un edicto del pretor OCTAVIO (año 80 a. C.). JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 370.

“toda malicia, engaño o maquinación, que se aprovecha de la ignorancia de otro para engañarle o defraudarle”<sup>127</sup>.

Esta acción sólo era concedida cuando no existiera otro mecanismo para reclamar por el perjuicio sufrido y siempre que existiera *iusta causa*. La acción era anual en el derecho clásico y el período en el que se podía ejercer se empezaba a contar desde el momento en que la persona que había sido objeto de las maquinaciones hubiera tenido conocimiento de tal circunstancia. La *condemnatio* implicaba infamia.

Asimismo, aunque era una acción penal y participaba de las características de las mismas, tenía una finalidad restitutoria (era una *actio arbitraria*), la cual, si no era atendida, conducía a que el demandado fuera condenado por el valor del daño que hubiera estimado el demandante. A pesar de la intransmisibilidad pasiva característica de las acciones penales, se estableció una acción contra los herederos de quien había realizado el engaño malicioso por el valor del lucro obtenido por ellos.

Al lado de la acción existió también la *exceptio doli*, que podía ser planteada por el demandado aduciendo una conducta dolosa del demandante, contraria a la buena fe, fuera que dicha conducta se hubiera presentado en la adquisición del derecho o en el ejercicio de la respectiva acción<sup>128</sup>.

### 3.2.3. *Alienatio in fraudem creditorum (fraus creditorum)*

Este delito se presentaba cuando un deudor se insolventaba desmejorando a propósito su patrimonio, con el fin de que sus acreedores no vieran satisfechas sus acreencias en el tiempo y modo previstos.

El origen de las medidas adoptadas para combatir esta práctica es un tanto oscuro y se indica<sup>129</sup> que en el *Edicto* de ADRIANO se contemplaron dos preceptos para combatir la conducta arriba descrita: por una parte, el *interdictum fraudatorium*, a través del cual se podía lograr la revocación de los actos de enajenación realizados para defraudar a los acreedores y se podía recuperar la posesión de los bienes, y,

---

127 CAMIÑAS, JULIO G., “La problemática del dolo en el derecho romano clásico”, en *Derecho romano de obligaciones*, pág. 964.

128 WACKE, ANDREAS, “La ‘*exceptio doli*’ en el derecho romano clásico”, en *Derecho romano de obligaciones*, pág. 978.

129 JÖRS, P. y KUNKEL, W., *op. cit.*, pág. 373.

por otra, una *restitutio in integrum*, que determinaba el regreso de las cosas a su estado anterior, sin que exista consenso en la doctrina sobre su naturaleza exacta y la época en que fueron aplicados<sup>130</sup>. Asimismo, autores como XAVIER D'ORS sostienen que el *interdictum fraudatorum* fue el único recurso que existió en el derecho clásico contra el *fraus creditorum*<sup>131</sup>.

Posteriormente, ya en el *Corpus iuris*, aparece la figura que se ha conocido como *actio pauliana*, denominación ésta sobre cuyo origen existen grandes controversias, que hace referencia a una acción en la cual se habrían integrado las dos alternativas de actuación arriba descritas, y que en aquel momento ya presentaba las características y requisitos que posteriormente fueron recogidos por las codificaciones, tales como la exigencia de acreditar el *consilium fraudis* y el *eventus damni*, el diferente tratamiento para los actos realizados por el deudor a título oneroso y a título gratuito, y la posibilidad de extender los efectos de la acción a los terceros subadquirentes a título oneroso que hubieran sido conscientes del fraude y a todos los que hubieren adquirido por un título gratuito, en este último caso en la medida de su enriquecimiento. La acción podía ser ejercida por los acreedores perjudicados o por el administrador del concurso (*curator bonorum*).

#### 4. LOS CUASIDELITOS

Aun cuando existen diferentes teorías en la doctrina sobre cuáles habrían sido en realidad las fuentes de las obligaciones en Roma<sup>132</sup>, la mayoría de los autores acepta que en la época posclásica del derecho romano se sistematizaron dos grupos de fuentes de las obligaciones, adicionales a los contratos y a los delitos, que sirvieron para englobar mecanismos que generaban vínculos obligatorios de manera similar a los contratos y a los delitos.

Respecto de las obligaciones que surgían *cuasi ex delicto*, se indica que esta categoría estaba integrada por una serie de *actiones in factum*, y como tales, de origen pretorio, de características heterogéneas, de las cuales en las *Res cottidianae*, obra ésta tradicionalmente atribuida a GAYO, y en las *Instituciones* de JUSTINIANO, se mencionan las siguientes:

---

130 ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *op. cit.*, pág. 689. D'ORS, XAVIER, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, pág. 15 y sigs.

131 D'ORS, XAVIER, *op. cit.*, pág. 202.

132 D'ORS, ÁLVARO, *op. cit.*, pág. 406 y sigs. PARICIO, JAVIER, "Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana" en *Derecho romano de obligaciones*, pág. 49 y sigs.

#### 4.1. *Del iudex qui litem suam fecit*

Tradicionalmente se había indicado que esta acción, por la cual “el juez hacía suyo el litigio” (entendida esta expresión en el sentido de que por sus acciones el juez debía asumir el litigio en perjuicio propio), era una acción que estaba dirigida contra el juez que había actuado de manera dolosa en el ejercicio de su cargo y que con ello había causado perjuicios a alguna de las partes. Se señalaba también que esta acción se habría extendido en la época justiniana a los perjuicios causados a las partes por negligencia del juzgador<sup>133</sup>. En época relativamente reciente se ha rectificado dicha apreciación<sup>134</sup> y se ha señalado que en la época clásica dicha acción procedía cuando el juez no dictaba sentencia o dictaba una sentencia que era nula por no atenerse a los términos de la fórmula o por no haber aplazado oportunamente la fecha prevista para dictarla (*diffisio*). Esta nueva interpretación indica que la responsabilidad del juez por el incorrecto desempeño de su función se daba sin que fuera necesario apreciar dolo o culpa en su comportamiento<sup>135</sup>.

Existe una opinión que trata de conciliar esta postura con la visión tradicional, y es la expresada por MACCORMACK, según el cual en la última época clásica, al contenido de esta acción (el que antes se ha mencionado) se añadió que la misma también podría ser ejercida en el caso de:

“la sentencia pronunciada *in fraudem legis*, es decir, no sólo por defectos de procedimiento sino de fondo, con lo que se requeriría la prueba del dolo”<sup>136</sup>.

La mayoría de la doctrina considera que se trataría de una *actio in bonum et aequum concepta*, aunque con las recientes precisiones sobre su verdadera naturaleza en la época clásica, parecería que el monto de la condena en la fórmula estaría referido a la misma cantidad por la que debía responder el demandado en el litigio frustrado, lo que excluiría la posibilidad de una condena en términos de equidad<sup>137</sup>.

---

133 IGLESIAS, JUAN, *op. cit.*, pág. 488.

134 ÁLVARO D'ORS hizo un nuevo planteamiento al respecto en 1982, con base en los estudios desarrollados sobre la función judicial en la época clásica, gracias al descubrimiento en España de la que se conoce como la *Lex Imitana (Lex flavia municipalis)*. GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA, *Los llamados cuasidelitos*, pág. 8.

135 FERNÁNDEZ, A.; PARICIO, J., *op. cit.*, pág. 453.

136 Citado por GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA, *op. cit.*, págs. 7 y 8.

137 PARICIO, JAVIER, *Estudio sobre las “acciones...”*. pág. 112.

#### 4.2. *De effusis vel deiectis*

Este supuesto hace referencia a un conjunto de acciones creadas por el pretor y encaminadas a proteger la seguridad ciudadana en el tránsito por las vías públicas<sup>138</sup>. Las acciones se ejercían contra quien habitaba (*habitor*) una casa o edificio desde el que se hubieran arrojado materiales (*deicere*) o vertido sustancias líquidas (*effundere*) sobre la vía o sobre lugares de estacionamiento ordinario, causando daños a los transeúntes o a su patrimonio<sup>139</sup>.

No había necesidad de acreditar dolo o culpa para obtener la condena correspondiente. Debía responder el *habitor*, independientemente de que a él fuera atribuible o no la caída de los materiales o de las sustancias causantes del daño. No se examinaba su comportamiento ni la correspondencia de éste con el resultado para verificar una relación causal. Si se podía determinar quién había sido el autor material de la acción de lanzar los materiales o los líquidos causantes del daño, se concedía una *actio legis aquiliae in factum* para que el *habitor* pudiera proceder contra él.

Son varios los supuestos en que esta acción procedía y diversas sus consecuencias:

4.2.1. Si se causaban daños a las cosas o a un esclavo, el habitador del inmueble debía indemnizar al perjudicado por un valor equivalente al doble del daño ocasionado y en este caso la acción era perpetua.

4.2.2. Si se causaban heridas a un hombre libre, la acción podía ser ejercida por el propio damnificado o por cualquier persona. La acción popular era de carácter anual y la privada perpetua. En caso de simultaneidad en las peticiones se debía preferir a la víctima. La indemnización la fijaba discrecionalmente el juez (*condemnatio in bonum et aequum*).

---

138 Se hace referencia a la necesidad de proteger la seguridad de los viandantes como elemento tenido en cuenta para dictar el correspondiente edicto, dadas las condiciones de la época, en la que habría necesidad de evacuar residuos y basuras por las ventanas, además de lo cual la estrechez y desorganización de las calles generaban diversos riesgos. Por otra parte, la aparición de las *insulae*, esto es, edificios de varios pisos, en época del emperador AUGUSTO, habría hecho mucho más evidentes dichos riesgos. GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA, *op. cit.*, pag. 70 y sigs. De acuerdo con LUIS RODRÍGUEZ-ENNES, el que se pudiera circular sin miedo ni peligro por los lugares normalmente destinados a ello era un asunto de “utilidad pública”. RODRÍGUEZ-ENNES, LUIS, *op. cit.*, pág. 905.

139 Se ha discutido en la doctrina si el ilícito debía ocurrir durante el día o si la prohibición también abarcaba la realización de actuaciones como las referidas en las horas de la noche. La tesis mayoritaria sostiene que la prohibición regía durante el día, pues en la noche era usual que se realizaran las citadas labores de evacuación de residuos (GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA, *op. cit.*, pág. 70 y sigs.). En contra, RODRÍGUEZ-ENNES, LUIS, *op. cit.*, pág. 916.

4.2.3. Si con las materias o sustancias arrojadas o vertidas se había causado la muerte de un hombre libre, la acción era anual, de origen popular, y la indemnización era de 50.000 sesteracios (50 aureos de la época de JUSTINIANO), dada la imposibilidad de establecer una *aestimatio* en relación con el cuerpo de un hombre libre. Si concurrían varias personas a entablar la acción, el magistrado concedía preferencia a quien tuviera un mayor interés, *v. gr.* en razón del parentesco con el fallecido.

Finalmente, resulta interesante comentar que en relación con la acción que estamos analizando la doctrina menciona una acción concedida por el pretor, como *actio utilis*, contra el comandante de una nave desde la cual se arrojaran objetos o se derramaran líquidos, causando daños a terceros.

### 4.3. *De positis et suspensis*

Surgido dentro del mismo contexto señalado para el edicto anteriormente mencionado<sup>140</sup>, en este caso se trataba de proteger la seguridad de los transeúntes y de prevenir la ocurrencia de daños. La acción estaba dirigida contra la persona que habitaba una casa o edificio en el que estuviera colocado o suspendido en el voladizo o alero del tejado algún objeto que pudiera caer causando daño a las personas que por allí transitaban. En la doctrina reciente se discute si la expresión *is qui positum habeat* contenida en la cláusula edictal hacía referencia simplemente al *habitor*, es decir, a quien ocupaba el inmueble, o, más bien, al que “tenía colocados” los objetos peligrosos, fuera este propietario, inquilino, etc.

La acción era popular y, como se ha indicado, fue establecida por la simple situación de peligro o de riesgo de producir un daño, y sin que fuera necesario acreditar dolo o negligencia en el demandado. La multa era de 10.000 sesteracios (10 aureos de la época del emperador JUSTINIANO).

### 4.4. *La actio adversus nautas, caupones et stabularios*

Esta acción estaba consagrada para proteger la seguridad de las personas que transportaban mercancías en una nave, se hospedaban en un albergue o dejaban

---

140 Siguiendo la reconstrucción de OTTO LENEL del *Edicto perpetuo*, LUIS RODRÍGUEZ-ENNES señala que la protección que se comenta proviene de la cláusula edictal titulada *ne quis in sugrunda*. Este autor destaca las diferencias entre la acción derivada de esta cláusula edictal y las acciones que se han englobado como derivadas del edicto *de effusis vel deiectis*. RODRÍGUEZ-ENNES, LUIS, “Algunas observaciones acerca de la “*actio de positis vel suspensis*”, en *Homenaje al profesor D. JUAN ANTONIO ARIAS BONET*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 16. pág. 257 y sigs. Del mismo autor, la obra ya mencionada de *Los actos ilícitos de derecho honorario...*”, pág. 918 y sigs.

sus caballos en un establo, en relación con los posibles hurtos o daños que se pudieran producir respecto de los objetos introducidos por los usuarios de sus servicios en los establecimientos que se han mencionado. La acción se refería concretamente a los daños o hurtos producidos por los dependientes de los capitanes de nave, posaderos o encargados del establo. Se indica que en su origen debió tratarse de dos acciones distintas, una por el *furtum* y otra por el *damnum*, no obstante lo cual, posteriormente, en la época de la compilación justiniana, fueron refundidas en una sola acción.

Señala la doctrina que las actividades de comercio, transporte u hospedaje no gozaban de buena reputación y que el personal que se empleaba en las mismas muchas veces estaba constituido por esclavos o libertos, lo que generó la necesidad de prevenir y, en su caso, sancionar los efectos negativos que se pudieran derivar para los usuarios de los servicios arriba señalados<sup>141</sup>. El encargado del negocio respondía de los hechos realizados por quienes se encontraban bajo su dirección en el navío, posada o establo y al servicio de los mismos, sin que tal responsabilidad se pudiera extender a los otros viajeros o huéspedes que allí se encontraran. Se dice que en el derecho clásico la acción procedía de manera objetiva por la simple relación de dependencia existente entre el autor directo del daño y el responsable del establecimiento, mientras que en el derecho justiniano se trató de estructurar la responsabilidad de este último por una *culpa in eligendo* o *in vigilando*<sup>142</sup>.

En el edicto que estableció la acción que comentamos se indica que la misma procedía directamente contra el *nauta*, *caupo* o el *stabularius*, sea que hubiere existido complicidad o no de los mismos, o de cualquier otra persona de su dependencia, en la realización de los hechos constitutivos de hurto o daño.

El perjudicado con el hurto tenía a su disposición dos acciones, que podía escoger a su arbitrio: la *actio furti* contra el ladrón y la *actio adversus nautas, caupones et stabularios*, contra el responsable del negocio. La sanción contra el responsable del negocio consistía en pagar el *duplum* del valor de lo hurtado o, en su caso, del daño causado.

Por último, como se puede observar de la sucinta presentación realizada sobre los que se han denominado como “cuasidelitos”, se trata de acciones creadas por el pretor con variadas motivaciones y en diversos momentos, que, en todo caso, posteriormente, fueron sistematizadas y elevadas a la categoría de fuentes

---

141 GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA, *op. cit.*, págs. 131 y 132.

142 FERNÁNDEZ, A. y PARICIO, J., *op. cit.*, pág. 454.

generadoras de “...*obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*”, según se indica en la rúbrica del título V, del libro IV de las *Instituciones* de JUSTINIANO.

Se discute mucho entre los romanistas sobre cuáles habrían sido los criterios tenidos en cuenta para englobar las acciones que se han mencionado dentro de una categoría única. Algunos autores, a su vez, señalan que ésta no era una categoría cerrada y que existieron otras acciones que, junto con las que se han mencionado anteriormente, hacían parte de una categoría más general<sup>143</sup>. Otros, como PETIT, indican que es una cuestión difícil y sin interés, pues finalmente las categorías de los delitos y los cuasidelitos tenían el mismo régimen<sup>144</sup>. Hace algún tiempo los autores quisieron ver en la culpa, y la ausencia de dolo, el elemento común de los cuasidelitos, criterio éste que fue acogido por algunas de las codificaciones del siglo XIX<sup>145</sup>. Más recientemente, otros autores<sup>146</sup> han encontrado la nota común de los cuasidelitos en la responsabilidad objetiva que en los mismos se habría establecido, aludiendo a este concepto no en el entendimiento que de él tenemos modernamente, sino dentro del contexto procesal romano, con lo cual en estas acciones sólo habría sido necesario acreditar el *factum*, y el juzgador centraría su atención únicamente en el resultado o, incluso, en el simple peligro, para efectos de dictar la condena correspondiente.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor JOSÉ LUIS MURGA GNER*, coordinador JAVIER PARICIO, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceros S.A., Madrid, 1994.

ARANGIO-RUIZ, VICENTE, *Historia del derecho romano*, traducción de la 2ª edición italiana, 5ª edición, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1994.

ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, *Instituzioni di Diritto romano*, quattordicesima edizione riveduta, Casa Editorial Dott, Eugenio Jovene, Napoli, 1977.

143 Por ejemplo, ARANGIO-RUIZ, (*Instituzione...*, págs. 377 y 378), y JUAN IGLESIAS (*Derecho romano...*, págs. 430 y sigs.), establecen una categoría general de los actos ilícitos creados por el derecho honorario, en la que incluyen los cuasidelitos, que llamaríamos tradicionales, es decir, los antes estudiados, junto con otras figuras como la *actio sepulchri violati*, la *actio servi corrupti* o la acciones contra los publicanos por la usurpación de bienes de los contribuyentes, entre otras.

144 PETIT, EUGENE, *op. cit.*, págs. 465 y 466.

145 BONFANTE, PEDRO, *op. cit.*, pág. 534. MAZEAUD, H. y L.; TUNC, A., *op. cit.*, pág. 41. CUJACIO, POTHIER o HEINECIO participaron de este criterio según se indica en PARICIO JAVIER, “Las fuentes de las obligaciones...”, *op. cit.*, pág. 57.

146 GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA, *op. cit.*, págs. 157 y sig.. FERNÁNDEZ, A.; PARICIO, J., *op. cit.*, pág. 452. PARICIO, J., “Las fuentes de las obligaciones...”, pág. 58. CASTRESANA, AMELIA, *op. cit.*, pág. 79.

- ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano II. Obligaciones, familia y sucesiones*, 18 edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997.
- Asociación Internacional de Derecho Romano, Congreso internacional (4º 2001, Burgos), *La responsabilidad civil, de Roma al derecho moderno / IV congreso internacional y VII congreso iberoamericano de derecho romano*; coordinador: ALFONSO MURILLO VILLAR, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2001.
- BETANCOURT, FERNANDO, *Derecho romano clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995.
- BONFANTE, PEDRO, *Instituciones de derecho romano*, traducción de la 8ª edición italiana, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1965.
- CASTRESANA HERRERO, AMELIA, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, 1ª edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.
- COING, HELMUT, *Derecho privado europeo*, t. I, Derecho común más antiguo, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.
- COLOMBO, LEONARDO A., *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, 2ª edición, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1947.
- D'ORS, ÁLVARO, *Derecho privado romano*, 3ª edición. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1977.
- D'ORS, XAVIER, "El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico", *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, nº 25, Roma – Madrid, 1974.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Derecho de daños*, reimpresión de la 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000.
- Estudios jurídicos in memoriam del profesor ALFREDO CALONGE*, vols. I y II, coordinadores de los estudios: JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ, PELAYO DE LA ROSA DÍAZ y ARMANDO TORRENT RUIZ, Salamanca, 2002.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, ALEJANDRINO y PARICIO, JAVIER, *Fundamentos de derecho privado romano*, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Acero S.A., Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, ANTONIO, *Derecho público romano y recepción del derecho romano en Europa*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ PRIETO, MARTA, *La difamación en el derecho romano*, 1ª edición, Universidad de Vigo - Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- FUENTESECA, PABLO, *Derecho privado romano*, E. Sánchez A. Gráficas, S.L., Madrid, 1978.
- FUENTESECA, PABLO, *Historia del derecho romano*, Europa Artes Graficas S.A., Madrid, 1987.
- GARCÍA DEL CORRAL, IDELFONSO L., *Cuerpo del derecho civil romano*, Editorial Lex Nova, Valladolid.

- GELIO, AULO, *Noches áticas*, t. I y II, Biblioteca Clásica, t. CLXIX, Librería de Perlado, Páez y Ca., Madrid, 1921.
- GIMÉNEZ-CANDELA, TERESA, *Los llamados cuasidelitos*, 1ª edición, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1990.
- GLOSSAE*, revista de historia del derecho europeo, Instituto de Derecho Común. Universidad de Murcia, nº 3, 1992.
- Homenaje a JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO*, vol. IV, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988.
- IGLESIAS, JUAN, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11 edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994.
- JIMÉNEZ SALCEDO, MARÍA CARMEN, *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, 1ª edición, Publicaciones de la Universidad de Córdoba y Obra Social y Cultural CAJASUR, Córdoba, 1999.
- JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, 1ª edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987.
- JÖRS, PAUL y KUNKEL, WOLFGANG, *Derecho privado romano*, traducción de la 2ª edición alemana, Editorial Labor, Barcelona, 1965.
- KASER, MAX, *Derecho romano privado*, traducción de la 5ª edición alemana, Editorial Reus S.A., Madrid, 1982.
- MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. I, traducción de la 5ª edición, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires. 1961.
- MOLITOR, ERICH-SCHLOSSER, HANS, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, traducción de la 2ª edición alemana, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1980.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO, *De los delitos y de las sanciones en la Ley de las XII tablas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 1988.
- PARICIO, JAVIER, *Estudios sobre las "actiones in aequum conceptae"*, Università Degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicación dell' Istituto di Diritto romano, nº 20, Milano – Dott. A. Giufrè Editore, Milan, 1986.
- PEIRANO FACIO, JORGE, *Responsabilidad extracontractual*, Barreiro y Ramos S.A., Montevideo, 1954.
- PETTIT, EUGENE, *Tratado elemental de derecho romano*, traducción de la 9ª edición francesa, Editorial Saturnino Calleja S.A., Madrid, 1924.
- Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, homenaje al profesor D. JUAN ANTONIO ARIAS BONET*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1990.

SCHULZ, FRITZ, *Derecho romano clásico*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1960.

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, *Estudios de derecho romano en memoria de BENITO MARÍA REIMUNDO YANES*, t. I, 1ª edición, coordinador: ALFONSO MURILLO VILLAR, Burgos, 2000.

*Textos de derecho romano*, coordinador RAFAEL DOMINGO, Editorial Aranzadi S.A., Elcano (Navarra), 2002.

VALIÑO, EMILIO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley aquilia*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1973.

VOLTERRA, EDUARDO, *Instituciones de derecho romano privado*, 1ª edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986.

WESENBERY, GERHARD y WESENER, GUNTER, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998.

WIEACKER, FRANZ, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Editorial Comares S.L., Granada, 2000.