

# DAÑOS PUNITIVOS EN LA TRADICIÓN CONTINENTAL

*Punitive damages in civil legal tradition*

ADOLFO A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES  
*Universidad de Murcia*

**Resumen:** La doctrina europea considera que la institución de los daños punitivos es ajena a la tradición jurídica continental e incompatible con nuestros principios. En este trabajo tratamos de identificar elementos comunes en Derecho Romano que permitan sustentar un origen común de los daños punitivos que, en nuestra opinión, fue abandonado en la codificación.

**Palabras clave:** Daños, injurias, daños punitivos, responsabilidad civil.

**Abstract:** The European doctrine considers that the institution of punitive damages is foreign to the continental legal tradition and incompatible with our principles. In this paper we try to identify common elements in Roman Law that allow us to support a common origin of punitive damages that, in our opinion, was abandoned in the codification.

**Keywords:** Tort law, punitive damages, injuries, Roman law.

SUMARIO: I.–Introducción. II.–Caracterización de los daños punitivos. III.–Consecuencias del daño ilícito en Derecho Romano. III.1.–En las XII Tablas. III.1.1.–Responsabilidad contractual. III.1.2.–Responsabilidad extracontractual. III.1.2.1.–Daños en las cosas. III.1.2.2.–Daños a las personas (lesiones). III.2.–Lex Cornelia de iniuriis. III.3.–Ley Aquilia. III.3.1.–Concepto de «damnum». III.3.2.–«Iniuria» en la *lex Aquilia*. III.3.3.–La expresión «datum». IV.–Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho anglosajón de daños (*tort law*) se ha venido acuñando la expresión *punitive damages* (también *exemplary damages*, *punitory damages*, *non compensatory damages*, etc.) como una parte de las consecuencias jurídicas de un daño ilícito. Junto a ello, se suelen contemplar otras categorías, el *lost of income* (lucro cesante), *out of pocket expenses* (daño emergente), *hedonic damages* (pérdida de calidad de vida), *pain and suffering* (daño por dolor o sufrimiento), etc. Dicha expresión se traduce en nuestra doctrina como «daños punitivos» si bien la adaptación es inexacta, pues como advierte Carrascosa González<sup>1</sup> la palabra «*damage*» en singular significa «daño», pero en plural se refiere a «indemnización». Además lo punitivo en el common law es la indemnización, no el daño. Sin embargo, como en tantas otras ocasiones, la expresión inexacta es suficientemente expresiva como para haber hecho fortuna en la doctrina.

Según los autores, la figura de los «daños punitivos» aparece regulada por primera vez en un estatuto de 1275<sup>2</sup> que condena a la pena del *duplum* a quien causara daños a un religioso<sup>3</sup>. De manera reveladora para nuestra tesis, la evolución temprana de esta institución se desarrolla en torno a las lesiones del honor, entendidas en un sentido amplio<sup>4</sup>, tal como se entendían en el mundo romano.

La mayoría de la doctrina sitúa la primera aplicación jurisprudencial en las sentencias de los casos *Huckle v. Money* y *Wilkes v. Wood* de 1763. Como explica Carrascosa González<sup>5</sup>, el gobierno británico trató de impedir la publicación de un panfleto (el *North Briton*) mediante el arresto ilícito del redactor y editor, razón por la que éstos demandaron al gobierno. El juez propone al jurado que imponga penas pecuniarias a cargo del gobierno y a beneficio de los perjudicados por cuantía superior a los daños efectivos causados, enten-

<sup>1</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Daños punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español», en M. J., HERRADOR GUARDIA (dir.), *Derecho de daños*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 386.

<sup>2</sup> SAUX, E.I, *Responsabilidad civil contractual y aquiliana*, Universidad Nac. del Litoral, 2005, p. 217.

<sup>3</sup> ALISTE SANTOS, T.J., «El origen histórico de los punitive damages como presupuesto de su rechazo procesal en los países de civil law», *La Ley* 1699/2014, relaciona su origen con los *amercements* medievales (p. 3).

<sup>4</sup> Llamadas, en inglés moderno «injuries». Vid. RODRÍGUEZ SAMUDIO, R., «El daño no económico en el derecho estadounidense», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 44 (2014). Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151433273008>. Enmarcados dentro de la categoría de *daños no económicos*, el autor realiza un interesante análisis histórico de la evolución jurisprudencial de la institución en Derecho inglés y norteamericano, en torno a la protección del honor.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 389.

diendo que la ofensa que supone el encarcelamiento arbitrario es muy superior al daño efectivo. Desde nuestra perspectiva, dicha condena «arbitraria» puede resultar chocante, dado el estricto principio de legalidad que rige en los países del ámbito continental, pero a ningún romanista le sorprenderá:

1. Que el juez imponga penas pecuniarias a beneficio de la víctima.
2. Que al valorar el perjuicio el juez tenga suficiente arbitrio como para determinar la cuantía sin sujeción al daño causado.
3. Que se impongan –como propone el estatuto de 1275– penas *al duplum*.

Todo ello sería, en nuestra opinión, y como veremos, perfectamente coherente con la tradición romanística anterior a la codificación, al menos con los principios que subyacen a la construcción de la tradición jurídica occidental y que no han sido plenamente recibidos en la codificación, razón por la que los *punitive damages* aparecen como un elemento sistemáticamente extraño a nuestro Derecho moderno.

## II. CARACTERIZACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

La doctrina suele considerar la institución de *daños punitivos* como una medida principalmente sancionadora<sup>6</sup>, propiamente podría ser caracterizada como una acción penal pura, tal como lo era, por ejemplo, la *actio furti*, pues no se excluye la posibilidad de que la víctima reclame, además, una indemnización por los perjuicios causados<sup>7</sup>. Como acción sancionadora y no propiamente reparadora, la caracterización de esta institución conlleva las notas habituales de toda norma punitiva<sup>8</sup>: así se suelen citar los fines de prevención general y especial<sup>9</sup> y satisfacción de la necesidad de justicia de la víctima. Junto a ello, de manera coherente con el carácter penal de la sanción, la doctri-

<sup>6</sup> GARCÍA MATAMOROS, L. V. y M. C. HERRERA LOZANO, «El concepto de los daños punitivos o punitive damages», en *Estud. Socio-Juríd.*, 5(2003), p. 212.

<sup>7</sup> Algunas acciones penales, como la *actio furti*, tenían este carácter de compatibilidad con la reclamación reipersecutoria mientras que otras, como la *actio legis aquilia*, tenían carácter mixto, pues eran incompatibles con una reclamación indemnizatoria; si bien dicho carácter pudo aparecer en época tardía, siendo originariamente una acción pura, tal como sostiene A., DÍAZ BAUTISTA, «La función reipersecutoria de la poena ex lege Aquilia», en *La responsabilidad civil: de Roma al derecho moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (coord. por Alfonso Murillo Villar), Burgos, 2001, p. 269.

<sup>8</sup> GARCÍA MATAMOROS y HERRERA LOZANO, *op. cit.*, p. 216.

<sup>9</sup> Según algunos autores, ésta es la principal función de la institución analizada. *Vid.* ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., «Función preventiva de daños», *La Ley*, 03/10/2011.

na anglosajona incluye un particular elemento subjetivo<sup>10</sup> que se define *como conducta ultrajante, debido a su motivación perversa o su descuidada indiferencia hacia los derechos de otros*. Según la doctrina<sup>11</sup>, la conducta maliciosa del agente es precisamente el elemento diferenciador y cuantificador de los daños punitivos.

No es, sin embargo, posible ofrecer una definición precisa de la conducta que motiva la imposición de los daños punitivos habida cuenta de que su regulación no es uniforme a lo largo de los países del ámbito del common law. Así, en el Reino Unido, la figura de *exemplary damages* quedó reducida en 1964<sup>12</sup> a supuestos típicos como la violación de derechos constitucionales, la conducta perjudicial expresamente calculada y aquellos casos en que la ley expresamente lo prevea. Por su parte, en Estados Unidos, donde la figura de *punitive damages* está mucho más extendida, la aplicación de ésta no es totalmente uniforme, presentando peculiaridades en los distintos estados.

Mientras que el dolo directo de primer grado<sup>13</sup> y sus variantes (dolo directo de segundo grado y dolo eventual<sup>14</sup>) parecen claramente cubiertos por el supuesto, resulta dudoso que pueda incurrirse en daños punitivos en caso de actuación culposa, de manera que mientras algunos autores descartan expresamente la extensión de esta norma a los casos de culpa lata<sup>15</sup>, la descripción de la conducta que suele ofrecerse, suele incluir la *indiferencia criminal hacia las obligaciones civiles o hacia los derechos de los otros*<sup>16</sup>, lo que podría calificarse como «culpa grave». A fin de cuentas, los límites en nuestra doctrina entre dolo eventual y culpa con representación son muy difusos<sup>17</sup>. Como señala Paulo, *magna culpa dolus est (culpa lata a dolo equiparetur)*.

Uno de los casos célebres de daños punitivos fue el del «Ford Pinto». El modelo Pinto era un vehículo compacto de bajo peso desarrollado por la empresa norteamericana a principios de los 70 en el contexto de la crisis del petróleo. Se diseñó bajo las órdenes de Lee Lacocca con la finalidad de competir

<sup>10</sup> Vid. AMERICAN LAW INSTITUTE; Restatement of the Law of Torts, Art. 908, vol. 4, ST Paul, Minn, 1979, p. 464.

<sup>11</sup> VADILLO ROBREDO, G., «Daños punitivos en el proceso civil norteamericano», en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, 44, 2 (1996) p. 178.

<sup>12</sup> Caso *Rookes v Barnard and others* [1964] UKHL 1, [1964] AC 1129.

<sup>13</sup> El agente desea realizar la acción y producir el resultado.

<sup>14</sup> Cuando el agente desea la acción, pero no el resultado, pese a lo cual, y siendo consciente de que el resultado es inevitable o muy probable, realiza la acción.

<sup>15</sup> Vid. KEETON, D., DOBBS, D., KEETON R, & OWEN, D., *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5.a edic., West Publishing Co. (Lawyers edition), St. Paul (Minn.), 1984, p. 9 s.

<sup>16</sup> Vid. a. e. FIELD, G.W., *A Treatise on the Law of Damages*, Mills & Company Law Publishers, Des Moines (Iowa), 1876, p. 82 s.

<sup>17</sup> *Paulus libro primo manualium* D. 50.16.226: Magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est.

con los vehículos japoneses, más ligeros y de menor consumo. Ya en el proceso de diseño y fabricación, los ingenieros advirtieron de dos problemas estructurales (colocación del depósito de gasolina detrás del eje trasero y debilidad de los materiales) que provocaban con frecuencia la explosión del vehículo y el atrapamiento de los ocupantes en caso de colisión trasera. Sin embargo, al parecer, la necesidad de lanzar el vehículo y cumplir con las expectativas financieras de la empresa hicieron descartar las advertencias de seguridad poniendo así en el mercado un producto que el fabricante sabía inseguro.

En mayo de 1972, Lily Gray viajaba junto al menor Richard Grimshaw en un Ford Pinto, cuando su vehículo fue alcanzado por otro que circulaba a unos treinta kilómetros por hora. El choque ocasionó, efectivamente, un incendio en el vehículo, así como el bloqueo de las puertas, quedando los ocupantes atrapados en el fuego. Lily Gray murió por problemas cardíacos generados por las quemaduras, mientras que Richard sobrevivió con graves secuelas.

Grimshaw y los herederos de la señora Gray demandaron a Ford Motor Company. Después de un juicio de seis meses, el jurado condenó a Ford Motor Company<sup>18</sup> a pagar a Grimshaw dos millones y medio de dólares por daños compensatorios y más de cien millones por daños punitivos, y a los Gray medio millón dólares en compensación por daños, si bien estas cantidades fueron revisadas a la baja en la apelación.

Este caso nos sirve para reflexionar sobre el elemento subjetivo de la acción merecedora de la condena por daños punitivos: evidentemente no puede atribuirse a la compañía ni a sus directivos dolo directo. No parece probable que hubiera una intención deliberada de provocar el resultado, pero sí resulta probada una gravísima negligencia con representación, ya que –al parecer– constaba a la compañía, antes de la comercialización, la presencia de deficiencias que, en caso de alcance, provocarían la explosión y el atrapamiento. Como argumenta Carrascosa González<sup>19</sup>, Ford hizo cálculos y determinó que le saldría más barato indemnizar los eventuales daños que modificar el vehículo para hacerlo más seguro, ésta es la malicia que la jurisprudencia norteamericana considera necesaria para que se generen los *punitive damages* y que concuerda, a nuestro juicio, con la máxima de Paulo que equipara la *culpa lata* con el dolo.

Como es sabido, en nuestro sistema continental la responsabilidad civil tiene dos vertientes denominadas, de manera imprecisa pero unánime, respon-

<sup>18</sup> Grimshaw vs Ford Motor Company, 119 Cal App 3d 757 (1981).

<sup>19</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 390.

sabilidad contractual y extracontractual<sup>20</sup>. La primera deriva del incumplimiento de una obligación preexistente entre las partes mientras que la segunda surge sin relación previa entre causante y víctima como resultado del incumplimiento del «deber general de precaución». Distinguidas por su origen, ambas responsabilidades en nuestro Derecho comportan el deber de reparar los daños, siendo el criterio general la indemnidad de la víctima, aunque en puridad, como veremos, esto sólo es cierto para la reparación de daños patrimoniales, siendo una mera ficción en el caso de daños personales.

En el supuesto de daños punitivos en Derecho anglosajón la posibilidad de imponer esta sanción se produce generalmente en el caso de daños producidos sin relación jurídica previa, aunque no se excluye la posibilidad de incurrir en la sanción en el supuesto de que las partes estuvieran ligados por una obligación e, incumpliendo una de ellas su deber, ocasionara el perjuicio. Para ello, sin embargo, sería necesario que el incumplimiento fuera marcadamente doloso; se trataría por tanto de una voluntad deliberadamente rebelde de no cumplir las obligaciones previamente asumidas. Se trataría por tanto de un supuesto de *dolus malus*, es decir, de fraude, tal como se muestra en el asunto *BMW of North America, Inc. v. Gore*<sup>21</sup>. Además, sería necesario que los daños trascendieran lo meramente patrimonial.

Precisamente, el Tribunal Supremo español ha admitido la posibilidad de aplicar en España daños punitivos con motivo de una responsabilidad contractual. Se trata de la Sentencia de 12 de enero de 2009 en la cual se condena a un empresario español al pago de más de 139 millones de pesetas (835.406 Euros) en concepto de indemnización por los perjuicios causados a la sociedad Usa Sogo, con la que tenía firmado un contrato mercantil, al haber demandado a dicha sociedad ante los tribunales de Florida habiendo firmado las partes un acuerdo de sumisión territorial expresa a la jurisdicción española. Al demandar en Estados Unidos por un pretendido incumplimiento contractual de la empresa estadounidense, el empresario español pudo solicitar una fuerte indemnización en concepto de *punitive damages* (455 millones de dólares). Con ello, y aunque los tribunales de Florida se declararon incompetentes en virtud de la cláusula de sumisión suscrita por las partes, el actor ocasionó a Usa Sogo un grave perjuicio en concepto de honorarios de letrado que ahora le son reclamados ante la juris-

---

<sup>20</sup> La denominación es, como se sabe, desafortunada porque la responsabilidad contractual, recogida en el artículo 1.101 CC no deriva necesariamente del incumplimiento de un contrato, sino de una obligación, pudiendo provenir ésta tanto de un contrato como de un delito, cuasicontrato o cuasidelito (art. 1089 CC).

<sup>21</sup> *BMW de North America, Inc. v. Gore*, 517 Estados Unidos 559 (1996). El demandante, tras haber comprado un vehículo nuevo a BMW, descubrió que el vehículo había sufrido daños y había sido repintado antes de la entrega, lo que se consideró un caso de fraude que mereció una condena por daños punitivos de cuatro millones de dólares, que posteriormente fueron reducidos.

dicción española como responsabilidad civil contractual. Como se puede observar, la reclamación que resuelve el Tribunal Supremo no es en concepto de daños punitivos ni por tanto se plantea su virtualidad en nuestro ordenamiento, pero sin duda los honorarios reclamados ahora por Usa Sogo se basan en la existencia en los Estados Unidos de dicha institución, lo cual no impide que, en estricta aplicación del artículo 1.101 CC, nuestro TS estime la reclamación, constituyéndose en un valioso antecedente sobre el tema.

Por otro lado, la determinación del quantum de la indemnización no resulta sencilla en Derecho anglosajón; una vez que el importe queda desligado del valor de un daño patrimonial concreto resulta arbitrario el establecimiento de una cuantía. Podemos decir que, por regla general, la determinación de la cuantía depende de dos variables: el valor de los daños causados y el patrimonio o las ganancias del agente.

El primer criterio se tiene en cuenta para evitar una injustificada desproporción entre la indemnización y el daño. En este sentido, el Tribunal Supremo de Norteamérica, en el caso *BMW of North America, Inc. v. Gore* estableció que la indemnización no debería superar en veinte veces el valor establecido del daño patrimonial, límite que puede superarse en casos excepcionales.

En segundo lugar, se establece una correlación entre el patrimonio del agente y la indemnización. La razón esgrimida es doble: por un lado, se pone en conexión la indemnización con el beneficio obtenido por el agente con la actividad declarada ilícita, con ello se pretende impedir paradojas como la denunciada en el caso, analizado más arriba, del *Ford Pinto*, en el cual la empresa calculó más beneficioso pagar indemnizaciones que reparar los defectos de diseño del vehículo. Por ejemplo, en el caso *Liebeck v. McDonald's Restaurants* el jurado estableció la indemnización punitiva en 2,7 millones de dólares teniendo en cuenta que la empresa de restauración obtenía 1,35 millones de dólares al día con la venta de cafés tan calientes como el que dañó a la Sra. Liebeck.

Por otro, se tiene en cuenta la capacidad económica del culpable para conseguir que la indemnización tenga efectivamente un efecto disuasorio y de prevención especial<sup>22</sup>: de manera gráfica se dice que los daños punitivos deben «picar» o «rascar» al culpable<sup>23</sup>.

La doctrina civilística continental –no sólo española<sup>24</sup>– es muy reacia a la incorporación de los daños punitivos a nuestro Derecho, considerándola contraria al sistema jurídico de base romana.

<sup>22</sup> Algo así como el efecto que producen los días multa en nuestro sistema penal.

<sup>23</sup> Primer circuito: *Rowlett v Anheuser-Busch Inc.*, 832 F2d194 (1st Cir NH 1987).

<sup>24</sup> *Vid.* a.e. PONZANELLI, G., «I Danni Punitivi», en *Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, 2008, p. 25.

El verdadero problema, a nuestro juicio, para la incorporación de los daños punitivos a nuestro Derecho se encuentra en nuestra construcción dogmática del Derecho de daños. En el sistema continental toda esta materia gira en torno al principio de reparación del perjuicio causado (*restitutio in integrum*) que se considera piedra angular de la responsabilidad civil y que podemos ver condensado, casi a la altura de principio general del Derecho, en el artículo 1902 del Código Civil. Debido a la tradición histórica de nuestro sistema jurídico, pensamos que ese deber general de reparación del daño causado procede del Derecho Romano; sin embargo un somero examen del Derecho clásico nos permitirán despejar esta cuestión <sup>25</sup>.

### III. CONSECUENCIAS DEL DAÑO ILÍCITO EN DERECHO ROMANO

#### III.1 En las XII Tablas

Aunque en nuestro moderno sistema jurídico es un principio general y común el deber de reparar el daño causado, no encontramos este concepto formulado con carácter universal en Derecho Romano. La ley de las XII Tablas <sup>26</sup> contiene disposiciones concretas relativas a lo que modernamente consideramos «responsabilidad civil» <sup>27</sup>:

##### III.1.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Como veremos, la llamada responsabilidad «contractual» está presente en Derecho Romano y se manifiesta ya desde las XII Tablas <sup>28</sup>. Aunque las re-

---

<sup>25</sup> Con razón advierte LACRUZ que el artículo 1902 CC no tiene antecedente en Derecho castellano. LACRUZ BERDEJO, «Derecho de obligaciones», en *Elementos de Derecho Civil II*, Barcelona, 1985, p. 476.

<sup>26</sup> Probablemente, como reflexionan WATSON, A.: *Rome of the XII Tables*, Princeton University Press, New Jersey, 1975, p. 5 y RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., *Responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho Romano*, Andavira, Santiago de Compostela, 2015, p.155 los supuestos incluidos en la regulación decenviral nos indican los bienes jurídicos más importantes en la Roma del siglo V aC: la casa, los esclavos, los campos. Si bien, RODRÍGUEZ MONTERO señala que quizás había más supuestos en las XII Tablas (como podría ser la muerte del esclavo ajeno) que no han llegado hasta nosotros.

<sup>27</sup> Advierte RODRÍGUEZ MONTERO (*op. cit.*, p. 155), con base en la redacción de D.9.2.1.pr. que probablemente existieron varias leyes posteriores a la XII Tablas que también incidieron en la regulación de la responsabilidad civil.

<sup>28</sup> En puridad, resultaría forzado asumir la existencia de un sistema general de responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho Romano, no sólo, como advierte RODRÍGUEZ MONTERO, porque la definición inicial de contrato, contenida en *Labeo 1 ad. Ed. D. 50.16.19*, sólo reconoce como tales a los contratos consensuales (si bien la noción se extiende, ya en Gayo, a todos los actos lícitos generadores de obligaciones) sino también porque, como veremos, la noción del deber de reparar el daño ilícitamente causado en omisión



copilaciones más modernas no lo recogen<sup>29</sup>, las reconstrucciones antiguas<sup>30</sup> del texto decenviral, incluyen en la tabla III el siguiente aserto:

*si qui endo deposito dolo malo factum escit, duplione luito*

Del mismo modo, en la Tabla VI encontramos la siguiente norma:

*cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*<sup>31</sup>.

No encontramos en las XII Tablas más referencias a lo que podríamos llamar «responsabilidad contractual» en nuestra terminología, pero ambos casos (y la aposición *a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*) del último párrafo, nos pueden orientar sobre el tipo de consecuencia jurídica que se desprendía del incumplimiento (doloso) de un contrato. Las conclusiones que podemos extraer por el momento son que el incumplimiento contractual malicioso constituía un ilícito civil cuya consecuencia no era la reparación del daño efectivamente causado sino el pago de una multa privada a beneficio del acreedor equivalente al doble del valor defraudado.

### III.1.2 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

#### III.1.2.1 Daños en las cosas

En otro sentido, encontramos en el texto decenviral supuestos en los que un acto ilícito distinto del incumplimiento de una obligación preexistente genera una responsabilidad de carácter patrimonial. Excluimos aquí de nuestra consideración aquellos casos en los que la consecuencia es una pena corporal (azotes) o capital, dado que al objeto de nuestro estudio interesa el modo en que los prime-

---

de un *deber general de cuidado*, fundamento de la llamada responsabilidad civil extracontractual, se forma de manera paulatina a lo largo de la historia jurídica. Vid. RODRÍGUEZ MONTERO *Op. cit.* p. 33.

<sup>29</sup> Vid. CRAWFORD, M.H., *Roman Statutes*, II, London, 1996, GIRARD & F.-SENN, P.F., *Les lois des Romains*, Naples, 1977 y RICCOBONO, S., *Fontes iuris Romani antejustiniani*, I, Firenze, 1941.

<sup>30</sup> Vid. a.e. VAETEBENDER, P., *Dissertatio juridica inavgvralis, de deposito*, Utrecht, 1729, p. 11; GRAVINA, J.V., *Originum Juris Civilis*, Liber I, Gleditschius, 1717, p. 275; ANTEQUERA, J.M., *Historia de la legislación romana*, 3ª ed., Madrid, 1874, p. 262. La *Encyclopaedia Londinensis*, de 1827, reproduce el mismo fragmento, incluido en la Tabla II, 10.

<sup>31</sup> BRUNS, C.G., *op. cit.*, la más moderna recopilación de CRAWFORD, M.H., *op. cit.* Indica únicamente *ni fariatur, duplum poenae esto*. La norma, en cualquier caso, ha sido tomada de Cic., *de off.*, 3, 16, 65: *Nam cum ex duodecim tabulis satis ea praestari, quae esse lingua nuncupata quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret.*

ros legisladores romanos establecieron las consecuencias económicas del acto ilícito, como medio de indagar en los orígenes de la actual responsabilidad civil.

El primer fragmento que encontramos se encuentra inserto en la tabla VI:

*Tignum iunctum aedibus vineave concaput ne solvito. Ast qui iunxit, duplione damnator*<sup>32</sup>.

Se trata, como vemos, de una previsión destinada a quien –de mala fe– utilizara materiales ajenos para incorporarlos a un bien propio. La solución decenviral es, sustancialmente similar a la recogida en nuestro Código Civil<sup>33</sup>, esto es, la propiedad del dueño de la cosa principal y el deber de indemnizar para quien realizó la incorporación de mala fe. Pero adviértase, una vez más, que la indemnización no es la reparación del quebranto sino el pago de una cantidad incrementada (*duplum*) debido, sin duda, a la malicia del incorporador.

En la tabla VII, destinada a los *delicta* encontraremos varias referencias a lo que denominamos «responsabilidad civil», bien entendido que nos situamos aún en un momento en el que resulta difícil deslindar responsabilidad civil y penal, por lo que sería más apropiado hablar de «responsabilidad patrimonial derivada de hecho ilícito» sin aventurarnos aún a calificar su naturaleza jurídica.

El primer texto se refiere a los daños causados por animales (*quadrupes*) en campo ajeno, cuyo propietario, como sabemos, goza de la *actio de pauperie*<sup>34</sup>. La norma se encuentra presente en Ulp., 18 *ad ed.*, D.9.1.1 pr.<sup>35</sup> y se inserta con leves variaciones en la tabla VII.1<sup>36</sup>, en la VIII.6<sup>37</sup> o en la VIII.2<sup>38</sup>. El contenido de la prescripción es claro: el dueño del animal debe resarcir el daño o entregarlo en *noxam*<sup>39</sup>. Sería, según nuestro análisis, el primer supuesto que

<sup>32</sup> ANTEQUERA, J.M., *op. cit.*, p. 265, lo incluye bajo los números VI, 9 y 10. En cambio, BRUNS (*op. cit.*) lo contiene en el texto VI.7 (omitiendo la segunda parte, resaltada en negrita por nosotros). De igual forma opera RICCOBONO (*op. cit.*) si bien, añade la referencia de Ulp., D., 47, 3, 1 pr. Que contiene la pena al *duplum*. Girard (*op. cit.*) redacta la frase del siguiente modo: *SED IN EUM QUI CONVICTUS EST IUNXISSE, IN DUPLUM dat ACTIONem* [las mayúsculas son de GIRARD]. CRAWFORD (*op. cit.*) lleva al apartado 6 de la tabla VI la primera parte del fragmento y omite la segunda.

<sup>33</sup> Artículos 358 y 360 CC.

<sup>34</sup> Un estudio detallado, con cita de doctrina, respecto de la evolución de la *actio de pauperie* se puede encontrar en ROSSO ELORRIAGA, G.F., *Los límites de la responsabilidad objetiva*, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 2016, pp. 83 ss.

<sup>35</sup> También en PS. I.15.1. Se trata de la *actio de pauperie* que se formula del siguiente modo, según Ulpiano: *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxae offerre.*

<sup>36</sup> ANTEQUERA (*op. cit.*, p. 266).

<sup>37</sup> BRUNS (*op. cit.*), RICCOBONO (*op. cit.*), GIRARD (*op. cit.*).

<sup>38</sup> CRAWFORD (*op. cit.*).

<sup>39</sup> CRAWFORD utiliza el verbo *sarcio* (*ni sarcit, noxae dato*), pero el resto de reconstrucciones usan la fórmula *aut dari id quod nocuit – aut aestimationem noxae offerri* que no es exactamente lo mismo,

encontramos en el que la consecuencia jurídica del daño ilícito es el deber de reparación.

Otro supuesto de *damnum* previsto en las XII Tablas es el que la reconstrucción de Antequera<sup>40</sup> coloca en la tabla VII, fragmento 8:

*Qui aedes acervumque frumenti ad aedes positum dolo sciens incensit, victus verberatus igni necator: Ast si casu, noxiam sarcito: Si nec idoneus escit, levius castigator.*<sup>41</sup>

El texto –especialmente en las reconstrucciones más modernas– es especialmente sugestivo en lo que se refiere a la génesis de la responsabilidad por daños: el incendiario doloso es castigado como criminal (azotado y quemado)<sup>42</sup>, en aplicación de la ley del talión. Sin embargo, el que causara un incendio sin intención (*casu* o *neglegentia*, dicen algunas fuentes) sólo deberá resarcir el daño. Amén de ello, si fuera insolvente y no pudiera pagar la indemnización, deberá ser castigado más levemente. Del análisis del texto se desprende que en la legislación decenviral aún no se distingue con nitidez la responsabilidad por culpa del caso fortuito, haciendo responsable de manera objetiva al causante del incendio, aunque la introducción del término *neglegentia* quizás permitiera al autor librarse de la condena si probase haber actuado diligentemente.

También parece establecerse este remedio para el caso de que el agua de lluvia hubiera sido desviada por alguna construcción y, por ello, causase daño en el inmueble vecino, según un fragmento recogido por Antequera<sup>43</sup>, Girard (Tab. VII, 7a), Bruns (7.8a) y Riccobono (7.8a) pero omitido por Crawford, y que rezaría –en la versión más completa– así:

*Si aqua pluvia manu nocet, Praetor arcendae aquae arbitros tris addictio, noxaeque domino cavetor.*

---

pues podríamos entender que la *mens legislatoris* no fue establecer un deber de resarcimiento del daño (que como vemos no parece asimilado en las XII Tablas) sino la facultad del dueño del animal de entregar al mismo en *noxia* (*id quod nocit*) o pagar el valor del animal (*aestimationem noxiae*). Quizás los juristas posteriores nos hemos dejado llevar por una interpretación excesivamente moderna al querer ver en el texto una prescripción indemnizatoria que no estaba presente en su redacción original.

<sup>40</sup> *Cit.* p. 266.

<sup>41</sup> La versión que ofrecen BRUNS, RICCOBONO Y GIRARD (Tab. VIII.10) es aún más interesante para nuestro propósito: *Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari (XII tab.) iubetur; si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur; aut, si minus idoneus sit, levius castigatur* (Gai., 4 ad XII tab., D.47,9,9). CRAWFORD, por su parte interpreta (Tab. VIII, 6) «‘si aedes acervumve frumenti iuxta ?domum? positum combusserit, vinctus verberatus igni... si casu..., noxiam sarcito...’ (= Schoell, VIII, 9; = Bruns, VIII, 10; = FIRA, VIII, 10; Gai., 4 ad XII tab., D., 47, 9, 9).

<sup>42</sup> Pero no parece que deba reparar el daño causado.

<sup>43</sup> *Ibid.*

Finalmente, algunas reconstrucciones<sup>44</sup> insertan un fragmento incompleto que reza:

... rup[s]it... sarcito.

Que podríamos traducir como «si rompió, arregla». El carácter fragmentario del texto no nos permite entender a qué objeto se refiere, y aunque la tendencia del jurista moderno sea tratar de ver una regla general de reparación del daño ilícitamente causado, al estilo de nuestro moderno artículo 1902 CC, lo cierto es que dicha interpretación puede resultar anacrónica y aventurada. En cualquier caso, en nuestra opinión, y en coherencia con el resto de los textos analizados, la previsión de resarcimiento no se referiría a daños corporales sino a daños materiales en los cuales –cuando no existe una voluntad dolosa– parece que sí se establece en las XII Tablas un deber de reparar (*vid. supra*).

### III.1.2.2 *Daños a las personas (lesiones)*

En la moderna doctrina se incluye bajo la categoría de la responsabilidad civil tanto los daños provocados en el patrimonio de una persona como los ocasionados respecto de su cuerpo, a través de las lesiones. Esta extensión tiene sentido por cuanto los daños físicos generan con frecuencia menoscabo patrimonial (gastos de curación, incapacidad laboral temporal y/o permanente, etc.<sup>45</sup>) y permite además compensar –que no resarcir propiamente– el sufrimiento padecido (el *pretium doloris*), abriéndose la vía para el más espiritualizado concepto de daños morales. Como es sabido, en Derecho español se considera la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912 como la introducción del concepto indemnizable de daño moral. La fundamentación jurídica de esta sentencia va a ser reveladora para nuestra investigación: El Tribunal supremo no invoca el artículo 1902 CC para el caso de la demandante, cuyo honor y buena fama han sido mancillados por una noticia falsa, puesto que no existe daño patrimonial resarcible. Antes al contrario, el alto tribunal, apelando a la equidad –y de modo indirecto al carácter de las VII Partidas como Derecho supletorio– acude a Partidas 7.21.9 para estimar la licitud de imponer al demandado el pago de una cantidad que, de algún modo, pueda ayudar, no a resarcir el daño causado, sino a sobrellevar el dolor y angustia de

---

<sup>44</sup> BRUNS, RICCOBONO Y GIRARD VIII.5. CRAWFORD y ANTEQUERA no lo incluyen.

<sup>45</sup> El Derecho Romano no es ajeno a este *daño emergente* de las lesiones: Tanto D.9.2.7 como D.9.1.8 admiten el deber de resarcir los gastos de curación y la reducción de la capacidad laboral.

las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro (STS 9 de diciembre de 2003, FD 2°).

Esta »reparación« de daños personales en cualquier caso será siempre una «satisfactio ficta», puesto que el cuerpo humano no es propiamente un bien patrimonial ni su *restitutio* puede ser, generalmente, perfecta. Desarrollaremos este argumento más adelante, al tratar del supuesto «enriquecimiento injusto» que se derivaría de la aplicación de los daños punitivos en nuestro Derecho moderno.

En Derecho Romano no parece que se admitiera la reparación económica de los daños personales, más allá de la pena privada que parecía reparar más la ofensa que el perjuicio. Así lo encontramos en diferentes párrafos de las XII Tablas:

En primer lugar, con diferencias sistemáticas, insertan las reconstrucciones un texto respecto a la *iniuria*<sup>46</sup> y que se transcribe:

Tab. VIII.4<sup>47</sup>: *si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt*

El texto, tomado de diversas fuentes (Gaius 3,223; Gell. 20,1,12; Coll. 2,5,5; Fest. 508 L; Gell. 16,10,8) aparece casi idéntico en todas las reconstrucciones, si bien en alguna de ellas (Riccobono y Girard) viene precedido de otro fragmento similar: *Iniuriarum actio aut legitima est – Legitima ex lege XII Tab.: ‘qui iniuriam alteri facit, V et XX sestertiorum poenam subito.*

La norma, como se advierte, es la misma, si bien aquí se establece la pena en veinticinco sestercios en lugar de los veinticinco ases del fragmento posterior. Como es bien sabido, el sestercio, moneda de plata equivalente a un cuarto de denario, fue introducido en el sistema monetario romano en torno al siglo III a.C., mucho después de la promulgación de las XII Tablas (siglo V a.C.) por lo que la referencia al sestercio no parece ser original en el texto decenviral. Es posible que corresponda a un intento de actualizar la multa que, al parecer, quedó pronto obsoleta. Inst.4.4.7 nos da noticia de que la pena fija quedó

<sup>46</sup> BRUNS, RICCOBONO, VIII.4,5; CRAWFORD I.15. ANTEQUERA VII.2,3. El término *iniuria* es unánimemente aceptado como ataque al honor, entendiendo que dicha ofensa incluyó desde el principio las lesiones causadas dolosamente, que de otro modo quedarían impunes. Sin embargo, no deja de llamarnos la atención que la fórmula de los daños materiales que recoge la *lex aquilia* (*vid.* *Infra*) incluye expresamente la expresión *damnum iniuria dato* lo que podría llevarnos a pensar que en algún momento los daños materiales causados dolosamente también pudieran constituir una forma de *iniuria*. En este sentido, resulta relevante la definición amplia que contiene Inst. 4.4: *Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit...*

<sup>47</sup> Cfr. BRUNS (*op. cit.*). ANTEQUERA (*op. cit.*) sitúa un texto similar en VII.9.

pronto en desuso, permitiendo los pretores que la cuantía de la multa fuera establecida por el juez a su arbitrio en función de la gravedad de la ofensa:

*sed postea praetores permittebant ipsis qui iniuriam passi sunt eam aestimare, ut iudex vel tanti condemnet, quanti iniuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit.*

Aulo Gelio 20.1.13 narra la anécdota de un acaudalado ciudadano (L. Veracio) que, ante la escasa cuantía de la pena, iba por las calles abofeteando a cuantos se encontraba en su camino, abonándoles, de inmediato la multa de 25 Ases.

El texto decenviral, por otra parte, no concreta qué clase de ofensa se reprime con la pena establecida, pero los autores suponen que se trataría de injurias leves<sup>48</sup>, pues junto a ello las XII Tablas sitúan delitos de lesiones «agravadas» relativas a la rotura de dientes y la rotura de miembros<sup>49</sup>:

Tab VIII.3<sup>50</sup> *manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo*<sup>51</sup>, *CL poenam subito.*

La idea, como se ve, es anudar al daño corporal una cantidad a tanto alzado, sin mencionar un contenido resarcitorio que, como veremos, no corresponde a los daños personales.

Junto a ello, los decenviri introducen una norma que conocemos por diversas fuentes<sup>52</sup> y que se reconstruye generalmente como

Tab. VIII.2<sup>53</sup>: *si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto.*

Este fragmento, a nuestro juicio, inaugura la posibilidad de compensar económicamente las lesiones. Debe entenderse que, aunque para nosotros la reparación de daños materiales y la indemnización de daños personales es casi lo mis-

<sup>48</sup> TORRENT RUIZ, A., «Iniuria» *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 462.

<sup>49</sup> WATSON, A., *op. cit.*, p. 5 se pregunta por qué razón los decenviri incluyeron precisamente estas tres modalidades (*os fractum, membrum ruptum e iniuria*) y no cualquier otra forma de lesión corporal, sin encontrar en la doctrina una explicación convincente. Es lo cierto que las fuentes conocen, como veremos, otras formas de *iniuria*, como la *iniuria atrox* señalada por Gayo 3.225, que resultará relevante para nuestra argumentación posterior.

<sup>50</sup> BRUNS, RICCOBONO y GIRARD. Crawford lo reproduce, con idéntica redacción, en Tab. I.14

<sup>51</sup> La referencia a la rotura de un diente de un esclavo –supuesto claro de *damnum* en sentido propio– es lo que permite aventurar una estrecha relación entre el delito de daños y el de *iniuriae* en esta época, si bien luego se fueron distanciando ambas figuras.

<sup>52</sup> Gai, 3, 223; Paul., *Sent.*, 5, 4, 6; Gell., 20, 1, 14; Fest. 496 L, 320 L, 321 L; Isidor., 5, 27, 24; Prisc., *Inst. gramm.*, 6, 69.

<sup>53</sup> En la reconstrucción de RICCOBONO, en la que concuerda con BRUNS y GIRARD. CRAWFORD lo incluye en Tab. I.13.

mo, no tenía por qué serlo en la Roma arcaica, ni aún en la clásica. La norma decenviral, como sabemos, prevé que si una persona rompe un miembro a alguien se aplicará la ley del talión salvo que víctima y agresor alcancen un acuerdo. En nuestra moderna mentalidad la mención al acuerdo (*si pacit*) nos lleva a pensar en la indemnización y por tanto en la «reparación» de los daños personales, pero las XII tablas no hablan aquí de *reparar* (*sarcio*) sino de pactar (*pacio*). Se entiende que la víctima puede valorar libremente el «precio» de su indemnidad y acordar con el agresor la compensación (que no reparación) adecuada, lo cual se mantendría durante mucho tiempo en la llamada «actio estimatoria».

### III.2 Lex Cornelia de iniuriis

Aunque algún autor ha planteado la hipótesis de que la *lex Aquilia* pudiera haber cubierto algún supuesto de *iniuria*<sup>54</sup>, es lo cierto que la regulación decenviral de la ofensa fue renovada por la *Lex Cornelia de iniuriis* del año 81 dC<sup>55</sup>, recogida por Ulpiano en el libro 56 de su comentario al Edicto del pretor y conservada en D.47.10.5<sup>56</sup>:

*pr. Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat. Qua lege cavetur, ut non iudicet, qui ei qui agit gener socer, vitricus privignus, sobrinusve est propiusve eorum quemquem ea cognatione adfinitateve attinget, quive eorum eius parentisve cuius eorum patronus erit. Lex itaque cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus verberatusve domusve eius vi introita sit. Apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri.*

También Inst. 4.4.8 nos da noticia de la *lex Cornelia*, no sin antes advertir que los pretores-de hecho— ya admitían la estimación de la pena al injuriado apartándose de la multa fija:

*Sed et lex Cornelia de iniuriis loquitur et iniuriarum actionem introduxit. quae competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitum esse dicat. domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitat sive in conducta vel gratis sive hospitio receptus sit.*

<sup>54</sup> SIRKS, AJB, «Delicts», en *The Cambridge companion to roman law*, Cambridge University Press, 2015, p. 254, con cita de D.9.2.13pr.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Según relata SAMPSON, J., *The Historical Foundations of Grotius' Analysis of Delict*, Leiden, 2017, p. 74, citando a Placentino, la *lex Cornelia* y la *lex Aquilia* fueron unificadas por los glosadores para el tratamiento del homicidio y de las lesiones, de manera que se aplicaba la *lex Cornelia* para el homicidio doloso y la *aquiliana* para el imprudente.

Tanto el Digesto (47.10.6-8) como las Instituciones (4.4.9) nos advierten, a continuación de lo que se denomina «*iniuria atrox*»<sup>57</sup>. En estos casos de injuria agravada el Pretor fijaba una suma muy elevada como compensación de la ofensa causada<sup>58</sup>, lo cual acredita que el valor de la pena venía determinado más por la maldad del sujeto agente que por la gravedad del daño.

### III.3 Ley Aquilia

Aunque es posible que el concepto de *iniuria* abarcara en un principio elementos de daño patrimonial que pudieran encuadrarse en el amplio concepto de ofensa<sup>59</sup>, o quizás aquellos casos de daño causado dolosamente, es lo cierto que un plebiscito dictado, probablemente, entre el 287<sup>60</sup> y el 217 aC<sup>61</sup> propuesto por un tribuno llamado Aquilio, reguló de manera específica el *damnum iniuria datum*, en el cual, según toda la doctrina, se encuadran supuestos de daños patrimoniales causados de manera ilícita. La *lex aquilia*, que ha sido profusamente analizada por la doctrina, aparece comentada por Ulpiano, Gayo y otros juristas en D.9.2; contenía tres capítulos, el segundo de los cuales se refería, al parecer, a la acción contra el coestipulante que había liberado al deudor promitente en fraude de acreedores. El capítulo primero y tercero se refieren al delito de daños. Como es sabido, el primer capítulo castigaba al causante de la muerte de un esclavo o cuadrúpedo ajeno al pago del valor máximo del bien en el año anterior<sup>62</sup> y el capítulo tercero<sup>63</sup> condenaba al autor de cualquier otro daño patrimonial (*urere, frangere, rumpere*) al pago del valor máximo del objeto en los treinta días próximos<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> Gai. 3.225: *Atrox autem iniuria aestimatur vel ex facto, velut si quis ab aliquo vulneratus, aut verberatus fustibusve caesus fuerit; vel ex loco, velut si qui in theatro, aut in foro iniuria facta sit; vel ex persona, velut si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatoribus ab humili persona facta sit iniuria.*

<sup>58</sup> Vid. TORRENT RUIZ, *op. cit.*, p. 463.

<sup>59</sup> Vid. Nota supra a propósito de Tab. VIII.3.

<sup>60</sup> Fecha probable de la *lex hortensia*, que equiparaba los plebiscitos a las leyes.

<sup>61</sup> Vid. SIRCKS *op. cit.* P. 258; Torrent lo fija en 286 aC (*op. cit.*, p. 248) y Rodríguez Montero en 287-286 a.C., *op. cit.*, p. 159.

<sup>62</sup> Gai D.9.2.2: *Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.*

<sup>63</sup> Ulp. D.9.2.27.5: *Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

<sup>64</sup> Mucho se ha discutido sobre el sentido de la expresión *quanti ea res erit in diebus triginta proximis*. Algunos autores sostienen que se trata de una corrupción del texto, que originariamente debía decir «*quanti ea res fuit*», otros defienden la literalidad del texto, argumentando que es posible valorar la cosa dañada en los treinta días siguientes al evento. Cabría también afirmar que quizás la norma no está pensando en el valor concreto de ese bien dañado sino en el equivalente de un producto similar en buen estado. También cabría, en fin, suponer que el texto está realizando un uso subjuntivo del futuro de indicativo (*erit*) lo cual no es extraño pues la lengua latina carece de futuro de subjuntivo, en cuyo caso se traduciría



## III.3.1 CONCEPTO DE «DAMNUM»

El primer concepto capital de la regulación aquiliana es el término «*damnum*». Del análisis de las fuentes se desprende que los juristas consideraban «daño» toda lesión en el patrimonio de un hombre libre, incluyendo –obviamente– las lesiones causadas a los esclavos e incluso, por vía de la acción *utilis*, las lesiones causadas por negligencia a *alieni iuris*<sup>65</sup>.

La redacción de la ley, tal como nos ha sido transmitida, especifica sobre qué bienes patrimoniales debe recaer el *damnum* para que fuera concedida la *actio legis aquiliae* en la modalidad de su primer capítulo, entendiendo Gayo que, además de los esclavos, se incluye a los cuadrúpedos que constituyen ganado: ovejas, cabras, bueyes, caballos, mulos y asnos, a los que Labeón añade los cerdos. También se incluyen en el ámbito de aplicación los elefantes y los camellos, excluyéndose los perros:

*Gaius libro septimo ad edictum provinciale D.9.2.2:*

*Ut igitur apparet, servis nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini. Sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur: et recte Labeoni placet contineri. Sed canis inter pecudes non est. Longe magis bestiae in numero non sunt, veluti ursi leones pantherae. Elefanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est) et ideo primo capite contineri eas oportet.*

En los siguientes párrafos, entre los que se dilucida el ámbito de aplicación de esta norma, se sitúa un enigmático fragmento de Ulpiano que parece conceder la *actio utilis* al hombre libre que sufriera daños en sí mismo, esto es, lesiones:

*Ulpianus libro 18 ad edictum D.9.2.13 pr.:*

*Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Fugitivi autem nomine dominus habet.*

---

como *quanto esa cosa fuere (hubiere sido)*. Una interpretación diferente puede encontrarse en ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 968, donde defiende que el plazo de 30 días es el conferido al causante para pagar el valor de la cosa, coincidiendo con el que establecen las XII Tablas (III.1) para que el deudor pague la deuda en evitación de la *manus iniectio*. PLESSIS, P. DU, *Borkowski's Textbook on Roman Law*, Oxford, 2010, p. 321, tras advertir de que la redacción conocida del a *lex Aquilia* procede de Ulpiano que vivió cinco siglos después de su promulgación, analiza las distintas posiciones al respecto.

<sup>65</sup> Ya que de otro modo, al no concurrir el *dolo* necesario para la *actio iniurarium*, quedarían impunes. D.9.2.5.3.

El texto parece haber sido interpolado<sup>66</sup>, pero tuvo una gran repercusión en los glosadores que encontraron en él un cómodo fundamento para equiparar las lesiones causadas por imprudencia al resto de daños<sup>67</sup>. En cualquier caso, al parecer, la *actio utilis* comprendía los gastos de curación y el importe de la cesación de su trabajo, pero no la compensación por los dolores que sufre, ni por las cicatrices ni deformidades sobrevinientes (D.9.2.13; D.9.1.3, D.9.3.7.)<sup>68</sup>.

El tercer capítulo, por su parte, regula los daños ocasionados en cualquier otro bien distinto de los esclavos y animales cuadrúpedos y también los daños causados a estos que no conlleven la muerte:

*Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: «Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto. (Ulpianus libro 18 ad edictum D.9.2.27.5).*

Mucho se ha especulado<sup>69</sup> sobre el uso de los tres verbos resaltados en negrita en el texto (*urere, frangere y rumpere*) y la razón de que Ulpiano –o la propia ley– usen precisamente estos verbos para delimitar las acciones que generan esta *actio ex lege aquilia*. Sin embargo, como señala Castresana<sup>70</sup>, la supuesta limitación de acciones sancionadas por la ley no sirvió más que de acicate para que la jurisprudencia ideara nuevos casos a los que aplicar la norma. Especialmente, como advierte Celso<sup>71</sup> desde que se interpretó «ruperit» como «corruperit» y por tanto se admitió la aplicación de la ley a cualquier deterioro de una cosa.

### III.3.2 «INIURIA» EN LA *LEX AQUILIA*

Probablemente el concepto más fecundo de la formulación de la *lex aquilia* sea la expresión «iniuria», que traducimos por «injustamente» Castresana<sup>72</sup>, con cita de Schipani, advierte de que el término *iniuria* puede encontrar-

<sup>66</sup> JOLOWICZ, H.F., *A Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 2009, p. 277, n. 6. A tal sospecha contribuye el hecho de que el resto de fragmentos contiguos no se refieren a lesiones a hombres libres sino a esclavos.

<sup>67</sup> ACURSIO, *Corpus iuris civilis iustinianei cum commentariis: Primus digestum vetus*, ad D.9.2.13.

<sup>68</sup> Vid. VALLE ARAMBURU, R. DEL, «Desentrañando la esencia de la *lex aquilia*. ¿Reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. U.n.l.p. 2014, p. 279.

<sup>69</sup> Vid. DU PLESSISS, *op. cit.* p. 321.

<sup>70</sup> A. CASTRESANA, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Salamanca, 2001, p. 33.

<sup>71</sup> D.9.2.27.13.

<sup>72</sup> *Op. cit.*, p. 44.

se en Derecho romano en dos sentidos: o bien la violación dolosa de la norma «o bien *iniuria*, en ablativo constante, casi adverbializado, con el sentido de «sin razón, injustificadamente», sin tener derecho a ello, desde el *in-ius* entendido como ausencia o falta de Derecho»<sup>73</sup>.

Inicialmente, como hemos visto, la expresión *iniuria* se refiere a la ofensa al honor, lo que entraña indudablemente el *animus iniurandi*, y por tanto, el dolo. Sin embargo, en algún momento esta expresión se extiende, en lo que refiere a los daños patrimoniales, al elemento subjetivo del injusto que puede incluir, no solo el dolo sino también la culpa. Resulta indudable que en la jurisprudencia clásica tardía el concepto de *iniuria* ya abarca tanto la intención de causar el daño como la negligencia ilícita, a la vista de lo manifestado por Ulpiano en D.9.2.5.1, donde explica que la expresión *iniuria* aquí significa tan solo «ilícito» y por tanto, engloba el daño causado por culpa. Sin embargo, advierte el jurista, a veces concurren ambas acciones, y habrá entonces, añade, dos estimaciones, una por el daño y otra por la ofensa:

*Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrit et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*

Más adelante, en el apartado 3, explica Ulpiano –con cita de Juliano– la diferencia entre la *actio iniurarum* y la *actio legis aquiliae* a propósito de las lesiones causadas por un maestro zapatero a un *alieni iuris*, descartando la *actio estimatoria* ante la ausencia de *animus iniurandi* (*quia non faciendae iniuriae causa percusserit*) pero no duda de la aplicación de la *lex Aquilia*. Se entiende que se trataría de una *actio utilis* porque stricto sensu no se trata de un esclavo ni de ningún otro bien, sin embargo, no aparece expresado así en el texto:

*Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaerat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit di-*

---

<sup>73</sup> Ciertamente la traducción más habitual de la expresión «damnum iniuria datum» es la de «daño causado injustamente», en la cual el término *iniuria* se traduce por el adverbio «injustamente», y probablemente sea la adaptación más acorde al sentido dado por la jurisprudencia a los términos de la ley. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente filológico cabría otra traducción ligeramente distinta, tomando *iniuria* como el complemento agente de una oración en pasiva: «daño causado por la injuria». Siguiendo esta traducción podríamos suponer que la injuria –entendida desde las XII Tablas como agresión dolosa de los derechos de una persona– merece una sanción prevista primero en las XII Tablas y luego en la *lex Cornelia* y, además, si ha provocado un *damnum*, una segunda pena, basada en el valor de la cosa dañada. Tal interpretación hipotética, que podría haber variado con el tiempo, podría tener un residuo en el texto de Ulpiano que comentamos.

*endum. Proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percussit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito.*

Y resulta más enigmático aún un texto inserto en D.9.2.5.7 aparentemente referido al mismo suceso, que concreta que el padre tendrá derecho al resarcimiento de los gastos de curación y de la pérdida de capacidad laboral del menor, por la pérdida del ojo:

*Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.*

Dicha previsión puramente resarcitoria no parece encajar ni en el carácter sancionador de la *lex Aquilia* ni en la pena establecida para la muerte de esclavos (el valor máximo en el año anterior) ni en la pena del valor máximo en los treinta días *proximi* que, según el propio Ulpiano<sup>74</sup>, se establecía en el capítulo tercero, para el resto de daños patrimoniales. Es probable que el texto esté interpolado, pues sistemáticamente no encaja en la casuística de muertes de esclavos, que es el supuesto de hecho que se trata en este apartado del Digesto, pero la narración del caso no parece totalmente inventada por la referencia a Juliano, que vivió poco antes de nacer Ulpiano.

### III.3.3 LA EXPRESIÓN «DATUM»

El uso del verbo «do» en la formulación de la ley causó cierta controversia entre los juristas. Así, en D.9.2.9, que recoge un fragmento de Ulpiano en que se plantean diversos supuestos en los que trata de delimitar cuándo se aplica la *lex Aquilia* y cuándo se debe conceder una *actio in factum*. En particular, en D.9.2.9 pr. analiza el caso de que una partera suministre a una mujer un medicamento que le provocase la muerte y distingue –siguiendo a Labeón– el caso de que la propia partera administre el medicamento (en el cual es aplicable la ley aquilia) de aquél en que se lo entrega a la parturienta para que lo tome, en cuyo caso sería adecuada la *actio in factum*:

*Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit,*

---

<sup>74</sup> D.9.2.27.5.

*ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit.*

Idéntica solución se plantea, siguiendo a Neracio, en el párrafo 2, para quien deja morir de hambre a otro:

*Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait.*

Sin embargo, en otros fragmentos, redactados por Ulpiano –y no basados en la opinión de juristas que le precedieron– parece entenderse que el debate se traslada a lo que la moderna doctrina llama «nexo causal» y que ha sido prolífico durante los siglos XIX y XX, no sólo en Derecho civil sino también en el ámbito del Derecho penal. Por ejemplo, en D.9.2.9.4 se trata el caso de un esclavo que es alcanzado por los dardos tirados por jugadores. Por un lado, se afirma que es responsable, por la ley aquilia, el tirador que erró el tiro, salvo qué la víctima se hubiera interpuesto de manera intempestiva, lo cual recuerda a los modernos conceptos de culpa exclusiva de la víctima y compensación de culpas.

#### IV. CONCLUSIONES

El Derecho Romano clásico no establece de manera general y exclusiva la reparación como consecuencia jurídica del daño patrimonial. Antes al contrario, la intencionalidad del acto, especialmente en los daños corporales, conlleva una sanción pecuniaria a cargo del ofensor y a beneficio de la víctima que no era incompatible con la reparación del daño (más propiamente, la estimación), de manera que el mero resarcimiento queda únicamente previsto para casos de daño accidental o fortuito. Sin embargo, a partir de la codificación, se deslinda la ofensa, que constituye un ilícito penal de injurias, del daño (patrimonial o corporal) que queda sujeto, en nuestro Derecho, al menos aparentemente, a la reparación. En este contexto, resulta extraño que el common law establezca, para las agresiones causadas con grave intencionalidad, una pena privada complementaria a la indemnización, a pesar de que dicha institución es mucho más coherente con nuestro pasado jurídico de lo que podría pensarse.

Frente a la admisión de los daños punitivos en Derecho continental se suele argumentar que el Derecho privado no tiene por fin la función punitiva y que el pago de una indemnización que excediera el valor del daño provocaría un enriquecimiento ilícito de la víctima. Sin embargo, como queda dicho más

arriba, nuestro Derecho acoge, sin disonancias, instituciones que pertenecen al ámbito de los daños punitivos (como el recargo de prestaciones en el ámbito laboral) o que se acercan mucho (como los daños morales o la cláusula penal en los contratos). La prohibición de enriquecimiento injusto, siempre que nos hallemos en el ámbito de los daños no patrimoniales, queda excluida, como argumentamos, pues en los daños corporales y en los inmateriales (como el honor) no cabe la posibilidad de sobrepasar el valor de los daños.