





SERIE DE DERECHO ROMANO N.º 5

Daño y responsabilidad extracontractual  
en la historia del derecho privado



Maria Floriana Cursi

**Daño y responsabilidad  
extracontractual en la historia  
del derecho privado**

Traducción de  
Luis Carlos Sánchez Hernández

Universidad Externado de Colombia

Cursi, Maria Floriana

*El daño y responsabilidad extracontractual en la historia del derecho privado* / Maria Floriana Cursi ; traducción de Luis Carlos Sánchez Hernández -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

414 páginas : ilustraciones ; 21 cm. (Derecho Romano ; 5)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587905533

1. Derecho civil -- 2. Responsabilidad extracontractual -- 3. Derecho Romano -- 4. Daños y perjuicios -- 5. Responsabilidad civil I. Sánchez Hernández, Luis Carlos, traductor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título V. Serie

346.5 SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia MVL  
diciembre de 2020

ISBN 978-958-790-553-3

© 2020, MARIA FLORIANA CURSI  
© 2020, LUIS CARLOS SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (TRAD.)  
© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá  
Teléfono (57-1) 342 0288  
publicaciones@uexternado.edu.co  
www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones  
Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre  
Composición: David Alba Salazar  
Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres  
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia  
*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de la autora.

## CONTENIDO

PRESENTACIÓN DE LA TRADUCCIÓN	15
PREÁMBULO	19
PRIMERA PARTE	
LOS DIVERSOS MODELOS DE DAÑO	
EN LA EXPERIENCIA ROMANA	
CAPÍTULO I	
LA MATERIA DEL DAÑO EN LAS XII TABLAS	25
1. El daño a las cosas	25
2. Las lesiones físicas a las personas	29
3. Los bienes protegidos en la economía del siglo v a.C. y la naturaleza del daño decenviral	34
Nota crítica	35
CAPÍTULO II	
LA REESTRUCTURACIÓN PRETORIA DE LA <i>INIURIA</i> Y LA VOTACIÓN DE LA <i>LEX AQUILIA</i>	47
1. Los primeros testimonios sobre la reestructuración pretoria de la <i>iniuria</i>	47
1.1. Premisa	47
1.2. La <i>iniuria</i> ‘abstracta’ en los testimonios de Plauto	48
1.3. La <i>iniuria</i> ‘indirecta’ de Plauto	51
2. La muerte del esclavo en el primer capítulo de la Ley Aquilia como expresión de la concepción doméstica de la esclavitud	53
2.1. El texto del primer <i>caput</i>	53
2.2. La locución ‘ <i>quadrupes vel pecus</i> ’	54

2.3. La estratificación del texto: la muerte del esclavo como supuesto originario	57
2.4. La <i>iniuria</i> aquiliana como dolo	58
3. La lesión del crédito en el segundo <i>caput</i> de la ley	60
4. La cláusula general de daño como destrucción material de la <i>res</i> en el tercer <i>caput</i> : el último capítulo de un texto estratificado	62
Nota crítica	68
CAPÍTULO III	
LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TEXTO AQUILIANO	95
1. La extensión de la noción de <i>iniuria</i> del dolo a la culpa	95
2. El surgimiento del criterio del <i>id quod interest</i> en la estimación del daño	97
3. El daño tutelado por la <i>actio utilis</i> y por la <i>actio in factum legis Aquiliae</i>	101
Nota crítica	103
CAPÍTULO IV	
EL NACIMIENTO DE NUEVAS FORMAS DE DAÑO Y EL SURGIMIENTO DEL CRITERIO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA	113
1. El daño meramente patrimonial tutelado por la <i>actio de dolo</i>	113
1.1. La <i>actio de dolo</i> y el sistema típico de acciones	113
1.2. Los ámbitos de aplicación	115
1.3. El tipo de daño sancionado por la <i>actio de dolo</i>	117
2. La patrimonialización del cuerpo del hombre libre en el <i>edictum de effusis vel deiectis</i>	122
2.1. El texto del edicto	122
2.2. La naturaleza de la acción edictal	124
3. El resarcimiento del daño en la edad comercial de Roma y el surgimiento de la responsabilidad objetiva	126
Nota bibliográfica	128
CAPÍTULO V	
LA <i>ACTIO IN FACTUM GENERALIS</i> : UNA TUTELA GENERAL DE LA EDAD POSCLÁSICA A LA BIZANTINA	133
1. El contexto general	133

2. La tutela del daño	134
Nota crítica	136

## SEGUNDA PARTE

EN EL SURCO DE LA EXPERIENCIA ROMANA: LAS NUEVAS FIGURAS  
DE DAÑO RESARCIBLE DE LOS GLOSADORES A LOS HUMANISTAS

## CAPÍTULO VI

## LA CONTRIBUCIÓN DE LOS GLOSADORES:

## ENTRE CONSERVACIÓN E INNOVACIÓN 141

1. La tutela aquiliana: la extensión de la aplicación de la <i>actio in factum</i> al resarcimiento del daño por muerte de un hombre libre	141
2. El daño: el surgimiento de la noción de <i>interesse singulare</i> en el resarcimiento del daño	149
3. Perfiles de la responsabilidad: los desarrollos de la identidad entre <i>iniuria</i> y <i>culpa</i> en la interpretación del <i>Corpus Iuris</i>	152
4. Las otras formas de tutela del daño: el debate acerca de los nuevos confines de la <i>actio de dolo</i>	155
Nota crítica	158

## CAPÍTULO VII

## CONTINUIDAD Y NUEVAS ORIENTACIONES

## EN LOS COMENTADORES Y EN LOS HUMANISTAS 161

1. La tutela aquiliana: la potencialidad infinita de la <i>actio in factum</i>	161
2. El daño: la evolución del <i>interesse singulare</i> en el criterio de la <i>utilitas</i>	167
3. Perfiles de la responsabilidad: la culpa como elemento fundamental de la responsabilidad aquiliana	169
4. Las otras formas de tutela del daño: de la acción de dolo a la noción sustancial de dolo contractual y dolo extracontractual	171
Nota crítica	175

## TERCERA PARTE

LA SUPERACIÓN DEL MODELO ROMANO: LA CONSTRUCCIÓN  
IUSNATURALISTA DE LA CATEGORÍA DE DAÑO EXTRACONTRACTUAL

## CAPÍTULO VIII

LA CATEGORÍA UNITARIA DE *MALEFICIUM* EN LA SISTEMÁTICA DE GROCIO

- |    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | La consagración definitiva de la centralidad<br>de la culpa en la figura del <i>maleficium</i>              | 181 |
| 2. | La amplia noción de daño: el reconocimiento<br>de la <i>spes alimentorum</i> y del interés extrapatrimonial | 187 |
|    | Nota crítica  | 191 |

## CAPÍTULO IX

LA CONSOLIDACIÓN DE LA SISTEMATIZACIÓN  
DE GROCIO EN LA REFLEXIÓN DEL *USUS MODERNUS*  
*PANDECTARUM* Y DEL IUSNATURALISMO

- |    |  |     |
|----|--|-----|
|    |  | 197 |
| 1. | Hacia la tutela absoluta del daño a la persona                 | 197 |
| 2. | El surgimiento de la dicotomía<br>antijuridicidad-culpabilidad | 200 |
|    | Nota crítica   | 204 |

## CAPÍTULO X

DOS ETAPAS IMPORTANTES: LA SISTEMÁTICA DE PUFENDORF  
Y LA RUPTURA DE THOMASIVS CON EL MODELO ROMANO

- |    |  |     |
|----|--|-----|
|    |  | 209 |
| 1. | Las diversas locuciones de resarcimiento<br>del daño en la sistemática de Pufendorf  | 209 |
| 2. | El acoplamiento entre la tutela del <i>dominium</i><br>y el surgimiento de la responsabilidad objetiva<br>en la reflexión sobre el daño de Thomasius | 214 |
|    | Nota crítica   | 218 |

## CUARTA PARTE

## LA HERENCIA DEL IUSNATURALISMO EN LOS CÓDIGOS EUROPEOS

- |    |   |     |
|----|---|-----|
|    |   | 223 |
|    | LA RECEPCIÓN DE LAS NOVEDADES DEL IUSNATURALISMO<br>EN LOS CÓDIGOS CIVILES DEL ÁREA GERMÁNICA       | 223 |
| 1. | La estrecha dependencia de los primeros códigos<br>del área germánica de la doctrina iusnaturalista | 223 |

1.1.	La noción de daño	223
1.2.	Los criterios de responsabilidad	227
2.	La originalidad de las contribuciones de la Escuela Histórica y de la Pandectística	231
2.1.	La categoría de daño	231
2.2.	Los criterios de responsabilidad	237
2.3.	El rescate de la concepción romana de dolo	239
3.	La síntesis en el <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	242
3.1.	El resarcimiento del daño patrimonial y meramente patrimonial	242
3.2.	El resarcimiento del daño extrapatrimonial	247
3.3.	Los criterios de responsabilidad	249
	Nota crítica	250

## CAPÍTULO XII

LA ELECCIÓN FRANCESA: LA CLÁUSULA GENERAL DE DAÑO Y LA CULPA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL		259
1.	Los pródromos en la doctrina de Domat y Pothier	259
2.	La consagración en el <i>Code Napoléon</i>	265
	Nota crítica	269

## CAPÍTULO XIII

LA DOBLE ALMA DE LA EXPERIENCIA ITALIANA: LA NOCIÓN DE 'DAÑO INJUSTO'		275
1.	La recepción del modelo francés en el código civil de 1865 y las premisas de su superación	275
2.	El rol de la doctrina alemana en la interpretación de la nueva noción de daño injusto introducida por el legislador de 1942	280
3.	La disolución del dogma de la tutela aquiliana de los derechos absolutos	286
3.1.	De la tutela aquiliana del crédito...	286
3.2.	...al problema de la pura pérdida patrimonial	289
4.	Del daño moral al daño extrapatrimonial	292
4.1.	La gestación del artículo 2059 c.c.	292
4.2.	El resarcimiento del daño biológico en la interpretación del artículo 2059 c.c.	297

5.	El sistema de 'doble vía' de la responsabilidad: el problema de la presunción de culpa <i>in vigilando</i> e <i>in educando</i>	308
5.1.	Hipótesis de responsabilidad objetiva en el código civil	308
5.2.	La responsabilidad de los padres: entre responsabilidad por culpa y objetiva	310
	Nota crítica	316

#### QUINTA PARTE

#### LAS NUEVAS FRONTERAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

##### CAPÍTULO XIV

##### ¿UNA TUTELA EXTRA CONTRACTUAL PARA EL RESARCIMIENTO

	DEL DAÑO PURAMENTE PATRIMONIAL?	343
1.	El planteamiento del problema	343
2.	El modelo contractual	344
3.	La teoría de la obligación sin prestación	346
4.	La adhesión de la jurisprudencia al modelo contractual en el resarcimiento del daño causado por un encuentro social	352
5.	El modelo extracontractual	362
6.	La herencia de la <i>actio de dolo</i> en la tutela extracontractual del resarcimiento del daño puramente patrimonial	364
	Nota crítica	372

##### CAPÍTULO XV

##### LA TIPICIDAD DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

	Y LA DESAPARICIÓN DEL TIPO 'DAÑO EXISTENCIAL'	383
1.	La sentencia de la Casación n. 2697 del 11 de noviembre de 2008	383
2.	El artículo 2059 c.c.: ¿una norma extraña al sistema?	392
	Nota crítica	395

## CAPÍTULO XVI

## LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO:

## ENTRE EL MODELO SUBJETIVO Y EL MODELO OBJETIVO

401

1. Las diversas orientaciones jurisprudenciales  
en el sistema del *civil law* acerca del rol  
de la prueba liberatoria 401
  2. Hacia las raíces del modelo de la responsabilidad  
por el hecho ajeno: el criterio garantista está en la base  
de las formas de responsabilidad por el hecho ajeno 405
  3. El peso de la tradición en la concepción  
de la culpa *in vigilando e in eligendo* 407
- Nota crítica 410



## PRESENTACIÓN DE LA TRADUCCIÓN

Me permito presentar a la comunidad jurídica hispanoparlante la traducción a la lengua española de esta obra de la profesora Maria Floriana Cursi, la cual creo que acompaña de manera notable las cualidades de profundidad, sistematicidad, erudición, sencillez y claridad.

Se trata de un argumento sobre el cual se ha escrito un gran número de tratados, manuales y obras monográficas tanto en nuestro país como en los hermanos países hispanoamericanos, esto es, la responsabilidad civil extracontractual. Con todo, la obra resulta particularmente significativa, pues estudia la materia con un enfoque histórico dogmático, estableciendo los puntos de continuidad y de ruptura de la moderna responsabilidad aquiliana con la tradición romana arcaica y clásica.

Esta obra, si bien abarca vastos ámbitos de la responsabilidad extracontractual, presta particular atención a tres aspectos de esta materia. Primero, a los criterios de imputación de la responsabilidad y a la perenne oscilación entre los criterios objetivos y los subjetivos; luego, a las diversas concepciones del daño y a su relación con la extensión del resarcimiento; y finalmente, al objeto de tutela y al alcance de la *actio de dolo* romana, así como a su potencialidad para tutelar los llamados daños puramente patrimoniales.

El estudio de la profesora Cursi tiene como punto de partida el antiguo derecho romano, en particular el derecho

decenviral. De la mano de fuentes tanto jurídicas como literarias, la autora realiza un profundo estudio del *delictum*, especialmente, del daño aquiliano y de las lesiones a la persona –*iniuria*–, mostrando los principales aportes tanto de la jurisprudencia como de la actividad pretoria para la construcción de un régimen de responsabilidad por daños. Luego, en la obra se exponen los principales momentos que marcaron la continuidad de la tradición romana, así como los que implicaron importantes rupturas con ella, ocurridos durante el derecho común por obra de los juristas medievales –glosadores y comentadores–, al igual que en la reflexión de las principales escuelas jurídicas de los siglos XVII y XVIII –el iusnaturalismo y el humanismo–.

En seguida, encontramos un análisis del régimen de responsabilidad extracontractual en las principales codificaciones europeas: las del área germánica –Prusia, Austria y Alemania–, la francesa y la italiana. A partir de estas codificaciones, la profesora Cursi expone el desarrollo de la responsabilidad por daños en los tres principales sistemas jurídicos europeos –el alemán, el francés y el italiano–, con una atenta referencia al dato normativo, jurisprudencial y doctrinal de cada país. En la última parte, la autora expone algunas importantes reflexiones sobre tres temas que son objeto de particular discusión en la actualidad: la resarcibilidad del daño puramente patrimonial, el daño extrapatrimonial y las categorías que lo integran, y la responsabilidad de los padres por el daño causado por sus hijos menores.

El valor y la importancia de esta obra para el subsistema jurídico latinoamericano resulta evidente al menos desde dos ángulos. De un lado, no cabe duda de que el derecho civil y, en particular, el de la responsabilidad extracontractual, en los diversos ordenamientos que conforman dicho subsistema, está fuertemente arraigado al derecho romano. El proceso codificador de las diversas naciones de América Latina estuvo ampliamente influenciado por el derecho romano, en especial, porque era este el derecho que, a través

de las Siete Partidas y otras leyes castellanas, se aplicaba en las Indias pre-independientes, y porque los tres grandes codificadores latinoamericanos del siglo XIX –Andrés Bello, Dalmasio Vélez Sarsfield y Augusto Teixeira de Freitas– eran distinguidos juristas que se encontraban inmersos dentro de la más pura tradición romanista.

Así, el estudio del régimen de responsabilidad extracontractual de cualquiera de los ordenamientos latinoamericanos no puede prescindir del examen de las principales categorías del derecho romano, en las cuales encuentra su origen y que aún hoy pueden ofrecer novedosas soluciones. Así las cosas, la presente obra constituye, desde ese ángulo, una importante contribución.

De otro lado, los modernos ordenamientos latinoamericanos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en mayor o menor medida, han acogido o se han visto influenciados, ya sea por vía legal o jurisprudencial, por construcciones dogmáticas, categorías, teorías o soluciones jurídicas foráneas, a menudo provenientes del derecho francés, italiano o alemán. En este sentido, la obra favorece la comprensión del contexto histórico y normativo en el cual surgieron, así como los debates que han suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia de su país de origen.

Para concluir, me permito manifestar mi agradecimiento a la autora, profesora Maria Floriana Cursi, por su generosidad al habernos permitido traducir y editar su obra, y a la editorial Jovene, por habernos concedido los derechos de edición. Agradezco asimismo al Departamento de Derecho Romano y a su directora, profesora Emilssen González de Cancino, por su apoyo en esta empresa; y finalmente, a los monitores del Departamento por su gran colaboración.

LUIS CARLOS SÁNCHEZ HERNÁNDEZ  
Profesor  
Universidad Externado de Colombia



## PREÁMBULO

En los últimos años mis intereses investigativos se han concentrado en el tema de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho moderno, traducándose en una serie de estudios: algunos de carácter monográfico<sup>1</sup> y otros, más numerosos, que profundizan en cada uno de los aspectos que han contribuido a enriquecer el cuadro de análisis<sup>2</sup>. La necesidad de superar la fragmentariedad

- 
- 1 *Iniuria cum danno, antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002. *L'eredità dell'actio de dolo' e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008.
  - 2 *'Damnum' e 'iniuria' nella 'Collatio'*, en AA.VV., *'Crimina' e 'delicta' nel tardo antico* (Atti Teramo 2011), Milano, 2003, 39-67; *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistemati dell'art. 2059 c.c.*, en AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003, 103-167 (en versión sintética también en *Rivista di diritto civile*, VI.1, 2004, 865-911); *Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, en AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto* 2, Napoli, 2006, 23-126; *'Actio de dolo' e danno da falsa informazione del terzo*, en *Fides, humanitas, ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, II, Napoli, 2007, 1229-1256; *Dal danno aquiliano al danno extracontrattuale: le radici romanistiche*, en AA.VV., *Itinerari giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo*, Milano, 2007, 215-257; *Actio de recepto e a. furti [damni] in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, en *Studi per G. Nicosia*, III, Milano, 2007, 117-147; *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: Il problema della cosiddetta 'exceptio noxalis'*, en AA.VV., *Filía. Scritti per G. Franciosi*, I, Napoli, 2007; *Dall'actio de dolo' al danno meramente patrimoniale*, en AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008, 77-138; *Il ruolo della azione di dolo edilizia nella dialettica tra editto degli edili e tutela pretoria*, en AA.VV., *Studi in onore A. Metro*, II, Milano, 2010, 1-25; *La responsabilità per fatto altrui e la resistenza del modello romano della responsabilità per colpa*, en AA.VV., *Estudios*

de estos diversos trabajos me ha empujado a regresar a los escritos que ya han sido publicados y a aquellos que están en proceso de publicación, con el fin de trazar un cuadro completo de la temática, rastreando aquellas conexiones que solo en una sistematización unitaria de la materia pueden surgir, para así proponer una nueva lectura integral del fenómeno. Además, esta ocasión me ha permitido tener en cuenta las últimas contribuciones de la doctrina en esta materia, así como precisar más claramente mi pensamiento sobre algunos puntos específicos, confirmando o modificando aquello que ya había publicado.

Empero, el trabajo de reescritura no se justifica solamente en la perspectiva de una visión sintética, sino también como respuesta a una demanda didáctica. Este último aspecto ha condicionado en mucho la estructura de la obra. Respecto del tradicional texto con aparato de notas de profundización, he preferido plantear un texto más ligero que se concentra en los nudos problemáticos y en las soluciones que se han propuesto para ellos, con notas de simple referencia bibliográfica o de mención a las fuentes tratadas, todas traducidas, para facilitar la inmediata comprensión de los fenómenos jurídicos sin entorpecer la lectura del texto con el debate doctrinal. En cambio, para la discusión de las diversas orientaciones doctrinales está reservada –al final de cada capítulo y siguiendo el orden expositivo del texto– una “Nota crítica”.

Como lo pone en evidencia el título mismo del trabajo, las temáticas del daño y de la responsabilidad civil se afrontan con la intención de reconstruir la cuestión de estos fenómenos jurídicos, desde la experiencia romana hasta el derecho privado moderno, según una línea metodológica

---

*jurídicos. Homenaje a A. Guzmán Brito*, II, Alessandria, 2011, 169-214; *Roman delicts and the Construction of fault*, en AA.VV., *Obligations in Roman Law. Past, Present and Future*, Michigan, 2012, 296-319.

adoptada ya en la primera monografía de mi autoría sobre la *lex Aquilia* y propia de la serie de *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* dentro de la cual se encuentra este *Quaderno*. La utilidad de un enfoque de este tipo no es simplemente descriptiva: al contrario, rastrear las líneas de continuidad, señalar los momentos de ruptura con la tradición precedente y, sobre todo, vincular los institutos con las características propias de cada experiencia jurídica, por un lado, permite contextualizar y, por lo tanto, descifrar mejor algunas problemáticas actuales en materia de responsabilidad civil; y, por otro lado, hace posible remover las posibles superposiciones conceptuales que amenazan con alterar la interpretación del fenómeno en la experiencia más antigua.

Este libro está dedicado a mis estudiantes de la Universidad de Téramo.



**PRIMERA PARTE**  
**LOS DIVERSOS MODELOS DE DAÑO**  
**EN LA EXPERIENCIA ROMANA**



## CAPÍTULO I

### LA MATERIA DEL DAÑO EN LAS XII TABLAS

#### 1. EL DAÑO A LAS COSAS

Es sabido que la *lex Aquilia* representa la norma cardinal en materia de daño. Sin embargo, es cierto también que antes de su aprobación existían disposiciones para la tutela del daño. Primordialmente, de ello dan testimonio los mismos *prudentes* cuando comentan el texto legislativo: Ulpiano<sup>1</sup>, de hecho, describe la *lex Aquilia* como una disposición que se habría apartado (*derogavit*) tanto de la normativa decenviral como de las leyes sucesivas, sustituyendo –parecería que de manera integral– el régimen precedente en materia de daño. Igualmente así lo demuestra, si bien de manera más indirecta, el intento de las fuentes romanas –tanto jurisprudenciales como literarias– de instaurar una correlación entre las noticias relativas al derecho arcaico y el régimen más reciente.

En la búsqueda de estas disposiciones más antiguas, el único término de referencia seguro lo representan las leyes

---

1 Ulp. 18 *ad ed.* D. 9,2,1 pr.: *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse* (trad.: “La Ley Aquilia derogó a todas las leyes que antes de ella habían tratado acerca del daño injustamente causado, tanto a las XII Tablas como a cualquier otra norma. No es necesario hacer referencia ahora a tales leyes”).

de las XII Tablas. Para individualizar los diferentes supuestos tendremos en consideración tanto el daño a las cosas como las lesiones a las personas, de modo de tener en cuenta, para efectos de confrontar las normas decenvirales con la Ley Aquilia, todos los perfiles de daño posibles.

Las referencias sobre daños causados a las cosas son bastante fragmentarias, no obstante lo cual el cuadro que resulta de su análisis atestigua numerosas intervenciones en los ámbitos más disímiles.

Gayo<sup>2</sup>, en el comentario a las normas decenvirales, recuerda la hipótesis del incendio de un edificio o de una gavilla de trigo, distinguiendo entre un supuesto doloso y uno no doloso. En el primer caso, la sanción pertenece al ámbito del derecho criminal; en el segundo, en el cual el hecho se realizó *casu, id est negligentia*, está previsto el resarcimiento del daño. Pueden expresarse perplejidades sobre la conformidad literal del fragmento con el texto decenviral, y en particular sobre la autenticidad de la referencia a la negligencia para explicar el término *casus*; empero, aun con las debidas reservas, no puede ponerse en duda la distinción entre incendio doloso e incendio fortuito y sus respectivas sanciones. Y la previsión del resarcimiento del daño en la hipótesis del incendio no doloso, a mi juicio, ofrece un testimonio significativo de la definición de un área que se sustrae del ámbito de la sanción criminal y en la

---

2 Gai. 4 ad l. xii tab. D. 47,9,9 (= tab. 8,10): *Qui aedes acervumve frumentii iuxta domum positum combusserit, vinculus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. Si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur. Appellatione autem aedium omnes species aedificii continentur* (trad.: “El que hubiere incendiado una casa o un montón de trigo puesto junto a la casa, se manda que atado y azotado sea quemado vivo, si a sabiendas y deliberadamente hubiere hecho esto; pero si por casualidad, esto es, por negligencia, se manda o que resarza el daño, o, si no fuera solvente, es castigado con más lenidad; mas en la denominación de la casa se comprenden todas las especies de edificios”).

cual adquiere relevancia la exigencia de resarcir la pérdida patrimonial sufrida.

Un segundo ejemplo lo ofrece la norma decenviral que prevé el resarcimiento (*noxia*) en el caso en el cual un acueducto que pasa por un lugar público causa un daño a un privado<sup>3</sup>.

Encontramos además una disposición poco clara, extraída del epítome de Festo al *de verborum significatione* de Verrio Flacco, relativa a una *ruptio* no identificada de otra manera (Fest. *verb sign. s.v. rupitias* [Lindsay, 320]: *rupitias... XII significat damnum dederit*). La equivalencia establecida con el *damnum dare*—expresión que, como veremos<sup>4</sup>, aparece en el tercer capítulo de la Ley Aquilia— muestra claramente la necesidad de traducir en términos de daño aquiliano una forma de daño que, a través del reenvío al *rumpere*, se presta para ser asimilada a una de las conductas típicas previstas más tarde en la *lex Aquilia*.

Un testimonio de Plinio el Viejo, si bien no reproduce integralmente el texto de la norma, proporciona la noticia más detallada<sup>5</sup> sobre una norma de las XII Tablas que habría sancionado, con una pena pecuniaria equivalente a veinticinco ases, la tala de árboles ajenos con *iniuria*<sup>6</sup>. Precisamente esta última expresión, presente solo en el texto de Plinio,

3 Paul. 16 *ad Sab. D.* 43,8,5 (= *tab.* 7,8b) *Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino sarciatur* (trad.: “Si un arroyo o acueducto que corre por lugar público le perjudicare a un particular, tendrá por la ley de las Doce Tablas acción el particular para que al dueño se le dé acción por el daño”).

4 Cfr. *infra*, cap. II, § 4.

5 Front. *ep. am.* 2,7,14 no la vincula ni siquiera a las XII Tablas; en todos los demás casos no se especifica el monto de la pena o el hecho de que la tala debía hacerse con *iniuria* (en Gai. 4,11; Paul. 18 *ad ed. D.* 12,2,28,6; Paul 22 *ad ed. D.* 47,7,11, se encuentra simplemente *arbores succidere*; en Gai. 10 *ad ed. prov. D.* 19,2,25,4-5, se habla de *excidere*; en Paul. 9 *ad Sab. D.* 47,7,1, de *furtim caedere*; en Ulp. 71 *ad ed. D.* 43,27,1,8, de *rami arboris circumcidere*).

6 Plin. *nat. hist.* 17,7,11 (= *tab.* 8,11): *fuit et arborum cura legibus priscis, cautumque est XII tabulis ut, qui iniuria cecidisset alienas, lueret in singulas aeris XXV* (trad.: “en las antiguas leyes estaba previsto el cuidado de los árboles, en las doce tablas

lleva a considerar que también en esta circunstancia ha habido una operación de adaptación de la antigua previsión a la más reciente normativa aquiliana, en la cual el término *iniuria* aparece tanto en el primero como en el tercer capítulo.

El mismo Plinio nos da noticia, de forma más completa<sup>7</sup>, de la previsión decenviral de una *actio de pastu* contra el impúber que hubiera pastado el propio ganado en un fundo ajeno de manera furtiva y durante la noche, o que hubiera destruido las cultivaciones de un campo ajeno; la consecuencia en ambos casos era el resarcimiento del daño<sup>8</sup>. Igualmente, en este caso el supuesto determinaba además consecuencias de naturaleza criminal –el azotamiento del impúber– que, en cambio, parecerían ser las únicas –pero mucho más graves: la *suspensio Cereri*– previstas para el caso del ilícito cometido por el púber.

Hasta aquí hemos expuesto el régimen decenviral del daño a las cosas. Si bien es cierto que no es posible reconstruir un sistema unitario de una específica forma de daño, el hecho de que algunos de estos supuestos siguieran siendo discutidos como normas actuales en los textos jurisprudenciales

está establecido que por la tala injusta de los árboles ajenos estaba prevista una pena de 25 ases por planta”).

- 7 Se encuentra también una rápida referencia, solo para excluir su aplicabilidad, en Ulp. 41 *ad Sab.* D. 19,5,14,3, en el cual se interroga sobre la acción más adecuada para tutelar al propietario de un árbol cuyos frutos han caído en un fundo colindante por el daño ocasionado por el pastoreo del ganado perteneciente al propietario del último fundo.
- 8 Plin. *nat. hist.* 18,3,12 (= *tab.* 8,9): *frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant gravius quam in homicidio convictum, impubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni* (trad.: “en las XII tablas estaba prevista la pena de muerte para el adulto que furtivamente de noche hubiera pastado el ganado o hubiera destruido los cultivos de un campo y se ordenaba que fuera ahorcado y sacrificado a Ceres con una pena más grave de aquella prevista para el culpable de homicidio; el impúber, en cambio, se ordenaba azotarlo en la medida establecida por el pretor y que fuera condenado a resarcir el daño o el doble del daño”).

sucesivos a la aprobación de la Ley Aquilia pone en evidencia su autonomía respecto al daño aquiliano.

Lo anterior tiene al menos dos consecuencias: en primer lugar, la de redimensionar el alcance del testimonio de Ulpiano relativo a la relación entre la Ley Aquilia y las normas precedentes que tenían un contenido análogo, el cual, como recordamos antes, fue establecido por el jurista severiano en términos de sustitución integral de la primera respecto de las últimas. En segundo lugar, la de justificar el silencio de las fuentes respecto de supuestos que difícilmente podrían haber sido omitidos por los decenviros (p. ej., el daño del ganado), los cuales probablemente habían caído en el olvido porque fueron absorbidos por la sucesiva tutela aquiliana.

La dificultad de establecer la relación entre las normas decenvirales y la *lex Aquilia* no se limita solamente a un problema de sucesión de leyes en el tiempo, sino que también tiene que ver con el cambio de perspectiva desde la cual los fenómenos fueron observados en las diversas fases de la reflexión jurídica. Un ejemplo concreto de ello lo ofrece el caso de lesión a un esclavo: mientras en edad decenviral el supuesto estaba dentro del ámbito de las lesiones a la persona, en el mismo nivel que las lesiones sufridas por hombres libres, en la Ley Aquilia esta hipótesis fue comprendida dentro del daño patrimonial.

## 2. LAS LESIONES FÍSICAS A LAS PERSONAS

Recordemos ahora brevemente el régimen decenviral de los daños a la persona, constituido por una serie de ilícitos que luego en el derecho clásico estaban comprendidos en la figura común de la *iniuria*. Se trata, como sabemos, de tres supuestos:

*tab. 8,2: si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto.*

*tab. 8,3: si os fregit libero, CCC si servo, CL poenam subito sestertiorum.*

*tab. 8,4: si iniuriam [mmss. iniuria] (alteri) faxsit, viginti quinque poenae sunt*<sup>9</sup>.

El *membrum ruptum*, sancionado con el talión a falta de composición voluntaria, designa la lesión física que modifica o anula, temporal o permanentemente, la normal funcionalidad de un miembro o de un órgano. El *os fractum*, sancionado con la pena fija de trescientos ases para un hombre libre y de ciento cincuenta para un esclavo, consiste en la fractura de un hueso. La *iniuria* denominada simple, castigada con una pena de veinticinco ases, en cambio, no estaba cualificada mediante la referencia a una conducta físicamente lesiva, lo cual hace difícil la configuración del supuesto, hasta el punto de que algunos llegan, no solo a negar la existencia de una específica figura de *iniuria* (Albanese, Völkl)<sup>10</sup>, sino incluso a eliminar la disposición del ‘sistema’ decenviral de daños a la persona (Birks, Manfredini)<sup>11</sup>.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el texto comúnmente reconstruido, en las fuentes<sup>12</sup> el término aparece como ablativo, mas no como acusativo, por lo tanto, no se

9 Cfr. *Gai.* 3,223; *Paul. Sent.* 5,4,6; *Paul. lib. sing. et tit. de iniuriis* Coll. 2,5,5; *Inst.* 4,4,7; *Fest. verb. sing. s.v. talionis* (LINDSAY, 496); *Gell.* 16,10,8 y 20,1,12 y 20,1,14; *Prisc. inst. Gramm.* 6,69 (HERTZ, en KEIL II,254). Si bien no se puede excluir que las fuentes hayan anticipado perfiles que surgieron en la posterior elaboración pretoria de la *iniuria* (cfr. *infra* cap. II §1), el dato textual, generalmente, se considera bastante confiable, en este sentido, se reportan las tres normas en la lección de RICCOBONO, S., *Fontes iuris Romani Anteiustiniani*, I, Florentiae, 1941, 53 s. (*tab.* 8,2; 3; 4). En el texto se recuerdan las variaciones señaladas por la doctrina y que pueden, en algunos aspectos, preferirse respecto de las actuales (trad.: “*tab.* 8,2: Si se ha amputado un miembro y no se logra la composición pecuniaria, se aplique el talión; *tab.* 8,3: Si se ha fracturado un hueso a un hombre libre, está obligado a pagar la pena de 300 sesteracios, si es un esclavo, de 150; *tab.* 8,4: Si se ha hecho una lesión a otro, la pena es de 25 sesteracios”).

10 ALBANESE, B., *Una congettura sul significato di ‘iniuria’ in XII Tab. 8,4*, en *Iura*, xxxi, 1980, 21 s. = *Scritti giuridici*, II Palermo, 1991, 1535 s.; VÖLKL, A., *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht. Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt*, Wien-Köln-Graz, 1984, 40 s.

11 BIRKS, P. B. H., *The early History of ‘iniuria’*, en *TR.* xxxvii, 1969, 163 s., en especial 189 s.; MANFREDINI, A. D., *Contributi allo studio dell’‘iniuria’ in età repubblicana*, Milano, 1977, 16 s.

12 *Gell.* 20,1,12.

'comete una *iniuria*', sino que se 'comete (alguna cosa) con *iniuria*', es decir, en modo ilícito. En otras palabras, mientras con *membrum ruptum* y *os fractum* se describe el ilícito a través del evento, con *iniuria facere* el delito está representado en términos de mera conducta.

En qué consiste esta conducta es algo que puede deducirse de dos indicios. Primero, el hecho de que en la sistemática posterior estos tres supuestos hayan sido tratados unitariamente invita a considerar que la conducta consiste en un comportamiento antijurídico y al mismo tiempo material<sup>13</sup>. Segundo, es posible que –siendo relevante, para efectos de la sanción, no tanto el evento como la conducta– esta última fuera punible solo en caso de ser voluntaria, mas no simplemente cuando se realizara objetivamente, a diferencia de lo que sucede en el *membrum ruptum* y en el *os fractum* (Pugliese<sup>14</sup>). Se trataría, entonces, de una lesión física leve, que no conduce a un efecto en sí relevante, y que probablemente se realiza con dolo; de hecho, un ejemplo famoso que nos reporta Gelio es aquel de las bofetadas con las cuales el caballero Verazio ofendía a sus conciudadanos, pagando prontamente la sanción de veinticinco ases<sup>15</sup>.

Hasta aquí la identificación de los supuestos. Un problema adicional tiene que ver con el destinatario de la lesión.

La norma sobre el *os fractum* es la única que distingue entre libres y esclavos. Empero, no han faltado intentos de incluir al esclavo también en las otras normas.

13 En consideración a la medida de la pena, debe excluirse que la lesión de la *iniuria facere* pudiera concretarse en una lesión abstracta. La gravedad de la sanción que el legislador decenviral, coherentemente con la relevancia que el honor tenía en las sociedades más arcaicas, fija para las hipótesis de *carmen famosum*, del *carmen malum* y aun de la *occentatio* –es decir, para supuestos que probablemente tienen que ver con la difamación– es tal que hace dudar acerca del hecho de que una lesión al honor del *civis* pudiera ser castigada con una pena pecuniaria igual a veinticinco ases.

14 PUGLIESE, G., *Studi sull'iniuria*, Milano, 1940, 1 s.

15 Gell. 20,1,13.

Para algunos, la disposición se extiende solamente en el caso del *membrum ruptum*, excluyendo la *iniuria* simple porque las '*iniuriae*' contra un *servus* habrían sido castigadas solo en una época relativamente reciente, mediante un específico edicto pretorio<sup>16</sup> (Pugliese<sup>17</sup>). No obstante, estimo que este último argumento es difícil de compartir pues, en realidad, las '*iniuriae*' tuteladas por el pretor no se refieren solo, o tal vez para nada, a la *iniuria facere*, sino también –si no exclusivamente– al *os fractum* y al *membrum ruptum*. El *edictum*, de hecho, se refiere principalmente a los casos de *verberatio contra bonos mores*, esto es, solamente a las lesiones de una cierta gravedad<sup>18</sup>. La *iniuria* simple, entonces, no parecería estar prevista y, en todo caso, aun si el edicto la hubiera previsto, ello no constituiría un argumento para excluir la tutela decenviral del esclavo, puesto que en el edicto confluyen también el *os fractum* y el *membrum ruptum* del esclavo.

Sobre la base de distintos argumentos, otros autores han resuelto extender al esclavo todas las normas en materia de daños a la persona (Talamanca<sup>19</sup>). La noticia de Catón acerca de una previsión del *talio* no solo para el *membrum ruptum*, sino también para el *os fractum*<sup>20</sup>, atestiguaría –correlativamente– la aplicación del régimen del primer ilícito también al *servus*, lo cual induciría a presumir ulteriormente una aplicación análoga de la norma sobre la *iniuria facere* al esclavo. Este último punto, sin embargo, suscita algunas perplejidades. A diferencia de las dos disposiciones precedentes, en las cuales el monto de la *pactio* se calcula según el *status* de la persona –libre o esclavo–, la norma

---

16 Ulp. 77 ad ed. D. 47,10,15,34.

17 PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, cit., 11 s.

18 Ulp. 77 ad ed. D. 47,10,15,44.

19 TALAMANCA, M., *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, en CAPOGROSSI COLOGNESI, L. y CURSI, M. F. (eds.), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008, 94 s.

20 Cat. orig. 4, fr. 5 (Jordan).

sobre la *iniuria facere*, cuya pena fija es de veinticinco ases, no permite diferenciar la condición de libre o de esclavo, la cual sí aparece claramente delineada en *tab. 3,3* (y probablemente también en *tab. 8,2*). En consecuencia, la ausencia de cualquier graduación de la pena lleva a considerar que la norma estaba limitada a los *liberi*, y tal vez –teniendo en cuenta la levedad de la lesión– no puede excluirse que para este tipo de *iniuria* realizada contra un esclavo no estuviera prevista ninguna sanción.

El cuadro de la *iniuria* se presenta, de esta manera, extremadamente articulado. La interpretación de las normas permitió una aplicación de la tutela relativa al *membrum ruptum* no solo al hombre libre, sino también al esclavo, expresamente tutelado en la disposición del *os fractum* con una sanción disminuida respecto de aquella prevista para el libre. En cambio, me parece que deba observarse con mayor cautela el caso de la denominada *iniuria* simple, pues la pena fija no permite hacer ninguna distinción, a diferencia de la disposición del *os fractum*, entre *liberi* y *servi*.

Para nuestros fines, el dato más relevante es que este régimen fue conservado en la reestructuración pretoria del sistema de daños a la persona en un único delito de *iniuria*, tutelado mediante la *actio iniuriarum*, lo cual creó una especie de duplicación de la tutela, ya que –en consideración al proceso de cosificación que sufrió el esclavo durante el siglo III a.C.– también la Ley Aquilia se ocupó de este supuesto, asumiéndolo como un daño al patrimonio del *dominus*.

Por lo tanto, como sucedió en las hipótesis decenvirales de daño a las cosas, en el caso de la *iniuria* del *servus* la previsión aquiliana se aproximó al régimen precedente, pues, conservando su propia identidad y caracterización, la tutela de los daños a las cosas y a las personas con el tiempo fue siendo diseñada en un sentido típico.

### 3. LOS BIENES PROTEGIDOS EN LA ECONOMÍA DEL SIGLO V A.C. Y LA NATURALEZA DEL DAÑO DECENVIRAL

Del análisis de las diversas formas de daño preaquiliano surge un cuadro que, si bien es complejo, denota unívocamente un sistema económico de tipo agrícola: de ello dan testimonio los daños que tienen que ver con bienes como la cosecha, el pastoreo, los árboles, la casa y la integridad física del esclavo.

Esta última figura nos ofrece la ocasión de reflexionar ulteriormente acerca de las características de este sistema económico. De hecho, en el caso de la lesión al esclavo, a pesar de que existe una identidad del supuesto material, el *servus* no se asimila a la *res*, como sucede luego con la *lex Aquilia*, sino que se coloca en el mismo nivel 'cualitativo' del hombre libre, a pesar de establecer una diferencia cuantitativa en la determinación del resarcimiento del daño. Esto ocurrió así porque en la época decenviral el fenómeno de la esclavitud aún era esencialmente doméstico y minoritario, lo que lleva a resaltar su cercanía con el hombre libre, más que con la *res*. Al contrario, la transformación progresiva de la economía romana en una forma de producción esclavista llevó a cosificar la condición del esclavo, a pesar de que, como veremos, no lo hizo de manera brusca, pues en la misma normativa aquiliana, cuyo texto se produjo de forma estratificada<sup>21</sup>, se pueden encontrar los rastros de esta transformación paulatina.

Una última reflexión tiene que ver con la naturaleza del daño. Se ha señalado correctamente que de la normativa decenviral emerge un cuadro extremadamente fragmentado y caracterizado por una serie de hipótesis específicas de daño material que no encajan dentro de la categoría general de daño. Igualmente fragmentado es, en consecuencia, el

---

21 Cfr. *infra*, cap. II, § 4.

régimen sancionatorio, pues algunas veces es de carácter puramente penal –haciendo referencia al *os fractum* del esclavo, en el cual no hay resarcimiento alguno pues el esclavo se consideraba una persona ofendida mas no un bien resarcible comprendido dentro del patrimonio del *dominus*–. Otras veces es de naturaleza mixta, resarcitoria y penal conjuntamente, esto en las hipótesis que han sido definidas como de daño patrimonial ‘cualificado’ (Corbino<sup>22</sup>) –como lo eran probablemente la sanción fija prevista para el corte de árboles y aquella por el doble del daño en caso de pastoreo o de daño nocturno de la cosecha cometido por un impúber–. Finalmente, encontramos condenas de carácter exclusivamente resarcitorio en el caso de incendio culposo o de pastoreo o daño nocturno de la cosecha; esta última hipótesis, junto a la condena por el doble del daño, prevé también la posibilidad del resarcimiento equivalente al valor del bien destruido.

Fue en este articulado y variado contexto que intervino la *lex Aquilia*, interactuando directamente, como se verá, con las transformaciones que sufrió la tutela de la antigua *iniuria* decenviral.

#### NOTA CRÍTICA

§1. *El daño a las cosas*. Sobre las relaciones entre disposiciones decenvirales y la *lex Aquilia* véase, en general, CURSI M. F., *Iniuria cum damno, antiigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, 274 n. 6.

Sobre el incendio de un edificio o de una gavilla de trigo y, en particular, sobre la correspondencia entre el testimonio de Gayo y el texto decenviral, véase MCCORMACK, G., *Criminal Liability for Fire in Early and Classical Roman Law*, en *Index*,

---

22 CORBINO, A., *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*<sup>3</sup>, Padova, 2008, 38.

III, 1972, 385 s. Sobre el valor del *casus* explicado mediante el reenvío a la negligencia, véase McCORMACK, G., *ibid.*, 393 s. n. 6; ID., *Fault and Causation in Early Roman Law*, en RIDA, XXVIII, 1981, 117; WACKE, A., *Fahrlässige Vergehen im Römischen Strafrecht*, en RIDA, XXVI, 1979, 553; MOLNÁR, I., *Erfolgshaftung oder typisierter 'dolus malus' im archaischen römischen Recht*, en BIDR, LXXXIX, 1986, 481 s. n. 53. En cambio, esta precisión no sería de Gayo según GIOFFREDI, C., *L'elemento intenzionale nel diritto penale romano*, en *Studi di G. Grosso*, III, Torino, 1970, 40 y n. 11, 50; WITTMANN, R., *Die Körperverletzung an Freien im klassischen Römischen Recht*, München, 1972, 21 s. n. 89; PÓLAY, E., *Iniuria - Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom.*, en ZSS, CI, 1984, 179 s. y n. 55, 184 s.

Acerca del daño provocado a un acueducto, reenvío a FIORENTINI, M., *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003, 107 y n. 98, en particular, sobre los problemas relativos a la exacta transmisión del texto que inciden sobre la naturaleza de la tutela señalada en el fragmento. También parece incierta la configuración del supuesto con relación a la naturaleza (pública o privada) del canal. Cfr. *ibid.*, 108 s., con amplia bibliografía.

En cuanto a la tala de árboles ajenos y, en particular, sobre lo atendibles que pueden considerarse las citas 'literales' de Plinio con relación a las normas decenvirales, véase SCHIPANI, S., *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino, 1969, 65 y n. 50; FLINIAUX, A., *L'action 'de arboribus succisis'*, en *Studi P. Bonfante*, I, Milano, 1930, 528 s., 537.

§ 2. *Las lesiones físicas a la persona.* Sobre la posible anticipación de la *iniuria* pretoria en los testimonios que documentan la *iniuria* en las XII Tablas, véase PUGLIESE, G., *Studi sull'iniuria*, Milano, 1940, 4 s.; MANFREDINI, A. D., *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, 16 s. El mismo Pugliese, posteriormente (*Rec. a Manfredini A. D., Contributi allo studio dell'iniuria*, en *Iura*, XXIX, 1978 = *Scritti*

*giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Napoli, 1985, 194), si bien no niega la posibilidad del fenómeno, circunscribe el alcance de la afirmación de Manfredini.

En los testimonios que reportan las fuentes decenvirales sobre la *iniuria*, la referencia paulina (Paul. Sent. 5,4,6) al *carmen famosum* podría hacer sospechar que también esta figura estuviera originalmente comprendida en la categoría general de la *iniuria*, como una hipótesis cualificada. En verdad, no se excluye la posibilidad de que el testimonio constituya una relectura esquemática de las figuras decenvirales originarias, no necesariamente –como tal vez en nuestro caso– vinculables a la *iniuria*. En este sentido, véase HUVELIN, P., *La notion de l'‘iniuria’ dans le très ancien droit romain*, en *Mélanges Ch. Appleton*, Lyon-Paris, 1903, 450; PUGLIESE, G., *Studi sull'‘iniuria’*, cit., 3 n. 1 y 22 s., quien argumenta que el significado originario del término *iniuria* era exclusivamente la lesión física.

Sobre la configuración del *membrum ruptum* la discusión está aún abierta. Se proponen principalmente dos teorías:

a) Una de ellas considera que el *membrum ruptum* es el miembro amputado (cfr. HUVELIN, P., *La notion de l'‘iniuria’* cit., 378, a cuya posición se acerca también VON LÜBTOW, U., *Untersuchungen zur ‘lex Aquilia de damno iniuria dato’*, Berlin, 1971, 113, quien precisa que la lesión debe conseguir un efecto irreversible; esta posición la sigue PÓLAY, E., *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986, 17);

b) La otra –a la cual se adhiere PUGLIESE, G., *Studi sull'‘iniuria’*, cit., 33– sostiene, en cambio, que es solamente una parte del cuerpo lesionada. Así APPLETON, CH., *Notre enseignement du droit romain: ses ennemis et ses défauts*, en *Mélanges G. Cornil*, I, Grand-Paris, 1926, 52 s., sobre la base de la correcta afirmación según la cual habría sido difícil considerar sancionadas todas las múltiples lesiones, diferentes a la amputación de un miembro o de la ruptura de un hueso, con la misma pena pecuniaria; DI PAOLA, S., *La genesi storica del delitto di ‘iniuria’*, en *Ann. Palermo*, I, 1946, 281,

quien sustancialmente sigue la reconstrucción de Pugliese respecto del contenido de cada delito, y se separa solamente de la afirmación según la cual la *iniuria* comprendería toda ofensa material al cuerpo humano que, aun si deja algún rastro, no incide mínimamente en la funcionalidad de la parte del cuerpo lesionada; WITTMANN, R., *Die Körperverletzung*, cit., 4 s., quien circunscribe en parte la amplia noción de Appleton, considerando que en el supuesto del *membrum ruptum* estuvieran incluidas todas las lesiones materiales que “*die dauernde Funktionsschädigung eines Körperglieds (organs) herbeiführt*” (acercándose, de esta manera, a la posición de Lübtow); WATSON, A., *Personal Injuries in the XII Tables*, en TR, XLIII, 1945, 218 s.; y, más recientemente, HAGEMANN, M., *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln-Weimar-Wien, 1998, 40 s.

Igualmente, sobre el supuesto de la *tab. 8,4* la doctrina está dividida:

a. Una primera teoría reconstruye su rol como aquel de completar el paquete decenviral relativo a la *iniuria*. Así PUGLIESE, G., *Studi sull'‘iniuria’*, cit., 1 s. –reelaborando una idea ya propuesta por VOIGT, M., *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechts wie Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, II, Leipzig, 1883, 516 s.– argumenta la existencia de la *iniuria facere*, fundamentalmente, a partir de tres consideraciones:

i. La ausencia de toda referencia terminológica a la *iniuria* en materia de *membrum ruptum* o de *os fractum*;

ii. La diferencia –en cuanto a la sustancia o en cuanto a la entidad– de las penas establecidas en los tres delitos. La referencia al talión en la primera norma indicaría su mayor antigüedad respecto de la pena pecuniaria de trescientos ases por el *os fractum* y de veinticinco por la *iniuria*. La desproporción entre las dos últimas sanciones –continúa el autor– haría pensar en una diversidad sustancial entre los dos delitos. La *iniuria* concebida como un acto violento que no deja rastros visibles de la ofensa, no se prestaría

fácilmente a ser castigada igualmente por medio del talión. Y esta correspondencia entre la configuración de la pena y la estructura del delito hace verosímil imaginar, como lo hace LUZZATTO, G. I., *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934, 182 s., que la sanción, desde su origen, fuera pecuniaria (en este sentido ya se había pronunciado VOIGT, M., *Die XII Tafeln*, II, cit., 521);

iii. El hecho de que, a diferencia de la *iniuria*, solamente los delitos previstos en la *tab. 8,2* y en la *tab. 8,3* podían cometerse contra los esclavos. La hipótesis de PUGLIESE G., *Studi sull' 'iniuria'*, cit., 11 s. (seguida por DI PAOLA, S., *La genesi storica*, cit., 271 s. n. 10 y 290 n. 60; WATSON, A., *Personal Injuries*, cit., 221) ha sido criticada por PÓLAY, E., *Iniuria Types*, cit., 28 s.; VALDITARA, G., *Dammum iniuria datum*<sup>2</sup>, Torino, 2005, 4 sostiene que existía una previsión específica del *membrum ruptum* a un esclavo, diferente a aquella reportada en *tab. 8,2*; más recientemente, TALAMANCA, M., *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, en CAPOGROSSI COLOGNESI, L. y CURSI, M. F. (eds.), *Forme di responsabilità in età decenvirale*, Napoli, 2008, 94 s., ha propuesto la hipótesis según la cual todas las normas sobre la *iniuria* incluían al esclavo. Para una crítica tanto a la hipótesis de Pugliese como a la de Talamanca me permito remitir *supra* en el texto.

Teniendo en cuenta el amplio significado de la expresión *iniuria*, como antijuridicidad, PUGLIESE, G., *Studi sull' 'iniuria'*, cit., 13 s., compartiendo la tesis de LUZZATTO, G. I., *Per un'ipotesi sulle origini*, cit., 183, considera que la *iniuria* es una lesión física verosímilmente voluntaria –si se considera lo inoportuno que resultaría punir una conducta imprudente que no se materializa en un acto externo perceptible–, la cual no se concreta en una figura particular, sino que simplemente connota la contrariedad con el derecho. Sobre la lesión contraria al derecho, véase MOMMSEN, TH., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 787 y n. 1; PERNICE, A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1<sup>2</sup>, Halle, 1895, 22 s.; APPLETON, CH., *Notre enseignement du droit romain*, cit.,

55 s.; DI PAOLA, S., *La genesi storica*, cit., 288 s.; SIMON, D. V., *Begriff und Tatbestand der 'iniuria' im altrömischen Recht*, en ZSS, LXXXII, 1965, 160 s., a pesar de que en la reconstrucción propuesta por este último autor la noción de *iniuria* parece oscilar mayormente entre un significado más general y abstracto, que indica la antijuridicidad, y uno más concreto, el cual "*Nicht-Rechtmäßigkeit eines privaten Zugriffsaktes auf eine Person oder Sache, eine vor der 'vis' gekennzeichnete Handlung, zu der man kein 'ius' hatte*"; y KASER, M., *Zur juristischen Terminologie der Römer*, en *Studi B. Biondi*, I, Milano, 1965, 103 s., para quien la *iniuria* derivaría de *iniurius* = "*rechtloser Mensch*". Sobre el carácter de la violencia física contra la persona, véase HUVELIN, P., *La notion de l' 'iniuria'* cit., 384 s., 455 s.; a pesar de que PUGLIESE, G., *Studi sull' 'iniuria'*, cit., 17 s., 26 n. 3, toma distancia del resultado final del análisis de Huvelin sobre el valor jurídico fundamental de la antigua noción de *iniuria*, como violencia física. El carácter leve de la lesión física es el elemento que caracterizaría la *iniuria* decenviral en la reconstrucción de WITTMANN, R., *Die Körperverletzung*, cit., 12, 22 s. En cambio, apunta al carácter material de la lesión VON LÜBTOW, U., *Zum römisches Injurienrecht*, en *Labeo*, XV, 1969, 134 s. Sobre la voluntariedad de la *iniuria*, véase BINDING, K., *Rechtsvergleichende Vermutungen zu 'membrum ruptum', 'os fractum' und 'iniuria' der Lex XII Tabularum*, en ZSS, XL, 1919, 108, quien vincula estrechamente la *iniuria* al *dolus malus* –como ya antes lo había hecho VOIGT, M., *Die XII Tafeln*, II, cit., 517–. Por su lado, WATSON, A., *Personal Injuries*, cit., 222, parecería encontrar este último criterio en las tres cláusulas decenvirales. En contra PERNICE, A., *Labeo*, II.1<sup>2</sup>, cit., 23; PÓLAY E., *Iniuria Types*, cit., 67 s., quien sostiene que también para la *iniuria* propiamente dicha, como para el *membrum ruptum* y el *os fractum*, se responde sobre la base del mero principio de causalidad.

b. La segunda teoría –aquella que, si bien le reconoce autonomía al supuesto de la *tab. 8,4*, niega la existencia de un delito de '*iniuria*'– fue completamente elaborada, a

partir de algunas ideas anticipadas por ALBANESE, B., *Una congettura sul significato di 'iniuria' in XII Tab. 8.4*, en *Iura*, XXXI, 1980, 21 s. = *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 1535 s., por VÖLKL A., *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht. Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt*, Wien-Köln-Graz, 1984, 40-207, teniendo en cuenta la lectura del testimonio unívocamente transmitido por los códigos –y confirmada por el código Vercelli de la *Collatio* que reporta la otra citación casi textual de la norma– que trae la expresión ‘*iniuria*’ como ablativo y no como acusativo (cfr. VÖLKL, A., *ibid.*, 171 s. y n. 8, quien toma como modelo el emblema de SCHULZ FR., *The Manuscripts of the 'Collatio legum Mosaicarum et Romanarum'*, en *BIDR*, LV-LVI, 1951, 50 s., y sostiene que la lectura exacta puede ser aquella del código de Vercelli. En este sentido ya se había pronunciado ALBANESE, B., *Una congettura sul significato di 'iniuria'*, cit., 29 n. 26). Según Völkl, las XII Tablas habrían establecido un “*si-iniuria-alteri-faxsit-Delikt*” consistente en todo comportamiento injusto concreto que produzca una ofensa a la víctima, sin tener en cuenta el aspecto subjetivo. Sucesivamente, la norma sobre la distinción entre homicidio voluntario y homicidio involuntario (*tab. 8,24a*) habría modificado también el régimen de las lesiones físicas (en el mismo sentido WITTMANN, R., *Die Körperverletzung*, cit., 19). Y así, la antigua norma sobre el *membrum ruptum* –respecto de la cual la norma decenviral conserva el originario talión– se habría mantenido en vigor solo para los casos de lesiones que, de manera aproximada, podríamos definir como voluntarias. Para las conductas lesivas en cualquier medida involuntarias, en cambio, habría sido introducida la norma sobre el *os fractum*, pues la mención de la ruptura del hueso *manu fustive* –modalidad que solo aparece reportada de esta manera en el código Vercelli según el testimonio de Paulo en *Coll. 2,5,5* (cfr. RICCOBONO, S., *Fontes iuris Romani Antejustiniani*, I<sup>2</sup>, Firenze, 1941, 53 n. 3a [*tab. 8,3*], quien menciona la enmienda propuesta por LACHMANN, K.,

*Verbesserungen des Textes der 'Collatio'*, en ZGR, x, 1842, 311)–, lo cual indicaría, según Völkl, la producción de la lesión en contextos de cotidianidad (*v. gr.*, una riña) en los cuales el efecto lesivo está por fuera de la intención de quien cometió la conducta. Por lo tanto, como en el caso del *parricidium*, el hecho cometido sin dolo directo era sancionado con una menor severidad: en nuestro caso, a través de una pena pecuniaria fija. La construcción de Völkl, si bien tiene la virtud de intentar proponer una relectura del delito de lesiones, introduciéndolo en un más amplio horizonte interpretativo, corre el riesgo de quedar excesivamente condicionada por un solo factor –la norma sobre el *parricidium*–, el cual podría no constituir un parámetro de referencia válido. De hecho, puede formularse legítimamente la hipótesis según la cual la relevancia del perfil subjetivo que emerge de la *lex* de Numa, que luego confluyó en *tab.* 24a, no es extensible a nuestro supuesto, considerando el carácter eminentemente casuístico de la normativa decenviral (en este sentido, véase PÓLAY, E., *Iniuria Types*, cit., 51, quien llama la atención sobre el carácter sacro de la norma de Numa, lo cual la diferenciaría de la norma decenviral; y HAGEMANN, M., *Iniuria*, cit., 27 s.). Y la misma perplejidad puede reflejarse, ciertamente, sobre la entera reconstrucción de Völkl, dado que la génesis de la norma sobre el *os fractum* aparece fuertemente condicionada a la intervención de la norma sobre el *parricidium*. Además, otro punto débil de la teoría del autor se halla en la incoherente conexión entre la consideración de la conducta lesiva, testimoniada por la *iniuria alteri facere*, y la emersión tardía de la voluntariedad en el actuar. De hecho, la conducta, más que su efecto, para ser sancionada –como justamente lo observa Pugliese– debe ser voluntaria.

c. Junto a esta doctrina, que, como señalamos, le reconoce autonomía –si bien no al delito de *iniuria* (Völkl)– a la disposición de la *tab.* 8,4, se encuentra una teoría aún más extrema que niega la misma configuración de este último supuesto decenviral. Tomando como base el valor adverbial