

Desentrañando la esencia de la *lex aquilia*. ¿Reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?

POR ROMINA DEL VALLE ARAMBURU (*)

Sumario: I. Introducción. — II. El *damnum iniura datum*. — III. Regulaciones anteriores. — IV. Regulaciones de la *Lex Aquilia*. — V. Casos que no quedaban comprendidos en la *lex*. — VI. ¿Qué es el daño? — VII. La estimación del daño causado. — VIII. ¿Existe la reparación del daño causado? — IX. Interpretaciones. — X. Requisitos que deben cumplirse. — XI. Aplicación de la *Lex*. — XII. Los cuasi delitos. — XIII. Desentrañando la esencia de la pena que la separa de la indemnización. — XIV. Conclusión. — XV. Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo se tratará de determinar si existió una reparación del daño causado tal como lo entendemos en la actualidad en virtud de haberse cometido los delitos determinados por la *Lex Aquilia*, o si se trata de una consecuencia de la evolución del derecho penal privado, en el que pareciera aún no se encontraban perfectamente separados la reparación del daño causado de las acciones penales y reipersecutorias en la cabeza del delincuente, el aspecto central que se trata de dirimir en el presente, que sin lugar a dudas ha servido para determinar los orígenes de la actual responsabilidad extracontractual.

Palabras clave: Daño, responsabilidad extracontractual, delito, pena, indemnización, animales.

THE LEX AQUILIA. ¿FOR DAMAGES O REPAIR IT?

Abstract: In this paper we try to determine whether there was a compensation for loss sustained as we understand today by virtue of having committed the offenses established by the *Lex Aquilia*, or if it is a consequence of the evolution of criminal law private which were not yet appear perfectly separate to repair the damage caused to any criminal proceedings and reipersecutorias ahead of the offender, the central question of settling in the present, which no doubt served to determine the origins of the current liability.

Key words: Damage, tort, crime, compensation penalty, animals.

I. Introducción

En esta oportunidad se hará un análisis de la eventual contraposición que aparece generada por la propia *Lex Aquilia*, respecto de la reparación del daño causado ¿se trata de una reparación indemnizatoria? Versus ¿la aplicación de una pena en el sentido de sanción penal propiamente dicha? Así se verán cómo en Roma aparecen las primeras normas jurídicas que contemplaban las formas en las que eventualmente se repararía el daño causado, pero no en el sentido que lo entendemos actualmente, para ello se hará un análisis de la *Lex Aquilia* y las figuras comprendidas en los capítulos 1 y 3, las regulaciones que existían antes en virtud de la *Lex de las XII Tablas*, la definición de daño y la estimación del daño causado con algunos casos que la ilustran, las interpretaciones doctrinarias que arrojarían luz de cómo opera la reparación del daño causado sin dejar de lado los requisitos que deben cumplirse y como se procedía a la reparación en los cuasidelitos, como una

(*) Profesora Ordinaria Adjunta de Derecho Romano, Cátedra III. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

de las *variae figurae causarum* que fueron apareciendo con el tiempo. Ilustra el presente trabajo una comparación con lo dispuesto por las Partidas de Alfonso X el Sabio en materia de reparación del daño.

II. El *damnum iniuria datum*

Cuando se estudian los delitos privados en Roma encontramos entre las distintas regulaciones las contempladas en la *Lex Aquilia*, por el daño que injustamente se ha causado sobre cosa ajena de manera culposa (Iglesias, 1979: 456). A ésta ley se la denomina así por el Tribuno *Aquilius*, tal como lo refieren algunos autores se trató de un plebiscito (D.2, 9,1). La figura típica fue conocida como *Damnum Iniuria Datum* siendo éste “el daño causado independientemente de cualquier relación con la persona perjudicada” (Bonfante, 1965: 533) reguladas por la *Lex Aquilia* en los capítulos 1 y 3.

III. Regulaciones anteriores

Antes de la *Lex Aquilia*, y desde tiempos muy remotos, la Ley de las XII Tablas regulaba algunas cuestiones relacionadas con los daños:

a) Para el caso de que un animal cuadrúpedo causare un daño —*pauperies*— de manera injusta se debía pagar el valor o se entregaba el animal-*actio de pauperie*. ¿Qué es esta *actio*? Dentro de las acciones personales que se ha dado a los que han sufrido un daño, si fueron casuados por los animales, se llamarán *Pauperies*, definido por Justiniano en *pr Inst. h.t. “damnum sine iniuria facientis datum”* (D. 9, 1,1) o daño causado sin malicia del que lo hace, es una acción noxal y personal porque existe obligación del dueño el animal de entregarlo o indemnizar el perjuicio. (1)

De manera similar se resolvía cuando se reparaba el daño causado por un rebaño que pastaba en terreno ajeno —*actio de pastu*—.

b) Para el caso de que alguien hiciere una tala abusiva de árboles ajenos era penado a pagar 25 ases por cada árbol cortado —*actio de arboribussuccisis*—.

Algunos casos de daños ilícitos en especial los que se referían a la agricultura estaban previstos en la Ley de las XII Tablas que prevenían:

- 1) El que introdujera a pastar el ganado propio en terreno de otro —Tabla VII—.
- 2) El que utilizara la magia y los encantamientos para echar a perder las cosechas —Tabla VIII—.
- 3) El que le fracturase el hueso a un esclavo ajeno, se lo castigaba con la pena de 150 ases.
- 4) Al que de noche y furtivamente segase las mieses o las diere como pasto a los animales —Tabla VIII, 9—.
- 5) Al que incendiase un edificio o una hacina de trigo colocada junto al mismo, sea que lo hiciere a sabiendas o simplemente por descuido —Tabla VIII, 10—.
- 6) Al que cortare injustamente los árboles de otro —Tabla VIII, 11—.

Ya vemos, entonces que la Ley de las XII Tablas prevenía castigos para reparar los daños causados.

IV. Regulaciones de la *Lex Aquilia*

La tipificación aquí contemplada la encontramos en los arts. I y III, así el Capítulo I señala: el que matare injustamente a un esclavo ajeno o animal cuadrúpedo que se halle comprendido en un rebaño, será condenado a dar al dueño tanto cuanto fuera el máximo valor que hubiere tenido la cosa durante ese año. No se tiene la fecha exacta de ésta ley pero se supone que es posterior a la Ley de las

(1) Son obligaciones que no nacen de delitos, cuasidelitos, contratos, ni cuasi contratos.

XII Tablas. El capítulo I se refiere a los animales gregarios, no a los salvajes, quedan comprendidos: los caballos, las mulas, los asnos, las ovejas, los bueyes, las cabras, los cerdos. Los que no están comprendidos en éste capítulo se encuentran comprendidos en el capítulo III.

El daño es injusto, como se dijo, pero no se deja de lado la culpa, ésta debe ser por lo menos levísima, algunos ejemplos de culpa encontramos en la casuística de Justiniano. Ésta puede consistir en la negligencia o la falta de cuidados en la conducta que se despliega, también puede ser un descuido por omitir los deberes que le correspondía ejercer a una persona.

En relación con este capítulo ya las Partidas contemplaban el daño o la muerte causado por un animal de la siguiente manera:

— En caso de que un animal fuera bravío por naturaleza debía estar encerrado, y si así no fuera y cause daño sobre cosa ajena se deberá pagar el doble del valor de dicha cosa al perjudicado.

— En el caso de que hiciera daño sobre un hombre hay que distinguir:

A) Si lo hiere deberá curarlo, cuidando además, del herido, también deberá pagarle lo que dejó de producir a raíz del daño. Si produce la muerte de un hombre deberá pagar una suma alta.

B) En el caso de que quede lisiado algún miembro se interpreta que el juez aplicará la ley del talión: “quede lisiado de algún miembro, débele hacerle enmienda de la lesión, según albedrío del juez del lugar considerando quién es aquél que recibió el mal y en que miembro” (Partida 7ma, Ley 23).

V. Casos que no quedaban comprendidos en la Lex

Había determinadas situaciones que no abarcaban la aplicación de la lex, como las siguientes:

— El que en defensa propia mata al ladrón (Gaius VI, 4,2; D. 9, 2, 4; 29,7; 45,4. No se trata de una muerte culposa el que mata al agresor injusto que lo ataca poniendo en peligro su vida, el cuerpo o los bienes (D.4; D.5; D.45, 4. D.1, 1, 3).

— Tampoco tiene culpa el que matare a otro por caso fortuito (Gaius IV, 3,3) por ejemplo el militar que ejercitándose con flechas en un campo destinado al efecto, ha herido a tu esclavo que pasaba circunstancialmente (Gaius VI, 3,4).

VI. ¿Qué es el daño?

La definición de daño la encontramos en las Leyes de Partidas de Alfonso X El Sabio, entendida como:

“El empeoramiento o menoscabo o destrucción que el hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro. Y hay tres maneras de él: la primera es cuando se empeora la cosa por alguna otra que mezclan con ella o por otro mal que le hacen; la segunda es cuando se mengua por razón del daño que hacen en ella; la tercera es cuando por el daño se pierde o se destruye la cosa del todo” (Partida 7ma, Título XV, Ley 1).

En una definición más moderna siguiendo a las fuentes romanas se hace referencia a él: “Cuando una persona mediante un hecho ilícito e imputable, ocasionaba a otro un perjuicio en su patrimonio sin sacar provecho de ello. Al principio se dictaron en Roma disposiciones especiales para los daños más graves y frecuentes, pero más tarde el pretor fue extendiéndose paulatinamente a otros casos” (Caramés Ferro, 1953: 134).

VII. La estimación del daño causado

Para poder ejercer la acción que surge de ésta ley además de tener en cuenta cual era el valor del cuerpo, se tenía en cuenta lo que razonablemente el esclavo muerto experimentaba para el dominus un daño mayor que el del precio real del esclavo, éste también era estimado, por ejemplo si un esclavo propio que fue instituido como heredero por un tercero y hubiera sido muerto antes de que se hiciera la cretio (Gaius II, 164) de la herencia, entonces, no se estima el daño por el solo precio, sino

también por el monto de la herencia perdida, porque sería injusto que por un esclavo valioso solo fuera resarcido su amo por el daño en sí y no por lo que significa para él desde el punto de vista patrimonial, algo similar me ocurre con el esclavo que es artista plástico o pedagogus conocedor de varios idiomas, por ejemplo, podría también interpretarse que en ese valor del esclavo se comprende lo que el esclavo deja de producir a raíz del perjuicio causado por el daño, siendo tan solo una aestimatio ese valor máximo que tuvo en el año. A la inversa se corre el riesgo por parte del amo, que en el caso de que fuera resarcido por el máximo valor de éste no alcanzare a cubrir el daño por ser grave, pero ocurría esto porque como dije antes eran solo estimaciones. No se puede dejar de mencionar que en caso de la muerte de un esclavo propio en manos de un tercero habilitaba a su dominus a ejercer esta actio o podía perseguir criminalmente al que lo había matado (Gaius IV, 3, 11), la decisión quedaba a su criterio.

Por tanto cuando la ley se refiere a “El máximo valor que hubiere tenido la cosa en ese año”, se entiende que si se matare un esclavo cojo o tuerto, pero que en dicho año estuvo integro la estimación se hace por el valor que tuvo, más por la indemnización resultante sea superior al daño causado (Gaius, III, 214), en las Institutas encontramos varios ejemplos: “También si uno de los gemelos, o un miembro de un grupo de comediantes o de músicos fuera muerto, no se hace solamente la estimación por el muerto, sino que de manera más amplia se computa la depreciación que sufren los otros miembros que sobreviven” (Gaius IV, 3, 10).

VIII. ¿Existe la reparación del daño causado?

Del texto de la Ley Aquilia se desprendería que la acción no es indemnizatoria del daño causado sino que pareciera procede a título de pena, como castigo penal y no como sanción civil, ya que aún no estaba consolidado el derecho en el sentido de reparar el daño y separarlo del aspecto penal.

Se daba la particularidad de que el valor podía resultar ser mayor que el perjuicio ocasionado (Gaius IV, 6, 14). Hay quienes suponen que se restituye así: “no por el monto que tiene el esclavo cuando es muerto sino por el máximo valor que hubiere tenido en ese año” (Gaius IV, 3, 9).

Mientras que en otras fuentes romanas (D, 9, 2, 2 pr.) se establecía que, quien mataba injustamente a un esclavo, esclava ajenos, un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a dar al dueño el valor más alto de la cosa dentro del año anterior al acto damnoso. (2) Pero también lo encontramos de la siguiente manera:

“La acción de daño injusto es establecida por la Ley Aquilia, en cuyo primer capítulo se dispone que, si alguien mata injustamente a un esclavo ajeno o a un cuadrúpedo ajeno de cualquier clase de ganado, sea condenado a dar al dueño el mayor valor que esa cosa haya tenido en aquel año” (Gaius III, 215). (3)

En el segundo capítulo se establece una acción para el adstipulator (co-estipulante) que en fraude del stipulator ha liberado al deudor de la prestación de dinero, siendo ésta acción por un monto equivalente, o dicho de otra manera que se hubiera dado por pagado en fraude del estipulante (Gaius III, 215). (4)

Ésta acción ha sido introducida en la ley a título de daño, pero la previsión no era necesaria, ya que la “actio mandati” bastaba a éste efecto, salvo en lo referente a que en caso de que la otra aparte negar la responsabilidad, la acción es por el doble. (La materia de los dos primeros capítulos estaba indiferenciada y que luego cuando apareció el capítulo III se separó el primer tema del segundo, igual se puede observar como en un principio los romanos no distinguieron entre el daño causa-

(2) *Lege Aquilia capite primo cavetur ut qui servum servam ve alienum alium nam ve quadrupedem vel pecudem in iuria occiderit, quanta id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.*

(3) *Damni in iuria e actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite, cautum est, ut si quis hominem alienum alienam ve quadrupedem quae pecudum numero sit in iuria occiderit, quanta ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnas esto.*

(4) *Capite secundo (adversus) adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quatiea res est, tanti actio constituitur.*

do por un delito y el daño ocasionados de hecho por la conducta de un tercero —adstipulator— (Gaius, III, 216).

Numerosos doctrinarios han tratado de establecer las relaciones posibles entre éste capítulo II, con los capítulos I y III, dicha cuestión no se trata aquí porque no forma parte del tratamiento, ajustándose el mismo solo a los capítulos I y III.

En el capítulo III se prevé toda clase de daño. Se establece una *actio* para el caso de que alguien (hubiera causado heridas) a un esclavo o a un cuadrúpedo que se halle comprendido en un rebaño, o matare o causare heridas (a un cuadrúpedo que no se halle comprendido en un rebaño) como por ejemplo un perro o una bestia feroz- como un oso o un león-.

IX. Interpretaciones

Con respecto al capítulo III la ley contempla los daños causados por quemadura, ruptura o fractura, aunque tendría que haberse dicho solamente todo aquello que resulta físicamente dañado (*corruptum*), la palabra es abarcativa no solamente de las mencionadas, sino también las cortaduras, de las contusiones y derramamientos y todo otro hecho de vicio, perención o deterioro de la cosa. Se agrega (Gaius IV, 3,13) que, también resulta penado por éste capítulo aquel que mezclara vinos o aceites ajenos con otra sustancia para alterar su buena calidad. Pero si se tratare del caso de un hombre libre, no se le concede por éste capítulo una acción directa, sino una *actioutilis* para que se le paguen los gastos y el importe de la cesación de su trabajo, pero nada por los dolores que sufre, ni por la cicatrices ni deformidades sobrevinientes (D.9, 2,13; D.9, 1,3, D.9, 3,7.).

También si lo vemos desde ésta óptica:

“Respecto de las demás cosas, sea de esclavo y res que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro porque hubiera quemado, quebrado o roto injustamente, sea condenado a dar al dueño el valor que la cosa alcance en treinta días próximos” (D. 9, 2, 27, 5). (5)

En el estudio de estas cuestiones hay quienes lo contrastan con el siguiente texto:

“En el tercer apartado se prevé todo sobre otro tipo de daño: si alguien o matara a un esclavo, o a una pieza de ganado, o incluso no de ganado; por ejemplo un perro, una fiera, un oso, un león. También castiga esta parte de la ley el daño causado injustamente a cualquier otro animal o cosa inanimada. Hay pues, acción para el caso de que algo fuera quemado, roto, estropeado, aunque para ello basta con la denominación de “roto”, ya que se entiende que, dentro de lo roto está incluida cualquier cosa que fuera estropeada de otro modo. Por lo tanto se incluyen dentro de ésta palabra las cosas quemadas, rotas partidas, golpeadas, derramadas y todas las que hayan sido estropeadas, destruidas o deterioradas” (6) (Gaius; III, 217).

En cuanto a la forma en que debía reparar el que causó el daño no es penado en cuanto al monto real de la cosa en el año, sino en cuanto al valor que tuvo la cosa en los treinta días anteriores. Aquí la ley no agregó el término “máximo valor” y por ello algunos pensaron que el *iudex* debía ser libre de elegir —dentro del plazo de treinta días— ya la estimación máxima y la mínima que tuvo la cosa, pero Sabinus decidió que hay que sobreentender que está agregada la palabra máximo en ésta parte de la ley, ya que el legislador ha considerado suficiente —el uso del vocablo en la primera parte— (Gaius, III-218).

(5) *Certerarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit in iuria, quanta ea res erit (fuit) in iebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

(6) *Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si qui is seruuum ueleam quadrupedem, quae pecudum numero est (vulnera verit sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est), velut canem, aut feram bestiam, velut ursum, leonem vulna verit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. Un ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum in iura datum hac parte vindicatur. Si quid enim tum aut ruptum aut fractum (fuerit), action hoc capite constituitur, quam quam potuerit sola rupti appellation in omnes istas causas sufficere; ruptum (enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum) est; unde non solum usta (aut rupta) aut fracta, sed etiam scissa et colissa et effusa et quoquo modo uitata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentu.*

Se desprende de ello la falta de proporcionalidad entre el daño efectivamente sufrido y la reparación a título de pena, parecería que se lesionara así la aequitas en la búsqueda del equilibrio entre las contraprestaciones por llamarlo de algún modo, porque la víctima siguiendo con los parámetros que establecía la ley aún siendo víctima del delito podía perjudicar a quién debía satisfacerlo.

El perjuicio se mide, no desde lo económico sino desde lo que es justo. Como también podía ocurrir desde el punto de vista del doble perjuicio a la víctima por la cual la reparación como pena podía ser inferior al daño efectivamente causado.

El capítulo III, se refería al período de “treinta días”, con poca claridad a partir de cuándo se empezaba a contar dicho plazo, tanto en Gaius como en el Digesto la utilización de los términos “*fuert*” (Gaius, III, 218) y “*fuert*” (D. 9, 2, 29, 8) respectivamente indican tiempo pasado, o sea los treinta días anteriores a la realización del daño, teniendo en cuenta para la reparación el valor más alto de la cosa. En el D. 9, 2, 27,5 se utilizó el término “*erit*”, desde éste punto de vista la sanción era contada a partir del daño en los treinta días siguientes. El pasaje dice:

“Si un esclavo hubiera raptado y asesinado a un esclavo ajeno, Juliano y Celso escriben que compete la acción de hurto y la de daño injusto”. (7)

Se interpreta como:

“un ejemplo de la ampliación de la acción de hurto en los casos de destrucción de bienes o de la ley Aquilia” (D’Ors (1997; 436).

X. Requisitos que deben cumplirse

El ejercicio de la acción que emerge de esta ley se va a aplicar en relación al sujeto que causare daño con su propio cuerpo, ya que si el daño se produce de algún otro modo son dadas acciones útiles como por ejemplo si se encerrara un esclavo o una cabeza de ganados ajenos y se los dejara morir de hambre, o si se condujera tan intempestivamente un jumento que el mismo se rompiera un miembro; también, si alguien persuadiera a un esclavo ajeno a ascender a un árbol o descender a un pozo, y ascendiendo o descendiendo se cayera y se matara o lesionara alguna parte del cuerpo; sin embargo si alguien precipitara al esclavo ajeno del puente o de la ribera al río y dicho esclavo se ahogara no puede resultar difícil entender en éste caso, que el daño ha sido ocasionado por el propio cuerpo de aquél que lo ha precipitado (Gaius III, 219). El daño debe ser *corpore corporidatum* (Gaius IV, 3, 16).

1) *CORPORE*: Significa que el daño debe ser producido por el cuerpo del agente ejercido por el agente con su fuerza muscular o movimientos, en forma directa, para dañar la cosa ajena; con mi mano debo empujar al esclavo que cae al río, entonces no se cumple éste requisito y por ello en lugar de otorgarse la acción directa prevista en ésta ley, se le otorgará una *actio in factum* (D.9, 2, 9,3). También se produce éste requisito del daño causado *corpore* “cuando administramos veneno a un esclavo y éste muere, en cambio solo corresponde una *actio in factum* cuando en lugar de administrárselo directamente lo obligamos al esclavo que se lo tome” (D.9, 2, 9).

2) *CORPORI* o *corpore laesum*: significa que el daño debe ser causado sobre el cuerpo del esclavo o de la cosa ajenos, de tal modo que no se cumple éste requisito y por ello no da lugar a la *actio directa*, sino a una *actio in factum*, el caso de aquél que por compasión libera al esclavo ajeno de sus cadenas, de tal modo que escapa o abre la caja adonde está encerrado un pájaro ajeno y éste vuela (Gaius IV, 3,16 in fine). Según éste texto habría alguna diferencia entre las acciones: en caso de que se cumplan los dos requisitos, corresponde la *actio directa*; pero si solo falta el *corpore* corresponde un *actio utilis*, y si además, falta el *corpori* entonces corresponde una *actio in factum*. Sin embargo ésta diferencia entre *actio utilis* —mencionada por Gaius en el párrafo— y *actio in factum*, no coincide con otras fuentes.

(7) Si servus servum alienum subripuerit et occiderit, Iulianus et Celsus scribunt et furti et damni in iuria e competere actionem.

3) Se tenía que tratar de una conducta antijurídica, de similar manera cuando se obraba con dolo o culpa de parte del sujeto que causaba el daño (D. 50, 17, 55. D. 50, 17, 151).

4) El daño debía estar generado por una conducta humana y no por una omisión por ejemplo. La conducta humana vista desde el punto positivo, como la realización de una conducta o la exteriorización de ésta que va a producir resultados o tener consecuencias jurídicas como los casos que se están analizando.

Por lo tanto el daño tiene que ser *corpore corpori*:

“El daño previsto por la *Lex Aquilia* es solamente el causado *corpore corpori*, es decir, el producido con el esfuerzo muscular del delincuente a la cosa considerada en su estructura física. La sanción de la ley no tiene lugar, en consecuencia por la falta de daño *corpore*, si se encierra el ganado en un establo para hacerlo morir de hambre, o si se persuado a un esclavo de que suba a un árbol, ocasionándole de esa manera la caída y muerte. Gaius III, 219” (ARANGIO RUIZ; 1986, 418).

XI. Aplicación de la Lex

Las dos clases de daños, la del capítulo I y las del capítulo III. La acción de la Ley Aquilia es civil y debe aplicarse solamente a los ciudadanos romanos, sin embargo una fórmula ficticia la hizo aplicable a los peregrinos (Gaius IV: 37).

En el derecho Justiniano fue una *actio mixta*, es decir penal y reipersecutoria al mismo tiempo, ya que tendía en lugar a la reparación del perjuicio causado por el delito pero podía procurar además un enriquecimiento a la víctima:

1) Por la diferencia del valor que el objeto hubiera podido tener en un año o en los 30 días anteriores al delito, y;

2) Por la condenación al doble del valor en caso de que el demandado hubiese negado ser el autor del delito.

XII. Los cuasi delitos

En los cuasidelitos como en los cuasi contratos (BONFANTE 1965: 534) encuentra en común con el delito el hecho objetivo. En el derecho moderno reside en la intención del agente, el delito supone por parte de su autor la intención de dañar (dolo); mientras que en el cuasi delito se excluye esa intención, traduciéndose en un simple daño causado por culpa o negligencia del agente.

Se refiere a que, en Roma (CARAMÉS FERRO 1953: 139) la diferencia se debía a una cuestión histórica, los actos ilícitos ya estaban regulados en la Ley de las XII Tablas y los cuasidelitos que también derivan de hechos ilícitos, fueron prohibidos y castigados por causar daños en base a otras normativas que fueron surgiendo con el tiempo, por ejemplo el Edicto del Pretor, estando los siguientes casos:

A-El supuesto del juez que hace suya la causa: Cuando en forma dolosa o negligente, el juez pronuncia una sentencia errónea o ha descuidado su deber, debe reparar el daño causado mediante el pago de una indemnización equitativa (D.5, 1,15, 1.D. 50, 13,10).

B-Las cosas arrojadas o derramadas: El Pretor creó una acción para el caso de que desde un edificio se arrojaran un objeto a la calle o a algún lugar público, del cual pueda derivar algún daño. Esta *actio* se podía ejercer en contra del inquilino de la casa, el dueño o habitador. La persona demandada a su vez tenía un recurso para obligar al autor a reembolsarle, con esta acción se estaba obligado a pagarle el doble del daño causado, en caso de muerte se otorgaba una *actio* por ciento cincuenta mil sestercios, (D.9, 3,5.). Ésta regulación fue continuada en su esencia por las Leyes de Partidas: se estableció en la Ley 25 que si bien a veces los hombres arrojan cosas a la calle y si bien no lo hacen con intención de hacer daño, pero en caso de que sí sea de ésta última manera deberá indemnizar por el doble del valor

de la cosa dañada (ropas o paños), recayendo la carga sobre quien more en la casa. De manera similar se procede con respecto a las cosas que suspenden o cuelgan los hosteleros respecto de las cuales se les pide que las cuelguen de cadenas de hierro para que no causen daño a terceros, de acuerdo a lo establecido por la Ley 26 de la Partida 5ta.

C-En lugares que dieran a la vía pública, la colocación o suspensión de objetos de cuya caída pudiese resultar daño. También funcionaba como una contravención ya que antes de la caída del objeto, quién quisiera hacerlo podía ejercer la acción que castigaba al dueño del edificio —o a su habitator— a pagar diez sólidos de oro (D.9, 3,5,6).

D-Responsabilidad de los dueños de los navíos, posadas o caballerizas: Cuando arriba de un barco, dentro de una posada o caballeriza, el personal que trabajaba allí cometía un hurto o causaba un daño en perjuicio de cualquier viajero, la víctima podía iniciar una acción en contra del dueño del navío, hotel o establo, por el duplo del daño causado. Dice Ulpiano (D. 4,9) que la utilidad de éstas medidas es muy grandes porque el viajero está obligado a confiar en estas personas y dejarle sus efectos en custodia; ni siquiera el caso fortuito los liberaba de la acción de restituirlos.

XIII. Desentrañando la esencia de la pena que la separa de la indemnización

La palabra pena desde el punto de vista etimológico “es el respeto por la pureza” (ARAMBURU, 2002: 131), había, aún en los tiempos antiguos delitos que ofendían a los dioses y otros a los hombres.

El castigo era el resultado no solamente de lo que la ley establecía en concordancia con la voluntad de los dioses, sino también de la esencia que surgía del mismo pueblo en forma natural desde antes de la creación de las normas escritas, ello iba unido a la moral, como la repulsa social que causaba que un hijo le levantara la mano a su padre, por mencionar un ejemplo ello surgía de la “romanitas”, ésta era una palabra “que se empleó para dar a entender todo lo que un romano da, su punto de vista y la manera de pensar...es análogo a civilización romana” (ARAMBURU 2005:4). El Estado debía dar respuestas esperadas por los miembros de la sociedad “para liberarse de toda responsabilidad de los dioses, necesitaba que de su parte dictara un decreto por el cual repudiase al delincuente de su comunión con los dioses. El *acqua et ignis interdictio* (8)... purgaba a la sociedad de elementos impuros” (ARAMBURU 2002: 134).

Aún en períodos en que la religión se desprende del derecho, y los romanos adoptaron como filosofía el estoicismo, éste se caracterizaba por el “cumplimiento del deber, la autodisciplina y la sujeción al orden natural de las cosas” (Aramburu 2005; 4), en ellos se basaba la aplicación de una pena dineraria en caso de cometerse delitos o cuasi delitos, la pena entendida como castigo o sanción a la expiación del mal que se había causado a un tercero, no como una indemnización para tratar de volver las cosas al estado anterior a cometer el delito, no se pensaba en aquellos tiempos la restitución en dinero para equiparar la pérdida material o patrimonial sufrida por la víctima.

En lo que hace a la Lex Aquilia, encontramos variadas discusiones doctrinarias relacionadas con el carácter resarcitorio o penal de la misma destacándose las siguientes: “La acción *aquilae* es una acción derechamente reipersecutoria, aunque por el carácter especial que ella adopta la tasación del daño ofrezca cierto matiz penal” (Schom 1927; 420-421). Mientras que otros autores han considerado que “la circunstancia de que la ley se la concediera solo al propietario, revela su inspiración resarcitoria” (Díaz 2001; 272).

El propietario de la cosa dañada no podía recurrir a otra que no fuera ésta Lex ya que la *actio reivindicatoria* solo servía para reclamar la devolución de la cosa propia que estuviese en poder de un tercero, si la misma estaba rota o si era animada o había muerto se aplicaban en la sentencia *reivind-*

(8) El agua y el fuego tenían una significancia religiosa desde el punto de vista de los elementos más puros, por eso la privación del agua y del fuego no era solo un castigo político, sino mostrar que aquél que era privado de ellos era un ser impuro y tenía que ser sacado de la sociedad.

dictoria las disposiciones de la Lex Aquilia, ya había obligación por parte del demandado de restituir la cosa en el mismo estado en que la había recibido, y si no estaban éstas condiciones debía responder por ello.

Es interesante resaltar la doctrina italiana mayoritaria a este respecto: "...estima que la valoración era hacia el pasado (pues la partícula *erit* utilizada en D. 9, 2, 27, 5 se debería a un error de transcripción) y además dicha valoración comprendía tanto a los bienes inanimados, erigiéndose el capítulo III en una cláusula general de daños" (VALDITARA, G. 1994: 822).

XIV. Conclusión

Como hemos visto del análisis realizado surge de Ley Aquilia que la acción que se ejercita no es indemnizatoria del daño que se ha causado sino que se aplica como una pena en base a la tipificación existente en ese momento siendo un castigo penal y no como sanción civil, ya que aún no estaba consolidado el derecho en el sentido de reparar el daño y separarlo del aspecto penal, incluso en algunas circunstancias el valor puede ser mayor que el perjuicio ocasionado.

Para entender ello debemos tener en cuenta que, en los primeros tiempos el derecho penal se hallaba fuertemente influenciado por el *fas* o elemento religioso, el delito era una ofensa a los dioses y la pena se trataba de una expiación, en esos casos había que buscar la forma de apaciguar la ira de los dioses, a los efectos de que las consecuencias no fueran sufridas por la comunidad. Recordemos que, al principio la regulación de las penas estuvo a cargo de los pontífices, se consideraba que con los delitos se violaba el orden temporal y espiritual, la pena vengaba a ambos, por lo tanto la importancia del castigo estaba en esa dualidad o doble violación hecha por el delincuente. Sin embargo con "el paso del tiempo y cuando las sociedades primitivas se van organizando y van evolucionando aparece la necesidad de dictar normas jurídicas que tengan por objeto regular de manera expresa lo que por la razón y la moral las comunidades primitivas venían haciendo desde mucho tiempo" (ARAMBURU, 2005: 5).

Los romanos no tuvieron el espíritu inicial de reparar en el sentido de reponer las cosas al estado anterior a la comisión del delito, al principio se debía castigar al culpable con la aplicación de las normas del Talión pero con el paso del tiempo las normas jurídicas se amoldan a las nuevas situaciones que van apareciendo, y no solo se debía reparar el daño causado por el delito y por los contratos incumplidos sino también por las varias figuras de causa como los cuasi contratos y cuasi delitos se establecían sanciones, de acuerdo a la manera en que fueron evolucionando las normas primero fue regulado por la Ley de las XII Tablas luego por La Lex Aquilia influyendo en las figuras cuasi-delictuales que aparecen posteriormente sin dejar de mencionar la influencia en las Partidas de Alfonso El Sabio.

Surge claramente desde la idiosincrasia romana que la pena está vista como un castigo por transgresiones rechazadas por los miembros de la comunidad, encontrando su fundamento en la moral, desde antes de la existencia de las normas escritas primero unido fuertemente a la religión y a la moral de la "civilización romana" o "romanitas", luego, a medida que pasaron los siglos iba unida a las concepciones filosóficas que abrazaron los romanos pero siguiendo su tradición en su pensamiento.

Si lo pensáramos desde la enseñanza tradicional del derecho romano, la reparación del daño causado tiene sentido penal, si tomamos el capítulo III aquiliano, y si adherimos a la cláusula general de reparación de daños es una aproximación a la actual responsabilidad extracontractual.

El pensamiento social romano o comunitario fue recepcionado por las normas escritas estableciendo penas para esas transgresiones, como castigos no como reparación del daño causado o indemnización como entendemos tal concepto en la actualidad. Lo expresado es muy lejano a la concepción moderna de la indemnización civilista, se podría analizar como un antecedente lejano de las penas pecuniarias de nuestro Código Penal Argentino.

XV. Bibliografía

ALFONSO X EL SABIO. *Las Leyes de Partidas*. Digitalizado por Katharsis.

Disponible en: <http://www.revistakatharsis.org/> [Fecha de consulta: 12/03/2014].

ARAMBURU, Romina del Valle, 2002. "El homo sacer. La manifestación del elemento religioso en el derecho penal"; En: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, XLII, 63.

— La mentalidad del hombre romano, 2005, En: Actas del XVII Encuentro nacional de profesores de Derecho Romano, Facultad de derecho de la Universidad del Comahue, General Roca, 2005, 9-20.

— La Evolución de la reparación del daño moral en la Injuria romana, 2011. En: XVII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, realizado en Lima, Perú, 18, 19 y 20 de julio de 2011. Disponible en: ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C12/C12-003.pdf [Fecha de consulta: 10/03/2014].

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, 1986. *Instituciones de derecho romano. Traducido de la versión italiana por José Caramés Ferro*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

BONFANTE, Pedro, 1965, *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Editorial Reus.

CARAMÉS FERRO, José María, 1953, *Curso de derecho privado romano*. Buenos Aires: Perrot.

DÍAZ BAUTISTA, Antonio, 2001, *La función reipersecutoria de la poena ex lege Aquiliae*. Burgos: Ediciones Universidad de Burgos.

D'ORS, Álvaro, 1997. *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

GAIUS, 1967. *Instituciones. Comentada por Alfredo Di Pietro*. La Plata: Editorial Librería Jurídica.

IGLESIAS, Juan, 1979. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Plaza de Edición.

JUSTINIANO, 1969. *Digesto*. Versión castellana por A. D'Ors Pérez Peix. Pamplona: Editorial Aranzadi.

SCHOM, Rodolpho; 1927, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

VALDITARA, Giuseppe, 1994. *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.