

[www.ridrom.uclm.es](http://www.ridrom.uclm.es)

ISSN 1989-1970

[ridrom@uclm.es](mailto:ridrom@uclm.es)

**RIDROM**

Derecho Romano,  
Tradición Romanística y  
Ciencias  
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

---

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

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

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

La *lex Aquilia*, en realidad un plebiscito del 286 a. C., como cualquier otra prescripción normativa vinculante hubiese quedado en nada si no pudiese exigirse *in iudicio* el cumplimiento de sus prescripciones dirigidas a perseguir el resarcimiento del daño extracontractual que la *lex Aq.* encauzó dentro del *damnum iniuria datum*, uno de los más importantes delitos privados (además del *furtum*, la *iniuria*<sup>1</sup> y la *rapina*) perseguibles a instancia de parte a cuyo amparo se fue delineando lo que a partir del *ius commune* medieval se denominó responsabilidad extracontractual. La *lex Aq.* introdujo en el ordenamiento romano los actos antijurídicos culposos al margen de relaciones jurídicas previas entre el causante del daño y la víctima, y de ahí que la *culpa* pasara a convertirse en uno de los principios rectores de la responsabilidad aquiliana<sup>2</sup>. A este respecto el ordenamiento jurídico aprestaba la *actio*<sup>3</sup> definida por Celso (3 *Dig.*) como *ius*

---

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

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

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





práctico, añadiendo que todavía después de más de un siglo de notorios estudios sobre el argumento no se ha llegado a un seguro criterio de método con apuntes muy dispares entre los autores citando para demostrar este punto de vista a autores del relieve de Calamandrei<sup>7</sup> y Satta<sup>8</sup>. La intervención de Chiovenda<sup>9</sup> en el campo del derecho procesal civil es altamente significativa destacando la importancia de la investigación histórica a la que la Pandectística alemana del s. XIX<sup>10</sup> dedicó esfuerzos notables estudiando la acción (“Geschichte der Klagen”) desde Roma a los tiempos modernos considerándola como la evolución a lo largo de más de 20 siglos de una idea “primordial” romana que entendía la *actio* de tiempos antiguos como una afirmación de derecho frente al adversario, idea que transformaría las doctrinas germánicas para considerar la *actio* como una invocación al juez, y oí algunas veces a don Alvaro d’Ors en los años 60 del siglo pasado que la acción no era otra cosa que el derecho en pie de guerra de modo que derecho y proceso no eran otra sino las dos caras de una misma moneda. Ciertamente que las investigaciones procesales generalmente

---

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

<sup>8</sup> S. SATTA, *Diritto processuale civile*, (Padova 1957) 97.

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

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



Con todo lo que implica la relatividad del concepto de acción predicada por Orestano, entiendo que el estudio de la *lex Aq.* exige un análisis paralelo de sus aspectos sustantivos y procesales, y desde luego no se entendería la andadura y evolución de la ley *Aq.* sin sus aspectos procesales a partir de la originaria *actio civilis poenalis ex lege Aq.* que en las sucesivas ampliaciones jurisprudenciales de los *verba legis* llegó a coincidir en el tiempo con acciones aquilianas pretorias que llegaron a constituir una nueva y amplísima tipología procesal<sup>17</sup>. La primera protección procesal que reconocía y

---

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

<sup>15</sup> PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I. *Le legis actiones*, (Roma 1962); II. *Il processo formulare*, (Milano 1961);

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

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

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

La primera expresión procesal de la ley Aq. no podía ser otra cosa que una *actio directa* configurada penalmente<sup>19</sup> dirigida a reparar los daños estrictos previstos en los caps. I y III de la ley: *occisio* y *vulneratio* (*urere, frangere, rumpere* de un esclavo o animal ajeno y daños sobre cosas ajenas<sup>20</sup>) que

---

posteriores de hablar más detenidamente de estas *actiones ad exemplum legis Aq.*

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

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

<sup>20</sup> Dejo aparte el cap. II referido a la punición de los actos reprobables realizados por el *adstipulator* que por su especificidad requiere un tratamiento diferenciado de las previsiones de los caps. I y III. Remito por

originariamente exigía un contacto material y directo (*corpore suo*<sup>21</sup>) entre el causante del daño y el bien dañado, ampliado posteriormente a otros supuestos (*neque corpore neque corpori*; quizá el más significativo sea *fame necare*) debidos a la sucesiva extensión en sede de *interpretatio* de los *verba legis* emprendida por la jurisprudencia, extensión correlativamente enlazada con el progresivo afinamiento del concepto de *culpa*, precisando siempre los juristas romanos que el ilícito culposo debía haber sido realizado con *iniuria* (*sine iure*: sin tener ningún derecho sobre el bien dañado), hasta el punto que Wohllschläger<sup>22</sup> ha insistido en que los romanos únicamente valoraban la conducta culposa del autor del ilícito. La mayoría doctrinal –a la que me adhiero– no cree que la mención *actio in factum* fuera indicio de interpolación, y sigue siendo objeto del interés de la romanística actual la delimitación, posibilidades de ejercicio, causalidad<sup>23</sup>, legitimación activa y pasiva, consideración de la *culpa* del agente del daño<sup>24</sup>, momento de la *aestimatio damni*<sup>25</sup> para fijar el

---

todos con fuentes y lit. a CORBINO, *Il secondo capo della lex Aquilia*, en *Studi Bellomo*, II (Roma 2004) 1 ss.

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

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

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



Dentro de esta evolución ampliatoria jurisprudencial de la responsabilidad aquiliana encontramos dos grupos diferenciados de acciones: 1) la *directa* o *in ius*, amparada inmediatamente en el “dettato”<sup>27</sup> originario de la *lex Aq.* adherente a las prescripciones de la ley (caps. I y III) cuyo tenor originario lo conocemos por Gayo 3,210 y 217, D. 9,2,2 pr.; 2) otro grupo de acciones: *utiles, in factum*<sup>28</sup>, *ad exemplum, quasi damni iniuria legis Aquiliae*, ideadas en la *iurisdictio praetoria* que se habían ido creando correlativamente a la extensión jurisprudencial de los *verba legis*, quizá a partir del 254 en que Tiberio Coruncanio acabó con el monopolio pontifical del conocimiento del derecho, y desde luego posterior al 204, fecha convencional de la *lex Aebutia* que abrió paso al procedimiento *per formulas*. Se discute<sup>29</sup>, si estas acciones pretorias hubieran sido conocidas en la experiencia de la tarda República. Zimmermann<sup>30</sup> entiende acertadamente que los primeros comentarios a la *lex Aq.* (para mí ampliaciones a los originarios *verba legis*) se remontan a los *veteres (conditores iuris)* del s. II a.

---

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

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

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

<sup>29</sup> CORBINO, “*Actio directa, actio utilis, acciones in factum*” nella disciplina giustiniana del danno aquiliano, en *Studi Nicosía*, III (Milano 2007) 3.

C. como Junio Bruto, *vir optimus* y *iuris poeritissimus* al decir de Cic., e inmediatamente después la gran jurisprudencia del s. I a. C.: Quinto Mucio, Servio Sulpicio Rufo y desde luego Aulo Ofilio; el *ius controversum* sobre temas aquilianos se multiplica en época clásica y no se puede negar su presencia contextual en época justiniana<sup>31</sup>. Según Corbino “certo è poi anche che la perdurante sottolineatura giustiniana della origine civile o pretoria dei singoli rimedi, trova anch’essa giustificazione nella normativa del tempo”, y añade “benché il proceso sia ormai ordinato sempre *ex rta ordinem* e si svolga perciò secondo un dinamica del tutto distinta da quella che lo caratterizava quando la procedura era ancora incentrata invece sul rilascio magistratuale di una *formula* dalla cui *conceptio* dipendevano i compiti del giudice, il fondamento sostanziale dell’azione esperibile resta ancora tuttavia rilevante non solo dal punto di vista delle valutazioni che il giudice è chiamato a sprimere, ma anche dal punto di vista del *tempus agendi*”. En este sentido entiendo que Corbino considera relevante el fundamento sustancial de la acción: *occisio* derivada del cap. I, otros daños del III (*vulneratio*), que en su pensamiento entiendo argumento esencial para discriminar el ejercicio en unos casos de la *actio directa* y en otros de las acciones pretorias que iban

---

<sup>30</sup> ZIMMERMANN, *Law of Obl.*, 928 ss.

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

reconociendo las sucesivas ampliaciones del *damnum iniuria datum* aquiliano con nuevos criterios para la *aestimatio damni* aportados por la jurisprudencia y reconocidos en todas las acciones pretorias que debían tener en cuenta tanto la cualidad de la víctima, que si en la acción directa tenía que ser el propietario<sup>32</sup> de la *res laesa*, en las *actiones in factum* podía ser simplemente poseedor, como también obviamente “la natura del pregiudizio lamentato”<sup>33</sup>.

En general la doctrina se ha fijado en la diferenciación entre la *actio directa* y el otro grupo de acciones, especialmente las *actiones utiles* e *in factum*<sup>34</sup> a las que hay que añadir las *actiones ad exemplum legis Aquiliae*<sup>35</sup>, con las que el pretor iba completando cualquier otro ángulo de responsabilidad extracontractual, que no son acciones opuestas al tenor originario del plebiscito aquiliano sino que inspiradas en éste lo iban desarrollando a través de los remedios pretorios. Ya he dicho en otra sede<sup>36</sup> que el pretor en ciertas ocasiones concedía

---

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

<sup>33</sup> CORBINO, *Actio directa*, 3 nt. 4.

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

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

<sup>36</sup> TORRENT, *Prev. aq.* I, cit.

una *actio in factum* con un régimen distinto del de la *actio directa* para exigir responsabilidad por un comportamiento ilícito culposo que conllevaba un daño patrimonial sin que tal comportamiento hubiera alterado la condición física de la cosa; pondré como ejemplo Ulp. que remontándose a Lab. cita el caso de la manumisión por alguno de un esclavo legado que luego se hubiera dado a la fuga; Volterra<sup>37</sup> entiende que la *actio civilis* sólo contemplaba un *facere* directo del autor material del daño, mientras que como en origen la *lex Aq.* no contemplaba las omisiones, (por ejemplo el *fame necare*) sus consecuencias dañosas eran exigibles mediante *actiones in factum ad exemplum legis Aq.*, lo que a mi modo de ver permite presuponer -al menos a nivel teórico- un valor morfogenético de las *actiones ad exemplum* sobre las *utiles* e *in factum* que prácticamente eran equiparables<sup>38</sup>, trayendo la denominación *utilis* una clara connotación procesal mejor precisada con la denominación *ad exemplum legis*, y la denominación *in factum* se derivaría del primer plano en que la jurisprudencia situó el hecho ilícito culposo reprobable penalmente, y creo que puede decirse que el enfoque procesal en el estudio de la *lex Aq.* acaso constituye el nervio de mayores coincidencias de la romanística<sup>39</sup>.

---

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

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

<sup>39</sup> Sobre las *actiones utiles, in factum, ad exemplum legis Aquiliae*, vid. G. ROTONDI, *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*, en *AUPE* 28 (1914)



aunque la determinación causal en conexión con las particularidades casuísticas de los relativos §§ suele ser bastante problemática, y así lo reconoce Nörr<sup>41</sup> a propósito del análisis de D. 9,2,9 pr. al entender que evidencia una serie de implicaciones procesales que tienen que ver con el riesgo que asume el autor del daño en la elección del medicamento prescrito que ocasionaba la muerte del enfermo, mostrando claramente que para la tutela del daño la extensión pretoria – *actio in factum*– era el instrumento judicial idóneo para la sanción de aquella responsabilidad culposa con resultado de muerte que enmarcaba un *iniuria causam mortis praestare*. Coincido con la mayor parte de la romanística en que la denominación *actio in factum* no ofrece base para sostener que fuera indicio de interpolación.

En realidad podríamos hacer tres grupos e incluso cuatro de acciones aquilianas: a) *directa* b), *utiles* e *in factum* por su intercambiabilidad, c) *ad exemplum legis Aquiliae*, d) *actio quasi damni iniuriae ex lege Aq.*, y aun reconociendo la homogeneidad

---

<sup>40</sup> Vid. PUGSLEY, *Causation and confessions in the lex Aquilia*, en TR 50 (1970) 163 ss.; SELB, *Kausalität in der dogmengeschichtlichen Betrachtung*, en *Festschrift Herdlitzka*, (München-Salzburg 1972) 197 ss.; ANKUM, *Das Problem der "überholenden Kausalität" bei der Anwendung der lex Aquilia im klassischen römischen Recht*, en *Festgabe Lübtow*, (Berlin 1980) 225 ss.; J. F. GERKENS, "*Aeque perituris*", cit., 146 ss.; M. SCHERMAIER, *Kausalität oder Finalität? Überlegungen zur "causa" im Ulpian D. 2,14,7*, en T. Finkenauer – B. Sirks (Herg.), *Interpretationes iuris antiqui. Dankesgabe Nishimura*, (Wiesbaden 2018) 293 ss., y concretamente a propósito de la *lex Aq.* con fuentes y lit. TORRENT, *La causalidad aquiliana*, cit., 466 ss.

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







extensiva de los *verba legis* a nuevas situaciones de daños culposos que exigían el resarcimiento a la víctima, y como dice Corbino<sup>42</sup>, muestra un factor relevante constituido por la actividad normativa integrativa de la disciplina legislativa *ad legem Aq.* que desarrolló el pretor, que Corbino inserta en su explicación de la disciplina del daño en las sucesivas ampliaciones jurisprudenciales al dictado originario de los caps. I y III a daños causados en una “*situazione attuale*” protegida directamente causada por un comportamiento del delincuente jurídicamente injustificado, de modo que la víctima habría podido –en relación a los diversos presupuestos (los de la ley o los del edicto) ejercitar la acción directa, y otras veces la introducida por el pretor que distinguía entre los casos en los que habría acordado una extensión *utilis* de la disciplina directa, y casos en los que por el contrario habría acordado una tutela más independiente de los presupuestos de la ley y por ello en relación a las circunstancias del caso: *in factum*. Como vemos, Corbino introduce una distinción entre *actiones utiles* y *actiones in factum*; las *utiles* se derivarían de una aplicación extensiva de la *actio directa* mientras que las *in factum* dependían de las circunstancias del caso. En mi opinión Corbino se quedó corto en esta última explicación porque la ley Aq. fué siempre un referente tanto para las *actiones utiles* como para las acciones *in factum*, y en general para todas las acciones aquilianas pretorias, un punto de partida o referencia que necesariamente

---

<sup>42</sup> CORBINO, *Danno qual.*, 70.







para la *aestimatio damni* en protección de los *domini*, sino al mismo tiempo ampliando el poder instructorio del magistrado en su *causae cognitio*<sup>47</sup> permitiendo la ejercitabilidad de las nuevas acciones pretorias, aunque con la *cognitio extra ordinem* hay que decir que sobre el plano formal parece haber hecho propia la terminología y las categorías del *ordo iudiciorum*<sup>48</sup>, que en el desarrollo de las acciones aquilianas al llegar la época justiniana incluso podían modificar el *tempus agendi* hasta el punto que en esta época las *actiones in factum* podían ejercitarse *in perpetuum* como se deriva de I. 4,12 pr., aunque la enigmática expresión *aliquando* suscita algunas dudas y en todo caso no suministra los argumentos que justificaran la eventual extensión de la perpetuidad a las acciones de origen pretorio<sup>49</sup>,

I. 4,12 pr. *Hoc loco admonendi sumus eas quidem actiones quae ex lege senatusve consultosve ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacrae constitutiones tam in rem quam personalibus actionibus certos fines dederunt: eas vero, quae ex propria iurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium). Aliquando tamen in perpetuum extenduntur, id est usque ad finem constitutionibus introductum: quales sunt hae, quas*

---

*praetore adesse noluissent*". Un intento de explicación material y procesal, en AG, anno LC, fasc. 3 (2018) 461.

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

<sup>48</sup> LUZZATTO, *Il problema di origine*, cit. 26.

*bonorum possessori ceterisque qui heredis loco sunt accommodate. furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur: absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.*

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

Estos pronunciamientos justinianos han hecho que la tripartición de las acciones pretorias aquilianas haya sido vista por algunos romanistas como manipulaciones justinianas<sup>51</sup>, y hasta Albanese<sup>52</sup> que niega la existencia en época clásica de un único remedio aquiliano pretorio, y por tanto afirma la clasicidad de las *actiones in factum y utiles*, no deja de sospechar una notable intervención compilatoria.

Todo esto implica que en materia de *lex Aq.* dada la confrontación entre los textos propiamente justinianos y los

---

<sup>49</sup> CORBINO, *Actio directa*, 3.

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

<sup>51</sup> Vid lit. sobre el tema ZILLOTTO, *L'imputazione*, 59 ss.

<sup>52</sup> ALBANESE, *Studi*, 210 ss.



contra aquel *ius controversum* propio de la libertad jurisprudencial de los juristas clásicos que había suscitado en ocasiones tantos problemas derivados de la diversa instrumentación de las acciones aquilianas.

Desde luego que en nuestros días ya no estamos en el terreno de la “Interpolationenjagd” ni buscamos indicios de interpolación<sup>59</sup>, tema al que dedicó tantos esfuerzos Palazzini Finetti<sup>60</sup>. La “Interpolationenjagd” había dado lugar a muchos excesos que como dice Lambertini<sup>61</sup> habían caracterizado aquella tendencia de la romanística que en los casos extremos (pero no rarísimos) habrían debido ponerse como una investigación científica que conducía a una composición-recomposición textual guiada por una lógica apriorística. Se pensaba que todo o casi todo estaba interpolado; basta echar una mirada al *Index Interpolationum quae in Iustiniani digestis inesse dicuntur* iniciado por Ludwig Mitteis en 1920 y continuado por Levy y Rabel en tres vols. con *addenda* (Weimar

---

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

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

<sup>60</sup> U. PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpùs iuris civilis giustiniano*, (Milano 1953).

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















Gayo 4,45; *Sed eas quidem formulas in quibus de iure quaeritur in ius conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dare oportere aut pro fure damnum <decidi oportere; sunt et aliae in> quibus iuris civilis intentio est.*

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

Todas las reflexiones que he venido describiendo a propósito –por simplificar– del método compilatorio justiniano, entiendo que son aplicables al campo aquiliano y su progresiva ampliación material y procesal debida a la *interpretatio prudentium* y a la *iurisdictio praetoria*; por supuesto que encontramos divergencias entre los juristas sobre cuál acción ejercitar<sup>74</sup>, y un caso claro de esta diáirética que tantas veces se ha enfocado por la romanística como interpolaciones, se encuentra en la dicotomía *actiones utiles* y *actiones in factum* para solucionar la responsabilidad derivada del *damnum iniuria datum* aquiliano. Según Gröschler<sup>75</sup>, las propuestas para una distinción exacta entre estas categorías de acciones se pueden sostener con el auxilio de hipótesis interpolacionistas que con

---

gramático, en *Plenitudo veritatis. Homenaje a Mons. Romero Posse*, Instituto Teológico Compostelano, *Collectanea Scientifica Compostelana*, 26 (2018) 791.

<sup>74</sup> Cfr. TORRENT, *Concurrencia de culpas*, cit.

<sup>75</sup> GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, 31.

frecuencia dependen precisamente de la sistemática de distinción de la que se parte, pero también es obvio que con este modo de proceder el resultado que se pretende demostrar es utilizado como premisa, lo que nos sitúa en un círculo vicioso. Gayo que conocía bien la problemática de la *lex Aq.* (3,210-219), en 4,45 para determinar los casos de aplicación de la *actio in ius* y en 4,46 en sede de las exigencias generales de determinación de la *formula in factum*<sup>76</sup>, podía haber sustituido *damnum* por *factum*, pero estas precisiones ya las había hecho en el libro III de sus *Institutiones*, y en 4,16, texto eminentemente procesal, trata de una acción cuya *formula* comienza –como dice van Warmelo<sup>77</sup>– por una exposición de los eventos que dan lugar a la acción (*in factum*): *initio formulae nominata eo quod factum est*. Van Warmelo admite el uso promiscuo clásico de las *actiones in factum* y *utiles* “sans qu’ils y ajoutaient une signification dogmatique et même sans y vouloir indiquer nécessairement un lien avec la loi Aquilie” con lo que a mi modo de ver predica una visión amplísima de aquellas acciones pretorias aplicables a situaciones jurídicas distintas de las aquilianas, y en esto sin duda tiene razón van Warmelo, que añade<sup>78</sup> “il faut se rappeler

---

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

<sup>77</sup> VAN WARMELO, *Les actions autour lex Aq.*, 352 nt. 5.

que les juristes romains biens qu'ils avaient un sentiment de droit, très aiguisé, n'étaient pas des juristes qui s'occupaient beaucoup de la théorie et du dogme du droit. Ils étaient des hommes de la pratique, bien qu'ils connaissent des théories générales et des dogmes, mais sans qu'ils en étaient épris de telle façon que le dogme précédait les besoins de la vie actuelle" y "cette distinction entre le jurist de la pratique et le savant ou professeur des écoles se montre bien en ce que concerne le domaine de la loi Aq."<sup>79</sup>

En mi opinión hay que llegar a I. 4,3,16 para encontrar la distinción justiniana entre *actiones in factum* y *utiles* en el sentido que corresponde ejercitar la *actio utilis* cuando el causante del daño actúa *non corpore suo*<sup>80</sup> ni *corpori*, es decir, sin un esfuerzo muscular directo<sup>81</sup> que es lo que exigía el tenor originario de la ley Aq., de modo que las citadas acciones pretorias implican una avanzada *interpretatio* jurisprudencial de los *verba legis* de la que participaba la *iurisdictio praetoria* plasmada en el uso promiscuo de ambas *actiones*<sup>82</sup> en casos en que no podía intentarse la *actio directa*<sup>83</sup>. El ejemplo que trae la

---

<sup>78</sup> VAN WARMELO, *Actions autor*, 353.

<sup>79</sup> VAN WARMELO, *Actions autour*, 354.

<sup>80</sup> Cfr. TORRENT, *Más sobre Gayo* 3,219, cit.

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

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

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

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

---

<sup>83</sup> Cfr. D. 19,5,14 (Ulp. 41 ad Sab.); D. 9,2,27,21 (Ulp. 18 ad Ed.) de los que





como consecuencia un daño corporal, mientras que se debe experimentar la *actio utilis* cuando el daño no sea ocasionado en manera directa *neque corpore neque corpori* (dejar morir de hambre: *fame necare*), pero existe un daño sustancial para el esclavo, y consiguientemente lesiona irremediabilmente la *res domini*, y cabe la *actio in factum* cuando el daño fuera realizado no *corpore* ni *corpori* no dañando sustancialmente la *res laesa* en el caso de la *manumissio alieni servi*. Nada dice Gröschler de la *actio ad exemplum*, entendiendo además que no hay contradicción entre las tres primeras acciones, concluyendo que ésta correspondería a una visión justiniana que no concuerda con las fuentes clásicas, explicación que no comparto: tan clásicas o justinianas son las tres acciones pretorias, o una cosa o la otra, pero no clásicas las dos primeras y justiniana la *actio ad exemplum*, y de lo que vengo diciendo hasta ahora se deriva que considero clásicas las tres acciones pretorias.

Para entender mejor el significado y función procesal de cada una de las tres acciones pretorias<sup>87</sup>, debemos empezar por los elementos comunes : en primer lugar el *damnum*<sup>88</sup>, y no debemos olvidar que el objeto<sup>89</sup>, las modalidades y el momento

---

<sup>86</sup> GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, 34.

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

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

de la *aestimatio damni* ha constituido para la romanística un gran polo de atracción<sup>90</sup>; el *damnum* en sus diferentes formas es un elemento esencial que conduce a esclarecer el ejercicio de cada una de las acciones pretorias. Otro elemento común es la *iniuria*<sup>91</sup>, y “last but not least” la *culpa*<sup>92</sup>, de modo que *damnum*, *iniuria* y *culpa* son realmente los tres grandes principios rectores de la responsabilidad aquiliana<sup>93</sup>. En el campo estrictamente procesal debemos tener en cuenta que las *actiones utiles e in factum* son intercambiables, y en ocasiones los textos presentan una *actio in factum* para reparar un daño sustancial que según la *Instituta justiniana* debería ejercitarse mediante una *actio utilis*. Un ejemplo de lo que vengo diciendo lo encontramos en Cels. citado por Ulp. Tampoco debemos olvidar que con la *cognitio extra ordinem* se habían ampliado considerablemente los poderes instructorios del magistrado que dirigía el proceso en

---

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

<sup>90</sup> Vid. VALDITARA, *Superamento dell'“aestimatio rei” nella valutazione del danno aquiliano ed estensione ai non domini*, (Milano 1992); Id., *Dall'“aestimatio rei” all'“id quod interest” nell'applicazione della “condemnatio” aquiliana*, en L. VACCA (cur.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, (Torino 1995) 76 ss.; Id., *Sull'origine del concetto di damnum*, (Torino 1998); CORBINO, *Danno, lesioni patrimoniali e lex Aquilia nell'esperienza romana*, en *Studi Franciosi*, I (Napoli 2007) 607 ss.; y por último con fuentes y lit. TORRENT, *Prev. aq.* II, 240 ss.

<sup>91</sup>Vid. CURSI, *Iniuria cum danno*, cit., 147 ss.

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

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





jurisprudencia, y yo diría que en cierta manera unificando a efectos procesales las nuevas acciones pretorias *ex lege Aq.* que desarrollaban el contenido originario del plebiscito aquiliano. Todavía el sentido restringido de los *verba legis* seguía siendo recordado por Jul. (86 *dig.*<sup>97</sup>) D. 9,2,51 pr. al considerar *occidere* como actividad que provoca el evento mortal inmediato: *adhibitia vi et quasi manu*, sentido restringido conocido por Lab. (muerto el 11 d. C.) citado por Ulp. D. 9,2,9 pr. (18 *ad Ed.*) y D. 29,5,1,17<sup>98</sup>, pero que ya había experimentado una *interpretatio* ampliatoria desde los primeros tiempos clásicos al admitir la imputabilidad por haber proporcionado la *causa mortis* aunque la muerte efectiva ocurriera en momentos posteriores, que si no permitía el ejercicio de la *actio directa*, la responsabilidad por el *damnum* era exigible mediante *actiones in factum* que recuerda Ulp. remontándose a la doctrina de Lab., Sab. (en el comentario de Ulp. 41 *ad Sab.* D. 19,5,14,1), Ner. (Ulp. D. 9,2,9,2). En mi opinión ya he dicho que creo probable remontar las *actiones in factum* a los *auditores Servi*, especialmente Of. que en su *compositio edicti* tuvo que consignar muchas cláusulas edictales, y además escribió 15 *libri de actionibus*.

---

<sup>97</sup> Situado por LENEL, *Pal.* I, 480, en la rúbrica *ad legem Aquiliam*.

<sup>98</sup> LENEL, *Pal.*, II, 734, sitúa este § bajo la rúbrica *ad SC Silanianum et Claudianum: quarum testamenta ne aperiantur*, lo que no está descaminado ni alejado de la ley Aq. por la aplicación de la tutela aquiliana en casos de daños a las *tabulae testamenti*; vid. MUSUMECI, *Danneggiamento delle "tabulae testamenti" e applicazione della tutela aquiliana*, en INDEX 45 (2017) 308 ss.

Todavía en época severiana estaba vigente el originario sentido resarcitorio del *damnum* que preveía la *lex Aq.* en el 286 a. C. pero ampliadas considerablemente las *causae damni*, como evidencia el libro 18 *ad Ed.* de Ulp., no distinguiendo autónomamente las acciones a utilizar (*utiles* o *in factum*), como muestra Ulp. D. 9,2,27,9 recogido en *Coll.* 12,7,7 donde propone una *actio utilis*. Parece haber cierta discordancia con un texto similar (*Coll.* 12,7,8) que se refiere al horno adosado a una pared común que es incendiada donde Ulp. propone una *actio in factum* que produce cierta perplejidad, porque si ésta es opinión genuina de Ulp., y así me lo parece, implica que eran intercambiables ambos tipos de acciones pretorias, promiscuidad que también compartían Ner. y Cels., o que las cláusulas edictales no las discriminaban, uso promiscuo que parece estar en contra de las acusadas diferenciaciones justinianeas. ¿Este uso promiscuo significa que estamos ante un sistema caótico? se preguntaba Gröschler<sup>99</sup>, pero Lenel<sup>100</sup> ya había dicho que “ohne Zweifel” los juristas romanos utilizaron las expresiones *actio in factum* y *actio utilis* en modo promiscuo. Desde el punto de vista de la teoría de las interpolaciones Gröschler<sup>101</sup> destaca que la confusión terminológica entre

---

<sup>99</sup> GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung*, cit., 28 ss.

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

<sup>101</sup> GRÖSCHLER, *Actiones in factum e actiones utiles*, cit. 36.

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

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

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



utilización de una *actio in factum* en los casos en que no había daño corporal directo sobre objetos vivos, mientras que en el caso del *fornicarius* el daño se producía sobre cosas inanimadas.

Hay un elemento común en el ejercicio de ambos tipos de acciones: el *damnum iniuria datum*; ninguno de los daños ilícitos causados directa o indirectamente sobre los bienes ajenos podían escapar a la protección de la justicia, daños que la *interpretatio* jurisprudencial a los originarios *verba legis Aquiliae* iban encauzando con progresiva amplitud para comprender lo que en terminología moderna podemos llamar daños causados de modo indirecto, que tampoco podía ignorarlos el pretor que aprestaba las correspondientes cláusulas edictales para preservar el *id quod interest* de los propietarios<sup>104</sup> ; en cualquier caso factor común en todos los textos de responsabilidad extracontractual era el *damnum* (además de la *iniuria* y la *culpa*), recurriendo para exigir su reparación bien a la *actio directa* cuando el daño producido estaba incluido en la factura originaria de la ley, o a uno u otro tipo de acciones pretorias: *utiles*, *in factum*, ampliamente utilizadas en los tiempos clásicos en la represión del *damnum* aquiliano, cuya discriminación procesal trató de ser explicada en las rebuscadas líneas de pensamiento justiniano, que como no podía ser de otro modo también tenían en cuenta los modos de producción del *damnum* para plantear las sutiles distinciones que hemos visto en las *Institutiones Iustiniani*, que si primordialmente tenían una

---

<sup>104</sup> TORRENT, “*Id quod interest*”, cit., pendiente de publicación.



aquel resultado de muerte, en el caso del médico por un evidente descuido, y en el del que da la espada al loco por no haber previsto las consecuencias de su acto dejando en manos de alguien que no puede gobernarse por sí mismo un instrumento peligroso para los demás<sup>107</sup>; ambos proporcionan la *causa mortis* y por tanto deben quedar sujetos al resarcimiento del *damnum iniuria datum* mediante una *actio in factum*; en ambos casos no puede decirse que los autores de tales comportamientos hubieran dado muerte por sí mismos al esclavo o al animal pero sin duda sus comportamientos dieron ocasión a que se produjera el evento mortal del que deben responder. Van Warmelo<sup>108</sup> parece ir para la diferenciación entre acciones civiles y pretorias por la causalidad: *causa proxima*= acción civil; *causa remota*= acciones pretorias, y a esto atribuye las *controversiae* clásicas sobre el argumento<sup>109</sup>.

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

---

<sup>106</sup> Así las calificó acertadamente VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias*, cit.

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

<sup>108</sup> VAN WARMELO, *Actions autour*, 355.

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





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

Dejando aparte estas hipotéticas vías binarias entre acciones aquilianas pretorias y *actio praescriptis verbis*, van Warmelo<sup>112</sup> parece remontar su confrontación al s. III a. C. con lo que no estoy de acuerdo, pues creo que las acciones aquilianas pretorias parece con alta probabilidad que habrían sido del último cincuentenio del s. I a. C., pero dice van Warmelo: començons a constater que l'action directe était employée lorsqu'un esclave ou de bétail était mis à mort ou endommagé par un tiers qui avait agi d'une façon directe (*damnum corpore datum*). C'est bien facile de dire "de une façon directe" mais quelle est exactement la signification de ce mot "directe"? Il s'agit de la relation entre la cause et l'effect, y pone los ejemplos de *occisio* o *vulneratio suis manibus* en que la causa y su consecuencia saltaba inmediatamente a los ojos, pero la cuestión se complica cuando "à près trois siècles de notre ère" jugaban los conceptos de *causa proxima* y *causa remota*, lesión directa *suis manibus* o indirecta (*fame necare, deicere ab ponte*) causada por un acto anterior del delincuente aquiliano. Y sigue diciendo van Warmelo: "¿est que la tierce personne qui effectuait la cause est responsable par son acte, ou fait'il dire que son acte est une cause trop éloignée de la consequence? Da la impresión que van Warmelo se mueve por dos órdenes de

---

<sup>112</sup> VAN WARMELO, *Actions autour*, 354-355.

ideas: el significado concreto para los juristas del término *occisio* en la prescripción originaria de la *lex Aq.*<sup>113</sup> y la causalidad del *damnum*, de modo que había ocasiones en que los juristas tenían claro que se aplicaba la *actio directa* y en otras (con “cause éloignée” por seguir la terminología de van Warmelo) había que demandar otra acción al pretor cuando “les besoins de l’utilité publique ou de la justice justifiaient”, acción en principio decretal que con el tiempo se convertía en edictal, e incluso una *actio ad exemplum legis Aq.*<sup>114</sup> entendiendo van Warmelo<sup>115</sup> que los juristas preferían la expresión *actio utilis*, sea que se tratara de una acción cuya fórmula contenía una  *fictio* o fuera una acción con transposición de sujetos<sup>116</sup>; “de même, a fin d’indiquer ces actions on parlait aussi d’actions *in factum*”, con lo que llegamos a mi tesis de intercambiabilidad o fungibilidad de las *actiones* aquilianas pretorias en época clásica pero que no parece que los juristas se preocuparan de aquilatar el nombre de la acción, porque si Gayo utiliza con mayor frecuencia el termino *actio utilis*<sup>117</sup>, y Paul. también parece preferir *actio utilis* y *actio ad exemplum legis Aq.*, Ulp. utiliza mayormente el término *in factum*. Yo diría que los §§ de estos juristas procedentes unas

---

<sup>113</sup> Vid. WATSON, *Narrow rigid*, 352 ss.

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

<sup>115</sup> Van WARMELO, *Actions autour*, 357.

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

<sup>117</sup> Vid. fuentes en VAN WARMELO, *Act. autour*, 357 nt. 17.

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

Tornando a D. 19,5,14,1 su conexión con el *damnum* aquiliano parece evidente, porque se había producido una *occisio* siendo la *causa mortis* el despojo de las vestiduras por el ladrón asesino indirecto. Para mí no hay concurso de acciones, sino que el § propone una diferenciación de acciones por hechos distintos: robo de los vestidos por un lado y muerte del esclavo por otro. En la primera parte Ulp. afronta el robo de un modo muy genérico aludiendo a la posibilidad de intentar la *actio furti*, dando la impresión de prestar mayor atención al evento dañoso irreversible: la *occisio*, aunque es un mismo delincuente el ladrón y el que proporciona la *causa mortis*, fijándose especialmente en ésta para proponer la *actio in factum* para el resarcimiento que repare el *damnum* causado por la *occisio*. Este § más D. 9,2,9,pr. (Ulp. que se remonta a Lab.); D. 19,5,14,1; D. 9,2,7,6 y D. eod. 29,7 los sitúa Corbino<sup>118</sup> en un primer grupo de §§ constituido por aquéllos que tomaban en consideración la muerte de esclavos y animales, pero en circunstancias que impiden referirla a un comportamiento calificable como *occidere* en cuanto el agente se ha limitado a *causam mortis praestare*. Es problemático D. eod. 29,7 (Ulp. 18 *ad Ed.*) que dispone *posse Aquiliam teneri* para el magistrado municipal que hubiera incurrido en un *damnum iniuria datum*, y



jurisprudencia republicana en tema de daños aquilianos causados por haber hecho fuego, que bien por el incendio (*urere*) o por el humo asociado al fuego, causaba un perjuicio a los bienes ajenos que debía resarcirse. Señala Corbino<sup>121</sup> a propósito de D. eod. 49 pr. que el razonamiento del jurista parece desarrollarse “sul filo di una attenzione alle circostanze particolarmente sottile”. Discutieron los juristas (D. eod. 27,12; *Coll.* 12,7,10) si las abejas podían ser objeto de propiedad; en todo caso no entraban en las previsiones del cap. I (muerte directa del esclavo o de *quadrupedes vel pecudes*) *corpore corpori*, con lo que el daño (muerte en la concepción ampliada del *damnum* podía asimilarse a los daños del cap. I, o fuga (cap. III) debía incluirse en el cap. III, teniendo en cuenta en caso de muerte la *causa mortis* para la imputación del daño aquiliano.

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

---

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

<sup>121</sup> CORBINO, *Danno qual.*, 131.

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

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

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

---

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





pero en mi opinión Alf., y desde luego Paul. tenían que estar pensando en la *actio in factum* para reparar aquel *damnum* aquiliano<sup>131</sup>, o como dice Albanese<sup>132</sup> modelado sobre la ley Aq., y no comparto que la *actio in factum* de D. 19,5,23 haya que atribuírsela a Paul. y no a Alf. como piensan Thomas<sup>133</sup> y Watson<sup>134</sup>.

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

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

Este es un caso de lo que llama Corbino<sup>135</sup> “dispersione di una cosa”. A mi modo de ver este § ofrece dos ángulos de

<sup>130</sup> J. L. BARTON, *The lex Aquilia and decretal actions*, cit. 18.

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

<sup>132</sup> ALBANESE, *Studi sulla legge Aq.*, cit. 81 ss.;

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

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

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

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

---

<sup>135</sup> CORBINO, *Danno qual.*, 104-105.

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

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

Sab. citado por Ulp. aporta una novedad respecto a los *veteres* asimismo citados por Gayo señalando que en este caso debía ejercitarse la acción pretoria aquiliana *in factum*, que Sab. con cierto regusto anticuarista denomina *actio damni iniuriae*, locución -*damnum iniuriae*- que aparece en numerosos textos<sup>137</sup>, y que en todo caso demuestra que desde principios del Principado ya estaba muy extendida la *actio in factum*. El texto de Gayo es más circunstanciado que el de Ulp., y discute si debe ejercitarse la *actio in factum* o la *actio utilis* prefiriendo la última para reprimir el daño causado con *culpa*. Ambos apelan a *ope consilium*<sup>138</sup>. El § de Gayo es un caso tratado por los clásicos de complicidad en el *furtum* que en principio los *antiqui* encajaban procesalmente en la *actio furti* aunque quien dió la ocasión al *furtum* no hubiera perpetrado él mismo el delito, sino como dice Zimmermann<sup>139</sup> “but merely either rendered physical assistance (*ops*) or mentally participated in the theft by way of instigation or advice (*consilium*). Para Zimmermann es indudable que para los *veteres* era innecesaria la distinción entre

---

<sup>137</sup> Cuidadosamente seleccionados por CURSI, *Iniuria cum damno*, 139 nt. 170.

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



resultado de muerte o destrucción de la *res laesa*, como en el caso de dar a un enfermo veneno en vez de una medicina, o dar una espada a un loco con resultado de muerte, pero también en el caso de *fame necare* con idéntico resultado de muerte: Ner.-Ulp. D. 9,2,9,2 en que el delincuente encierra al esclavo y lo deja morir de hambre, caso que Miglietta<sup>142</sup> engloba en el concurso de acciones entre la *lex Aquilia* y la *lex Cornelia de sicariis*, y Corbino<sup>143</sup> califica como un mero “non comportamiento” del culpable, explicación que a juicio de Gröschler<sup>144</sup> presupone que por ejemplo, el esclavo se hubiera encerrado a si mismo y que el culpable meramente hubiese proporcionado la *causa mortis* al no suministrarle alimento. También en un caso similar traído en D. 9,2,29,7: (*pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferret*), Ulp. siguiendo a Ner. activa la *actio in factum*.

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

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

---

<sup>141</sup> GRÖSCHLER, *Actiones in factum e actiones utiles*, 31.

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

<sup>143</sup> CORBINO, *Actio directa, actio utilis, cit.*, 30 nt. 80.

<sup>144</sup> GRÖSCHLER, *Actiones in factum e actiones utiles*, 35 nt. 6.

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

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

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

*factum* y *utiles* para proteger situaciones que a su juicio merecían tutela procesal, difundiéndose rápidamente en época postclásica la *actio praescriptis verbis* en defensa de convenciones atípicas, acción genérica que iba arrinconando la estricta tipicidad procesal que venía desde la República, e incluso de antes: pensemos en las rigurosas cinco *legis actiones* posteriores a las XII Tab. que probablemente ya venían siendo utilizadas en la época arcaica, especialmente las llamadas *legis actiones* ejecutivas, y en el rigorismo de las fórmulas procesales subsiguientes a la *lex Aebutia*. Pero no es una gran novedad la indiferenciación clásica que defiende, porque Pernice<sup>146</sup> ya había hablado de esto.

También Lenel<sup>147</sup> va por la vía indiferenciada clásica pues considera que en el campo de los daños extracontractuales se ejercita la *actio utilis* tanto cuando no hay *occidere* sino *mortis causa praebere*, en cuyo caso las *actiones utiles* no pueden ser concebidas sino *in factum*, como cuando se trata de extensiones<sup>148</sup> de la legitimación activa y pasiva, y en estos casos, al menos parcialmente, la fórmula requería una *fictio*<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> LENEL, *Pal.* II, 763.

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

<sup>147</sup> LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, (Leipzig 1927) 231,

<sup>148</sup> ALBANESE, *Studi*, 312 ss. entiende postclásicas las pretendidas extensiones.







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

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

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

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

<sup>154</sup> VALIÑO, *Acc. pret. compl.*, 78 nt. 114

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

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

debían ser reembolsados por éste, y podría parecer que no tiene sentido aportar este § que por contractual debe quedar al margen de cualquier discusión aquiliana, pero lo apporto precisamente por su cita de *utilis tamen in factum danda est*, que refuerza mi idea del uso promiscuo en tiempos clásicos de estas acciones pretorias que yo interpreto aplicable *ad legem Aq.* Señala Pap. que efectuado el viaje la mujer lo paga anticipadamente, y el centurión faltando a la *fides conventionis* se niega a reembolsar estos gastos a la mujer, decidiendo Pap. que para que la mujer consiguiera el reembolso por parte del marido no cabe intentar una *actio directa* sino una *utilis in factum actio*. Santoro<sup>157</sup> considera que el texto contiene una alteración denunciada por el indicativo *competit* después de *licet* (*licet directa actio nulla competit*), pero esto no autoriza –dice Santoro– a “capovolgere, come fa invece la critica pressochè unanime<sup>158</sup>, la decisione della spettanza di un mezzo di tutela, lasciando che il testo dica *actio directa nulla competit*”. Ciertamente es una redundancia la mención de una *actio utilis tamen in factum*; acaso Pap. conociera la doctrina de la ambivalencia de estas acciones preconizada por Ulp. en diversos textos. Collinet<sup>159</sup> considera alterado el §, pero sin embargo cree posible una *actio utilis in*

---

<sup>157</sup> SANTORO, *Aspetti formulari*, en *Scritti minori*, cit., 373.

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

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

*factum* en derecho clásico, no considerándola clásica ni Brugi, ni De Francisci, ni Wesener<sup>160</sup>. Valiño<sup>161</sup> siguiendo a d'Ors<sup>162</sup> admite la interpolación de aquella *actio* considerándola propia de la *cognitio*, explicación que a mi modo de ver no disipa las incógnitas de las *actiones utiles in factum*. Sotty<sup>163</sup> que cree posible la interpolación, al mismo tiempo admite el ejercicio por parte de la mujer de una *actio utilis in factum* teniendo en cuenta la inoponibilidad de una *exceptio pacti* del marido.

Conviene que haga un inciso para examinar la doctrina de Sotty que en principio parecía mantener hipótesis novedosas al declarar que en época clásica existían las *actiones utiles* siendo utilizadas “dans le but d'utilité” a pesar de que normalmente no era posible ejercitarlas en ciertas ocasiones por razones jurídicas y dogmáticas. La tesis de Sotty ha sido negada por van Warmelo<sup>164</sup>. Para Sotty las *actiones in factum* son acciones pretorias edictales o decretales empleadas en algunos casos en los que las acciones propuestas por el *ius civile* e incluso por el *ius honorarium*, no podían ser intentadas, lo que se aplica tanto a las *actiones in factum* como a las *utiles*. Esta última idea no me

---

<sup>160</sup> Vidl lit. en SANTORO, *Aspetti formulari*, 373 nt. 72.

<sup>161</sup> VALIÑO, *Actiones utiles*, (Pamplona 1974) 353 ss.

<sup>162</sup> D'ORS, en IVRA, 20 (1969) 57 nt. 10.

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



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

---

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

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

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

---

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

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

Esta ambivalencia es la que muestra Pap. conjuntamente sin ningún reparo en D. 23,3,26,3: *utilis tamen in factum* en que no cabe ninguna *actio directa* en el caso que el marido no cumpla con los pactos doctales. Otro supuesto de ambivalencia, esta vez para el caso de animales encerrados en un lugar estrecho que acaban precipitándose en un barranco o en un río, lo vemos en Gayo (13 *ad Ed. prov.*) D. 47,2,51 ya examinado que prescribe una *actio utilis ad exemplum legis Aquiliae*, mientras para Ner. (1 *memb.*) D. 9,2,53 debe instrumentarse una *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*. En otros casos, como señala Santoro<sup>167</sup>, sólo varía la parte lesionada, y por tanto la legitimación activa: Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 9,2,11,8 que preconiza una *actio in factum* para el caso del *servus qui bona fide alieni serviat*; para el caso del esclavo pignorado Paul. (10 *ad Sab.*) D. 9,2,18 que además plantea un caso de concurrencia de la *actio pigneraticia* con la *actio legis Aq.*<sup>168</sup>; es de presumir que esta última *actio* sería una *actio in factum* pero que igualmente podría ser una *actio utilis exemplo <legis> Aq.* que es la que prescribe contundentemente Ulp. (18 *ad Ed.*) D. 7,1,17,3<sup>169</sup>: *nemo dubitari* en un caso en que está legitimado activamente el usufructuario

---

<sup>167</sup> SANTORO, *Aspetti formulari*, 373-374.

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



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

Ante este cúmulo de denominaciones de las acciones aquilianas pretorias entre los juristas clásicos hay que situar los pronunciamientos justinianos en I. 4,3,16 simplificando la *actio legis Aquiliae* en tres grandes categorías que toman el *damnum* como eje esencial de la distinción: *directa*, *in factum*, *utilis*, y de ahí que los romanistas hayan dedicado gran atención a poner orden en el caos<sup>177</sup> terminológico de las acciones aquilianas centrados fundamentalmente en la distinción *in factum-utilis*. Como ejemplos paradigmáticos Gröschler centra la discusión en Lübtow, que entiende influenciado por la crítica interpolacionística, y Selb que a su juicio aporta nuevos enfoques<sup>178</sup>, centrados ambos autores en los daños causados *nec corpore nec corpori*, en los que no había un daño sustancial pero que privaban al propietario de las utilidades de la *res laesa*.

De entrada Lübtow<sup>179</sup> destierra que en los casos de daños no sustanciales pudiera recurrirse a la simple analogía, por lo que las *actiones in factum* previstas en la *Instituta* justiniana no eran *actiones ad exemplum legis Aquiliae*, sino que constituían acciones autónomas, porque de entenderse análogas implicaría que había un daño en el sentido originario de los caps. I y III de

---

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

<sup>178</sup> GRÖSCHLER, *op. cit.* 37 ss.

<sup>179</sup> LÜBTOW, *Unters.*, 180.

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

---

<sup>180</sup> TORRENT, *Más sobre Gayo* 3,219, cit.



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

No creo que haga falta decir que nuestro § es muy complejo; Valditara<sup>181</sup> lo trae a colación en su análisis de las fuentes dirigido a individualizar la posición de los juristas pre-severianos en tema de las modalidades de cálculo de los daños aquilianos al objeto de la *condemnatio*, obviamente en función de si *ne* o si *ad aliquem pervenirent*, pero creo que no está acertado Valditara cuando declara que todos los textos sobre el tema pertenecen a juristas del s. II d.C., lo que no me parece cierto dada la presencia de §§ en D. 9,2 que citan a juristas anteriores, unos republicanos: Bruto (D. eod. 27,22); Q. M. (D. eod. 31 pr.; 39 pr); Alf. (D. eod. 29,4; 52,1-4); Of. (D. eod. 9,3); nueve veces Lab. (D. eod. 2,2,; 5,2; 7,5; 9 pr.; 23,4; 27,35; 29,3; 57; otros del primer Principado como Sab. (D. eod. 7, 3; 7,8; 11,5; 27,1; 27,11; 27,21; 29,1; 29,2; 29,3), como asimismo otros juristas pre-severianos que éstos sí son del s. II d. C.

---

<sup>181</sup> VALDITARA, *Sup.*, 153, 154 nt. 439,

Corbino analiza nuestro § como cuestión dudosa en Sab. en función de si<sup>182</sup> la cosa “dispersa” hubiese sido de natura “non individua” (dunque non più “riconoscibile”), no pronunciándose sobre la alteración del texto tal como propone Lübtow. Corbino en realidad parte del relieve del *damnum* aquiliano, pero no tiene en cuenta D. 9,2,27,21 para diferenciar la primera cuestión que a su juicio debe afrontarse, que es la individualización de los aspectos comunes que permitían considerar las tres acciones aquilianas (*directa, in factum, utilis*) mas allá de las diferencias específicas que pudiesen señalar eventualmente su respectivo régimen<sup>183</sup>; cierto es también que Corbino está pensando en dirimir estas eventuales diferencias en su análisis de la disciplina del daño en las fuentes justinianeas.

A mí no me parece tan alterado el texto de Sab. tal como viene citado por Ulp. Desde luego podría derivarse que aquella diferenciación como dice Gröschler<sup>184</sup> parece caótica en las fuentes <clásicas> por lo que se refiere al uso de la *actiones in factum* y *utiles* en casos sustancialmente equivalentes, pero antes de profundizar en el tema conviene conocer las aportaciones de Selb que centra su punto de mira en un reparto cronológico de las fuentes, partiendo de que la terminología de los juristas

---

<sup>182</sup> CORBINO, *Danno qual.*, 105.

<sup>183</sup> CORBINO, *Actio directa*, 5.

<sup>184</sup> GRÖSCHLER, *Actiones in factum e act. utiles*, 41.

romanos pueda haber sido modificada en el transcurso del tiempo<sup>185</sup>. Este reparto cronológico es explicado por Selb en el sentido que hasta Jul. los juristas clásicos distinguían rígidamente entre *actiones in factum* y *actiones utiles*<sup>186</sup>, distinción que no me parece tan novedosa ni desde luego operante en el sentido que le da Selb, pues yo más bien creo en la ambivalencia clásica de estas acciones pretorias. Entiende Selb además que la *actio utilis* era una acción por analogía de la que se hablaba en tiempos clásicos “vor Julian” y la *actio in factum* hasta Jul. era una *actio in ius concepta*,<sup>187</sup> aplicándose la fórmula *in factum* solamente cuando la fórmula de una acción del *ius civile* debía ser modificada mínimamente, esencialmente en casos de transposición de sujetos afectando a la legitimación tanto activa como pasiva, y en casos de transformación de la fórmula mediante una *fictio*. La conclusión de Selb es que hasta Jul. esta mínima injerencia en la fórmula venía expresada como *actio utilis* basándose en una serie de textos que interpreta *pro domo (theoria) sua*. Veamos en primer lugar los §§ en los que pretende ver una transformación de la fórmula por medio de una *fictio*.

---

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

<sup>186</sup> SELB, *Formulare Analogien*, 315 ss.

<sup>187</sup> SELB, *Formulare Analogien*, 324, 348.



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

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

---

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



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

---

<sup>194</sup> Cfr. TORRENT, *Confluencias, colisiones, paralelismos entre las "actiones ex lege Aquilia" y la "actio furti"*, pendiente de publicación.

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

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

conocida por Platón<sup>197</sup> en el s. V a. C. que trasplantada al mundo romano inspiró la división entre *genus* y *species*, tema magistralmente analizado por Talamanca<sup>198</sup> para el que no existe una división efectiva entre *divisionum definitio* y *partitionum definitio*, pero entiende a la vez que la *diairesis* opera según dos modalidades fundamentales que dependen del objeto sometido a la técnica divisoria, de modo que si el *genus* es una categoría abstracta, viene dividido en *species* que mantienen el mismo nombre que el *genus* diferenciándose de las otras *species* por características que tienen diferencias específicas.

Trasladadas estas ideas de Talamanca al campo procesal, podría decirse que si la *diairesis* divisoria de las acciones parece alejada de un planteamiento dogmático dado el uso promiscuo de *actiones in factum y utiles*, de *actiones ad exemplum legis Aquiliae* y *actiones quasi damni iniuriae*, esta división, sobre todo la primera: *actiones in factum-utiles* aparece por el contrario con cierto fundamento jurídico-procesal en las *Institutiones* de Justiniano 4,3,16, quizá por darlas una fundamentación que pareciera a los comisarios idónea para la escuela, aunque para van Warmelo<sup>199</sup> lo que ocurrió fue que los compiladores de la

---

<sup>197</sup> Platón, *Sofista*, 252a-253e.

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

<sup>199</sup> VAN WARMELO, *Actions autour*, 360.

*Instituta* utilizaron las nociones de *actio in factum-utilis* de una manera nueva y especial, consistiendo tanto la novedad como la especialidad en que la noción de *actio in factum* se aplicó en casos de *damnum corpori datum*, y la noción de *actio utilis* en los casos de *damnum datum*, que en mi interpretación sólo demuestra el carácter abstractizante propio de los comisarios justinianos. Pero no concuerda esta explicación de la diáresis aplicada en I. 4,3,16 con lo preconizado en el *Codex* justiniano 3,35 que trae constituciones de Alejandro Severo y Diocleciano y Maximiano bajo la rúbrica genérica *de lege Aquilia*, no haciendo ninguna discriminación entre las diversas acciones aquilianas. Acertadamente dice van Warmelo<sup>200</sup> “il semble donc que la distinction entre *actio directa, in factum, utilis* n’avait plus d’importance pour la pratique en qu’elle existait seulement dans les écoles du droit où l’on s’occupait toujours des livres des juristes d’auparavant et où l’on respectait l’ancienne distinction dans un but de théorie et de dogme”. Cabe preguntarse ante esta explicación ¿es que los clásicos en tema de acciones aquilianas pretorias hacían afirmaciones teóricas? ¿hacían afirmaciones dogmáticas? ¿ambas a la vez? Yo diría que en ningún caso trataban de hacer disquisiciones teórico-dogmática, sino que laboraban a impulsos de las urgencias prácticas de resolución de casos en los que cabía acción directa para resolver los problemas de *damni* causados al margen de los *stricta verba legis*, y de ahí la ambivalencia *acciones in factum-*

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

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

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

---

<sup>200</sup> VAN WARNELO, *Actions autour*, 361.



conocimiento del derecho<sup>202</sup> al haber publicado en el 140 una edición reordenada de los *Annales Maximi*<sup>203</sup>.

Pero si la tradición analística ayuda fundamentalmente a esclarecer problemas de lo que podemos llamar derecho público o constitucionalismo romano, esta conclusión no es suficiente para desterrar totalmente a los *conditores iuris* de los problemas aquilianos como podemos comprobar en las alusiones a Junio Bruto en el campo de la responsabilidad extracontractual, dada la vigencia y operatividad de la *lex Aq.* desde el 286 a C. cuyos contornos procesales aparecen con cierto confusionismo identificatorio en el campo de las acciones aquilianas en el D. y en la *Coll.* debido probablemente a la coincidencia en el tiempo, probablemente hasta la época constantiniana<sup>204</sup>, del procedimiento formulario y la *cognitio extra ordinem*, cuya primera expresión había servido a Augusto para resolver los problemas de los fideicomisos<sup>205</sup>, prescribiendo Nerón (muerto en el 68 d. C.) autoritariamente el uso de la *cognitio* en los procedimientos en que una de las partes eran los *publicani*<sup>206</sup>.

---

<sup>202</sup>GIACHI - MAROTTA, *Dir. e Giurispr.*, cit., 188.

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

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

<sup>205</sup> TORRENT, *SC Rubriano*, cit., 454 ss.

Un caso de extraordinaria complejidad sustantiva y procesal en que Paul. D. 9,2,30,1 para el supuesto de esclavo muerto dado en prenda, mezcla la legitimación para ejercitar la *actio legis Aq.* al deudor al que correspondería la *actio directa* o al acreedor hipotecario al que correspondería la *actio utilis* en mi opinión por la vía de reclamar el *id quod interest*; introduciendo el fr. además temas tan interesantes en derecho privado como la resarcibilidad por el montante de la deuda hipotecaria con el anejo problema de a quien correspondan los *hyperocha* sobrantes, fr. que incluye también el problema del tiempo en que ha de tenerse en cuenta para computar la *aestimatio damni*. Asimismo el fr. paulino es de los más discutidos desde ángulos interpolatorios con la excepción de Manigk<sup>207</sup> y Debray<sup>208</sup>.

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

---

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

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

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

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

Este fr. que Lenel<sup>209</sup> coloca bajo la rúbrica *ad legem Aquiliam* plantea en primer lugar que si se hubiese dado muerte al esclavo pignorado compete la acción al deudor (que era el dueño del esclavo), pero seguidamente propone si compete al acreedor una *actio utilis ex lege Aq.* cuando el deudor sea insolvente o haya perdido (¿caducado?) la acción por el paso del tiempo *quia potest interesse eius*. En todo caso Paul. considera *iniquum* (¿injusto?) que el deudor (confusionismo de Paul. pues entiendo que en vez de deudor debía haber puesto el agresor) se obligue contemporáneamente respecto a dos personas: el *dominus servi* y el acreedor: *sed hic iniquum est ut domino et creditori eum teneri*, confusionismo quizá debido a que el acreedor para recuperar el montante de su crédito (*quisque ad modum debiti*) dispone de la *actio utilis legis Aq.* contra el deudor y también contra el agresor, de forma que una vez pagado el *modum debiti* libera al deudor de la obligación de restituir el *debitum*, pero si el agresor hubiera pagado al deudor o al acreedor reclamante más de aquel *modum*, el deudor puede actuar contra el acreedor con la *actio legis Aq.* para reclamar el sobrante, aunque ciertamente es confusa la parte final del fr. desde *ut prosit-Aquiliae actio* que parece poner en un mismo

---

<sup>209</sup> LENEL, *Pal*, I, 1010.



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

He dejado para el último lugar el encuadramiento de la *actio legis Aq.* entre las llamadas *actiones mixtae*, análisis que aporta más datos sobre el esclarecimiento de la naturaleza de la acción aquiliana suscitado un texto de Gayo a propósito de la litiscrescencia que Cursi<sup>212</sup> entiende como aumento desde la condena *ad simplum* a múltiples mayores (*ad duplum*) en el que se extremezcan el carácter resarcitorio y la función penal derivados del ejercicio de una *actio damni iniuriae legis Aquiliae*. Para mí la litiscrescencia acaso tiene más que ver con el crecimiento de litigantes demandados que se añaden al único que realmente pudo el *damnum* resarcible como puede comprobarse en la reparación del *damnum ex lege Rhodia*, en que los cargadores de mercancías salvadas por el hecho de que el capitán de la nave para evitar su naufragio ante una tormenta se vió obligado a lanzar al mar mercancías de otros armadores que en último término es un modo de hacer asumir el riesgo de la echazón a los que salvaron sus mercancías<sup>213</sup>, lo que desde una óptica político-económica de nuestro tiempo incluso podría

---

<sup>212</sup> CURSI, *Iniuria cum damno*, 212.

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





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

¿Podría ser una solución incluir la *actio legis Aq.* entre las acciones mixtas aludidas por Gayo 4,9: *rem vero et poenam persequimur?*, frase que según Cursi<sup>220</sup> venía citada en tema de litiscrescencia.

Si la *actio legis Aq.* para Gayo era una *actio mixta* éste es un tema que necesariamente nos lleva a analizar el problema de la naturaleza de la acción; sabemos que el carácter mixto no correspondía a su naturaleza originaria que sólo admitía una consideración penal como seguía recordando en la primera mitad del s. II a C. Catón<sup>221</sup>, *pro Rhod.* 167. Parece demasiado simplificador decir que la *actio legis Aq.* era reipeseutoria *in simplum* y penal *in duplum*, y no es convincente la hipótesis de

---

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

<sup>220</sup> CURSI, *Iniuria cum damno*, 213.

Cardascia<sup>222</sup> que niega el originario carácter penal del plebiscito aquiliano basado en una discutida distinción entre ilícitos dolosos e ilícitos no dolosos, es decir culposos, y mientras los actos dolosos daban lugar a acciones penales, los segundos cuya represión penal había sido precisamente el objeto de la ley Aq. derogando normas represivas anteriores (Ulp. D. 9,2,1 pr.), sólo daban lugar al resarcimiento del *damnum* y no a una *poena* en el sentido usual de este término. A mi modo de ver esta tesis pone en duda la originaria naturaleza penal de la acción aquiliana y comparto la doctrina mayoritaria que la rechaza, aunque con diversos matices<sup>223</sup>, y pongo como ejemplo a

---

<sup>221</sup> Vid. Gell., 6,3,37.

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

<sup>223</sup> E. LEVY, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, (Berlin 1915) 135 ss.; Id., *Die Konkurrenz der Actionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1 (Berlin 1922) 15, 30, 36; BESELER, en ZSS 48 (1927) 65; Id., KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, (München 1935) 167 ss.; Id., *Das römischen Privatrecht. P. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, (München 1971) 621; P.VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, (Milano 94) ss.; LAWSON, *Negligence in civil Law*, (Oxford 1950) 8 ss.; LÜBTOW, *Untersuch.*, 36 ss.; Th. MAYER-MALY, rec. a Lübtow, *Unters.*, en *Göttingen Gelehrte Anzeigen*, 226 (1974) 15, ss, 31 ss.; H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia<sup>5</sup>*, (Wien-Mainz 1996) 35 ss.; ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical Roman Law*, en *BIDR* 85 (1982) 19 ss.; ZIMMERMANN, *Law of Ob.*, 973 ss.; CURSI, *Iniuria cum damno*, 213; VALDITARA, *Iniuria cum damno*, 57, que considera „ben saldo il carattere penale dell'azione aquiliana al tempo di Lab. considerando “probabile” su originario carácterenal; FINKENAUER, *Pönale Elemente*, 35 ss.; TORRENT, *Prev aq.*, I, cit.





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

---

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

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

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

Díaz Bautista afronta el problema del encuadramiento en época clásica de las *actiones legis Aq.* como *actiones mixtae* que perseguían tanto el contravalor de la cosa dañada (función reipersecutoria) como la multa económica que imponía desde su promulgación en el 286 a. C. la *lex poenalis Aquilia*, con la espinosa cuestión a la vista de Gayo 4,9 de la disposición de dos acciones dirigidas a la represión del *damnum* aquiliano, a lo que hay que añadir el problema de si el ejercicio de una de estas acciones excluyese el ejercicio de la otra, problemas que se arrastran en la ciencia romanística desde Savigny, admitiéndose generalmente la vigencia de las *actiones mixtae*, acaso mal entendida por la jurisprudencia clásica<sup>232</sup> y no suficientemente aclaradas en el derecho justinianeo a pesar de que ésta era una de las finalidades de la compilación bizantina que traen cierto confusionismo con las *actiones vindictam spirantes* cuyos textos conviene recordar:

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

---

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







Albanese<sup>247</sup> ya había desvelado las dificultades que la dogmática romana y civilística actual presenta en la historia de la represión del acto ilícito<sup>248</sup> partiendo de la total coincidencia entre ilicitud y antijuridicidad, a su vez distinguiendo una antijuridicidad subjetiva (acto humano reprehensible e imputable: actos jurídicos en sentido técnico) y objetiva (propia de los hechos jurídicos en sentido estricto) donde el único carácter identificante de la ilicitud jurídica sería la “contrarietà all’ordine giuridico” que obviamente conduce a una conceptualización muy amplia y discutible que trata de deslindar los actos y los hechos antijurídicos. En mi opinión la represión de ambas categorías en la evolución ampliatoria por jurisprudencia y *iurisdictio praetoria* en torno a la aplicación de *la lex Aq.*, está a la base de los esfuerzos de la romanística actual para tratar de cohonstar antijuridicidad y culpabilidad en el campo de la responsabilidad *ex lege Aq.* como vemos en los estudios de Cursi y Corbino<sup>249</sup>. En el campo del derecho romano hasta llegar a la distinción entre *poena* y *res* el problema -prescindiendo de antecedentes más remotos- se presenta con las XII Tab. que fueron perfilando la venganza privada, la *manus iniectio*, el *sacramentum*, la *pignoris capio*, que para

---

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

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

<sup>249</sup> CURSI, *Iniuria cum damno*, cit.; CORBINO, *AntigiudicITÀ e colpevolezza*, cit.



los comisarios justinianos incluyendo la *actio legis Aq.* entre las *actiones mixtae*, encuadramiento soterrado probablemente en Vitelio en el s. I a. C.<sup>253</sup> (conjetura que tomo de las *Notae ad Vitellium* de Cassio, y en el Principado en Cassio (citado por Paul. D. 44,7,35 pr.), y en Gayo 4,9 en tiempo de Marco Aurelio al haber acumulado *poena a poena* antes que *poena a res* como se desprende generalmente de los textos *ad hoc*, lo que se debería según Voci<sup>254</sup> a que Gayo “non si sarebbe accorto di aver cumulado *poena a poena*”<sup>255</sup> suscitando gran perplejidad en la ciencia romanística.

De la argumentación de Voci deriva Cursi que éste excluye la continuidad sustancial entre el concepto de acción mixta que se desprende de Gayo y la que se deriva de las IJ donde la función reipersecutoria de las acciones mixtas quedaría asegurada por la prevalencia de las características reipersecutorias sobre las penales<sup>256</sup>. Provera<sup>257</sup> no duda del carácter mixto de la *actio legis Aq.*, considerando Gayo 4,9 un caso particular de *poena* que se añade a *poena*; Brasiello<sup>258</sup> lo

---

<sup>253</sup> KUNKEL, *Herkunft und soz. Stellung*, 19, cree probable su pertenencia al *ordo equester*.

<sup>254</sup> VOCI, *Risarc. e pena priv.*, 91 ss.; *Id. Az. peali e az. miste*, 30 ss.

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

<sup>256</sup> Cfr. ANJUM, *Actions by which we claim*, 19 ss.

<sup>257</sup> PROVERA, *Lez. Sul proc. civ. giust.*, I-II, 106.

enlaza con los posibles precedentes de la clasificación de Gayo entendiendo que a la vista de D. 44,7,35 pr. Se deriva que el primero en introducir las acciones mixtas había sido precisamente Gayo incluyendo entre éstas la *actio legis Aq.* que al igual que Voci considera un error gayano. En un puto coincide Albanese<sup>259</sup> con Voci: la conexión Cassio-Gayo que llega hasta Justiniano salvo que éste da mayor relieve al carácter reipersecutorio de la acción aquiliana sobre el penal. Valditara<sup>260</sup> piensa más bien en la conexión entre la clasificación gayana y la justiniana teniendo en cuenta el carácter mixto de la *actio legis Aq.* en ambas épocas, considerando implícito *in simplum* en Gayo 4,9 que llega a ser totalmente explícito en IJ 4,3,9 y 4,3,16. Vacca<sup>261</sup> por el contrario niega la continuidad entre la clasificación gayana y la justiniana considerando que la *actio legis Aq.* gayana *in simplum* se dirige únicamente a obtener el valor de la *res* aunque genéticamente es una acción penal, mientras que la acción justiniana mixta *in simplum* es fruto de un mal entendimiento

---

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

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

<sup>260</sup> VALDITARA, *Sup.*, 189 ss.

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







justiniana que dominó en la ciencia romanística en la primera mitad del s. XX cayó en descrédito desde 1971<sup>269</sup>. Por mi parte encuentro un gran núcleo de verosimilitud en la tesis de Cursi que a nivel teórico me parece irreprochable y me siento inclinada a compartirla, con lo que dejo al menos provisionalmente resuelto el problema conceptual de la naturaleza penal o reipersecutoria de la *actio legis Aq.*, ambivalencia intuida por Rotondi<sup>270</sup> al advertir que esta *actio* tiene carácter reipersecutorio sin por ello perder su naturaleza penal. Hoy en día parece exagerada la explicación de Albanese<sup>271</sup> expresada hace casi 60 años que entiende la *poena in simplum* (o sea la derivada de la acción reipersecutoria) como un *monstrum* conceptual, entendiéndose<sup>272</sup> “e ciò é un fatto indicativo come pochi altri, della tenacia dell’antica concezione totalitariamente penalistica, afflittiva, dell’illecito privato, in ogni modo l’*actio legis Aquiliae* è un’azione penale per i caratteri tipici della nossalità, dell’intransmissibilità ereditaria passiva,, dell’esperoibilità cumulativa contro più responsabili e del concorso con altre azioni... in sostanza la *lex Aq.*, per i caratteri accennati, rappresenta un passo importantissimo verso il

---

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

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

<sup>271</sup> ALBANESE, *Cenni sullo svol. St.*, cit., 111 ss.

<sup>272</sup> ALBANESE, *Illecito. Storia*, 63-64.

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

A la luz de estas consideraciones se puede decir que la doctrina, casi mayoritariamente, se va inclinando por la ambivalencia de la *actio legis Aq.*, es decir, las dos funciones: reipersecutoria y penal, que Cardascia<sup>273</sup> pensando desde una visión evolutiva a partir del dolo primitivo hasta llegar al concepto de culpa de finales de la República que solo entonces es cuando aparece más clara la función reipersecutoria, siendo lo más probable que la valencia penal se derive de una responsabilidad originaria a título de dolo, tesis que no me convence en cuanto que entiendo la culpa como un principio rector originario de la *lex Aq.* aunque su primera teorización documentada se debe a Q. M.<sup>274</sup> pues no parece creíble<sup>275</sup> Gayo D. 47,9,9 del que se deriva que los conceptos de dolo y culpa ya empezaban a diferenciarse en las XII Tab. En cualquier caso la doble función reipersecutoria y penal de la *actio legis Aq.*, y prescindiendo del momento en que empezó a hablarse de las acciones mixtas que bien podía ser a finales de la República y no tanto como pretende Cursi desde el mismo momento

---

<sup>273</sup> CARDASCIA, *La portée primitive*, 63.

<sup>274</sup> TORRENT, *Prev. aq.*, I, cit.

<sup>275</sup> TORRENT, *Aproximación al concepto de culpa ex lege Aq.*, 75.

originario de la promulgación de nuestra ley, hoy en día parece opinión mauyoritaria la creencia en la ambivalencia funciona de la acción, como se comprueba leyendo a Pernice<sup>276</sup>, Ferrini<sup>277</sup>, Levy<sup>278</sup>, Kaser<sup>279</sup>, Zimmermann<sup>280</sup>, Gallo<sup>281</sup>.

La exaltación por algunos autores de la función reipersecutoria de la acción aquiliana, destaca la agudeza de la interrogación de Cursi<sup>282</sup>: "ma come giustificare allora -se non, come di regola- con la misura della sanzione la natura penale dell'azione"? enigma que resuelve<sup>283</sup> atendiendo al significado originario de la *iniuria* aquiliana que a su juicio viene concebida como anjuridicidad objetiva contrapuesta a la *culpa*, que por el

---

<sup>276</sup> PERNICE, *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen*, cit., 102.

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

<sup>278</sup> LEVY, *Privatstrafe*, cit., 147 ss.

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

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

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

<sup>282</sup> CURSI, *Iniuria cum damno*, 217.

