

LA FUNCIÓN REIPERSECUTORIA DE LA *POENA EX LEGE AQUILIA*

ANTONIO DÍAZ BAUTISTA
Murcia - España

LA FUNCIÓN REIPERSECUTORIA DE LA *POENA EX LEGE AQUILIA*

Tenemos como afirmación incontrovertible que la concurrencia entre pena y resarcimiento en los *delicta*, es decir, entre acción penal y acción reipersecutoria, es acumulativa en las acciones penales “puras”, cuyo prototipo es la *actio furti*, y alternativa en las acciones penales “mixtas”, de las que es modelo la *actio legis Aquiliae*, con su caterva de complementarias. Así aparece expresado claramente en numerosos textos¹, y es aceptado casi unánimemente por la doctrina. Permítaseme, sin embargo, en esta breve reflexión, advertir que pudo no ser así en Derecho clásico, y que la opinión dominante ha sido contradicha por algunas voces, ciertamente minoritarias, pero también de gran autoridad.

Conviene, a la hora de comparar la acción penal de hurto y la de daño injustamente causado, reparar en una circunstancia, que, quizás por su evidencia, no suele ser señalada por los autores, pero que probablemente sirvió de fundamento a la hora de instaurar un diferente mecanismo de resarcimiento entre una y otra, ya fuera desde los orígenes, o en un momento tardío. Me refiero a que, en el *furtum*, “siempre” tuvo la víctima dos acciones disponibles: la penal y “además” una reipersecutoria, bien la *rei vindicatio*, bien la *condictio furtiva*². Pero en el caso del *damnum* tenía el perjudicado “siempre” la acción penal y sólo “a veces” también la reipersecutoria. Si el dañador de la cosa era un extraño y no tenía relación alguna con el perjudicado, sólo tendría éste último la *actio legis Aquiliae* o sus complementarias. Pero si existía entre el agresor y el propietario de la cosa algún tipo de vinculación jurídica, que obligase al primero a responder ante el segundo por el perjuicio causado, entonces se encontraría la víctima con la doble posibilidad procesal: la acción penal de daño y la acción para exigir la reparación, que serviría entonces como reipersecutoria. Lo más frecuente sería que esta eventual acción indemnizatoria derivase de una previa relación contractual entre delincuente y perjudicado, tal como arrendamiento, comodato o sociedad, pero también podría tratarse de otras acciones como la *reivindicatio*, la *condictio furtiva* o la *hereditatis petitio*.

Quizás fue esta eventualidad de la acción reipersecutoria la que llevó a considerar que la *poena ex lege Aquilia* contenía ella misma el resarcimiento, al ser, a veces, la única ejercitable por el perjudicado. Sólo en aquellos casos en que la víctima podía utilizar las dos acciones, la penal y la reipersecutoria, cabe preguntarse si fue posible originariamente una acumulación libre, como en el *furtum*, o bien, si la

¹ La exposición sistemática nos aparece en Gai. 4,-9.

² No las tres conjuntamente como erróneamente parece afirmar Gai. 4.4: *Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: si paret eum dare oportere; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest. plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures ex hac actione teneantur: si paret eos dare oportere, quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.*

conurrencia fue alternativa desde el primer momento, tal y como nos la presentan los textos. O, dicho de otro modo, si los numerosos textos que imponen la alternativa del actor reflejan o no la solución clásica.

Hay que señalar que, en todo caso, la estimación de la pena establecida por la ley Aquilia, en sus capítulos primero y tercero, tenía, a los ojos del profano, una decidida apariencia reparadora y de ahí la torpe caracterización gayana, cuando funda su carácter penal en la litiscrescencia por *infinitio*³, error adecuadamente corregido por los redactores de las Instituciones justinianas⁴. Algún texto jurisprudencial subraya, de manera implícita o explícita, el carácter penal de la pena aquiliana, sin duda frente a la opinión vulgar que la tenía por una mera reparación⁵.

La doctrina romanística ha admitido sin críticas la clasicidad de la concurrencia alternativa entre la *actio legis Aquiliae*, o sus complementarias, y las eventuales reipersecutorias. Dando el sistema por bueno, los autores, desde Savigny a nuestros días, se han preocupado por averiguar cuál sería el mecanismo procesal para lograr que el actor se viese obligado a no utilizar una de las acciones posibles, cuando se había decidido a ejercitar la otra, o la posibilidad de que, conseguida la condena con la acción de reparación, pudiese el actor ejercitar la penal en cuanto a la diferencia⁶.

³ Gai.4.9: *Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infinitantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relictæ sunt.*

⁴ Inst. 4.6.18: *Ex maleficiis vero proditæ actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae quam rei persequendae et ob id mixtae sunt. poenam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur quadrupli sive nec manifesti dupli, de sola poena agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet: eo amplius adversus furem etiam conditio est rei.*

4.6.19: *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur, poena autem tripli est. sed et legis Aquiliae actio de damno mixta est, non solum si adversus infinitantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit. veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum iam traditam divisionem. item mixta est actio contra eos, qui relictæ sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerint usque adeo, ut etiam in iudicium vocarentur: tunc etenim et ipsam rem vel pecuniam quae relictæ est dare compelluntur et aliud tantum pro poena, et ideo in duplum eius fit condemnatio.*

⁵ Así, respecto a la acumulación entre codelincuentes Iul. 86 dig. D. 9.2.5 y Ulp. 18 ad ed. D.9.2.11.2: *Sed si plures servum perculserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.* Aunque las tres últimas palabras fueron consideradas como añadidas por la corriente hipercrítica, lo cierto es que revelan claramente el pensamiento clásico.

Paul. 6 ad Sab.D.17.2.50, aunque equipara la función reipersecutoria de la *actio legis Aquiliae* con la de la *actio pro socio* no niega el carácter penal de la primera, limitándose a señalar que no es como la *actio furti* que sólo (*dumtaxat*) persigue la pena: *Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat.*

⁶ Vid. entre otros SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. esp. de Mesía y Poley, con prólogo de Durán y Bas 2º ed., Madrid, sin indicación de año, t. IV, págs. 141, 145, 156. CASTELLARI, *Della lex Aquilia ossia del danno dato*, en AG 22 (1879) págs. 418 y 419. ALIBRANDI, *Opere* I, 1896, pág. 166. LEVY, *Konkurrenz der Actionen*, 1922, t. 2, págs. 2 y sigs. 11, 15, 88. BESELER, *Klagenkonkurrenz*, en SZ 44(1924) pág. 365. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel Diritto romano classico*, 1939, págs. 182, 183, recens. KADEN, en SZ, 60(1940). LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, 1972, pág. 241.

Sin embargo no han faltado voces aisladas, pero muy prestigiosas, que han sostenido para el Derecho clásico una concurrencia cumulativa entre acción penal de daño y acción de resarcimiento, afirmando que la *actio legis Aquilia*, y por consecuencia sus complementarias, fueron originariamente acciones penales “puras”, lo que lleva a sostener la tesis, ciertamente arriesgada, de que muchos fragmentos están alterados. Sorprendentemente estas opiniones no aparecen, como sería normal, en publicaciones de la furibunda etapa hipercrítica de comienzos del siglo XX, sino en un momento mucho más tardío, ya en la segunda mitad de la centuria recién concluida, cuando la doctrina tendía a abjurar de los excesos anteriores y a abordar con extrema cautela los indicios de alteración textual.

La primera opinión doctrinal en este sentido que conocemos, aunque restringida a un ámbito muy limitado, es la de VOGLI, quien en un trabajo de 1939 (*Risarcimento e pena privata nel Diritto romano classico*) mantuvo la concurrencia cumulativa entre las acciones penales y las reipersecutorias de Derecho estricto, afirmando que la concurrencia electiva, expresada en los textos, se debe a alteraciones postclásicas⁷. Sin embargo acepta este autor la clasicidad de la concurrencia alternativa entre acciones penales y reipersecutorias cuando éstas son *bonae fidei iudicia*⁸.

Pero la afirmación rotunda y radical de que la *actio legis Aquiliae* clásica era una acción penal pura, que se acumulaba libremente con las acciones de reparación y, en consecuencia, “todos” los textos, que imponen la concurrencia alternativa están alterados nos aparece, nada menos, en el *Classical Roman Law* de SCHULZ publicado, como es sabido, en Oxford, el año 1951⁹, admitiendo que los compiladores justinianos no fueron los primeros en establecer la concurrencia electiva, que ya apa-

⁷ Págs. 182, 183.

⁸ Págs. 134 y sigs.

⁹ Part. V, Chap. II: Law of delicts, pág. 572. Trad. esp. Santa Cruz Teijeiro, Pág 564, parág. 1009 Una pura acción penal.

La acción clásica fue una pura acción penal y no una *actio rem et poenam persequens* como se afirma en Gayo 4.9. Toda la frase [quod... sunt] ha sido añadida por persona que tuvo presente el pasaje de Gayo 4.171...

Justiniano describe la *actio legis Aquilia* como una *actio mixta* (Inst. Iust. 4.6.19). No solamente porque lis infitiando *crecit in duplum*, si que también, porque el ofensor debe pagar el más alto valor que la cosa dañada alcanzó durante cierto periodo y no el valor que dicha cosa tuvo cuando el daño fue causado. Esta idea fue completamente extraña a los juristas clásicos, los cuales consideraron esta acción como una acción penal pura...

Parág. 1010 Consecuencias del carácter penal

El carácter penal de la *actio legis Aquiliae* clásica se revela en las siguientes reglas:...

d) La *actio legis Aquiliae* y una acción derivada de contrato eran, por tanto acumulables. Si un comodatario dañaba la cosa recibida en comodato, se daban contra él dos acciones: (1) la *actio commodati* (una *actio rem persequens*); (2) la *actio legis Aquiliae* penal. Ambas acciones eran acumuladas en virtud del carácter penal de la *actio legis Aquiliae*. Justiniano no mantuvo esta acumulación y en el Derecho creado por él, el actor debía contentarse con una de las dos acciones. Todos los textos del *Corpus Iuris* en que hallamos “la concurrencia electiva” son interpolados. Los compiladores no fueron los primeros en suavizar el carácter penal de la *actio legis Aquiliae* de este modo. Hallamos la concurrencia electiva en la prejustiniana *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (12.7.9), pero la interpolación de este texto ha sido admitida desde antiguo.

rece en Coll. 12,7.9¹⁰. La concisión propia de un manual docente impide que el autor se explaye en un análisis detenido de los textos. Quizás en algún otro trabajo del insigne romanista se fundamente más detalladamente esta opinión, pero nuestra búsqueda en esta dirección ha sido, hasta el momento, infructuosa. Tampoco hemos hallado reflejo de tan revolucionaria opinión en la doctrina de los años inmediatamente posteriores. Es sorprendente que ni siquiera en el exhaustivo *Römisches Privatrecht* de Kaser, de 1971, aparezca recogida esta tesis de Schulz, formulada veinte años antes¹¹.

La concurrencia cumulativa entre acción penal de daño y reipersecutorias vuelve a ser defendida, ahora con un importante despliegue de argumentos por Ulrich von LÜBTOW, en una monografía, publicada en 1971 bajo el título *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*. El autor berlinés dedica el apartado V del parágrafo 6 de su libro a la concurrencia de acciones. Allí examina la concurrencia de la *actio legis Aquiliae* con otras que podrían lograr la reparación del daño, como serían la *reivindicatio*¹², la *condictio furtiva*¹³, y las acciones contractuales: *actio ex locato*¹⁴, *actio ex commodato*¹⁵, *actio pigneraticia*¹⁶, *ex deposito*¹⁷ y *pro socio*¹⁸. El autor analiza catorce fragmentos en los que se impone la concurrencia alternativa y los considera todos interpolados. No en vano la monografía está dedicada a Beseler.

Es interesante examinar, desde este punto de vista, los textos en los que aparece la concurrencia de la *actio legis Aquiliae* con otra que pudiera servir de reipersecutoria. Para ello tomamos en consideración los fragmentos jurisprudenciales que cita, en este sentido, la monografía de von Lübtow, añadiendo varios más, que no aparecen tomados en consideración por este autor, pero que se refieren también a la concurrencia de dichas acciones. Hemos procurado una búsqueda detallada y completa, pero en modo alguno podemos garantizar que no se nos haya escapado algún que otro fragmento. Por otro lado, hay en el Digesto algunos textos en los que podría darse la concurrencia pero, por no sabemos bien qué razones, aunque en algún caso se puedan sospechar, no se expresa en ellos más que el recurso a sólo una de las dos acciones posibles.

¹⁰ Ulp. 18 ed.

Sed et si qui servi inquilini insulam exusserint, libro X Urseius refert Sabinum respondisse lege Aquilia servorum nomine dominum noxali iudicio conveniendum: ex locato autem dominum teneri negat. Proculus autem respondit, cum coloni servi villam exusserint, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus servos posset noxae dedere et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum.

¹¹ Tan solo refiere, en contra de la posición tradicional, a la citada opinión de VOGL, t. I, pág. 621, n. 17.

¹² Pág. 68 Ulp. 16 ad ed. D.6.1.13.

¹³ Pág. 68 Ulp. 43 ad Sab. D.47.1.2.3

¹⁴ Págs. 70-73 Gai. 10 ad ed. prov.D.19.2.25.5; Paul. 21 ad ed. D.19.2.43; Ulp. 18 ed. Coll.12.7.9 y D.9.2.27.11; Alf.3 dig. a Paulo epit. D.19.2.30.2; Ulp.18 ad ed. D.9.2.7.8.

¹⁵ Págs. 73-74 Gai. 9 ad ed. provinc. D.13.6.18.1; Ulp. 28 ad ed. D.13.6.7.1; Paul. lib. sing. de concurr. act. D.44.7.34.2.

¹⁶ Págs. 74-75 Paul.10 ad Sab. D.9.2.18

¹⁷ Pág. 75 Gai. 9 ad ed. provinc. D.13.6.18.1.

¹⁸ Págs. 75-76 Ulp. 30 ad Sab. D.17.2.47.1; Paul. 6 ad Sab. D.17.2.48; Ulp. 31 ad ed. D.17.2.49; Paul. 6 ad Sab. D.17.2.50.

Se pueden agrupar los textos en cinco apartados según la forma de exponer la concurrencia:

- I -Textos en los que no se impone la alternativa
- II -Textos que enuncian la alternativa con la disyuntiva *vel...vel* simplemente
- III -Textos en los que se enuncia una concurrencia acumulativa, pero aparece contradicha por un apéndice posterior
- IV -Textos que enuncian la concurrencia alternativa con la disyuntiva *vel...vel...* y añaden, además, un apéndice subrayándola
- V -Textos que enuncian directamente la concurrencia alternativa

I- En el primer apartado situaremos los fragmentos en los que se afirma la concurrencia, sin referencia alguna a la alternativa. Naturalmente, ello no quiere decir que esta concurrencia fuese forzosamente cumulativa. Pudo ser que el autor quisiera simplemente enunciar las acciones de que disponía el perjudicado, sin entrar a advertir que sólo se podía ejercitar una de ellas. Pero resulta inquietante comprobar que ambas acciones no aparecen separadas por ninguna partícula disyuntiva, y más inquietante aún señalar que se trata de bastantes textos, demasiados para pensar que la ausencia de referencias a la alternativa se debiera a un descuido del jurisconsulto. Concretamente tenemos hasta seis textos en este sentido.

1) En el conocido caso del zapatero que dejó tuerto al aprendiz libre e hijo de familia afirma Ulpiano que Juliano admite la *actio ex locato* del padre del aprendiz contra el brutal zapatero **y también** (...sed et...) la *actio legis Aquiliae*:

Ulp. 32 ad ed. D.19.2.13.4

Item Iulianus libro octagensimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse: sed et de Aquilia supra diximus. iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praecipendi.

En cambio en la otra transmisión de este mismo afirma Ulpiano que Juliano dudaba sobre la *actio ex locato*:

Ulp. 18 ad ed. D.9.2.5.3

*Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: **an ex locato, dubitat**, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: **sed lege Aquilia posse agi non dubito***

2) El esclavo hornero¹⁹ del colono se durmió junto al horno y se quemó la villa. Neracio escribe que el colono será responsable con la *actio ex locato* si fue negligente al elegir a sus operarios (*culpa in eligendo*). Ulpiano considera responsable con la acción útil (se sobreentiende que es la de la ley Aquilia) tanto quien se durmió como quien lo vigiló negligentemente. Como el colono responde noxalmente por sus esclavos, quiere decirse que el colono podría ser demandado con las dos acciones, pero no señala la alternativa entre ambas.

Ulp. 18 ad ed. D.9.2.27.9

Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit: ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius negligenter custodierit, an tenebitur qui subiecerit? nam qui custodit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, non peccavit: quid ergo est? puto utilem competere actionem tam in eum qui ad fornacem obdormivit quam in eum qui negligenter custodit, nec quisquam dixerit in eo qui obdormivit rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere vel ita munire, ne evagetur.

3) Un cochero, por competir con otros, volcó el carruaje e hirió o mató a un esclavo. Suponemos que el esclavo viajaba en el carruaje y sería el dueño quien demandaría con la acción locaticia por imprudencia, según Ulpiano, “**pero también**” (*sed et*) la de la ley Aquilia utilis.

Ulp. 32 ad ed. D.19.2.13 pr.

Item quaeritur, si cisiarius, id est carucharius, dum ceteros transire contendit, cisium evertit et servum quassavit vel occidit. puto ex locato esse in eum actionem: temperare enim debuit: sed et utilis Aquiliae dabitur.

4) El colono al que se demanda con la *actio ex locato* porque quizás ha cortado árboles, y jura que no los cortó, sobreentendiéndose que el actor había ofrecido atenerse al juramento decisorio del demandado, se puede defender con la *exceptio ex iureiurando*, si después se ve demandado con la acción de las XII Tablas sobre árboles cortados, o con la de la ley Aquilia por daño injusto, o por el interdicto *quod vi aut clam*. El fundamento de la decisión es claro: si el actor ha ofrecido atenerse a lo jurado por el demandado y éste ha jurado que él no ha cortado los árboles, el arrendador no podrá fundamentar ninguna demanda de acción penal sobre un hecho que él ha aceptado como no cometido por el arrendatario; su defensa procesal en cualquiera de estas nuevas acciones será la *exceptio ex iureiurando*. Pero el pensar que, después de intentada la *actio ex locato*, todavía podía ser demandado con la *actio legis Aquiliae*, permite sospechar una concurrencia acumulativa entre ambas.

¹⁹ Suponiendo, como hace la ed de Mommsen (n. 24) que el texto original dijese *fornacarius*, “hornero”, y no *fornicarius* “fornicador”, siendo irrelevante para la argumentación jurídica, que el sopor del esclavo negligente tuviese causa en su devoción a Venus o a Ceres.

Paul. 18 ad ed. D.12.2.28.6

*Colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, si iuraverit se non succidisse, sive e lege duodecim tabularum de arboribus succisis sive e lege Aquilia damni iniuria sive interdicto quod vi aut clam postea convenietur, per exceptionem iurisiurandi defendi poterit.*²⁰.

5) Se dio una copa para tornear. Si el artesano la rompió por impericia, responderá por daño aquiliano, si fue porque el material tenía fisuras puede ser excusado, por eso los artífices suelen convenir, cuando se les dan tales materiales, que no asumen el riesgo, y este pacto hace desaparecer la *actio ex locato* y la *actio legis Aquiliae*, de donde se deduce que ambas eran ejercitables y no se impone entre ellas la alternativa puesto que las separa con *et* y no con *vel*.

Ulp. 18 ad ed. D.9.2.27.29

Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excussatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.

6) Y finalmente, el conocido texto de quien confió un mulo a un esclavo alquilado, que ató la brida a su pulgar, y el animal se lanzó de tal manera que le arrancó el pulgar y se despeñó. Escribe Mela que si se dio como experto a un esclavo inexperto, el dueño del mulo podrá ejercitar la *actio ex locato* contra el dueño del esclavo por el mulo estropeado, pero, si otro hubiese espantado al animal, tendrán, tanto el dueño del mulo como el del esclavo, la *actio legis Aquiliae* contra el que lo espantó, y termina Ulpiano diciendo que, a su entender, en el caso en que cabe la *actio ex locato*, cabe **también** la *actio legis Aquiliae*. No señala si es que el dueño del mulo puede ejercitar la *actio ex locato* contra el dueño del esclavo y la *actio legis Aquiliae* contra el espantador, lo que no sería una verdadera concurrencia al tener dos demandados diferentes, o bien que, como es muy probable, quiera decir que si el esclavo era inexperto cabrá la *actio ex locato* contra el dueño del esclavo y además la *actio legis Aquiliae* contra él mismo, como noxal, sin imponer alternativa alguna.

Ulp. 18 ad ed. D.9.2.27.34

Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret, Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est

²⁰ La *regula* que con carácter general enuncia Hermog. 2 iuris epit. D.44.7.32

Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas varietates optinuit.

(Cuando de un delito nacen varias acciones, como sucede cuando se dice que se cortaron árboles furtivamente, después de muchas divergencias se permitió ejercitarlas todas) tampoco impone la alternativa.

*mulī, et servi cum eo qui turbavit habiturum legis Aquiliae actionem. mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere **etiam** Aquiliae.*

II.- Los dos textos que colocamos en el segundo apartado, parecen redactados para hacer las delicias de los adictos a la caza de interpolaciones, pues enuncian la alternativa con la disyuntiva *vel...vel* simplemente. Si hay un modo fácil de interpolar es precisamente éste: intercalar la partícula *vel* o cambiar *et* por *vel*, anteponiendo una *v* y convirtiendo la *t* en *l*, como cuenta Dante, en el Infierno, de los falsarios medievales, que en los documentos cambiaban *no* por *ita*.

1) Según Próculo, si un médico ha operado a un esclavo incorrectamente es responsable **o** con la acción *ex locato* **o** con la de la ley Aquilia.

Ulp.18 ad ed. D.9.2.7.8

*Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, **vel** ex locato **vel** ex lege Aquilia competere actionem.*

2) Alfeno refiere que alguno dio en arrendamiento unas mulas para cargar un peso determinado. El arrendatario las cargó con un peso mayor y las descoyuntó. Cabe la acción de la ley Aquilia **o** la *actio ex locato*. Pero la de la ley Aquilia sólo se puede ejercitar contra el que arreó las mulas, y la del arrendamiento se puede dirigir contra el arrendatario incluso aunque fuese otro quien las hubiese descoyuntado.

Alf.3 dig. a Paulo epit. D.19.2.30.2

*Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. respondit **vel** lege Aquilia **vel** ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.*

III.- Más nutrido es el apartado tercero, en el que situamos los textos en los que se enuncia una concurrencia acumulativa, pero aparece contradicha por un apéndice o añadidura posterior. También aquí puede cebarse la crítica de interpolaciones manteniendo la clasicidad de la primera parte del texto, en la que se afirma una concurrencia cumulativa y reputando espúrea la añadidura en la que se impone la alternativa

1) Ulpiano refiere la circunstancia de que el demandado en un proceso vindicatorio, después de fijado el litigio, restituya culpablemente un esclavo dañado (*debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui*). Este empeoramiento de la cosa será tenido en consideración. Afirma que **también** el poseedor puede ser demandado con la *actio legis Aquiliae*, y se pregunta si, para que el juez estime el daño en el juicio petitorio, tendrá que renunciar el actor a la *actio legis Aquiliae*; *concluye* aceptando la opinión, que él atribuye a Labeón, según la cual el demandante deberá dar caución de que no ejercitará la *actio legis Aquiliae*

Ulp. 16 ad ed. D.6.1.13

Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per

*iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. **quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petito rem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.***

2) Respecto a la concurrencia de la *actio legis Aquiliae* y la *condictio furtiva*, refiere Ulpiano que se preguntó si, habiendo sido uno demandado *con la condictio furtiva*, seguramente por haber destruido la cosa hurtada, se podría ejercitar contra él **sin embargo** la *actio legis Aquiliae* y refiere que según Pomponio **se puede ejercitar** porque ambas acciones son diferentes en cuanto a la estimación del daño. Pero al final añade que si fuera un esclavo quien cometió el delito, cualquiera que fuese la acción por la que fue entregado en noxa, **se extingue la otra**.

Ulp. 43 ad Sab. D.47.1.2.3

*Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva, an **nihilo minus** lege Aquilia agi possit. et scripsit Pomponius **agi posse**, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit, condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus. sed si servus sit, qui haec admisit, ex quacumque actione noxae fuerit deditus, **perempta est altera actio.***

3) Respecto al colono que taló árboles en la finca arrendada señala Gayo la múltiple concurrencia de la *actio locati* con la *actio legis Aquiliae* y también con la de las XII Tablas sobre árboles cortados furtivamente, y también con el interdicto *quod vi aut clam*. Pero añade al final que el juez que conoce de la acción locaticia tiene facultad para obligar al arrendador a que **omita las demás acciones**.

Gai. 10 ad ed. prov. D.19.2.25.5

*Ipse quoque si exciderit, **non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia** et ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum et interdicto quod vi aut clam: sed utique iudicis, qui ex locato iudicat, officio continetur, **ut ceteras actiones locator omittat.***

4) Afirma Paulo que si el arrendatario hiere al esclavo, que tomó en arrendamiento, se da contra él la acción de la ley Aquilia y la de *actio ex locato*, **pero el actor debe contentarse con una u otra**.

Paul. 21 ad ed. D.19.2.43

*Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine legis Aquiliae **et ex locato actio est, sed alterutra contentus actor esse debet**, idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.*

5) Señala Gayo que si la cosa dada en prenda, o en comodato, o en depósito fuera estropeada por quien la recibió **no sólo** se darán las acciones contractuales correspondientes (*pigneraticia*, *commodati*, o *depositi*) **sino también** la de la ley Aquilia, **pero si se ejercita ésta, las otras no tendrán lugar**.

Gai. 9 ad ed. provinc. D.13.6.18.1

Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.

6) Según Paulo, si quien recibió en prenda un esclavo, lo mató o lo hirió, puede ser demandado con la *actio legis Aquiliae* y con la *pigneraticia*, **pero el actor debe contentarse con una u otra.**

Paul.10 ad Sab. D.9.2.18

Sed et si is qui pignori servum accepit occidit eum vel vulneravit, lege Aquilia et pigneraticia conveniri potest, sed alterutra contentus esse debet actor.

7) Respecto a la concurrencia de la *actio pro socio* y la *actio legis Aquiliae* los compiladores componen la solución con cuatro fragmentos seguidos, dos Ulpiano y dos de Paulo. Según Ulpiano si un socio causa daño en cosa común, responderá por la ley Aquilia, como escribieron Celso, Juliano y Pomponio, pero añade Paulo que **también** responderá por la *actio pro socio*. Continúa Ulpiano poniendo un ejemplo de acto dañoso para la sociedad, como, por ejemplo, si un comerciante hiriese o matase a un esclavo (de la sociedad). Y entonces termina Paulo afirmando que **con la *actio pro socio* consigue que deba darse por contento por la otra acción pues ambas tienden a la reipersecución**, no solamente a la pena, como la del hurto.

Ulp. 30 ad Sab. D.17.2.47.1

Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Iulianus et Pomponius scribunt:

Paul. 6 ad Sab. D.17.2.48

Sed nihilo minus et pro socio tenetur,

Ulp. 31 ad ed. D.17.2.49

Si hoc facto societatem laesit, si verbi gratia negotiatorem servum vulneraverit vel occidit.

Paul. 6 ad Sab. D.17.2.50

Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat.

IV.- Los textos comprendidos en el cuarto apartado serían los que habrían sufrido un retoque más completo, porque enuncian la concurrencia alternativa con la disyuntiva *vel...vel...* y añaden, además, un apéndice subrayándola, y no son más que dos, o mejor dicho uno sólo en doble transmisión: justiniana y prejustiniana.

1) Afirma Próculo que si los esclavos del colono incendiaron la villa, este será responsable o con la *actio ex locato* o con la de la ley Aquilia, para que pueda librarse entregando en noxa a los esclavos, **y si el asunto hubiese sido juzgado en un juicio, no se reclamará más por el otro.** Y añade que esto es si no hay culpa del colono, porque si tuvo culpa, al tener esclavos dañinos, su responsabilidad por daño aquiliano será directa y no noxal, y en consecuencia no se podrá librar por la entrega.

Ulp. 18 ad ed. D.9.2.27.11

Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. sed haec ita, si culpa colonus careret: ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit: quae sententia habet rationem.

2) En el mismo supuesto recogido en la Collatio, recuerda Ulpiano que Urseyo Feroz rechazaba la acción locaticia pero que Próculo admitía ambas en concurrencia alternativa.

Ulp. 18 ed. Coll.12.7.9

Sed et si qui servi inquilini insulam exusserint, libro X Urseius refert Sabinum respondisse lege Aquilia servorum nomine dominum noxali iudicio conveniendum: ex locato autem dominum teneri negat. Proculus autem respondit, cum coloni servi villam exusserint, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus servos posset noxae dedere et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum.

V.- Y finalmente en el quinto apartado agrupamos dos textos, ambos referidos a la concurrencia entre la *actio legis Aquiliae* y la *actio commodati* en los que parece enunciarse abiertamente la concurrencia alternativa, si bien la literatura hipercrítica los consideró alterados en su casi totalidad.

1) Plantea Ulpiano en D.13.6.7.1 el caso de un comodante que puede ejercitar la *actio legis Aquiliae* y la *actio commodati*, pero el texto resulta, al menos para nosotros, bastante problemático y enrevesado en su redacción, lo cual ha sido tradicionalmente indicio de alteración, o, al menos, de una transmisión defectuosa. No sería aventurado suponer que se trata de un texto compuesto con fragmentos diferentes, no bien ensamblados entre sí. En primer lugar sorprende observar que no se hace referencia a la cosa cedida en comodato ni al daño que sufrió; se sobreentiende que el objeto del comodato había sido destruido o deteriorado, pero una argumentación desarrollada en términos tan abstractos, y sin referencia al supuesto de hecho, suena más a disquisición escolástica que a *responsum* de jurisconsulto clásico.

Pero es que, al comienzo del fragmento, se precisa que el comodante tiene la acción de la ley Aquilia contra su socio (*adversus socium eius*) sin que se nos alcance qué tiene aquí ver la circunstancia de que el dañador fuese socio del comodante. Da la impresión de que el arranque del fragmento se está refiriendo a otra cuestión que sería la concurrencia entre la *actio legis Aquiliae*, la *actio pro socio* y la *actio commodati*²¹. Los supuestos considerados podrían ser dos a nuestro entender. Una posibilidad sería que un socio hubiese cedido en comodato un bien del patrimonio social, y por tanto en condominio entre los socios, a otro socio. para que lo usase temporal y gratuitamente durante cierto tiempo, y que el socio comodatario la hubiese

²¹ Lenel, *Paling*, coloca a continuación de este texto el fragmento D. 17.2.43 sobre la concurrencia de la *actio communi dividundo* y la *actio pro socio*.

dañado o destruido²²; podría entonces darse una triple concurrencia. El socio que consintió en la cesión podría demandar al socio comodatario con la *actio pro socio*, entendiéndose que, si bien esta cesión en comodato se produjo fuera de los límites de la actividad social, el vínculo societario obligaba al socio comodatario a cuidar con diligencia los bienes de la sociedad y, faltando ésta, debía responder de todo aquello que tuviese que indemnizar a los demás socios con arreglo a la buena fe. Además el socio comodante podría ejercitar contra el socio comodatario la *actio commodati*, por no haber devuelto la cosa cedida en el estado en que la recibió, aunque, quizás, al ser el comodatario también copropietario del bien dañado, habría que descontar de su responsabilidad el valor de su porción alícuota. Finalmente podría también el socio comodante ejercitar contra el socio comodatario dañador la *actio legis Aquiliae*, probablemente también limitando la pena al valor máximo durante el año anterior o el mes anterior, según se tratase de daños comprendidos en el cap. I o en el III de la ley, de la cosa, descontando el valor de su participación en ella. Si se piensa que la *actio legis Aquiliae* era originariamente una acción penal “pura”, es claro que se acumularía libremente a las otras dos, que serían reipersecutorias, y que concurrirían alternativamente entre sí. En cambio, si se piensa que la *actio legis Aquiliae* fue “mixta”, es decir penal y reipersecutoria desde el primer momento, la consecuencia será que la concurrencia de las tres acciones fue siempre alternativa. La otra posibilidad, que ofrece el comienzo del texto, sería que un socio hubiese dado en comodato un objeto de la sociedad a un comodatario no socio, y otro socio daña la cosa²³. El socio comodante tendría contra el socio dañador la *actio pro socio*, y la acción de la ley Aquilia, en concurrencia cumulativa o alternativa, según la opinión que se acepte, y contra el comodante la *actio commodati*, por no haber devuelto la cosa en el estado en que la recibió. Creemos que el texto se refiere a este último supuesto, pues a continuación se plantea si se debe ceder la *actio legis Aquiliae* al comodatario (*videndum erit, ne cedere debeat*). Pero no aparece en el fragmento, tal como lo conocemos, referencia alguna a la *actio pro socio* y, en consecuencia la alusión al socio demandado con esta acción resulta absolutamente injustificada. Es más, la frase que viene a continuación parece centrar el tema pura y simplemente en dos posibles supuestos: o la cosa dada en comodato fue dañada por un extraño, que ahora nos da igual que fuera o no socio del comodante²⁴, o bien la cosa dada en comodato fue dañada por el propio comodatario²⁵. En el primer supuesto, tendría el comodante la *actio legis Aquiliae* contra el extraño dañador y la *actio commodati* contra el comodatario. Aunque el texto no lo dice abiertamente, es evidente que el jurista se inclina por

²² Por ej. Ticio y Cayo han formado una sociedad para explotar un predio agrícola. Ticio cede a Cayo el uso temporal y gratuito de un buey, que forma parte del patrimonio social, para que lo utilice en la labranza de otra finca suya. Durante el tiempo fijado Cayo dolosa o negligentemente causa la muerte del animal o lo daña.

²³ Por ej. Ticio y Cayo han formado una sociedad para explotar un predio agrícola. Ticio cede a Mevio el uso temporal y gratuito de un buey, que forma parte del patrimonio social, para que lo utilice en la labranza de otra finca suya. Durante el tiempo fijado Cayo causa, dolosa o negligentemente, la muerte del animal o lo daña.

²⁴ Por ej. Ticio cede a Mevio el uso temporal y gratuito de un buey, para que lo utilice en la labranza de una finca suya. Durante el tiempo fijado Cayo causa, dolosa o negligentemente, la muerte del animal o lo daña.

²⁵ Por ej. Ticio cede a Mevio el uso temporal y gratuito de un buey, para que lo utilice en la labranza de una finca suya. Durante el tiempo fijado, Mevio causa, dolosa o negligentemente, la muerte del animal o lo daña.

imponer la cesión de la *actio legis Aquiliae* al comodatario si por el ejercicio de la *actio commodati* se ve compelido a resarcir al comodante el daño causado por otro (*si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur*)²⁶. Pero esta cesión no implica el reconocimiento tajante del carácter reipersecutorio de la pena *ex lege Aquiliae*, como a continuación se argumenta. La cesión de la acción penal a quien ya ha resarcido el daño no parece que se deba tanto al carácter indemnizador de la pena, como a paliar el efecto injusto de la condena del comodatario obligado a resarcir el daño causado por otro. En general a todo el que responde por custodia, como sucede con el comodatario de muebles, se le concede la acción de la ley Aquilia y sus complementarias contra quien causó el daño. En el segundo supuesto, es decir, si el dañador fue el propio comodatario, se da la propiamente la concurrencia entre la *actio legis Aquiliae* y la *actio commodati* sobre la cual el jurista manifiesta muy claramente su carácter alternativo: es de toda justicia que si ejercita la acción del comodato renuncia a la de la ley Aquilia (*nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem*), aunque apunta una posible vía conciliatoria, que permitiría poder ejercitar ambas acciones y sería que, ejercitando la acción de la ley Aquilia, se le rebajare lo que ya había conseguido por la acción del comodato, lo cual le parece razonable a Ulpiano (*nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem*). Esta posibilidad aparece como una solución innovadora introducida con los términos “a no ser que quizás alguien dijera” e implica claramente la consideración de la *actio legis Aquiliae* como acción “mixta: reipersecutoria en cuanto al valor de la cosa dañada y penal en cuanto al exceso.

Ulp. 28 ad ed.D.13.6.7.1

Sed si legis Aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur: nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem: nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem.

2) El otro texto, también con referencia a la *actio commodati*, es de Paulo y está recogido en D.44.7.34.2. También parece como si procediera de la combinación poco diestra entre fragmentos diferentes. Comienza refiriéndose al caso de que el colono hubiese sustraído una cosa del fundo y dice que se le podrá demandar con la *condictio furtiva*, con la *actio furti* y con la *actio ex locato*, y que mientras que la pena de la *actio furti* no se confunde con las otras, sin embargo las dos reipersecutorias (*condictio furtiva* y *actio locati*), se mezclan entre si, es decir son alternativas. A continuación afirma que sucede lo mismo con la *actio legis Aquiliae* (*et hoc in legis Aquiliae actione dicitur*) y, a partir de este momento abandona el supuesto contemplado y pasa bruscamente a considerar un caso distinto: unos vestidos dados en comodato y rotos por el comodatario, señala que **ambas acciones** (la de comodato y

²⁶ En la ed. de Mommsen se refiere (n. 2) que Eisele atribuye a Justiniano toda esta frase.

la de la ley Aquilia) **contienen la reipersecución y, una vez ejercitada la de la Ley Aquilia, se extinguirá la del comodato.** Termina preguntándose si, habiéndose ejercitado antes la del comodato, subsistirá la de la ley Aquilia, en cuanto a la diferencia que se podría obtener por la condena al valor máximo durante los treinta días anteriores. Si quitamos el *non* del texto, que parece lo más razonable, resulta que en opinión de Paulo se puede ejercitar, descontándose el valor de lo ya obtenido. Aunque también cabría pensar que Paulo se inclina por la solución negativa, contraria a la de Ulpiano²⁷.

Paul. lib. sing. de concurr. act. D.44.7.34.2

Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur, illae autem inter se miscentur. et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei persecutionem continent et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur: post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere, quia simplo accedit: et simplo subducto locum (non?) habet.

Por último apuntaremos, a modo de conclusión, las siguientes ideas:

La concurrencia alternativa entre la acción penal de daño y la eventual reipersecutoria, deja a la víctima del daño en una situación económica mucho peor que a la víctima del hurto. La pena aquiliana debía ser mucho menos intimidatoria para los delincuentes, incluso dolosos, que la establecida para el *furtum*; un tratamiento similar para ambas acciones habría sido más equitativo y más provechoso socialmente a la hora de prevenir el delito.

Hay textos en los que la concurrencia aludida no aparece como alternativa, y en la mayoría de los que sí aparece, la sospecha de alteración es muy razonable.

No es nuestro propósito tomar posición en favor de una supuesta concurrencia cumulativa, ni somos, en absoluto, adictos a la hipercrítica. Solamente quisiéramos sembrar dudas en las mentes de los romanistas, especialmente de los más jóvenes pues son las dudas las que abren el camino a las investigaciones más fecundas.

²⁷ Así aparece en la trad. del Digesto de la Ed. Aranzadi, suponiendo que el texto afirmaba que la *actio legis Aquiliae* <no> perdura.