

LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA: BASES HISTÓRICAS PARA UNA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA ACTUAL*

Amelia CASTRESANA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Damnum*. III. *Iniuria*. IV. *De la iniuria a la culpa*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad *ex lege Aquilia* es uno de esos temas singularmente atractivos para el romanista, por cuanto su estudio científico permite ensayar —creo que provechosamente— la necesaria síntesis de perspectivas —histórica y dogmática— en la consideración de la experiencia jurídica romana. Por otra parte, hoy, cuando en Europa se habla de la necesaria unificación del derecho privado de los Estados miembros de la Unión —con no pocas resonancias más allá de Europa—, se apela a la cultura jurídica común de dichos Estados, que, identificada con una tradición jurídica compartida, hunde sus raíces en la experiencia jurídica romana. Nuestra mirada hoy a los modos de producir derecho en Roma tiene que ver con la búsqueda de modelos históricos de integración que puedan servir de guía al actual proceso de integración jurídica en Europa. En materia de responsabilidad aquiliana la magistral *interpretatio* de la jurisprudencia romana, cargada de autoridad intelectual, ilumina el proceso de creación jurídica original desde un texto anterior. Se aúnan conservadurismo y progreso, tradición y nuevas creaciones, siempre con una notoria sensibilidad histórica a las demandas sociales de cada tiempo.

* El texto aquí transcrito forma parte de mi monografía: *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

** Universidad de Salamanca.

Además la experiencia histórica enseña —como ha aclarado Knütel— que las situaciones conflictivas de derecho privado son constantes, independientemente de los cambios de ambiente, sobre todo, en derecho de obligaciones y bienes. Las fuentes del derecho romano nos ofrecen las soluciones más desarrolladas de los problemas jurídicos recurrentes. De ahí que ante los tribunales internacionales se acuerde hoy resolver las controversias conforme al derecho romano. Y uno de los casos más significativos es la materia de responsabilidad extracontractual. En este ámbito parece imprescindible en la actualidad —como quiere LUIG— el uso del Digesto o el “relanzamiento de la historia”. Porque la *Lex Aquilia* de *damno* y la sucesiva interpretación que hicieron de la misma los juristas romanos sirven hoy de base a la jurisprudencia del tribunal europeo para encontrar y aplicar principios generales en materia de responsabilidad por culpa comunes a los distintos ordenamientos jurídicos europeos. En este sentido merece destacarse la sentencia del tribunal europeo de 25 de febrero de 1968 que en una nota a pie de página se refiere directamente a un texto de Paulo D.1,3,26 y 28, y adopta el criterio de interpretación del jurista como principio general en materia de responsabilidad por daños. Analicemos la historia progresiva de esta responsabilidad en la experiencia jurídica romana.

En lo que muchos han querido considerar la protohistoria, es decir, la primera historia subsiguiente a la prehistoria, del *ius*, de la *iniuria* y del *damnum*, al principio existía la venganza privada, la ley del talión:

Mirándolo torvamente —le dijo Aquiles, el de los pies ligeros—: Héctor, no me anuncies compromisos; que no es posible que haya fieles alianzas entre los leones y los hombres, ni que estén de acuerdo los lobos y los corderos, sino que piensan continuamente en causarse daño unos a otros; tampoco puede haber entre nosotros ni amistad ni pactos, hasta que caiga uno de los dos y sacie de sangre a Ares, guerrero indomable.

Algo más tarde nace la composición. La necesidad de pacto, el convenio liberador de la venganza, que ofrece al autor del injusto la posibilidad de su redención. Se acuerda el precio del rescate: “Zeus se inclina por la composición: Tetis es enviada a disuadir a su hijo: los dioses están muy irritados contra ti, le advierte, porque retienes a Héctor en las corvas naves y no permites que lo rediman. Ea, pues, entrega el cadáver y acepta su rescate”.¹

¹ Homero, *Iliada*, XXII, 261-267 y XIV, 133-140.

Como problema jurídico el del daño consiste en individualizar los límites y criterios de determinación para hacer entrar en vigor una disciplina que garantice la represión de los actos ilícitos y permita el restablecimiento de las situaciones alteradas, asegurando con el castigo del autor del injusto la convivencia social en paz. Todo ello con el límite que expresaba ya Plauto en *Aulularia*² haciéndose eco de una peculiar nota de la sensibilidad latina: “*Factum est illud; fieri infectum non potest*. El mal está hecho; imposible cambiar nada”.

La sujeción a la pena hace que el autor del injusto esté gravado con una carga, pero ésta puede también concebirse como beneficio en la medida que el pago del rescate autoriza la liberación de la pena. Estamos frente a una estructura que funciona prácticamente como obligación, aunque no se puede decir —según advierte Cannata—³ que haya aquí *obligatio* en sentido propio.

Porque el derecho de daños en los primeros tiempos jurídicos era definido, como dice Vökl,⁴ por la notoriedad de la responsabilidad. Lo que significa que el autor de la lesión —sin necesidad de un reconocimiento a través de la *legis actio sacramento in personam*— caía bajo la responsabilidad del lesionado, de la únicamente se liberaba mediante el pago del rescate con el valor de resarcimiento.

II. *DAMNUM*

1. *Explicación semántica del término*

En esa protohistoria del *damnum* que mencionábamos la lengua del derecho conoce y hace uso de dos términos latinos, *noxia* y *noxa*, con una acusada indiferenciación semántica, como muy bien ha puesto de relieve Kaser.⁵ *Noxia* hace referencia a la muerte de esclavos y animales, un daño y una acción dañosa coincidentes con lo que va a ser configurado como *damnum* el capítulo I de la *Lex Aquilia*. A partir de la promulgación de

² *Aulularia*, v. 741.

³ *Delitto e obbligazione*, Nápoles, 1992, pp. 24-26.

⁴ *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis. Zum dritten Kapitel der Lex Aquilia*, RIDA, 24, 1977, p. 475.

⁵ *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, pp. 221-224.

esta *damnum* es sinónimo de daño —“daño producido en bienes ajenos”—, y *noxia* en las fuentes no jurídicas toma el significado de pena.

Ya D’Ors⁶ advierte sobre “el dinamismo semántico” del término latino *damnum* que puede traducirse, dice, aceptablemente por “daño”, pero también significa “la pérdida que debe imponerse como pena al autor del delito”. Este fenómeno es, por lo demás, habitual en otros términos jurídicos, como *ius*, *libra* y, especialmente, *fraus* que se refiere tanto al daño causado como a la intención malévola de quien lo causa y a pena que se debe sufrir o no.

De alguna manera parece que los dos significados de *noxia* y *noxia* se reúnen tras la promulgación de la *Lex Aquilia* en un único vocablo, *damnum*, que así empleado, sin ningún otro añadido, acoge la ocasional indiferenciación semántica de aquéllos.

Sobre *damnum* se han pronunciado prácticamente todos los diccionarios etimológicos. Ernout-Meillet⁷ traduce *damnum* por “daño, pérdida, disminución”, con referencia a la lengua del derecho, “daños e intereses” pagados como consecuencia de una pérdida material y, por extensión, “multa o pena”. No relaciona *damnum* con *dare*.

Walde-Hofmann⁸ traduce *damnum* por “Verlust, Schaden, Nachteil”, y, en sentido más específico, “Geldbusse”.

Damnum, igual que *omnis-opnis-opulentus*, y *somnus-sopnus-sopor*, tiene que ver con *dap-nom* en el sentido de “dispendio, lujo”, y *dap-nom* se explica desde *dap-daps* con el sentido de “sacrificio” y también “comida abundante, banquete”. Así un cierto sentimiento de laicismo y, especialmente, el derecho romano han transformado la vieja noción de *damnum*: el gasto en fastos y en boatos religiosos ha dejado su lugar al gasto que supone una “pura y simple pérdida de dinero”, esto es, un gasto que se sabe no recuperable, un sacrificio de dinero, y finalmente “perjuicio, detrimento, daño patrimonial”. Con un significado cada vez más próximo —según Walde-Hofmann— al de “suma en concepto de indemnización de daños”

⁶ *Derecho privado romano*, 10a. ed., Pamplona, 2004, p. 457.

⁷ *Dictionnaire Etymologique de la langue latine. Histoire des mots*, París, 1967, véase *damnum*.

⁸ *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, 4 Auflage, Heidelberg, 1956, I, véase *damnum*.

en caso de delitos sobre bienes y, sin embargo, cada vez más alejado de la idea de “rescate” en supuestos de lesiones corporales.

Liebs descarta la derivación de Varrón para *damnum* desde “*demptio*”, así como la explicación de Isidoro de Sevilla que relaciona *damnum* con *diminutio*, no por erróneas, que no lo son, sino porque no explican la primera formación del término *damnum*, sino, más bien, con toda probabilidad, un segundo y ulterior desarrollo semántico del vocablo *damnum*. Y esto, a pesar de que encontramos una confirmación de ambas derivaciones en Paulo: D.39,2,3(XLVII, ad ed.): *Damnum et damnatio ab ademptione et quasi diminutione patrimonii dicta sunt*.

Damnum es “gasto, pérdida de dinero”, “disminución patrimonial” que trae su causa ya en el resultado lesivo de una acción perniciosa ya en el precio de la composición exigida para restablecer el orden alterado. Esto explica inicialmente las conexiones de *damnum* con *damnare*, con el sentido de “obligar a uno a un gasto para nada”, “imponer un sacrificio de dinero” hasta adoptar el significado de “condenar”.

Liebs⁹ explica que tal vez la vieja expresión *damnas esto* fuera sólo un antiguo imperativo de la lengua del derecho que servía en diferentes casos para imponer en un proceso una pena privada —supuesto de la *Lex Aquilia*— o una multa estatal. Y es que *damnare* no tenía en los viejos tiempos jurídicos el sentido de “condenar” que adoptaría más tarde, sino el de “ocasionar a alguien una pérdida patrimonial”; después, una vez convertido en término técnico, toma el significado de “la reclamación de una prestación de carácter patrimonial” y, finalmente, “la petición de condena”.

Sin embargo, las precisiones semánticas que desde este estadio de indiferenciación van a ir haciéndose sobre el término *damnum* tienen que ver con un largo proceso de intervención jurídica que se inicia con las indicaciones de la *Lex Aquilia* y que continúa con una numerosa y no siempre concordante *interpretatio* jurisprudencial de la que se hace eco la Compilación de Justiniano. Y todo este proceso innovador tiene que ver decididamente, en nuestra opinión, con los sucesivos apellidos que acompañan al término *damnum* y que sirven para precisar en cada caso el sentido jurídico del mismo; de esta manera se acuñan ciertas expresiones-tipo que excluyen la primitiva indiferenciación semántica de *damnum* en tanto refieren experiencias jurídicas bien distintas.

⁹ *Damnum, damnare und damnas*, pp. 242-252.

2. *Precisiones jurídicas en torno a damnum. Damnum facere-damnum dare*

En las fuentes jurídicas encontramos efectivamente ciertos binomios con un elemento constante, el término *damnum*, y otro variable, que puede ser *facere*, *dare*, *sarcire*, *praestare*, *capere*, *sólvere* o *decidere*. Los segundos vocablos son los que realmente van a ir definiendo el significado técnico no sólo de toda la expresión en su conjunto, sino también del primer término de la misma. Según el verbo al que se una, *damnum* toma un sentido jurídico u otro, abandonando así definitivamente aquella originaria ambivalencia que consiente la etimología del término.

Aunque Castellari¹⁰ identifica un *damnum dare* anterior a la *Lex Aquilia* en el precepto decenviral, *Rupit <ias> sarcito* siendo *rupitias* equivalente a *damnum dederit*, lo cierto es que el binomio *damnum dare* recibe su consagración jurídica definitiva como fórmula-tipo con la promulgación de la *Lex Aquilia* a partir de la cual se asume como denominación técnica del delito que tipifica la expresión *damnum iniuria datum*. Esto se debe no tanto al descubrimiento de un título original, más o menos sonoro, que dé nombre al ilícito, sino fundamentalmente como resultado de la progresiva definición de los distintos supuestos que han de estimarse delito y que pasa necesariamente por la precisión semántica y jurídica del término *damnum* en la expresión *damnum dare*. Esta fórmula adquiere en la experiencia jurídica romana un significado técnico propio que la separa y distingue de otras expresiones en las que sigue apareciendo *damnum*, pero no *damnum dare*.

Los dos binomios a considerar inicialmente son *damnum facere* y *damnum dare*.

Kaser¹¹ detecta ciertas concomitancias entre estas dos expresiones-tipo. *Damnum dare-facere* es una expresión pleonástica que aparece en el *edictum de feris* (D.21,1,42), en el *Edictum* sobre *deiecta vel effusa*, (D.9,3,1 pr.), así como en el capítulo 20 de la *Lex Rubria*. En esta curiosa fórmula una de las dos acciones verbales parece superflua, tal vez por eso, comenta Kaser, la *Lex Aquilia* se conformó con el uso de *damnum faxit* en D.9,2,27,5 y en los restantes edictos se opta por el uso alternativo y no cumulativo de los dos verbos, de manera que en ellos aparece o bien *damnum dare* o bien *damnum facere*.

¹⁰ Della *Lex Aquilia* ossia del danno dato, A.G. 22, 1879, pp. 305-311.

¹¹ Zum *Edikstill*, *Festschrift F. Schulz* II, Weimar, 1951, pp. 39 y 40.

Generalmente la doctrina especializada ha pasado por alto las posibles precisiones que pueden y deben hacerse sobre el distinto valor jurídico que en el uso aquiliano asume cada uno de estos dos binomios. Como muy bien ha puesto de relieve Ernout-Meillet *damnum dare*, que no es una figura etimológica, esto es, dos términos de una misma raíz, tiene el sentido de causar un daño y, con tal sentido, aparece contrapuesto a *damnum facere* como hacer un gasto. El verbo *do* está cerca de la misma raíz *dhe* de *facere*, presente, por ejemplo, en *sacerdos* que tiene que ver con *sacra facere*. De ahí que algunas experiencias jurídicas puedan autorizar la sucesiva fusión de dos verbos que en origen tenían valores distintos: así, mientras *damnum dare* inicialmente insistía en la idea de “hacer que otro gaste”, “causar a otro una pérdida”, *damnum facere* tenía el sentido de “hacer un gasto, experimentar una pérdida”.

La expresión *damnum facere* expresaría el hecho mismo de hacer el gasto, es decir, la conducta que lleva consigo gasto, y, desde aquí, el actuar de un modo tal que produzca pérdida de dinero, y, finalmente, el comportamiento que causa daño en la propiedad ajena.

En tanto *damnum dare* referiría más bien en origen no tanto la acción lesiva sino el resultado de la misma, es decir, “la colocación de un sujeto en situación de gasto”; y que finalmente “causa o provoca gasto a otro, es decir, pérdida en la propiedad de otro. De este modo los dos verbos —*facere* y *dare*— pudieron usarse con el mismo valor bajo una sinonimia autorizada por la jurisprudencia. El *facere* termina siendo eficazmente sustituido por el *dare* y es esta sustitución la que facilita a los juristas las lecturas más originales y progresivas de algunas de las normas que dan contenido a la *Lex Aquilia*.

3. Contenido fundamental de la *Lex Aquilia*. Las primeras prescripciones sobre el *damnum facere*

La realización de determinada conducta por parte de un sujeto capaz —*damnum facere*— que coloca a otro en situación de gasto o pérdida patrimonial —*damnum dare*— pasa en la *Lex Aquilia* por la tipificación de ciertos eventos como acciones materiales de *damnum*.

Occidere, pecuniam acceptam, urere, frangere, rumpere, son todas las posibles, y, a su vez únicas, formas tipificadas en el plebiscito aquiliano como supuestos de *damnum facere*; otros eventos lesivos que no sean exactamente éstos, no entran dentro del tipo normativo sancionado por la *Lex Aquilia*.

Así como de la pérdida o destrucción de un bien, puede decirse que se hace o produce por una acción determinada —*damnum facere*—, en el caso de la pena que se está obligado a pagar por mandato de la ley, se habla de *damnum solvere, praestare, decidere*. Y ninguna de estas expresiones forman parte del contenido de la *Lex Aquilia*, porque en ésta el término *damnum* ha adquirido un sentido jurídico preciso que ya no es el de pena, sino el de “pérdida de una cosa”. Y *damnum facere* expresa genéricamente la acción de llevar a cabo o producir esa pérdida.

A. Occidere

Acción material de matar realizada sobre el *corpus* afectado y destruido. Frente al simple *caedere*, el compuesto *occidere*, que termina imponiéndose en el habla coloquial, asume un valor puntual terminativo, “matar a golpes” en el que “matar” es el resultado de haber golpeado, premisa ésta en la que se detiene, sin embargo, el *caedere*.

Dentro de la amplitud de sentido del término *occidere* queremos destacar el valor que adquiere el resultado: matar; elemento constante, que se repite en cada uno de los significados de aquel vocablo: abatir, destruir, eliminar, hacer desaparecer.

Tal vez, porque lo que define en última instancia y da coherencia a las múltiples variantes semánticas de *occidere* es la obtención de un mismo resultado, podemos suponer que la tarea de la jurisprudencia en orden a la clarificación y progresiva expansión semántica de *occidere* como acción típica de *damnum* aquiliano no resultara especialmente difícil.

Aunque en origen el *occidere* exigía la acción material de golpear hasta la muerte y, por ello, la intervención de violencia y el contacto físico entre el agresor —o el instrumento mortífero manejado a voluntad de éste— y la víctima, las otras variantes semánticas atenuaban considerablemente la necesidad de tal contacto físico e, incluso, permitían a la vista de la obtención del resultado, prescindir de la acción violenta que causa la muerte. Por esta vía pudieron incorporarse al *damnum* aquiliano casos de un *facere* muy debilitado e indirecto, como el *causam mortis praestare*, siempre que la intervención de un sujeto colocara a otro en situación de muerte.

En Labeón se elimina la necesidad de la violencia en la acción de matar: “si una comadrona hubiese dado una medicina y a consecuencia de ella hubiera perecido la mujer, Labeón distingue de modo que si se la adminis-

tró con sus manos se considera que mató, pero si la dio a la mujer para que ésta la tomara, debe darse una acción por el hecho”.

Y ya antes el supuesto del *causam mortis praestare* aparecía descrito en Ofilio: “si, habiendo asustado al caballo, hubiese hecho que fuera arrojado al río mi esclavo jinete y, a consecuencia de ello, el esclavo hubiera perecido, escribe Ofilio que se ha de dar una acción por el hecho, lo mismo que si mi esclavo, conducido a una emboscada por una persona, hubiese sido muerto por otra”.

La jurisprudencia, desde finales de la República, inicia una nueva lectura de *occidere*: así, aun cuando no hubiera habido golpes, ni violencia, ni arma en una también ausente acción material de matar, sin embargo se aprecia la existencia del *occidere* jurídicamente eficaz cuando se da ocasión de muerte o se coloca a un individuo en situación de muerte. Los juristas parecen haber abandonado, y definitivamente además, el campo del *damnum facere*, para hacer ingresar el *occidere* en el más progresivo del *damnum dare*.

B. Urere, frangere, rumpere

Acciones materiales de *damnum facere* en el capítulo III de la *Lex Aquilia* son *urere, frangere y rumpere*.

Cualquiera de estas tres acciones verbales implicaba otras tantas conductas materiales de *damnum facere*, por lo que se excluía de su ámbito originario de aplicación la pérdida de cosas intervenida *non corpore o non facere*. Pero esto sólo sirvió de acicate a la jurisprudencia republicana para iniciar un progresivo proceso de *interpretatio* hacia el reconocimiento jurídico del *damnum aquiliano* en hipótesis de *damnum dare sine facere*, así como hacia una muy destacada lectura generalizadora de “daños sobre bienes” en un renovado *corrumpere* que tomaba como base el *rumpere* de la ley.¹²

Y es que a diferencia de *frangere* que, vinculado a *os* en la Ley de las XII Tablas, significaba dividir en más partes, *rumpere* no tenía atribuido un significado preciso: abarcaba pluralidad de comportamientos violentos a los cuales se podía referir el resultado destructivo previsto en la ley sobre

¹² Hausmaninger, H., *Das Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, p. 14, comenta que el *urere y frangere* de la Ley fueron perdiendo su sentido originario para reunirse semánticamente bajo el *corrumpere*, como único concepto amplio y genérico de daños.

el cuerpo de la víctima; ello da pie —como ha señalado últimamente Bignardi—¹³ a la interpretación que hace la jurisprudencia del *rumpere* del capítulo III de la *Lex Aquilia*.

Celso¹⁴ menciona este criterio interpretativo como ya utilizado por los veteres: *inquit lex “rúperit”. Rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt, “corruperit”*.

La ley dice “hubiere roto”. La palabra haber roto la entendieron casi todos los maestros como haber corrompido.

La lectura del término *rumpere* con el valor *corrumpere* significa en primer lugar la apreciación del *damnum* aquiliano en acciones no directamente destructivas de cosas, sino, más bien, dirigidas a producir el menoscabo o deterioro de las mismas mediante la intervención de sus elementos esenciales, lo que los autores alemanes en acertada síntesis han venido a describir como “Substanzverletzung” (= *mutatio rei*).

Pero esta lectura, aun siendo importante, no es la más progresiva. Mucho más interés tiene, a nuestro juicio, la interpretación del *rumpere iniuria* que inicia Bruto: según la cual no es la conducta la que individualiza el ilícito, porque el *facere*, a través de *rumpere* con el valor *corrumpere*, no refiere ya una concreta y específica acción material de *damnum* sino un modo de conducirse genérico y violento del que resulta *damnum*; se desdibuja así la tipicidad de la acción material de daño y ahora se califica el *damnum* como *rumptum* a la vista del resultado lesivo que trae un comportamiento violento.

Y va a ser Q. Mucio —como ha explicado Bignardi— (D:9,2,39pr.), quien coloque en el mismo plano la violencia de la conducta como causa de responsabilidad, y un comportamiento no violento, considerado a la luz de una posición subjetiva del agente, y que puede retenerse ilícito y generador de responsabilidad cuando fuera excesivo.

C. *Corrumpere* y *aestimatio rei*

Una vez que la jurisprudencia admite el *damnum* no destructivo, los criterios de estimación del mismo van a tener en cuenta no sólo el valor real de la cosa deteriorada, sino también el lucro indirectamente perdido.

¹³ Frangere e rumpere nel lessico normativo e nella interpretatio prudentium. Ricerche dedicate al professor F. Gallo, I, 1997, p. 27.

¹⁴ D.9,2,27,13 (Ulp., XVIII, ad ed.).

La estimación judicial del daño aquiliano tiene que ver con la progresiva sustitución del originario carácter penal de la *actio legis Aquiliae* por la función reipersecutoria de la misma. Ya desde la época de Labeón el *plurimi* —que servía para la *aestimatio rei*— se utilizaba como elemento de valoración de las singulares características que presentara la cosa destruida o deteriorada en el momento de producirse el ilícito. Va a ser la jurisprudencia clásica posterior a Juliano, la que considere la *utilitas domini* como criterio determinante de la *summa condemnationis*, y esto, en opinión de Valditara,¹⁵ aproxima la *aestimatio rei* a una *aestimatio damni* cuyo cálculo remite al criterio del *id quod interest*.

Hay quienes piensan¹⁶ que los posclásicos desarrollan un nuevo dogma que hace suyo Justiniano: la indemnización de daños atiende a intereses individuales de los sujetos que están en el disfrute de la cosa destruida o deteriorada, y semejante consideración se encuadra en la fórmula del *id quod interest*.

Y es que la *actio legis Aquiliae* deja de ser medio de tutela de la propiedad para convertirse en un instrumento de amplia protección del patrimonio, en el que ha de primar el resarcimiento de los daños ciertamente producidos.

III. INIURIA

Desde las conductas iniciales de *damnum facere* de la *Lex Aquilia* se observa el progresivo y relativamente rápido desplazamiento del sentido originario de *facere*, desde su admitida sinonimia con *dare*, hacia el valor “producción de determinados resultados”, como si el ojo del jurista pasara por alto la causa del *damnum* y únicamente se interesara por el resultado, ciertamente producido, esto es, la destrucción a alteración sustancial de la cosa.

Por otra parte, sabemos que la responsabilidad por resultado no era un tema nuevo para la jurisprudencia republicana. La Ley de las XII Tablas había reconocido ya casos de responsabilidad por un resultado lesivo, en cuya producción no intervenía conducta humana alguna. Eran supuestos

¹⁵ *Damnum iniuria datum*, pp. 869 y 870.

¹⁶ Véase, por todos, Gerke, *Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der Lex Aquilia*, SDHI 23, 1957, p. 118.

claros de lo que hoy se conoce como responsabilidad objetiva, en los que la responsabilidad nace de la simple producción del resultado, *damnum*.

Sin embargo, la actitud de los juristas no era la de trasladar los daños aquilianos al mundo de la responsabilidad objetiva. El jurista que mira atentamente la producción de esos resultados lesivos lo hace con la voluntad de dar una lectura renovada del plebiscito aquiliano, que facilite la extensión de responsabilidad *ex lege Aquilia* a quien no actúa materialmente, pero coloca a otro en una situación o circunstancia de *damnum*.

Es claro, en este sentido, que el binomio *damnum dare* no facilitaba en modo alguno la posible integración de hipótesis de la llamada responsabilidad objetiva en la responsabilidad *ex lege Aquilia*. La jurisprudencia, desde sus primeras lecturas de la ley, advierte que la colocación de un sujeto en situación de *damnum* responde a la ineludible intervención de ciertas modalidades de comportamiento humano que hay que valorar. La sustitución del *facere* por el *dare* en el *damnum* aquiliano no significa, a nuestro juicio, la radical desaparición del primero sin dejar ninguna huella en el segundo, más bien hay aquí una especie de novación objetiva, de manera que en el *dare* persiste el *facere* en tanto intervención humana, aunque novado bajo una singular ampliación que autoriza la jurisprudencia y que acoge modalidades de conducta bien distintas de las acciones materiales típicas de la *Lex Aquilia*.

Al expandirse el sentido de *facere* hacia el *facere* indirecto e incluso en épocas sucesivas hacia el *non facere* con resultado *damnum*, los juristas tuvieron que descubrir qué variable determinaba responsabilidad aquiliana desde la caracterización de una y otra modalidad de comportamiento. Había que seleccionar un criterio de imputación del *damnum dare* que delimitara en qué casos nace responsabilidad jurídicamente exigible y en qué otros, sin embargo, tiene que excluirse la necesidad *ex iure* de reparar el *damnum*, pese a la producción del resultado.

La misma *Lex Aquilia* proporcionó a los juristas este criterio de imputación. Inicialmente, cuando todavía estaba en vigor el sentido originario de *facere*, “*damnum facere*” significaba acción material típica de *damnum*, y también *iniuria*, es decir, acto contrario a derecho, violación del derecho de propiedad ajena. Porque la realización efectiva de una de esas conductas materiales de *damnum* es en sí misma *iniuria*, esto es, acción antijurídica. Probablemente por eso no hizo falta calificar el *damnum facere* como *damnum iniuria facere*. Y es que no podía concebirse la primera fórmula si no era bajo la segunda.

Sin embargo, al venir a menos la acción material de *damnum*, con la transformación del *facere* en *dare*, la *iniuria* se traslada del primero al segundo, de manera que, si antes había calificado la acción como acto antijurídico, ahora, como predicado de *dare*, va a seguir calificando un comportamiento que ya no tiene que ser necesariamente el de las acciones materiales de daño, sino el de una genérica intervención humana que produce el mismo resultado de las conductas tipificadas en la *Lex Aquilia*.

La jurisprudencia —desde finales de la República— inicia un trabajo especialmente fecundo en esta segunda línea de interpretación. Se formula el *damnum iniuria dare* como “colocación *iniusta*” de un sujeto en situación de *damnum*. Ello requiere, en primer lugar, definir qué tipos de intervención humana comprende esa colocación y, en segundo lugar, valorar los elementos determinantes de la *iniuria*: bajo qué circunstancias, con la concurrencia de qué variables se puede apreciar como *iniusta* la colocación de un sujeto en situación de *damnum*.

Probablemente a partir de esta progresiva *interpretatio* la responsabilidad aquiliana se hace descansar cada vez más sobre la valoración de una intervención humana que coloca a otro en situación de *damnum*, que sobre la misma antijuridicidad del resultado, *damnum*. Y ello sin que los juristas dejen de combinar con habilidad ambos aspectos de la definición de la responsabilidad *ex lege Aquilia*: responsabilidad por resultado antijurídico interviniendo alguna modalidad “*iniusta*” de comportamiento humano. Cada vez estamos más lejos de la conocida como responsabilidad objetiva.

IV. DE LA *INIURIA* A LA CULPA

Como dice Molnár,¹⁷ sólo cuando los hombres se preguntan e indagan sobre los elementos conscientes de su conducta, los juristas empiezan a descubrir y a deslindar en los daños producidos por determinados comportamientos junto al dolo la culpa. Era relativamente fácil estrechar la responsabilidad por *damnum* a la efectiva intervención de una conducta culposa. Estas transiciones se producen a lo largo del siglo I a.C. El concepto mismo de culpa se forma y se define en derecho romano a propósito de las lecturas que hacen los *veteres* sobre el posible reconocimiento de responsabilidad aquiliana en la producción del resultado *damnum* intervi-

¹⁷ System der Verantwortung, BIDR 92-93, 1989-1990, pp. 582-612.

niendo una conducta humana reprobable. La *iniuria*, por sí sola, independizada de la culpa, puede integrar un principio de responsabilidad objetiva; sin embargo, la responsabilidad aquiliana surge a cargo del autor del *damnum* cuando el resultado de su conducta es objetivamente antijurídico y, al mismo tiempo, subjetivamente reprobable.

Iniuria y *culpa* mantienen —como dice Mólnar—, un estado jurídico de indiferenciación sólo en el orden arcaico de la responsabilidad por resultado, en el que el nexo de causalidad hacía reparable en todo caso el *damnum datum*. Sin embargo, cuando la jurisprudencia integra el dolo y la culpa como elementos cualificadores de aquella intervención humana que produce el resultado *damnum*, la antijuridicidad deja de ser la variable que genera responsabilidad por daños y su lugar lo toma la culpabilidad como principio de imputabilidad de una conducta voluntaria.

Esa culpa con el valor “culpabilidad” —que traduce muy bien el término alemán “Verschulden”— no es, en realidad, un concepto completamente nuevo, distinto del que expresaba o podía expresar el término *iniuria* en el *damnum dare* aquiliano.

Lo que estaba por hacer e hizo la jurisprudencia romana fue valorar la presencia o ausencia de justificación en el agente cuando, actuando como lo hacía, colocaba a otro en situación de *damnum*. De este modo los juristas de finales de la República y de los primeros tiempos clásicos adscriben la *iniuria* aquiliana al *damnum dare* y la desconectan del originario *damnum facere*. Así, aun existiendo acción típica de *damnum*, no hay *damnum-iniuria datum*, porque falta la intervención culpable del agente, falta la imputabilidad del resultado al agente y, finalmente, se excluye la responsabilidad por *damnum*.

Toda la riqueza semántica del término *culpa* aparece ya en los autores arcaicos —Plauto y Terencio—: culpa con el valor culpabilidad en el sentido de imputabilidad del hecho —con resultado *damnum*— al autor del mismo; culpa en tanto acción culpable, es decir, acción imputable al agente. Hay aquí prácticamente una total coincidencia semántica con esas primeras formulaciones que hace la jurisprudencia de la culpa aquiliana.

1. *La justificación*

Importantes reflexiones nos aporta Cicerón en orden al progresivo descubrimiento de ciertas causas de justificación que excluyen la imputabilidad

de la conducta culposa para el autor de la misma y con ello se elimina la culpa = culpabilidad = responsabilidad de agente por el resultado *damnum*.

Cicerón advierte que dichas causas de justificación excluyen la responsabilidad del agente porque impiden la libre deliberación del mismo cuando realiza la acción culpable.

Cicerón recurre con mucha insistencia a la contraposición *culpa fortunae-culpa hominis*. La *culpa fortunae*, entendida como imputabilidad del resultado *damnum* al azar; la *culpa hominis* reconoce la culpabilidad del agente y, por ello, justifica la responsabilidad derivada del *damnum*.

2. Culpa, acción reprobable, violación de un deber de conducta

Forma parte de la culpa la posibilidad abstracta de que el agente hubiera podido prever al menos parte del resultado lesivo de su acción.

Si un podador, al tirar una rama de árbol, o un hombre que trabajaba en un andamio mató a un esclavo transeúnte, queda obligado si la cosa cae en un lugar público y no dio voces para que pudiera evitarse el accidente. Pero también dijo Mucio que, aunque hubiera ocurrido lo mismo en un lugar privado, puede demandarse por culpa: pues es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por persona diligente no lo fue, o se avisó en un momento en que no podía evitarse el peligro.¹⁸

Además, el comportamiento elegido es reprobable, por cuanto sobrepasa ciertos límites respecto de un modelo de conducta alternativo que en ese caso concreto podía ser requerido y ejecutado.

De la culpa = culpabilidad se pasa a la culpa = violación de un deber de conducta, un modo determinado de comportarse siguiendo criterios objetivos de idoneidad física, habilidad o, en fin, capacidad técnica.

Asimismo cuando un mulero hubiese sido incapaz de retener por impericia el ímpetu de las mulas, si hubiesen atropellado a un esclavo ajeno, se dice comúnmente que responde por culpa, lo mismo si no hubiese podido retener el ímpetu de las mulas por debilidad.¹⁹

Si alguien hubiera prendido fuego a su rastrojo o zarzal para quemarlo, y habiéndose extendido y propagado más el fuego, hubiera dañado la mies

¹⁸ D.9,2,31 (Paul, X, ad Sab.).

¹⁹ D.9,2,8,1 (Gai, VII, ad ed. prov.).

o el viñedo ajeno, debemos indagar si ello ocurrió por su impericia o negligencia. Pues, si lo hizo en un día de viento, es reo de culpa.²⁰

La responsabilidad por *imperitia* proporciona —según explica Zimmermann—²¹ un buen ejemplo de la tendencia de los juristas romanos hacia una delimitación objetiva de la culpa. El agente no es juzgado con arreglo a su propia experiencia individual o a su concreta y particular capacidad de prever el *damnum*. Lo que constituye materia de examen es si el agente posee las habilidades que podían esperarse de un hombre de su oficio, por ejemplo, a propósito de la *imperitia* del médico. “Dice Próculo que si un médico hubiese operado con impericia a un esclavo, compete la acción de locación o la de la Ley Aquilia. Lo mismo vale si hubiese usado mal de un medicamento”.²²

3. Concurso y compensación de culpas

Una cuestión muy interesante —que preocupa si cabe hoy más de lo que realmente preocupó a la jurisprudencia romana— es la posible intervención de varias conductas concatenadas entre sí y cuyo concurso es determinante del resultado lesivo. De ahí que tengamos que preguntarnos qué sucede cuando la colocación de la víctima en situación de *damnum* parece responder a la concurrencia de varias causas debidas a la intervención de dos agentes o más; ¿cuál es la acción culpable entre las varias intervenidas?; ¿o es que en todas las intervenciones de los distintos agentes hay que apreciar culpa y, por tanto, concurso y posible compensación de culpas?

Se ha descartado con razón la concurrencia de culpas en el supuesto siguiente: “Pero si cuando otros están lanzando jabalinas en el campo, hubiera cruzado un esclavo por aquel lugar, cesa la Aquilia, porque no debió pasar intempestivamente por un campo en el que se arrojaban jabalinas”.²³

Es claro que el “*intempestive*” que califica la conducta del *servus* hace de ésta la única intervención culpable y, por ello, es la propia víctima, el esclavo, con su intervención la que se coloca en situación de *damnum*.

²⁰ D. 9,2,30,3 (Paul, XXII, ad ed.).

²¹ *The Law of Obligations*, p.1009. Véase, en contra, Schipani, Responsabilità “*ex lege Aquilia*”, pp. 437-438, 449, 460-463.

²² D.9,2,7.8 (Ulp., XVIII, ad ed.)

²³ D.9,2,9,4 (Ulp., XVIII, ad ed.).

Porque, como explica Pomponio, “no se considera que sufra un daño quien lo sufre por su propia cuenta”.²⁴

Además, Wollschläger ha observado con toda razón que en este caso no hay en el conjunto causal dos orígenes distintos de culpabilidad, dado que el lanzador no ha hecho un lanzamiento culpable y lo que finalmente sirve a la decisión de este caso es el origen de la culpa. El esclavo es productor de su propia muerte, ya que no debía estar en la zona de tiro. No hay concurrencia de culpabilidades.

Aunque esta técnica de reparto fuera probablemente conocida por Servio Sulpicio Rufo, va ser su discípulo Alfeno quien se haga eco de la misma a propósito del conocido caso del posadero, que hiere al que le había quitado el farol y previamente le había golpeado. Es responsable quien primero golpea; pero, a la vez, ese *damnum facere* resulta justificado dado que interviene culpa de parte del mismo herido y la concurrencia de ésta compensa la primera culpabilidad y la hace irrelevante a los efectos de responsabilidad aquiliana.

Creemos que en la nueva lectura jurisprudencial del *damnum iniuria datum* con el valor *damnum dare* la apreciación de la culpa como elemento subjetivo determinante de responsabilidad no es más que un efecto reflejo de lo que sucedía antes en el *damnum facere* respecto del nexo de causalidad entre la acción lesiva y el *damnum*. A la relevancia jurídica de una única conducta que es causa directa del *damnum* y que funda en tanto *damnum facere* responsabilidad *ex lege Aquilia*. La jurisprudencia arbitra el criterio de la causalidad suficiente: ante la interdependencia de varios factores causales, se reconoce cierta eficiencia causal a uno de ellos —suele ser jurídicamente eficaz el último factor intervenido— de manera que a él se vincula el resultado *damnum*, le sucede ahora, dada la sustitución del *facere* por el *dare*, la apreciación de una también única culpa o intervención culpable como causa eficaz del *damnum dare* que produce responsabilidad aquiliana.

Otro supuesto muy controvertido en el que prácticamente se repite la discusión sobre todos los temas que acabamos de comentar, es el conocido caso del juego de la pelota.

²⁴ D.50, 17, 203, (VIII, ad Q. Muc.).

Escribe Mela que si varios jugasen a la pelota y uno, habiendo golpeado la pelota con más fuerza, la hubiese lanzado sobre la mano del barbero de tal modo que a un esclavo al que el barbero estaba afeitando le fuera cortada la garganta con la navaja, queda obligado por la ley Aquilia cualquiera de los que fueran culpables. Próculo dice que la culpa está en el barbero, y ciertamente, si afeitaba allí donde era costumbre jugar o donde el tránsito era frecuente, hay motivo para imputarle la responsabilidad; aunque también se dice acertadamente que si alguien confía a un barbero que tiene colocada la silla en un lugar peligroso, sólo él tiene la culpa.²⁵

El juego de la *pila percussa* recuerda a nuestro actual juego de hockey con bastones.

Como ha comentado Wacke,²⁶ Mela se limitó a establecer el principio de que debe responder por el *damnum* quien tuviera la culpa del mismo. Sin embargo, el jurista no se atrevió a decidir en el caso propuesto en cuál de los dos sujetos que habían intervenido en el *damnum dare* —el jugador y el barbero— residía efectivamente aquella culpa determinante de responsabilidad. Es verdad que

el hecho de que el jugador golpeará la pelota *vehementius*, esto es, un poco más violentamente, es algo que no se le puede reprochar, pues en el transcurso normal del juego la pelota a menudo vuela fuera del campo de juego. Los espectadores tienen que contar con ello, como con una jabalina perdida en las cercanías de un campo de lanzamiento. Sólo se le podrá hacer un reproche al jugador de pelota cuando apunte intencionadamente a un no partícipe.

Rotondi cree que sólo Mela, el jurista más antiguo, debió pronunciarse por la responsabilidad única del jugador. Los demás jurisconsultos empiezan a buscar la concurrencia de culpas entre el barbero y la propia víctima.

Próculo atribuye la culpa al barbero y Ulpiano —que hace suya inicialmente esta solución— reitera el argumento que identifica culpa con falta de previsión diligente del riesgo. Esa falta de previsión se puede predicar, por un lado, del barbero que afeita en un lugar peligroso dada la proximidad

²⁵ D.9,2,11pr.(Ulp., XVIII, ad ed.).

²⁶ Accidentes en deporte y juego según el derecho romano y el vigente derecho alemán, pp. 559 y 560.

dad de éste al campo de juego. El origen de la culpa, o lo que Ulpiano denomina “el momento de la culpa” está exclusivamente en la intervención del barbero, que, con su afeitado produjo la muerte del esclavo. Pero, más tarde, Ulpiano niega la responsabilidad del barbero, porque el esclavo acepta la propuesta del barbero y se deja rasurar en una zona de peligro, acotada y señalizada como tal. Hay que suponer que el esclavo era igualmente conocedor de los riesgos de la situación en la que se colocaba voluntariamente, y sólo en él, dice Ulpiano, puede apreciarse culpa. Se excluye aquí un posible supuesto de concurso de culpas.

La fórmula de la acción no favorecía que el juez pudiera tener en cuenta un posible concurso de culpas a efectos de su compensación, por cuanto el proceso de responsabilidad se resolvía sobre la determinación de “culpable” o “no culpable”. Cuando el origen de la culpa no estaba del lado del agente, la responsabilidad *ex lege Aquilia* no tenía lugar.²⁷

En la misma línea Zimmermann²⁸ sugiere la lectura de este caso como un supuesto de asunción de riesgo por parte de quien se somete voluntariamente a él. Se descarta aquí la posible valoración de una negligencia dominante o preponderante en la producción del *damnum* por parte de la propia víctima, de manera que excluyera la defensa de ésta.

Va a ser el glosador Bassianus el que hable por primera vez de la concurrencia y compensación de culpas a propósito del *damnum iniuria datum* y de la responsabilidad aquiliana. Mucho tiempo después la Pandectística enseña el criterio de la “Schuldkompensation”, que hoy descubrimos como criterio “ahistórico” por lo que se refiere a su extracción jurisprudencial romana. Va a ser Christian Wolff el primero en hacer quebrar la tesis de la exclusión de responsabilidad aquiliana en caso de concurrencia de culpas del agente y de la víctima. Wolff se aleja definitivamente de aquel obligado dogma romanístico del “todo o nada” que expresa la fórmula procesal y admite el prorrateo de daños de acuerdo con el grado de culpabilidad en el que haya incurrido la víctima cuando, con su propia intervención, se coloca en situación de *damnum*.

La jurisprudencia actual, prácticamente en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural, también admiten la “Schuldkompensation”, cuando concurren las culpas del agente y de la víctima, contribuyendo ambas a la

²⁷ Valditara, *Damnum iniuria datum*, p. 862.

²⁸ *The Law of Obligations*, pp. 1012 y 1013.

producción del resultado lesivo. En tales casos se gradúan las dos culpas, moderando el *quantum* de la indemnización. Cuando la intervención culpable de la víctima resulta decisiva en la producción del resultado lesivo, la responsabilidad extracontractual recae exclusivamente en la órbita jurídico patrimonial de aquélla. La solución actual recuerda en muchos puntos la *interpretatio* de los juristas clásicos.

La Audiencia Provincial de Valladolid, en sentencia de 27 de mayo de 1996, advierte que el actor acudió a ver al toro escapado de un encierro y, en un descuido, le corneó. Ir a ver al toro y acercarse lo suficiente para que en un descuido pudiera cornearle, constituye culpa del actor, excluyente de la aplicación del artículo 1905 del C.Ci. De no mediar la conducta negligente del actor, situándose en un lugar indebido, no se habría producido el resultado lesivo y ello rompe el nexo causal desencadenante de la responsabilidad exigida.

En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Audiencia Provincial de Granada en sentencia de 20 de enero de 2001 a propósito de la muerte por electrocución interviniendo culpa excesiva de la víctima al introducirse en una caseta de un transformador eléctrico pese a la prohibición que se anunciaba en un cartel clavado en la pared. “Quien penetró voluntariamente en la caseta asumió el alto riesgo que ello suponía, lo que significa una interferencia por su parte en el nexo causal, rompiéndolo. Su culpa es exclusiva, por cuanto la víctima pudo prever, evitar, eludir el daño.

Caso idéntico al del barbero y su afeitado peligroso es el que plantea Alfeno a propósito de las lesiones producidas a un jugador durante una competición deportiva: “Jugando unos cuantos a la pelota, uno de ellos, al intentar hacerse con la pelota, empujó a un esclavo, que cayó y se rompió una pierna. Se preguntaba si el dueño del esclavo puede demandar por la Ley Aquilia contra aquel por cuyo empujón había caído. Respondí que no, porque parecía que lo sucedido fue más bien por casualidad que por culpa”.²⁹

No hay culpa que apreciar en la conducta del agente que empuja dentro del desarrollo ordinario del juego al esclavo produciendo *damnum*. Además, la participación voluntaria de los jugadores en la competición implica la asunción del riesgo inherente a la práctica deportiva como causa de exclusión de responsabilidad por la lesión que se produzca a la víctima sin intervención culpable del agente. La víctima ha concurrido libremente a la

²⁹ D.9,2,52,4 (Alf., II dig.).

competición deportiva y, por tanto se ha situado voluntariamente en situación de *damnum*, haciéndose responsable única de su propia colocación. Como decía Alfeno, “la culpa incluye también el tomar parte en un juego peligroso” y esta concurrencia deja sin efecto la responsabilidad por *damnum* del agente.

Un supuesto de hecho prácticamente idéntico al que hemos visto en el texto de Alfeno es el que recoge el Tribunal Supremo español en sentencia de 22 de octubre de 1992. Durante la celebración de un partido de pelota a pala, a consecuencia de un rebote, la pelota golpea el ojo izquierdo de un jugador, produciéndole una lesión grave en el mismo, con pérdida del ojo. En materia de juegos o deportes la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican, lo asumen.

V. CONCLUSIONES

Las nuevas lecturas que del tenor literal de la *Lex Aquilia* realiza la jurisprudencia ya desde finales de la República afectan a los tres términos que forman la denominación técnica del delito, *damnum*, *iniuria* y *dare*. Los juristas cambian el significado de cada una de estas palabras y, sobre todo, modifican de manera sustancial el concepto jurídico de las mismas.

Damnum iniuria datum, en un principio era equivalente a *damnum iniuria facere*: había que llevar a cabo —*facere*— una acción material determinada que era causa necesaria y típica del *damnum* como pérdida de una cosa con el valor de destrucción definitiva del bien. Tanto la acción como el resultado de la misma eran contrarios a derecho, esto es, *in ius*.

Creemos que la *iniuria* afectaba únicamente a la acción verbal y que, por tanto, servía para calificar el *facere*, como realización de un acto contrario a derecho, siendo *in ius* el acto y la realización del mismo.

El *facere* puede perder su sentido positivo activo, porque una de las acciones materiales del texto de la *Lex Aquilia* empieza a ser objeto de una cuidada lectura jurisprudencial que expande extraordinariamente el significado propio del término latino hasta hacerlo equivalente a *corrumpere*. Y en este vocablo ya no se mantiene la necesaria materialidad de la acción de *rumpere*.

Corrumpere es un término con un sentido menos preciso que *rumpere*, en la medida que no requiere de una acción material determinada, sino que acoge modalidades muy distintas de intervención humana.

El *facere* parece inadecuado para el *corrumpere*, que ahora se define mejor desde el *damnum dare*: se coloca a un sujeto en una situación de *corrumpere*, sin que haya mediado una acción positiva de *rumpere*. Dado que ya no se trata de hacer positivamente algo concreto sino de colocar a otro en determinada situación, este *dare* tolera bien diversas modalidades de intervención humana, sobre todo, las acciones indirectas, antes que las omisiones.

Claro que las transformaciones anteriores modifican también el valor del binomio *damnum dare*. La tendencia de los juristas en sus renovadas lecturas de la Ley Aquilia nos parece clara: no interesa la acción como fundamento de responsabilidad; tampoco se admite la responsabilidad objetiva que atiende única y exclusivamente a la simple producción del resultado, *damnum*, sean cuales sean sus antecedentes. Los juristas se fijan, a nuestro juicio, en un estadio intermedio entre la conducta y el resultado que define el *damnum dare*, esto es, la colocación de un sujeto en situación de *damnum*.

De manera que hay que buscar criterios seguros de calificación del *damnum dare* y, además, se hace necesario delimitar exactamente qué tipo de situaciones merece la consideración de *damnum*.

Para ello los juristas —lejos de distanciarse del texto de la ley Aquilia— integran éste en su *interpretatio*.

Estaba todavía pendiente de redefinición el término *iniuria*. La jurisprudencia entiende que en la colocación de un sujeto en situación de *damnum* intervienen tanto factores extraños a la misma conducta del agente como también otros dependientes de la voluntad humana. Tales factores no pueden ser ignorados cuando se trata de valorar las circunstancias objetivas y subjetivas de ese *damnum dare*.

In ius significa ahora intervención injustificada o colocación de un sujeto en situación de *damnum* por parte de otro sin tener derecho a ello.

La *iniuria* permite apreciar la justificación o injustificación del *damnum dare*. Y la *iniuria* define la culpabilidad del agente cuando coloca a un sujeto en situación de *damnum* sin tener derecho a ello. En este sentido le es imputable el *damnum dare* y nace a su cargo responsabilidad.

Damnum dare culpable es la colocación dolosa y no dolosa, pero imputable por no estar justificada, de un sujeto en situación de *damnum*.

Hay *damnum culpa dare* cuando el agente, con su intervención, coloca a otro sujeto injustificadamente y sin intencionalidad en situación de *damnum*, y lo hace con pleno conocimiento o, en su lugar, con inexcusable

previsión del *damnum dare* que su intervención puede ocasionar en uno o varios sujetos. La jurisprudencia elabora así un concepto técnico de culpa diferenciado del dolo.

La existencia de al menos una alternativa real de conducta para el agente y el conocimiento seguro o la previsión razonable de las resultas de su intervención son factores determinantes de culpa, que además empiezan a operar, por indicación de los juristas, como criterios selectivos de calificación del *damnum culpa dare*.

A nuestro juicio la clave fundamental de todas estas transformaciones de la responsabilidad aquiliana radica en la sustitución del *damnum facere* por el *damnum dare*. Dicha sustitución supone un apreciable desplazamiento del centro de gravedad de la responsabilidad *ex lege Aquilia*: la acción material de daño que produce pérdida de una cosa ajena como fundamento de responsabilidad deja su lugar a la colocación de un sujeto en situación de pérdida o disminución patrimonial y en la que la antijuridicidad cede ante la culpabilidad.

La colocación culpable de un sujeto en situación de *damnum* define un *factum* objetivo en el que intervienen elementos subjetivos eficaces para fundar responsabilidad. La acción material de daño puede subsistir, pero ahora subsumida en una genérica intervención humana que termina admitiendo acción y omisión. El nexo de causalidad ya no tiene interés, en su lugar aparece la culpa.

Esto facilita indudablemente en muchos casos la consideración subjetiva de la colocación. Pero también hay algunos supuestos en los que se abre paso la idea de que esa colocación escapa del subjetivismo de una acción determinada y se objetiva en la creación de una potencial situación de riesgo que puede afectar a uno o a muchos individuos.

Incluso quienes teóricamente habrían de considerarse víctimas, pueden concurrir a la situación de riesgo, bien porque deseen participar en ella y asuman voluntariamente el riesgo, o bien porque incurran en falta de previsión diligente del peligro o en una intervención imprudente. Hay culpa de parte de la víctima, y excluye la responsabilidad por daños *ex lege Aquilia*.