

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA NOXALIDAD EN EL DERECHO ROMANO

#### I. CARACTERÍSTICAS GENERALES

Uno de los temas que más ha generado debate en la romanística ha sido el de las acciones noxales. Así como las distintas fuentes disponibles entregan numerosos antecedentes que han permitido el conocimiento general de su existencia, funcionamiento y efectos, las mismas, con sus omisiones y contradicciones, han generado dudas sobre distintos aspectos relacionados con ellas, entre ellos su fundamento, dando lugar a teorías más o menos creíbles, pero en todo caso, imposibles de verificar con el material supérstite con que se cuenta en la actualidad.

Como sea, a partir de los elementos conocidos, son varios los autores que han calificado a la noxalidad como una de las instituciones del derecho romano de las cuales habría derivado una responsabilidad objetiva,<sup>86</sup> precisamente por la legitimación pasiva derivada de un hecho ilícito ajeno que les resulta intrínseca. Sin embargo, dado que la institución en comento no constituía en sí misma una figura delictiva, excluyo personalmente tal calificación, sin perjuicio de las relaciones que efectivamente tenía con la responsabilidad estricta en derecho romano, como se constatará a lo largo de todo este trabajo.

Por lo mismo, y en vista que permanentemente aludiremos a ella, considero oportuno dedicar algunas líneas, a fin de repasar sus principales características, las que servirán de base a las posteriores cuestiones que trataré.

##### 1. *Acción por el hecho de alieni iuris y animales*

En general, las acciones noxales tuvieron aplicación en el ámbito de hechos constitutivos de delito causados por personas “incapaces” (*alieni iuris*)

---

<sup>86</sup> Véase nota 17.

sujetas a la potestad del *paterfamilias* o del *dominus*, o por el daño causado por animales. Sin poder demandar a los incapaces o a los animales, las acciones respectivas eran deducidas contra el *paterfamilias* o el *dominus*, quien tenía la alternativa de pagar la pena correspondiente a la cual era condenado (*litis condemnatio*) o de dar en noxa (*noxae deditio*) al delincuente o al animal (D.9.4.1; G.4.75; D.9.1.1 pr.).

Se advierte entonces fácilmente el por qué modernamente se ha visto en la institución un caso de responsabilidad por el hecho ajeno (*paterfamilias* o *dominus* por el sujeto a potestad o dominio que delinque) o por el hecho de los animales (*dominus* por el daño provocado por las bestias), además de objetiva como ya he mencionado.<sup>87</sup>

Ahora bien, respecto a las personas sujetas a potestad por las cuales respondía el *paterfamilias* o el *dominus*, con certeza se pueden mencionar los *filiifamilias* y las *filiaefamilias* para el primero y los *servi* para el segundo. Los esclavos son los mencionados de forma habitual por las fuentes, uniéndose los hijos de familia en varias ocasiones; las menciones a las hijas en cambio son escasas, pero al menos las hay (I.4.8.7).

En cambio, la aplicación de las acciones noxales a otros individuos sujetos a potestad constituye una de las cuestiones poco claras. Así por ejemplo, es habitual preguntar por la situación del cónyuge del *paterfamilias*. Sobre el particular, se hace presente que las mujeres, al contraer matrimonio, podían mantener su estado civil anterior (*sui iuris* o *filiafamilias*), y por tanto continuar sujetas a los efectos de las respectivas calidades; o bien celebrar una *conventio in manum* con el marido, quedando sujetas a la potestad *in manus* de éste (transformándose en *alieni iuris* o continuando con esta calidad bajo un sujeto distinto). Pero también podía tener lugar la *conventio in manum* fuera del matrimonio, en razón de *tutelae evitande causa* o *testamenti faciendi gratia*, con la misma consecuencia antes señalada. Entonces, dado el carácter de *alieni iuris* de las *uxores in manus* o de otras mujeres en general *in manu*, se podría pensar lógicamente en una extensión a ellas de la noxalidad. No existen sin embargo antecedentes fidedignos que permitan afirmar o negar con certeza si se

---

<sup>87</sup> Manlio Sargenti concluye precisamente que en el sistema de la responsabilidad noxal “si comprende, nella sua essenza, proprio e solo come sistema di responsabilità obbiettiva fondato sulla qualità giuridica di pater familias o di dominus, al di fuori di ogni ricerca di elementi di colpevolezza” (cursivas del que escribe). *Contributo allo studio della responsabilità noxale in diritto romano*, Pavia, 1949, p. 134.

les aplicaba o no el régimen de la noxalidad a las *uxores* sujetas a la *manus* del marido<sup>88</sup> o en general a las mujeres *in manu*.<sup>89</sup>

Respecto al daño causado por los animales, existen algunas dudas en la doctrina sobre el carácter noxal en origen de la *actio de pauperie*,<sup>90</sup> y por consiguiente de la inclusión de los animales en materia de noxalidad, las que han surgido a partir de algunas diferencias que objetivamente existieron en el régimen aplicable a la primera y a las acciones noxales según dan cuenta las fuentes (por ejemplo, en el siguiente inciso 6). El principal promotor de los cuestionamientos ha sido Biondi (contestado desde luego),<sup>91</sup> para quien habría existido inicialmente diverso *fundamento y función* entre la *actio de pauperie* y las acciones noxales, lo que desaparece en derecho justinianeo.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> Se debe considerar que si el marido era *filius familias*, su mujer quedaba sujeta a la patria potestad del *paterfamilias*, no del marido. La mujer en este caso era como *filia familias*, hermana de sus propios hijos. Marrone, Matteo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2006, pp. 246 y 247.

<sup>89</sup> Amunategui expresa incluso su sorpresa frente al escaso tratamiento por la romanística. En cuanto a su posición personal, es la opinión que no hay bases para suponer que a las mujeres *in manu* les haya sido aplicable el *ius noxae dandi*. “La entrega noxal de sujetos in manu mancipioque”, *IURA*, núm. 56, 2006-2007, p. 235. Guzmán, *Derecho privado romano*, cit., t. II, p. 240.

<sup>90</sup> De esta acción se trata en el capítulo segundo.

<sup>91</sup> Véase Sargenti, *op. cit.*, p. 76. Giangrieco Pessi, Maria Vittoria, *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII tavole ad Ulpiano*, Jovene, Nápoles, 1995, p. 282.

<sup>92</sup> En cuanto al *fundamento*, la *actio de pauperie* se habría fundado en el dominio del propietario sobre el animal causante del daño, mientras que las acciones noxales habrían derivado del delito cometido por el *filius* o por el *servus*, quienes respondían personalmente por ser capaces. Según Biondi, en el régimen clásico, tanto el *filius* como el *servus* se obligaban *civiliter ex delicto*, “Le acciones noxale nel diritto romano classico”, *Ann. Sem. Giur.*, Univ. Palermo, núm. 10, 1925, pp. 170-182. Es decir, les reconocía “capacidad” para quedar obligados “personalmente”, pero sin que pudieran ser demandados en forma directa mientras estuvieran bajo la patria potestad o dominio, respectivamente.

En cuanto a la *función*, la *actio de pauperie* habría tenido por objeto hacer efectiva la “responsabilidad directa del propietario”, a través de la reparación del daño y la consiguiente pérdida patrimonial del *dominus*, mientras que las acciones noxales habrían perseguido simplemente la punición del *filius* o del *servus*, resultando la acción contra el *paterfamilias* o *dominus* un medio para tal propósito, Biondi, *Le acciones noxales*, cit., pp. 182 y 183. Esto explicaría por qué los *patres familiarum* no podrían ya entregar a los *filii* en noxa y sí en cambio a los *servi*, no obstante que a ambos se les habría, ya en el siglo V d. C., reconocido capacidad procesal para ser demandados directamente por los daños cometidos: sobre los hijos el *pater* no tenía propiedad alguna; en cambio, sobre los esclavos se podía ejercer la propiedad, como respecto de cualquier otra *res*. Para que quede clara la cuestión, a decir de Biondi: se podía perseguir “penalmente”, *ex delicto*, a los *filii familias* y *servi*, pero civil o patrimonialmente, sólo al *dominus*, y en tal calidad, por su responsabilidad directa respecto al hecho dañoso de una cosa suya, como era el esclavo.

En el derecho justinianeo, se identifican el *fundamento* y la *función* de la *actio de pauperie* con el de las *acciones noxales*: el *dominus* responde en razón de la propiedad de que es titular

Sin embargo, de estas dudas sólo dejó constancia, pues las mismas no tienen ninguna incidencia en lo fundamental que ya se ha dicho: el reconocimiento al *dominus* de la facultad de entregar el cuadrúpedo causante del daño a la víctima, y la consiguiente liberación de responsabilidad personal para él. Tal posibilidad y sus consecuencias, se mantienen inalteradas, cualquiera que hayan sido los cambios en cuanto al fundamento, función y terminología aplicada a la institución.

## 2. *Facultad de noxae deditio*

La esencia de la noxalidad según las fuentes principales (I.4.8 pr; G. 4.75; D.9.4.1; I.4.9 pr; D.9.1.1 pr.) se encuentra en la posibilidad del demandado (*paterfamilias* o *dominus*) de escoger entre pagar el valor de la condena (*litis aestimatio*) o entregar al sujeto a potestad (*filius* o *filia familias*) u objeto

---

sobre la cosa que ha causado el daño y a fin de reparar este último. El acento, en la época, se habría puesto en los efectos civiles o patrimoniales derivados del delito, quedando en un segundo plano los efectos penales. La demanda al *dominus* por los hechos dañosos de las cosas consistentes en esclavos, no habría tenido diferencias con las acciones que en su contra se podían ejercer por los hechos dañosos de otras “cosas”, como eran animales o *res* en general (Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 196). Desde la perspectiva de los efectos civiles, que el daño lo cometiera un esclavo o un animal, daba lo mismo, pues en ambos casos el propietario podía ser demandado como responsable directo por los perjuicios que su cosa causó, se ejerciera una acción noxal en el primer caso o una *actio de pauperie* en el segundo. En ambos debía reparar el perjuicio como propietario, en ambos casos podía entregar a la víctima la cosa, esclavo o animal, para evitar pagar la condena pecuniaria; en ambos casos sufría una disminución patrimonial con tal entrega. *Actio de pauperie* y acciones noxales, resultan entonces idénticas.

A que esta identidad fuese posible, habrían contribuido dos cuestiones en particular: el reconocimiento de la capacidad procesal de *filius familias* y *servi*, eliminado la función clásica que la acciones noxales habría tenido (perseguir a los responsables *ex delicto*) perdiendo entonces todo sentido (Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 196.); la segunda, el hecho que se habría producido un cambio en la noción misma de *nox*, que “è ormai semplicemente il *corpus quod nocuit*”, la cosa, animal o esclavo que produce el daño o que comete el delito (Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 24), por lo que, además de tener como elemento común el ser objetos de dominio, unos y otros eran ahora, si causaban daño, una *nox*.

Lo anterior no es menor porque sería la razón por la cual “*noxae deditio e noxae dedere non significano più abbandonare come risarcimento del danno o por peccato dare, ma piuttosto consegna della noxa, vale dire consegna del corpus che ha prodotto il danno*”. De ahí que para los clásicos, *noxae deditio* significa *pro peccato deditio* (conforme la función de sancionar a los responsables, *filius* o *servi*) y para los Justinianeos, *deditio della noxa* (conforme la función de obtener la reparación del *dominus* responsable). Biondi, *Le acciones noxales*, cit., pp. 24 y 198 respectivamente. Así, la “*actio noxalis non è più l’azione che si dà per il delitto dello schiavo o filius allo scopo di attuare la responsabilità di questi, ma è piuttosto quell’azione che si dà contro il dominus per il danno causato dallo schiavo od animale proprio*”, Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 197.

de dominio (esclavo o animal) que cometió el delito o causó el daño, a la víctima para su castigo o resarcimiento del daño hecho (*noxae dedere*).<sup>93</sup> La entrega en noxa tenía por tanto el mismo efecto extintivo que el pago de la condena, satisfaciendo la obligación de cumplimiento de ésta.

Dicho efecto extintivo era absoluto, pues producía la liberación no sólo del pago de la estimación del litigio en la actual demanda, sino también respecto de las futuras por otros daños diversos que hubieran tenido su causa en el mismo hecho delictivo. La cuestión no es menor porque en caso de pagar la *litis aestimatio*, seguiría obligado frente a las nuevas acciones (D.9.4.20).

La alternativa de efectuar la *noxae deditio* se mantenía vigente aún después de la condena, pues se extinguía sólo tal posibilidad al momento del inicio de la ejecución forzada de la condena.

Dicha entrega se realizaba mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio* para el caso del esclavo, adquiriendo el demandante el *dominium* sobre éste; mediante *mancipatio* respecto del hijo, adquiriendo el *mancipium* a su respecto; y mediante *mancipatio* del animal, adquiriendo la propiedad del mismo. Ello sin perjuicio de la tendencia a concentrar las transferencias de dominio del esclavo y animal en el modo *traditio*,<sup>94</sup> transmitida a nuestros ordenamientos jurídicos romanistas.

Desde luego que para ser demandado por un hecho del esclavo el sujeto pasivo debía ser dueño actual del esclavo (D.2.9.2.1 y D.9.4.38.1), de manera de poder efectuar la transferencia de la propiedad a la víctima por algunos de los modos citados (D.9.4.22pr-1; D.9.4.27.1; I.4.8.3). Ello incluía al heredero y al legatario, respecto de los cuales también concurría la legitimación pasiva en materia de acciones noxales, pero no porque la responsabilidad penal se transmitiera,<sup>95</sup> sino porque eran los actuales dueños por sucesión por causa de muerte (D.9.4.42.2; D.9.4.7 pr; D. 9.4.40).

---

<sup>93</sup> Ello sin perjuicio del procedimiento que seguían estas acciones y sus variables. Estoy trabajando sobre la hipótesis que demandado el *dominus* o el *paterfamilias* aceptara que tenía la potestad sobre el delincuente, estando éste presente. Ello porque podía ocurrir que el demandado negase la potestad, y se concediera al actor la acción *sine noxae deditio* (D.9.1.1.15), o bien que reconocida la potestad, estando ausente el delincuente, negase su disponibilidad de hecho, debiendo el demandado jurar que no había sido dolosamente privado de él o de lo contrario debía asumir el juicio *sine noxae deditio* (D.9.4.21.2-4), o bien reconociendo su disponibilidad de hecho, lo debía exhibir *in iure* o asumir la defensa como ausente (D.2.9.2.1; D.9.4.22.3; D.39.4.1.6). Si estaba en manos de un tercero, la víctima podía ejercer la acción de exhibición (D.10.4.3.7). Si no había defensa, la víctima podía tomar posesión del causante del daño (D.2.9.2.1; D. 9.2.4.28).

<sup>94</sup> Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 311. En D.9.1.1.14 de forma expresa alude a “*tradere*”.

<sup>95</sup> La no transmisión de la responsabilidad penal en el contexto de las acciones noxales es clara en las fuentes: D.9.4.5.1; D.9.4.26.5.

Consecuencialmente, contaban con la facultad de dar en noxa al esclavo. También el dueño debía ser el demandado por un hecho de los animales. Respecto al *filius familias*, no había dominio, pero la potestad del *pater familias* era equivalente, pues incluía la disposición de su vida. El poder de disposición jurídica y material concurría entonces en el jefe de la familia.

Las fuentes dan cuenta en todo caso de personas no dueñas que habrían tenido la facultad de dar en noxa. Es el caso del poseedor de buena fe, esto es, quien posee con ánimo de señor o dueño, aunque no lo sea.<sup>96</sup> Se debe tener presente que los esclavos, como *res mancipi*, podían precisamente ser poseídos de buena fe y adquiridos por usucapión por el transcurso de un año, además se le concedían diversas protecciones durante la posesión. Todo lo anterior sin perjuicio de que puedan ser objeto de reivindicación por parte de su propietario. Es en este contexto que las fuentes reconocen al poseedor de buena fe como legitimado pasivo de las acciones noxales, con facultad por tanto para efectuar la *noxae deditio*, aunque con ello no convierta en propietario al actor, calidad que se podría adquirir después mediante la usucapión (D.9.4.11; D.9.4.12; D.9.4.28; D.9.4.26.6 parte final). Si el verdadero *dominus* pretendía reivindicar el esclavo dado en noxa por el poseedor de buena fe a la víctima del delito, tenía ésta derecho al valor de la estimación del litigio y la excepción de dolo malo en caso de que no se ofreciera dicha *aestimatio* (D.9.4.28; D.9.4.27.1). La evolución habría llevado de forma excepcional a la admisión del ejercicio de acciones noxales incluso contra los poseedores de mala fe, a objeto que no resultaran éstos liberados de la acción, resultado que comenzó a ser considerado injusto (D.9.4.13).

Los titulares de derechos reales, como el usufructuario y el acreedor pignoraticio, no siendo dueños, no deberían haber sido legitimados pasivos, dado que no podían transferir el dominio. Las fuentes sin embargo presentan contradicciones, pues en varios pasajes se admite que eran invitados por el pretor a la defensa proporcional del esclavo junto al dueño, de manera que cuando se negaban, el pretor rechazaba la alegación de tener sólo un usufructo o una prenda sobre aquél; si era en cambio el *dominus* quien rechazaba, la víctima podía oponer la *exceptio doli* ante la *reivindicatio* de éste (D.9.4.27 pr; D.9.4.26.6; D.7.1.17.2; D.2.9.3) luego de la *noxae deditio* hecha

---

<sup>96</sup> Algunos, a partir de esta posibilidad, advierten una diferencia entre el derecho clásico y justinianeo. Mientras en el primero bastaba la transferencia de la posesión, en el segundo de un acto traslativo del dominio. Así, Biondi, *Le acciones noxales, cit.*, pp. 283 y ss; pp. 310 y ss.

por el usufructuario o acreedor prendario.<sup>97</sup> En otras pocas ocasiones se rechaza tal posibilidad (D.9.4.22.1; D.9.4.17.1).<sup>98</sup>

### 3. *Noxa caput sequuntur*

La noxalidad fue una institución del derecho romano que permitió al demandado evitar el pago de la condena como dije con la entrega del “mismo cuerpo” (en términos de D.9.4.1) que cometió el delito o causó el daño. Es decir, la entrega permitía que los efectos punitivos del hecho delictuoso, recayeran sobre el sujeto o animal que lo ejecutó. De ahí que la noxalidad se le relacione con el principio de la personalidad de la pena: permitía que la pena recayera sobre la persona del delincuente (aunque claro, en el caso del animal el concepto de “personalidad” no sea adecuado, no obstante el resultado práctico era el mismo). “En verdad, la noxalidad pone en evidencia la responsabilidad general del autor del hecho por cuanto él ha llevado a cabo, aun cuando se trate de una persona bajo la potestad de otros”.<sup>99</sup>

La consecuencia más relevante de lo expresado era la circunstancia que el sujeto pasivo de una acción noxal no era la persona bajo cuya potestad o dominio estaba el delincuente o animal al momento de la comisión del delito o daño, sino “aquel bajo el cual se encontraba al momento de la deducción de la acción”, pues ésta se presentaba *noxae caput sequitur* (I.4.8.5; G.4.77; D.9.4.20; D. 9.4.42.2; D.9.4.43; D.9.4.7pr; D.9.1.1.12). Por lo mismo, si el esclavo delincuente era adquirido en propiedad por la víctima, se extinguía la acción por confusión (D.9.4.37), ya que nadie se puede demandar a sí mismo. De igual manera, si el demandado entregaba un siervo respecto del cual no tenía el dominio, el verdadero dueño era quien debía pagar la estimación del litigio, si pretendía su reivindicación contra el demandante a quien se le había hecho la *noxae deditio*, (D.9.4.27.1; D.9.4.28).

Esta característica de la institución es muy relevante, e inclusive para algunos hasta desconcertante bajo parámetros modernos de la responsabilidad.

Por una parte, suponía una total libertad para el *paterfamilias* o *dominus* de disposición del sujeto culpable o del animal, lo cual deja en evidencia que no tenía obligación alguna respecto de la víctima. Por ejemplo, podía el

<sup>97</sup> Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 301.

<sup>98</sup> Sobre la contradicción y las posibles interpolaciones, Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 303 y ss.; De Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, De la vengeance collective a la responsabilité individuelle, Bruselas, 1947, p. 253, nota 12.

<sup>99</sup> Schipani, Sandro, *De la Ley Aquilia a Digesto 9*, cit., p. 280.

*dominus* vender al animal, o vender o manumitir al *servus* si ha sido sin dolo (D.9.4.24), liberándose de toda responsabilidad en el hecho. La acción se debía seguir en tal caso en contra del nuevo propietario (lo lleva a algunos a calificarla de *obligatio in rem*),<sup>100</sup> quien gozaría de la facultad de dar en noxa y demás beneficios asociados (D. 9.4.25), o contra el mismo delincuente (D.9.4.6; D.9.4.7 pr-1)<sup>101</sup> en caso de manumisión.

Pero por otra, este carácter de las acciones noxales elimina toda posibilidad de que la noxalidad haya constituido una institución fundada en la culpa del *dominus* o del *paterfamilias* demandado. Si el dueño del animal o esclavo, o el padre de familia bajo cuya potestad se encontraba el delincuente hubieren incurrido en culpa, habrían respondido directamente por el hecho ilícito respectivo (por ejemplo, en caso de daño, en base a la ley Aquilia).<sup>102</sup> Y en todo caso, siempre se debería haber demandado al propietario bajo cuya potestad estaba el delincuente al momento de la comisión del delito y no al *dominus* o *paterfamilias* actual. Si era éste el sujeto pasivo de la acción, ello no se debía a un deber de cuidado de las cosas propias o de la vigilancia de los sujetos bajo potestad, derivado de tales calidades.

En otras palabras, no existía ninguna responsabilidad del *paterfamilias* o del *dominus* “por el hecho” del dependiente o del animal, sino simplemente se le atribuían los efectos del delito, “por tener la calidad” de *paterfamilias* o *dominus* de un sujeto o de un animal que cometió un delito al momento de la demanda, por ser éstos incapaces (procesal y patrimonialmente).

La ausencia de culpa del demandado, y la atribución del daño (o efectos de otro delito) al propietario actual, deja en evidencia que el criterio con base al cual se realiza la imputación de responsabilidad por el hecho ajeno en comento, era puramente objetivo. Desde esta perspectiva, en realidad el propietario no “respondía” de nada, sino que simplemente se le imponía la obligación de pagar la condena respectiva, sin haber tenido ninguna participación en el hecho ejecutado por el animal o por el dependiente. Tanto es

---

<sup>100</sup> Marrone deja en claro que sólo en este aspecto las acciones noxales son similares a las acciones reales. *Istituzioni*, cit., p. 99, nota 99.

<sup>101</sup> En caso que el animal hubiese estado en manos de un *non dominus*, la romanística ha reconocido que la víctima tenía “derecho” a perseguir el animal mediante la *actio ad exhibendum* u otros medios coercitivos, de manera de conseguir que el animal fuese llevado delante del magistrado. Así, éste podía otorgar la *ductio* a favor del demandante, consiguiendo a través de esta vía procesal al menos la propiedad pretoria. El propietario sin embargo mantenía derecho a recuperar el animal de su propiedad o al menos ejercer la defensa. La necesidad entonces de la propiedad, como calidad concurrente en el demandado, se vuelve a hacer patente. Sobre el punto, Giangrieco Pessi, *op. cit.*, pp. 306-312.

<sup>102</sup> En este sentido, Schipani, *De la Ley Aquilia a Digesto 9*, cit., pp. 279 y 280.



así que el hecho del esclavo pudo haber tenido lugar cuando el que paga ni siquiera era aún propietario ni pensaba siquiera llegar a serlo.

Bajo esta mirada, la noxalidad se muestra como una *garantía* para la víctima, pues a través de ella se lograba traspasar los efectos del delito al animal, esclavo o sujeto a potestad del jefe de la familia, o bien, obtener el pago de la pena de éste si así lo decidía, teniendo el patrimonio para ello. De ahí que “dal lato dell’attore la *noxae ded.* è nient’altro che attuazione di quel vincolo di garanzia dal quale lo schiavo è legato e conserva un’efficacia soddisfattiva che sostituisce l’efficacia soddisfattiva della *poena pecuniaria*”.<sup>103</sup>

Esta característica de la noxalidad explica las que siguen, pues derivan en definitiva de ella.

#### 4. *Capacidad sobreviniente*

Específicamente respecto de las personas *alieni iuris*, la adquisición de la calidad contraria de *sui iuris* implicaba la extinción de cualquier responsabilidad para el *paterfamilias* o *dominus*. Ello porque el delincuente adquiría la capacidad de comparecer en juicio, respondiendo personalmente y con su patrimonio (D.9.4.7 pr; D.9.4.15). Por lo mismo, es lógico que la noxalidad se extinguiera (D.9.4.42 pr.), se admitía sólo la acción directa derivada del delito en contra del hechor, y al contrario, se negaba la acción noxal contra el *paterfamilias* o *dominus* (G.4.77; D.4.9.6; I.4.8.5). Seguía por tanto vigente la persecución personal del hechor.

#### 5. *Noxalidad sobreviniente*

Por lo dicho hasta acá, no es de extrañar que pudiera tener lugar la noxalidad sobreviniente. Si el delito lo cometía una persona *sui iuris*, pero que entre el momento del hecho ilícito y la deducción de la acción, se convertía en *alieni iuris* (hijo de familia o esclavo), el sujeto pasivo de la acción noxal debía ser entonces el *paterfamilias* o *dominus*. Cambiando la capacidad del delincuente, cambiaba el demandado (G.4.77; I.4.8.5). Se continuaba la persecución del delincuente, pero ahora “a través” del sujeto bajo cuya potestad se encontraba.

---

<sup>103</sup> Branca, Giuseppe, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Cedam, Padua, 1937, núm. 60, p. 285.

## 6. Muerte del delincuente y del animal

Podía ocurrir que entre el hecho ilícito y el ejercicio de la acción respectiva falleciese el delincuente *alieni iuris* o el animal. Reforzando la idea que el castigo debía recaer sobre el hechor sujeto a potestad u objeto de dominio, las acciones noxales también tuvieron por característica la circunstancia que la muerte del primero antes de contestada la demanda, extinguían la responsabilidad del *paterfamilias* o *dominus* (D.9.1.1.13; D.9.4.39.4; D.9.4.42.1).

Sin embargo, la muerte también podía tener lugar entre la *litis contestatio* y la condena. En esta situación se aprecia una diferencia entre los animales y las personas sujetas a potestad. Respecto de los primeros, no era posible la entrega del cuerpo del animal muerto (D.9.1.1.14), de manera que el demandado estaba obligado a pagar la condena; o bien, si el animal había sido muerto por un tercero, ceder la acción otorgada por la *lex Aquilia* en contra de éste (D.9.1.1.16). Respecto de las segundas, se podía entregar el cadáver, en vez del pago de la condena, aun cuando hubiere tenido lugar por muerte natural, extinguiéndose la obligación (Gai. Aug. 4.82-83; D.9.4.39.4.).

Claramente “dal punto de vista dell’attore la consegna del cadavere non ha un carattere riparatorio ben netto”,<sup>104</sup> apareciendo como un resabio del origen histórico de la institución. Mas, la explicación de la mantención de esta posibilidad no es muy nítida para los romanistas, pues para algunos se debió a la existencia aún de una posibilidad de “vendetta”;<sup>105</sup> para otros, la entrega del cadáver no tenía vinculación con la venganza, sino con la continuación de un ceremonial de entrega que permitía acreditar la muerte del delincuente y evitar así falsas declaraciones, como asimismo, con el derecho fundamental del padre o del dueño de ser librados mediante la entrega del culpable.<sup>106</sup>

## 7. La noxalidad no generaba acciones diversas a las derivadas del delito respectivo

La mayoría de los romanistas están de acuerdo en que las acciones noxales no eran acciones distintas a las acciones penales civiles y pretorias

<sup>104</sup> Branca, *Danno temuto*, cit., núm. 61, p. 290, nota 1.

<sup>105</sup> Interesante la opinión de Lebigre, en cuanto la diferencia se encuentra simplemente en que muerto el animal, ya no representa ninguna ventaja económica, su cuerpo, para la víctima. En cambio, la posibilidad de dar al hijo o esclavo muerto, aún mantenía una utilidad, la cual era ejercer la venganza sobre él, consistente en la privación de sepultura, Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 231, nota 54.

<sup>106</sup> Biondi, *Le azioni noxales*, cit., pp. 250 y 276.

ya establecidas.<sup>107</sup> Desde esta perspectiva, la noxalidad era transversal a las acciones penales y no derivaba o generaba un tipo autónomo delictivo. Es decir, la víctima ejercía las mismas acciones penales civiles o pretorias a que el hecho ilícito daba lugar (de daño injusto, de hurto, de robo, etcétera), introduciendo a la fórmula la alternativa, para el demandado, de pagar la pena o de efectuar la *noxae deditio*.<sup>108</sup>

Además, es importante destacar que en la fórmula (*intentio*) figuraba, en su caso, el nombre del delincuente (hijo, hija, o del esclavo) que cometió el delito, puesto que el jefe de familia o propietario era demandado a nombre ajeno y no a nombre propio (*suo nomine*). Se le demandaba por el hecho ilícito cometido por persona sujeta a su potestad o dominio, no existiendo culpa de su parte en el hecho, lo que es coherente con la falta de culpa del demandado ya señalada. Otra cosa es que en la condena se indique su nombre, en cuanto obligado a pagar la pena o entregar en noxa.

En el caso particular de la *actio de pauperie*, en razón de haber causado el daño un animal, siempre el demandado era su actual propietario, motivo por el cual la noxalidad era un elemento de la esencia de esta acción, en cuanto siempre formaba parte de ella (no podría haber existido una acción de *pauperie* directa y una acción de *pauperie* noxal).

### 8. Concesión de acción directa por *scientia*

La situación del *paterfamilias* o *dominus* como sujeto pasivo no culpable de la acción, con derecho al ejercicio de ésta noxalmente cambiaba radi-

---

<sup>107</sup> En contrario, Gimenez-Candela, María Teresa, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Eunasa, 1981, p. 390.

<sup>108</sup> En este sentido, expresamente De Visscher afirma “c’est par l’insertion de la clause ‘aut noxae dedere’ dans l’*intentio* et la *condemnatio* des formules *in ius*, dans la seule *condemnatio* par contre des formules *in factum*, que les actions noxales se différencient des actions pénales ordinaires”. *Le régime*, cit., pp. 417 y 418. La diferencia por tanto estaba sólo entre acciones noxales civiles y acciones noxales honorarias, pues al no deducir estas últimas en razón de un derecho, la fórmula carecía de *intentio*, limitándose a la descripción del *factum* por el cual se ejercía la acción.

Conforme a lo anterior, tradicionalmente se ha coincidido con Lenel en la reconstrucción de la acción noxal que realiza a partir de D. 9.1.1 (*actio de pauperie*), y cuya *intentio*, de que se repita en cada acción civil al menos (según lo antes expresado), en lo fundamental, habría sido “*quam ob rem... aut noxam sancire aut in noxam dedere oportet*”. Lenel, Otto, *Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1927, en adelante EP<sup>3</sup>, p. 195. Así, aplicada por ejemplo al hurto, habría resultado “*quam ob rem Nm Nm aut pro fure damnum decidere aut Stichum servum noxae dedere oportet*”. Lenel, EP<sup>3</sup>, p. 330.

En cuanto al reconocimiento del carácter de generalmente aceptada, De Visscher, *Il sistema*, cit., p. 58, que comparte; y Gimenez-Candela, *El régimen*, cit., p. 389, que reconoce pero no comparte.

calmente en caso de *scientia* de su parte, pues se le consideraba autor del delito. Se le igualaba a la situación del *paterfamilias* o *dominus* que ordenaba la actividad constitutiva de delito.<sup>109</sup> Por lo mismo, estaba obligado de forma directa, y no a través de acción noxal, quedando impedido de efectuar la *noxae deditio* del hechor para poder librar la responsabilidad (D.9.4.2 pr; D.9.4.45 pr.).

El conocimiento implicaba no sólo haber sabido del hecho, sino que conociéndolo, y pudiendo impedir su ocurrencia, no lo hizo (D.9.4.2.1; D.9.4.3; D.9.4.4 pr.).<sup>110</sup> En otras palabras, la omisión de la acción “impedir” debía ser valorada y calificada como reprochable, y por tanto, como culpable. Recuértese que la jurisprudencia recurrió entre otras a *inscientia* para interpretar *iniuria* en la *lex Aquilia*, integrando luego el concepto de culpa (véase capítulo segundo, romano II). De esta manera, queda en evidencia como la *scientia* determinaba una responsabilidad por hecho y culpa propia.<sup>111</sup>

La concurrencia de ésta se muestra con especial claridad a propósito de los esclavos comunes,<sup>112</sup> puesto que sólo el copropietario que había sabido, quedaba obligado en nombre de todos, sin derecho a reembolso alguno, pues “mereció la pena por razón de su propio hecho” (D.9.4.9). Asimismo, el comunero que había tenido conocimiento, no sólo se obligaba por el todo, dicen las fuentes, sino que resulta obligado aun cuando hubiera enajenado al esclavo o éste hubiera fallecido (D. 9.4.5.1).

Si fallecía el dueño respecto del cual había concurrido *scientia*, el heredero no resultaba obligado (D. 9.4.5.1, parte final); con ello se demostraba que la obligación era personal.

Las fuentes en todo caso dan cuenta de algunas dudas interpretativas entre los juristas acerca de la *scientia* y sus efectos en la materia. Ellas dan noti-

<sup>109</sup> Por ejemplo, D.9.4.2.1, donde se da cuenta del caso que mandaba (*iussit*) al esclavo a matar.

<sup>110</sup> *Scientiam eius accipiendam, qui prohibere potest: et hoc in toto edicto intellegendum est circa scientiae verbum* (se ha de estimar el conocimiento de aquel que puede impedir una cosa; y esto es lo que se ha de entender en todo este Edicto respecto a la palabra conocimiento).

<sup>111</sup> “Il convenuto dell’a. nox. non doveva essere consapevole del delitto prima della sua consumazione, altrimenti ne risponderebbe in solidum. La scientia, trasformando in responsabilità diretta la sua responsabilità per fatto altrui, ne cancellerebbe il carattere nossale col vantaggio ch’esso porta (deditio)”. Branca, Giuseppe, *Danno temuto, cit.*, núm. 60, pp. 282 y 283.

<sup>112</sup> Esta problemática es bastante didáctica e ilustrativa del funcionamiento del sistema. Cuando todos ignoraban el hecho del esclavo, se podía deducir contra cualquiera de los comuneros la *actio noxalis*; el demandado condenado luego podía repetir en contra de los otros por el porcentaje respectivo de la condena pagada o del valor del esclavo entregado. Si en cambio alguno o algunos conocían, y los demás no, sólo quedaban obligados al pago de la pena, sin derecho a ser demandados noxalmente, el o los comuneros que tuvieron conocimiento; y el demandado condenado podía exclusivamente repetir en contra de los que hubieren conocido. Véanse D.9.4.5 pr; D.9.4.9; D.9.4.17; D.9.4.8; D.9.4.9; D.4.4.10.

cias de algunas opiniones en orden a permitir ya en época clásica a la víctima optar entre accionar directamente en contra del *dominus* que conocía anticipadamente de la comisión del delito, no obstante lo cual no lo impidió, o accionar noxalmente a nombre del esclavo delincuente.<sup>113</sup> Ello ante la consideración del *dominus sciens* y el siervo delincuente como cómplices en el delito.<sup>114</sup>

Asimismo, es relevante destacar que si bien la hipótesis del esclavo que actúa con conocimiento de su amo ya estaba presente en las XII Tablas (se trata en el acápite siguiente, romano II, inciso 1), la concesión de la acción directa en contra del *dominus sciens* tuvo su origen en la interpretación de la *lex Aquilia*, y se extendía a otras figuras delictivas. Entre ellas precisamente en materia de *effusis vel deiectis* “D.9.3.3.1” y de *positis vel suspensis* “D.9.3.5.6”. De ahí que se le reconozca como principio general.<sup>115</sup>

## II. LA NOXALIDAD COMO UN INSTRUMENTO ESENCIALMENTE LIMITATIVO DE LA RESPONSABILIDAD

### 1. Origen legal y expansión del sistema noxal: limitación y no venganza privada

No es claro el origen y desarrollo del instituto de la noxalidad, principalmente por la falta de información a su respecto. Con base a las escasas noticias

---

<sup>113</sup> En D.9.4.2.1 Ulpiano cita a Celso como jurista que era de la opinión de negar la acción noxal, fundando su postura en la diferencia que habría existido entre la ley de las XII Tablas, que permitía dicha acción, y la ley Aquilia, bajo la cual la noxalidad se extinguía en su concepto. Según Celso, la *lex Aquilia* perdonaba al esclavo que sólo obedeció a su señor y que de no hacerlo habría sido muerto. Juliano en cambio era del parecer que serían procedentes la *actio aquiliae* y la *actio noxalis*, pues correspondería que respondan los dos, se gravaba al propietario consecuencialmente, lo que había sido seguido por Marcelo y que el mismo Ulpiano ratificaba.

<sup>114</sup> Tilli, Giuseppe, *Dominus sciens e servus agens*, Rassegna di diritto romano, Labeo, 23, 1977, p. 40. D.9.4.4.2 en este sentido.

<sup>115</sup> Se trata de una cuestión pacífica en la romanística. Incluso se ha hipotizado sobre su presencia en el texto mismo de la *lex Aquilia* (y no sólo aplicado vía interpretación). Acerca de este punto, Lenel, EP<sup>3</sup>, p. 199, nota núm. 5; Albanese, Bernardo, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, BIDR, núm. 70, 1967, pp. 127 y 170.

Sólo se debate respecto de la extensión. Pampaloni y Biondi abrieron los fuegos en la materia. El primero niega el carácter clásico de ella, la cual habría tenido origen bizantino (incluso atribuye con precisión a Triboniano), salvo en materia de *posito et suspensio*, de *albo corrupto* y algunas leyes particulares (ley *Cornelia de falsis* y ley *Fabia de plagiaris*). Pampaloni, Muzio, *Studi sopra il delitto di furto*, Turín, 1900, vol. II, pp. 20-22. En el mismo sentido Albanese, *Sulla responsabilità, cit.*, pp. 171 y 172. De acuerdo con esta posición Longo, Giannetto, *I quasi delicta*, Studi SanFilippo, vol. IV, 1983, p. 429.

Biondi sencillamente declaraba la postura precedente inadmisibles. Reafirmando su desarrollo jurisprudencial clásico, respondiendo a un principio fundamental. Biondi, *Le actiones noxales, cit.*, p. 345.

que se encuentran en las fuentes jurídicas, literarias e históricas supérstitas, los autores han elaborado teorías con mayor o menor fundamento sobre el particular.

En general, la mayoría tiende a coincidir en que los inicios de la institución estuvieron ligados a la simple “vendetta” arcaica, pretendida por un ofendido perteneciente a un grupo humano, respecto de un ofensor, miembro de otro grupo. Así, de una venganza material directa, y a fin de evitar los conflictos que socialmente ello implicaba, se habría pasado a la formalización de un mecanismo, conforme el cual el ofendido tenía derecho a reclamar al jefe del grupo del ofensor el cuerpo de éste, el cual se le debía entregar.<sup>116</sup>

En síntesis, se explica que ya en la época arcaica, y en el marco de naturales negociaciones que debieron haber tenido lugar, se generó la posibilidad para el *paterfamilias* o *dominus* de evitar esta entrega, ofreciendo una composición voluntaria, la cual desde luego podía ser rechazada por el ofendido.<sup>117</sup> En algún momento, tal posibilidad se transformó en una facultad legal que no se podía rechazar. Al final de la República, se advertiría el cambio conceptual producido, pues la víctima, en vez de tener derecho a la persona del culpable, tenía ahora derecho a la pena, facultándose al *paterfamilias* o *dominus* para entregar al culpable (*noxae deditio*). Se configuraría así una obligación facultativa para el *paterfamilias*.<sup>118</sup> En el principado, la novedad de la evolución habría sido que en caso de haber tenido lugar la *noxae deditio*, el ofendido era obligado a liberar al *filius* o *servus* si había resarcido el daño mediante servicios equivalentes a la pena o ahorros realizados.<sup>119</sup>

Si bien se trata de una explicación razonable, no necesariamente es histórica.<sup>120</sup> No profundizo sobre la cuestión por no ser objeto en sí de este trabajo.

Lo que sí me interesa destacar, en lo que respecta a las noticias que de la ley de las XII Tablas nos han llegado, es que dicha explicación no se aviene con la realidad de la noxalidad en ella, pues ni siquiera aparece como una

---

<sup>116</sup> Un resumen de los principales estudios sobre el origen de la noxalidad (Girard, Biondi, De Visscher, Sargentí, Pugliese y Kaser) se puede ver en Gimenez-Candela, *El régimen pretorio*, cit.

<sup>117</sup> Marrone, *Istituzioni*, cit., p. 403.

<sup>118</sup> Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, 1990, núm. 123, p. 619; Marrone, “condemnatio alternativa”, *op. cit.*, p. 99, nota 89.

<sup>119</sup> De ello da noticia Coll.2.3 respecto de los hijos e I.4.8.3, conforme al cual Justiniano extendió el régimen a los esclavos.

<sup>120</sup> Véase nota 116.

institución de aplicación general a todas las figuras penales que la misma contemplaba, advirtiéndose a lo más una presencia excepcional.<sup>121</sup>

En efecto, por una parte, la ley decenviral contenía ya el delito de daño causado por animal en campo ajeno, con la alternativa de resarcir el perjuicio causado (T.8.6). Si se entendiera que la *actio de pauperie* efectivamente pertenecía al sistema noxal (véase en este capítulo, romano I, inciso 1), se podría interpretar la imposibilidad de la entrega del animal muerto (véase en este capítulo, romano I, inciso 6) como una manifestación de la presencia de la idea de venganza privada en la disposición decenviral, en cuanto a que sobre un animal en tales condiciones, la víctima no podría haber descargado su ira (aunque parece sin embargo más convincente que tal imposibilidad se fundaba en la inexistencia de un valor económico para la víctima la recepción de un animal muerto).

Por otra, respecto de la entrega del delincuente a la víctima como alternativa al pago de la condena, en cambio se puede afirmar que no existió una disposición que contemplara esta posibilidad respecto de ningún delito, y consecuentemente, tampoco la consagración de una herramienta catalizadora del ánimo de venganza.

Eventualmente algún atisbo de noxalidad se podría encontrar en materia de hurto. Sobre el particular, se debe tener presente que éste podía ser manifiesto y no manifiesto. Si el hurto resultaba manifiesto, y lo cometía un hombre libre, la citada ley ordenaba que fuera azotado y luego “entregado” a la persona a quien se robaba (T.8.14). Sin embargo, y a pesar de esta alusión a la entrega, en esta figura delictiva no hay efectiva aplicación de la institución noxal, puesto que al ser una responsabilidad “personal” del hombre libre (y no por el hecho de terceros), intervenía y aplicaba la pena la organización social (el Estado, en terminología moderna). Forzando la norma, se podría interpretar la misma diciendo que era un resabio de la venganza privada en un estado más evolucionado, en cuanto la “vendetta” ya no se le permitía al particular, sino que la misma se aplicaba a través del “poder público”.

Si se trataba de un hurto manifiesto de un esclavo impúber, debía ser azotado al arbitrio del pretor y reparar su dueño el daño cometido (T.8.14); si en cambio el esclavo era púber, se le azotaba y arrojaba a continuación desde la roca de Tarpeya (T.8.14). Como se advierte, el esclavo en ambos casos respondía también “personalmente”, demostrando “capacidad” para ser sujeto pasivo de la acción penal.

---

<sup>121</sup> Amunategui, *op. cit.*, p. 214. Branca, Giuseppe, “La struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli”, *Studi in onore E. Volterra*, Milán, Giuffrè, vol. I, 1971, p. 102.

Se excluye entonces toda posibilidad de relación con el sistema noxalidad y de la venganza que originalmente ella conllevaba, en estos dos tipos penales. Ello no obstante posteriormente el hurto cometido por el esclavo se ubicará dentro de los principales casos de acciones noxales.<sup>122</sup>

En cuanto al hurto no manifiesto, la pena consistía en una condena ascendente al doble del valor del objeto hurtado (T.8.16). Si era un hombre libre, sufría el delincuente detrimento patrimonial personal; si se trataba de un esclavo o bien de un miembro de la familia, sufría dicho detrimento el *dominus* o el *pater familias* respectivamente. Se ha sostenido que las acciones noxales se introdujeron justamente para limitar en este caso la responsabilidad del dueño o jefe de familia, sea para que no se vea expuesto al pago de la condena pecuniaria, sea para evitar, en caso de falta de dinero, que tuviera que responder de forma personal a través de la *manus iniectio*, con lo cual resultaría adjudicado el mismo al acreedor.<sup>123</sup> Como fuere, lo cierto es que las XII Tablas no contenían respecto a este delito una acción noxal y no se advierte la introducción de una herramienta destinada a la satisfacción de los instintos vengativos de la víctima.

Finalmente, cabe aludir a la reconstrucción de una supuesta disposición de las XII Tablas, tomando por base D.9.4.2.1 y otras fuentes relacionadas,<sup>124</sup> del siguiente tenor: “si un esclavo robe o causase algún otro daño *a sciendae de su amo*, éste puede darle en noxa por el daño causado”<sup>125</sup> (la hipótesis

<sup>122</sup> Las noticias recibidas de Gayo (G.3.189, ratificadas en Gell.11.18.7), nos informan que delitos como los de hurto e injuria fueron los que habrían dado lugar a las acciones noxales (G.4.75), con lo cual niega de forma implícita la introducción de éstas en la ley decenviral.

<sup>123</sup> Con lo cual en la práctica se habría llegado al mismo resultado que el hurto manifiesto cometido por hombre libre. Ortega Carrillo, *op. cit.*, p. 51; Amunategui, *op. cit.*, p. 224.

<sup>124</sup> D.44.7.56; D.47.6.5; D.50.16.238.3; G.4.75 y 76; Fest. p. 175.

<sup>125</sup> Antequera, José María, *Historia de la legislación romana*, 3a. ed., Madrid, 1874, p. 283, T. 12.a.

En el mismo sentido Girard, P. F. y Senn, E., reproduciendo D.9.4.2.1, “Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem XII tab. Nam in lege antiqua, si servus — *Sciende domino* — furtum fecit vel aliam noxam commissit — *Servi nomine actio est noxalis* — nec dominus non suo nomine tenetur. at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non serui. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare. Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino parvit, periturus si non fecisset. Sed si placeat, quod Iulianus scribit — “*si servus furtum faxit noxiamve no[x]it, etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici, etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio*”. *Les lois des Romains*, Nápoles, 1977, pp. 22-73 (t. XII, 2. a).

En cambio, otras reconstrucciones, “*si servus furtum faxit noxiamve no[x]it*”, Bruns, C. G., *Fontes iuris Romani antiqui*, I, Tübingen, 1909, pp. 15-40 (t. XII, 2. a.) y Riccobono, S., *Fontes iuris Romani antejustiniani*, Firenze, 1941, t. I, pp. 21-75; “*si servus furtum faxit noxiamve no[x]it, etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici, etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio*”, Crawford, (t. XII, 2), *Roman Statutes*, II, Londres, 1996, pp. 555-721, núm. 40 (t. XII, 2).



ya adelantada en este capítulo, romano I, inciso 8). Puede advertir de inmediato el lector, que este tipo penal que habría permitido la noxa del esclavo, implicaba un delito del propietario, el que podía ser demandado por haber sabido que un *servus* de su propiedad cometería un hurto o daño (aunque pareciera por las fuentes que éste originalmente no se comprendía),<sup>126</sup> no haciendo nada para impedir el hecho ilícito de su esclavo. Se accionaba en contra del propietario como cómplice al menos, que en derecho romano es igual a autor, y no en razón de la falta de capacidad del esclavo y con ocasión de un delito exclusivamente de éste. De hecho, en D.9.4.2.1 se considera al *dominus* como autor del delito, sin que exista diferencia en este punto entre la ley de las XII Tablas y la *lex Aquilia* según Celso, sino en la consideración del *servus* también delincuente en la primera y la exclusión de tal calidad en cambio en la segunda, lo que impedía su entrega en noxa bajo la aplicación de la ley aquiliana.

Respecto esta dudosa reconstrucción, no se puede tampoco afirmar que la *noxae deditio*, consagrada del modo señalado, haya formado ya parte del sistema de las acciones noxales. La acción del perjudicado era ejercida contra el *dominus sciens*, a fin que éste fuera sancionado por un delito “personal”. En la práctica, el *dominus sciens* podía pagar la condena en dinero, o bien pagaba “con la cosa a través de la cual cometió el delito”. Luego, o la entrega del esclavo se miraba como una sanción equivalente a la condena para dicho propietario, o bien como una forma de limitar la misma a la pérdida del esclavo. Por supuesto, la *noxae deditio* en caso alguno se veía en este caso como injusta para el *servus* objeto de ella, pues también era considerado culpable del delito (por algo Celso explica en D.9.4.2.1 que lo que la ley de las XII Tablas quiso era que los esclavos no obedecieran a sus dueños, pues de lo contrario se exponían a ser entregados en noxa). Desde esta perspectiva, y sin tener en cuenta la sospechosa reconstrucción, se podría pensar otra vez de forma forzada, en otro resabio de la noxalidad a efectos de conseguir la “vendetta” contra el esclavo por parte de la víctima del delito cometido materialmente por éste.

De esta manera, de la revisión de las disposiciones de la ley de las XII Tablas que las fuentes permiten conocer hasta la fecha, resulta bastante claro que la noxalidad no está presente en la fijación de los *decenviri*, o bien, mediante interpretaciones o explicaciones forzadas, se puede llegar a reco-

---

Véanse las reconstrucciones de Bruns, Riccobono, Crawford y Girard en <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/legroman.html>.

<sup>126</sup> Gayo en G.4.76 alude como fuente de la noxa en la acción por el hurto a la ley de las XII Tablas, y en D.44.7.56 se distingue expresamente la acción de la ley decenviral de aquella de la ley Aquilia, de la injuria y del hurto mismo (su regulación era diferente).

nocer en ciertos casos muy puntuales. Por lo mismo, si su origen histórico se enmarcó en la evolución de un sistema de composición privada, y con la finalidad de evitar la venganza privada, pareciera ser que este objeto ya en la ley decenviral ha prácticamente desaparecido. En las pocas conexiones que se pueden establecer entre ésta y la noxalidad, cuesta advertir que su objeto haya sido la “vendetta”.

Pareciera entonces que a la fecha de la entrada en vigencia de la ley decenviral, el sistema histórico de la venganza colectiva y privada estaba superado, quedando sólo algunos residuos del mismo. Las penas eran ya en dinero, ya corporales (incluyendo la pena capital). El paso siguiente, si se mantiene la misma lógica evolutiva histórica con que se trata de explicar la noxalidad, hubiera sido su eliminación total, y no su expansión (I.4.8 pr-1). Cuesta creer que el paso del tiempo significó una involución, retornando a un estadio anterior a la ley de las XII Tablas, generalizando nuevamente la venganza individual con amparo jurídico.

Por lo mismo, me parecen muy verosímiles las afirmaciones de Amunátegui, en cuanto a que “las acciones noxales nacen como una supervivencia de un sistema anterior (sistema histórico de noxalidad), tolerada de forma excepcional por los decenviros por la utilidad social que presentaba al limitar la responsabilidad pecuniaria del *pater*. Desde este punto, lo que era un caso excepcional, se expandió en épocas sucesivas a otras realidades por obra de la ley Aquilia y el pretor hasta desembocar en el sistema de acciones noxales que sobrevivió sólo para el esclavo hasta la época de Justiniano”.<sup>127</sup>

En otras palabras, la noxalidad no se conservó excepcionalmente al inicio y se expandió después en razón de la “vendetta” que significaba. Lo que motivó dicha expansión fue en realidad la circunstancia de que se advirtió que ella constituía un efectivo instrumento limitativo de la responsabilidad. No en vano De Visscher, al destacar como característica del sistema de las acciones noxales que el jefe de familia era obligado a pagar la composición, pero con la facultad de efectuar el abandono, afirma que “riservare questa facoltà d’abbandono al convenuto rispondeva a una vera necessità. Limitando la legge stessa le conseguenze sfavorevoli del delitto alla perdita del colpevole (G.4.5)”.<sup>128</sup> Por lo mismo, dicho sistema se encontraba establecido en interés y para beneficio del *dominus* y del *pater familias* y no como pena.<sup>129</sup>

<sup>127</sup> Amunátegui, *op. cit.*, p. 226.

<sup>128</sup> De Visscher, *Il sistema, cit.*, p. 65. Reconociendo también expresamente el carácter limitativo de la noxalidad, Voci, afirma que “c’era un modello antico di responsabilità limitata, quella nossale”, *Diligentia, cit.*, p. 115. En el mismo sentido, Serrao, Feliciano, “Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale”, *Forme giuridiche di un’economia-mondo*, Pacini editore, 1989, p. 169, nota 21.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 52. Branca, *Danno temuto, cit.*, núm. 61, p. 288.

Se suele destacar de los pueblos antiguos la creación de figuras delictivas o tipos penales que habrían importado “responsabilidad objetiva” (como la responsabilidad por el hecho ajeno vía noxal). En esta línea, el derecho romano pudo en sus albores haber desarrollado una “responsabilidad objetiva”; pero a su vez, también desde muy temprano, advirtió la necesidad de limitar dicha responsabilidad, lo cual hizo a través del “reciclaje” de un sistema igualmente histórico que ya estaba cada día más en desuso.<sup>130</sup>

2. *De la aestimatio rei ad id quod interest: la evolución que deja al descubierto la función limitativa de la noxae deditio*

La venganza privada, como explicación de la *noxae deditio*, se basa en la consideración de ésta como un instrumento que permitía a la víctima de un delito, que le causaba perjuicio, tener al victimario, fuera éste un animal, un esclavo o un hijo de familia. Por su intermedio, el *dominus* le entregaba “el cuerpo” al causante del mal, para que pudiera disponer de él del modo que estimase más conveniente, a fin de aplacar su ira y satisfacer su sed de “vendetta”.

En cambio, la consideración de ella como un instrumento que persigue la limitación patrimonial de la responsabilidad del demandado, no pone su acento en la *noxae deditio* como entrega de “un cuerpo”, sino como consignación de una cosa que tiene “un valor” económico. De manera que, quien entrega, pierde este valor; quien recibe, lo gana. Si el demandado entonces no entrega a la víctima todo “el valor” de la condena gracias al sistema noxal, sino sólo un cuerpo con un valor inferior, el resultado limitativo de la noxalidad resulta evidente. Se produjo una contención del valor de la pérdida para el demandado, y una restricción del valor obtenido por el actor.

Mientras la condena para el demandado tuvo el carácter de pena (revistiendo entonces una finalidad sancionatoria), podrá resultar difuso que la *noxae deditio* haya sido entendida como un instrumento que limitaba de forma cuantitativa la responsabilidad. Sin embargo, en la medida que la naturaleza de la pena evolucionó hacia una finalidad reparatoria, la naturaleza limitativa de la noxa apareció más claramente.<sup>131</sup> De ahí que el proceso

<sup>130</sup> Con independencia de las posibles críticas a la construcción histórica que hace, tiene razón De Visscher cuando afirma precisamente que “lungli dallo scomparire nell’epoca classica, esso persisterà, al contrario, come base indistruttibile di questo regime, fino ai tempi di Giustiniano”. De Visscher, Fernand, “Il sistema romano della nossalità”, *IURA*, núm. 11, 1960, p. 38.

<sup>131</sup> Schipani piensa que desde su origen fue más un resarcimiento que una sanción, *Responsabilità, cit.*, p. 88. Con ello retrotrae también la función limitativa al comienzo.

evolutivo operado respecto de la acción aquiliana, en cuanto al criterio de la determinación del *damnum* sufrido, permite ratificar lo expresado.

En efecto, como se dijo en el capítulo primero, inciso 2, la *actio legis Aquiliae* constituye el origen de acción civil indemnizatoria extracontractual moderna. La *lex Aquilia* ordenaba en su capítulo primero (D.9.2.2 pr.) condenar a quien hubiere matado con injuria al esclavo o a la esclava ajenos, a un cuadrúpedo, o a una res, a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo aquel año (*quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto*). En el tercer capítulo en cambio (D.9.2.27.5), respecto a las demás cosas, porque hubiere quemado, quebrado, o roto con injuria, a pagar al dueño tanto cuanto valieran en los treinta días próximos (*quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*). De esta manera, el criterio para la determinación del daño sufrido por la víctima, era “el precio mayor en el último año” en el primer caso; y “el valor en los treinta días próximos”, en el segundo. En ambos capítulos, la fijación por parte del juez de la condena o pena a pagar por el demandado, estaba fundada en una *aestimatio rei*, en la forma establecida por la ley.

La evolución del criterio de la determinación del *damnum*, es el paso de dicha *aestimatio rei* a la consideración del *id quod interest*,<sup>132</sup> es decir, del simple valor de mercado del cuerpo dañado, al valor del interés económico para la víctima que no se produjera el evento perjudicial (deterioro o destrucción del bien respectivo), incluyendo la posibilidad de evitar un gasto o de adquirir una ventaja patrimonial (daño emergente o lucro cesante). Por tanto, desde el pago de una pena, al pago de una indemnización del efectivo perjuicio sufrido por la víctima. En el caso de las acciones noxales, sería desde el pago de una pena, consistente en la entrega de una cantidad de dinero o del cuadrúpedo, siervo o *filius familias* autor del daño, al pago de una indemnización limitada al valor de éstos. Mas, no hay que esperar el fin del proceso evolutivo del criterio de la determinación del daño para apreciar la naturaleza limitativa de la *noxae deditio*, pues ella consta en varios pasajes de las fuentes, en una etapa intermedia entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest*, como es la fase del denominado por Valditara, el “precio formal”. En esta línea, de especial relevancia en la materia son los textos de D.9.2.37.1 y D.35.2.63 pr., cuya situación describo a continuación en forma breve, para la mejor ilustración de la cuestión.

---

<sup>132</sup> La expresión es tomada de D.9.2.21.2: “*eius quod interest*” (“aquello que es el interés”, siendo “id” el nominativo y “eius” el genitivo, ambos singular neutro, del pronombre “is”). Sobre la evolución, véase la completa obra dedicada a esta evolución de Valditara, Giuseppe, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milán, Giuffrè, 1992, principalmente capítulos I y II.

A. D.9.2.37.1: “*Si quadrupes, cuius nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est, et cum eo lege aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam eius, in quo de pauperie actio est, referri debet; et tanti damnandus est is, qui occidit, iudicio legis Aquiliae, quanti actoris interest noxae potius deditione defungi, quam litis aestimatione*”.<sup>133</sup>

Se trata de un fragmento de Javoleno, que relata claramente los hechos que motivan la duda sobre la cual se pronuncia el jurisconsulto. Un cuadrúpedo ha causado daño, lo que genera la responsabilidad de su “actual propietario” para con la víctima, por los hechos de su animal. El *iudicium* en que el afectado deduzca la *actio de pauperie*, terminará con una condena que estime el precio, pudiendo el demandado eludir su pago mediante la entrega en noxa del cuadrúpedo a la víctima. Sin embargo, esto último no es posible, porque un tercero priva al actual propietario y condenado de tal posibilidad, al darle muerte al animal. Como consecuencia de ello, el *dominus* se ve obligado a pagar la *litis condemnatio*, lo que implica un perjuicio patrimonial superior al valor del animal (que igualmente habría perdido) si hubiera podido optar por la *noxae deditio*.

La duda surgida de estos acontecimientos estriba en que si al *dominus*, luego de pagar íntegramente la condena (por ejemplo 1000), y que decide deducir la acción aquiliana en contra del tercero que mató a su animal, debiera en este segundo juicio pagar sólo el valor del cuadrúpedo que mató el demandado (por ejemplo 800), o si además, se le debía resarcir la pérdida de la opción de entregar en noxa al animal, equivalente a la diferencia entre el precio del animal y el valor fijado en la *litiscondemnatio* del juicio de pauperie (o sea, 200, siguiendo con los ejemplos dados). A la cuestión, Javoleno respondió según la última parte del fragmento transcrito: “el que lo mató ha de ser condenado por la acción de la ley Aquilia en tanto cuanto interesa al actor poder entregarlo por noxa, más bien que pagar la estimación del litigio”.

De acuerdo a lo anterior, me parece que no podrían existir dudas que estamos frente a un antecedente claro respecto a la consideración de los juristas en el siglo I d. C. del efecto limitativo de la responsabilidad del propietario actual que la noxa producía en el ámbito de la *actio de pauperie*. Y por

---

<sup>133</sup> “Si el cuadrúpedo, por razón del que hubiera causado un daño, fue muerto por otro, y contra éste se ejercita la acción de la ley Aquilia, la estimación no se debe referir al cuerpo del cuadrúpedo, sino a la causa de aquello por lo que hay la acción para la petición del daño; y el que lo mató ha de ser condenado por la acción de la ley Aquilia en tanto cuanto interesa al actor poder entregarlo por noxa, más bien que pagar la estimación del litigio”.

el contrario, la nula consideración de que se trate de una herramienta que permitiera la venganza de la víctima sobre el animal.

En efecto, la discusión se desarrolla en términos de valores patrimoniales: ¿*en cuánto* ha disminuido efectivamente el valor del patrimonio del *dominus*, producto de la muerte del animal a manos de un tercero, y que imposibilitó la dación en noxa en un juicio de pauperie seguido en su contra?

Hay que notar que de haber podido recurrir a la *noxā deditio*, habría perdido de todas maneras el animal, por lo que la salida del valor de éste desde su patrimonio (800), no es un daño causado por el tercero que amerite obligarlo a su reparación. El perjuicio que le produjo éste al propietario del animal fue sólo la diferencia entre el precio del animal y la condena pagada a la víctima de los daños causados por el cuadrúpedo (200). Este suplemento, por sobre el valor del animal, es su efectivo “interés”. Es ésta la pérdida real sufrida por no haber podido limitar, cuantitativamente, el detrimento económico que la condena judicial le significó, conforme el precio de mercado del animal.

El carácter limitativo de la responsabilidad de la noxa del animal para el propietario actual de que da cuenta el pasaje, no se ve modificado en ningún caso por las alteraciones que pudo haber sufrido por los compiladores para “actualizarlo”, de manera que reflejara el principio adoptado por Justiniano.

En efecto, el pasaje, en los términos descritos, parece consagrar ya el principio del *id quod interest*, conforme al cual, reitero, el *dominus* del cuadrúpedo sólo habría tenido derecho a reclamarle al tercero el suplemento. Empero, a decir de Valditara, originalmente el texto javoleniano aludía en cambio sólo al “precio formal”,<sup>134</sup> el que se traducía en términos simples en la suma del precio del animal más el suplemento (800 + 200). El pasaje entonces habría debido contener de origen las palabras “solamente” y “también”, de modo de expresar que “la estimación no *solamente* se debe referir al cuerpo del cuadrúpedo, sino *también* a la causa de aquello por lo que hay acción para la petición del daño”.<sup>135</sup>

Si Javoleno, en su época, quiso en realidad expresar que la obligación del demandado era pagar el “precio formal” en vez del “interés” para el *do-*

---

<sup>134</sup> “Formal” porque aparentemente respetaba las palabras de la lex Aquilia, pero conllevaba ya la consideración del interés de la víctima. El pasaje de D.9.2.37.1 en comentario (junto a D.9.2.23.2), sería uno de los ejemplos significativos del método interpretativo “intermedio” (entre *rei aestimatio* e *id quod interest*). Valditara, *Superamento*, cit., pp. 177 y 198.

<sup>135</sup> “... *aestimatio non < solum > ad corpus quadrupedis, sed < etiam > ad causam eius, in quo de pauperie actio est, referri debet*”. Valditara, *Superamento*, cit., p. 99. En cuanto a las motivaciones que habrían llevado a la intervención del texto, véanse las pp. 100 y 101.

*minus* demandante, lo que simplemente cambiaba era el resultado para éste, en términos más favorables (en vez de 200, habría recibido los 1000 pagados por concepto de condena). Pero *no* modifica la constatación que al siglo I d. C. la jurisprudencia consideraba como “pérdida patrimonial” el suplemento que debió pagar el propietario actual del cuadrúpedo frente a una condena por daños causados por éste, ante la imposibilidad de entregarlo en noxa, producto de la muerte del animal a manos de un tercero. En otras palabras, no altera la conclusión que los juristas, al tiempo señalado, veían en la *noxae deditio* del animal una contención de la disminución patrimonial que el cuadrúpedo producía a su *dominus* como efecto de los daños que causaba.

Ratifica y complementa lo expresado Ulpiano en D.9.1.1.16,<sup>136</sup> pues ante la misma hipótesis (imposibilidad de ejercicio de la alternativa de entregar en noxa al animal por haber sido éste asesinado por un tercero), este fragmento da cuenta de una solución distinta, pero destinada a la contención de la pérdida patrimonial para el propietario actual demandado: la posibilidad para éste de ceder al actor la acción aquiliana de cuya titularidad gozaba para que se pudiera dirigir contra el tercero que dio muerte al animal, en vez de pagar la *litis aestimatio*.

El hecho básico radica en la existencia de una suma de dinero a la cual fue condenado el propietario actual en favor de la víctima de los daños que un cuadrúpedo irrogó a ésta. Frente a dicha condena, entran en juego el interés del demandante de ver satisfecho su crédito mediante el cumplimiento de la condena, y el interés del demandado de lograr el menor perjuicio patrimonial derivado de dicha condena, la que tiene su causa en un hecho del animal y no en un hecho propio. Incluso, respecto a esto último, pudiendo no haber sido el propietario del animal al momento del daño. La injusticia es patente.

El pasaje de D.9.1.1.16 entrega entonces una alternativa de solución al conflicto, cuando los referidos intereses coinciden. Efectivamente, sería extraño que el demandante estuviera dispuesto a aceptar la cesión de la acción aquiliana en contra del tercero, teniendo la necesidad de iniciar otro proceso a fin de obtener una nueva condena, teniendo ya una sentencia a su favor. Lo lógico habría sido el rechazo de la cesión y el cobro de la *litis*

---

<sup>136</sup> *Si post litem contestatam ab alio sit animal occisum, quia domino legis aquiliae actio competit, ratio in iudicio habebitur legis aquiliae, quia dominus noxae dedendae facultatem amiserit: ergo ex iudicio proposito litis aestimationem offeret, nisi paratus fuerit actionem mandare adversus eum qui occidit.* “Si el animal hubiera sido muerto por otra persona después de contestada la demanda, como quiera que compete al dueño la acción de la ley Aquilia, en el juicio se tendrá cuenta de la ley Aquilia, porque el dueño habrá perdido la facultad de entregar por noxa. Así, pues, por el juicio entablado ofrecerá la estimación del litigio, a no ser que estuviere dispuesto a ceder la acción contra el que mató”.

*condemnatio*. Todo ello salvo que el propietario condenado no tuviera bienes o éstos no fueran suficientes para el pago de la correspondiente suma. La cesión lo favorecería, pues le permitiría obtener la reparación, que en la práctica no lograría, o sólo parcialmente.

Por otra parte, para el propietario condenado, si el animal hubiese valido más que la *litis condemnatio*, obviamente habría preferido su pago y perseguir el pago del precio del animal muerto respecto del tercero. Pero si el cuadrúpedo por el contrario hubiera tenido menos valor, habría preferido entregar al animal en noxa y limitar hasta el precio de este último la pérdida patrimonial sufrida.

De esta manera, el interés del demandante frente a la falta de bienes, y el interés del propietario frente a la posibilidad de limitar su pérdida al precio del animal que de todas maneras ya perdió, coinciden, haciendo posible que surja una nueva posibilidad: que el propietario condenado ceda a la víctima demandante su acción contra el tercero.

En todo caso, a pesar de la coincidencia de intereses, y que tendría que haber existido voluntad del cesionario, la posibilidad de la cesión de la *actio aquiliana* se establecía principalmente en favor del interés del actual propietario.<sup>137</sup> Es éste quien tenía la facultad de ofrecer la alternativa y quien nombraba al cesionario como *procurator in rem suam* según el texto ulpiano de D.9.1.1.16 (dice *actionem mandare*). Es decir, como su representante procesal en el juicio aquiliano contra el tercero, se radicaba en el patrimonio de dicho representante la condena que se obtuviera.<sup>138</sup>

Así, la posibilidad entregada al propietario de ceder su acción contra el tercero que mató al animal que debió entregar en noxa, después de la *litis contestatio*, constituye una hipótesis que confirma el cambio conceptual operado en época clásica. El propietario, ante la muerte del animal, habría quedado obligado sólo al pago de la *litis aestimatio*. Empero, la circunstancia que la posibilidad de *noxae deditio* fuese cancelada por la conducta culpable de un tercero, da pie a la jurisprudencia para otorgar al propietario una nueva alternativa para lograr efectivamente la limitación cuantitativa de

<sup>137</sup> En este sentido, Valditara, *Superamento*, cit., p. 83. Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 204.

<sup>138</sup> En derecho romano la cesión de créditos propiamente tal no existió, lográndose indirectamente el efecto de la cesión mediante el mecanismo procesal del nombramiento de un *procurator in rem suam*. Por ello, al decir D.9.1.1.16 *actionem mandare*, las traducciones tanto de García del Corral como de d'Ors coinciden en que la facultad del actor era “ceder la acción”. Mientras Schipani, más apegado a la letra, traduce como otorgamiento de “mandato di esercitare l'azione”. d'Ors, Alvaro y otros, *El digesto de Justiniano*, versión castellana, Aranzadi, Pamplona, 1968 y Schipani, Sandro (a cura), *Iustiniani augusti digesta seu pandectae*, testo e traduzione, Giuffrè, Milán, 2005. Sobre el *procurator in rem suam*, véase Burdese, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, 5a. ed., Turín, 1998, núm. 641, p. 544.



su responsabilidad al valor del cuadrúpedo: cesión de su *actio legis aquiliae* a la víctima del daño. Por lo demás, ésta en nada se veía perjudicada, pues originalmente recibiría el animal en noxa, y luego de la cesión, el valor de dicho animal.

B. D.35.2.63.pr: *Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. Nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. Sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec exspectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur. Eadem causa est eius servi, qui noxam nocuit; nec enim delinquendo quisque pretiosior fit. sed nec heredem post mortem testatoris institutum servum tanto pluris esse, quo pluris venire potest, pedius scribit...*<sup>139</sup>

Si bien corresponde a un texto de Paulo perteneciente según el epígrafe del fragmento a su obra “Comentarios a la *lex Iulia et Papia*”, por su contenido, habría estado referido originalmente al debate sobre la interpretación de la disposición *quanti ed res plurimi fuit* del capítulo I de la *lex Aquilia* (D.9.2.2).<sup>140</sup>

En este contexto, opinaba el jurista que “los precios de las cosas se establecen no por el afecto, ni por la utilidad de cada una de ellas, sino por la estimación común”. Cita como se advierte varios ejemplos a fin de ilustrar la regla que defiende (por ejemplo, el afecto de un padre no aumenta el valor del hijo, de modo que el poseedor de un hijo natural no goza del valor en que eventualmente lo compraría si un tercero entrase en posesión de dicho hijo). El tercer ejemplo del texto pauliano resulta relevante para los efectos que trato: “la misma es la condición del esclavo que causó algún daño; porque nadie se hace de más precio delinquiendo”.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> “Los precios de las cosas se establecen no por el afecto, ni por la utilidad de cada una de ellas, sino por la estimación. Porque el que posee un hijo natural no es tanto más rico porque lo hubiese de comprar en muchísimo más si otro lo poseyera; y el que posee un hijo ajeno tampoco tiene aquella cantidad en que lo pueda vender a su padre, ni se ha de esperar a que lo venda; sino que se estima de presente, no por la cantidad que el hijo de determinada persona, sino por la que un esclavo. *La misma es la condición del esclavo que causó algún daño; porque nadie se hace de más precio delinquiendo.* Pero escribe Pedio, que tampoco el esclavo instituido heredero después de la muerte del testador es de más valor, porque puede ser vendido en más...”.

<sup>140</sup> Valditara, *Superamento*, cit., p. 39.

<sup>141</sup> Incluso, el hecho que no tenga relación el caso con el contenido de la *lex Iulia et Papia*, ha llevado a la romanística, entre otras razones, a su atribución a Sesto Pedio, no obstante éste sólo es citado a continuación del ejemplo. Valditara, *Ibidem*, p. 38.

La razón por la cual se agrega este ejemplo de la regla enunciada por Paulo para su mejor ilustración, radica en la circunstancia que el sujeto responsable por el hecho delictual del *servus* era el *dominus*. Luego, éste podía a su vez, frente a una eventual condena, entregar al esclavo en *noxae*, a fin de librarse de pagar la *litis aestimatio*. De este modo, si un tercero daba muerte o ejecutaba alguna otra acción que significara la pérdida del esclavo para su dueño, éste quedaba imposibilitado de efectuar la *noxae deditio* del primero, viéndose obligado a pagar la suma por la cual se le condenó. Si el *dominus*, a continuación, demandaba al tercero por la muerte de su esclavo, ¿podía solicitarle que le pagara como daño el valor de la *litis condemnatio* cancelada en el juicio anterior, dado que habría sido el perjuicio patrimonial final sufrido por el *dominus* al no poder entregar el esclavo muerto en noxa, o sólo podía exigir el valor comercial del esclavo?

En cuanto a la problemática que nos ocupa, está implícito en el texto que la condena que debió pagar el *dominus* en un primer juicio a causa de un hecho dañoso de su esclavo, era mayor que el valor de mercado que éste tenía. Luego, el debate está centrado en si se debe o no pagar como daño al *dominus* en el segundo juicio, la diferencia entre el valor de la *litis condemnatio* (por ejemplo 1000) que pagó en el primer juicio y el valor del *servus* asesinado (por ejemplo 800), muerte que es la causa del segundo litigio en contra de quien lo asesinó.

La duda deriva de la circunstancia que el asesinato del *servus* significó la pérdida de una posibilidad cierta para su propietario de entregarlo en noxa en el primer juicio, de modo que el daño no sólo estaría constituido por la disminución del patrimonio en una cantidad idéntica al valor del esclavo, sino que adicionalmente con el mayor desembolso (y disminución del patrimonio correspondiente) que el pago de la condena en el primer juicio importaron para dicho *dominus*.

En otras palabras, el problema es idéntico al contenido en D.9.2.37.1, y que fuera tratado en la letra anterior. La única diferencia está en la “cosa” que causó el daño. Mientras D.9.2.37.1 decía relación con la responsabilidad del dueño actual por el hecho dañoso de un cuadrúpedo, el texto que tratamos se refiere a la responsabilidad del dueño actual por el hecho de un esclavo.

Se desprende de D.35.2.63 pr. que aparentemente la opinión mayoritaria de la época entendía que la condena del asesino del esclavo debía ascender a una suma igual a la del primer juicio, esto es, el precio del esclavo más el suplemento que en el juicio noxal debió pagar el *dominus* (siguiendo con el ejemplo,  $800 + 200 = 1000$ ). Paulo (o más bien Sesto Pedio), expresaba un parecer contrario, negando simplemente la adición: el *servus* no se hace *pretiosior*, esto es, no puede aumentar su *precio* común por el hecho de delinquir. De ahí que sólo se debiese pagar su valor de mercado (800).

Claramente este pasaje y la discusión jurisprudencial que contiene, deja de manifiesto que desde el punto de vista de la evolución conceptual del daño, se está aún a mitad de camino, no arribando aún al *id quod interest*, que habría significado el pago sólo del exceso que debió pagar en el juicio noxal el propietario (esto es, 200 en el ejemplo), habida cuenta que igual el propietario, de haber entregado en noxa al esclavo, lo habría perdido, así como su precio.<sup>142</sup> Sólo el suplemento debería haber sido objeto de indemnización, pues ese habría sido el único interés en juego.

Sin embargo, lo anterior no tiene incidencia en definitiva en la cuestión de fondo que interesa, como tampoco lo tiene la opinión particular del autor del texto. En efecto, con independencia de la disputa jurisprudencial y de la solución en el fragmento, es evidente que el caso citado en D.35.2.63 pr. da cuenta de un entendimiento básico y común por parte de la *iurisprudencia*: la noxa del esclavo constituía una limitación cuantitativa a la responsabilidad del *dominus* por los hechos delictivos del *servus*. La *noxae deditio* del esclavo, permitía a su dueño limitar el valor del detrimento patrimonial sufrido en razón de la responsabilidad atribuida al propietario por los hechos dañosos de sus siervos. Es ésta precisamente la razón de la disputa: la disminución del detrimento patrimonial que se habría conseguido con la *noxae deditio* (¿debía o no ser pagada en el segundo juicio?) y que el tercero impidió.

*En síntesis*, D.35.2.63 pr. y D.9.2.37.1 son claros ejemplos de que “ben presto... la giurisprudenza si impegnò perché non si attribuisse all’*id* del primo capitolo il significato di una limitazione del danno da considerare al puro valore della cosa”, añadiendo entonces a éste, el valor de la explotación económica del respectivo *corpus*, así como también la “utilità che ad esso si collegassero direttamente”.<sup>143</sup> Es decir, más que al precio de la cosa, se estaba al valor de la *utilitas domini*, a todas las ventajas que la cosa representaba para los propietarios, analizada en su conjunto.<sup>144</sup>

Y precisamente, la utilidad particular vinculada a los animales y a los esclavos; y por tanto común a ambas cosas, era la posibilidad para el propietario de entregarlos en noxa, a fin de contener los efectos económicos negativos sobre su patrimonio, derivados de una condena en un juicio seguido en su contra por un delito no ejecutado por su persona. Por lo mismo, se reconocía el carácter limitativo de la responsabilidad desde un punto de vista cuantitativo.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>143</sup> Corbino, Alessandro, *Il danno qualificato e la lex aquilia*, Padua, Cedam, 2008, pp. 186 y 187.

<sup>144</sup> Valditara, *Superamento*, *cit.*, pp. 287 y 289.

En este sentido, se debe destacar la circunstancia que la discusión entre los jurisprudentes fuese acerca del “valor” y la pérdida de éste para el *dominus*: al “valor” del esclavo o animal, para efectos de la segunda condena, se debe o no agregar el “valor” adicional que el *dominus* debió pagar en la primera condena. Los términos de la discusión son en lenguaje de “valor”. La discusión por el contrario, no decía relación con la posibilidad para la víctima de ejercer la vendetta contra el animal o esclavo delincuente en caso que le hubiese sido dado en noxa, y por tanto sobre la responsabilidad personal del agente dañoso.

Sobre el particular, hago presente que las fuentes dejan entrever que había plena conciencia entre los juristas de la cuestión de los “valores” en juego: el valor económico que significaba pagar la pena y el valor económico limitado con la entrega del esclavo. En efecto, es en Paulo (clásico tardío) en quien se encuentra especialmente explícito el punto. En D.9.4.17 pr. afirmaba que es injusto que quede libre el *dominus sciens* por la entrega de “un hombre de ínfimo valor”, reconociendo que la víctima no recibió el “valor” de la condena, sino uno mucho menor. En términos actuales, Paulo demuestra tener conciencia que, desde un punto de vista cuantitativo, no se había indemnizado el daño íntegramente; incluso, había recibido un pago bajo, limitado al valor del esclavo.

La prueba de que no se trató de una frase aislada, sino efectivamente de un concepto maduro, se encuentra en los textos paulianos de D.9.4.17pr. y D.9.4.31. En ambos, en lo sustancial, se consagra la idea que frente al pago de penas posteriores a que diera lugar el delito en favor de la víctima, se debía computar “*el precio del esclavo* entregado por el daño”. Es claro entonces que no se estaba considerando el esclavo como simple cuerpo respecto del cual la víctima podía ejercer su “vendetta”, ni tampoco se le estaba valorando como cuerpo humano propiamente tal. La referencia al valor decía relación con las competencias o habilidades que poseía el esclavo, y que determinaban su mayor o menor valor comercial: a mayor utilidad, mayor valor; a menor utilidad, menor valor. Luego, este valor, se debía rebajar del monto de las futuras penas fijadas en relación al delito cometido.

### 3. *La calificación de mixta de la actio legis Aquiliae derivada del carácter limitativo de la noxalidad*

La relevancia histórico-jurídica de la *actio legis Aquiliae* radica en términos simples y sintéticos en su evolución, esto es, desde su introducción como acción penal, hasta la completa asunción del carácter indemnizatorio o rei-

persecutorio de la misma. El punto de inicio y el punto de término de la historia son conocidos. Sin embargo, resulta interesante hacer un alto, en vistas a este trabajo, en un momento intermedio del camino evolutivo seguido por esta acción, correspondiente a su calificación de “mixta”.

El pasaje I.4.6.16 informa de la distinción entre acciones reipersecutorias, penales y mixtas. Entre éstas, I.4.6.19 califica de tal a la acción de la *lex Aquilia*. Esta calificación de la *actio legis Aquiliae* tiene a su vez como fuente las *Institutiones* de Gayo (Gai.4.6 y 4.9).<sup>145</sup>

En términos simples, que la acción en comento fuese mixta llevaba a que la *summa condemnationis* que el demandado vencido debía pagar al actor, estaba compuesta en parte por una cantidad de dinero concedida a título de indemnización, y en parte por una cantidad concedida a título de pena. En el ejemplo que las propias *Institutiones* de Justiniano da en I.4.6.19, la condena fijada por orden de la *Lex Aquilia* igual al mayor valor que habría alcanzado un *servus* en perfectas condiciones el último año, al que se le da muerte sin embargo cuanto está cojo o tuerto, sería reipersecutoria en cuanto al valor del esclavo al momento de ser asesinado, y penal en cuanto a la diferencia entre este último valor y el mayor valor fijado en la sentencia.

La doctrina está de acuerdo en que la calificación de mixta obedece simplemente a un error de Gayo. En efecto, el ejemplo que este jurista da, es el de la *litis crescentia*, derivada de la *infiliatio*: el demandado debe pagar el doble cuando niega la demanda y resulta vencido. Se trata de una duplicación del monto a pagar producto de un aumento de la condena a título de pena o sanción procesal. El derecho justinianeo habría perseverado en el error, creando además la categoría de acciones mixtas.<sup>146</sup>

Aclarado que la calificación de mixta fue un equívoco, cabe la duda entonces si en definitiva la acción aquiliana en derecho justinianeo era penal, o bien tenía una naturaleza reipersecutoria. Al respecto, si el criterio fundante de la clasificación es la función que desempeñaba la acción, se debía concluir que se trataba de una acción reipersecutoria. El daño no era el presupuesto de la acción a fin de obtener el pago de una pena como castigo, sino el objeto mismo de la acción. El texto de I.4.6.19 de forma expresa dice que es mixta si se reclama por el doble (siguiendo el ejemplo de Gayo) como asimismo “a veces” cuando se reclama por el simple (colocando el ejemplo citado del esclavo cojo o tuerto asesinado). Luego, lo normal (sin perjuicio

---

<sup>145</sup> “Por último, perseguimos á la vez la cosa y la pena en aquellos casos, por ejemplo, en que procedemos por el duplo contra la parte que niega, como acontece en las acciones llamadas de lo juzgado (*judicati*), de lo gastado (*depensi*), de daño causado contra derecho (*damni injuriae*) y de cosas legadas por condenación de un modo determinado”.

<sup>146</sup> Guzmán, t. I, p. 182 y t. II, p. 236; Valditara, *Superamento*, cit., p. 193.

de las excepciones que procedían “a veces”) habría sido que fuera reipersecutoria o resarcitoria.<sup>147</sup>

Entonces, se estaría en presencia de una acción de naturaleza reipersecutoria que curiosamente mantenía a la época de Justiniano las características de las acciones penales. En efecto, a la *actio legis Aquiliae* eran aplicables aún en derecho justiniano la noxalidad, la intransmisibilidad pasiva y la acumulación de las penas en caso de dos o más participantes condenados.<sup>148</sup> Esta situación lleva a que en la práctica, la acción igualmente asumía un carácter mixto, no en cuanto a su función claro está, pero sí en cuanto a sus “efectos”. La acción, a dicha altura de la evolución, tenía por objeto exclusivo la obtención de la reparación del *id quod interest*. En ello no hay dudas. Empero, tampoco las hay en que los juristas, a pesar de lo anterior, la siguieran considerando como una acción penal.

Esta suerte de contradicción, de estar frente a una acción reipersecutoria “penal”, es un contrasentido real, pero aceptado por razones prácticas. Se debe principalmente a la necesidad de mantener vigente la noxalidad. Ésta, como se ha dicho en las páginas anteriores, constituía el instrumento que permitía limitar el monto del resarcimiento; era la herramienta a través de la cual se introducía un tope a la suma que el demandado condenado debía reintegrar al patrimonio del actor. Si se eliminaba el carácter penal de la acción, se eliminaba la noxalidad; eliminada ésta, se acababa el límite cuantitativo a la responsabilidad por el hecho de los *servi*. Con justa razón, y en este contexto, afirma Serrao, que la posibilidad para los patrones de liberar responsabilidad consignando en noxa el esclavo autor del hecho constituyó un freno al proceso de transformación de las acciones penales, en reipersecutorias que importaban responsabilidad civil.<sup>149</sup> Estoy plenamente de acuerdo con el autor italiano. Aquí están los motivos por los cuales no hubo un cambio “formal” o aparente del concepto de pena por el de indemnización en Justiniano, aunque en la práctica consistiera en una reparación pecuniaria. Hablar de indemnización importaba deteriorar el principio de la responsabilidad personal y hacer caer la *noxae deditio* del esclavo; si desaparecía la facultad alternativa de entregar en noxa, desaparecía conjuntamente la limitación de la responsabilidad. Precisamente la evolución histórica demuestra que ello necesariamente así sería.

De esta manera, el carácter penal justiniano no sólo se apoyaba en la “rama seca” que constituía el *plurimi* establecido en la Lex Aquilia, y que

<sup>147</sup> Valditara, *Superamento*, cit., p. 193.

<sup>148</sup> Así reconoce Valditara, *Damnum cit.*, p. 79; *Superamento*, cit., p. 185.

<sup>149</sup> Serrao, *Impresa*, cit., p. 336.

se podría entender de I.4.3.9.<sup>150</sup> Puesto que los mismos juristas fundaban en I.4.8.2 la *noxae deditio* del *servus*: era muy injusto o inequitativo que la maldad de los esclavos gravara a los dueños en “más” que en sus cuerpos. Se demuestra con ello la nula intención por acabar con esta herramienta. Así como existía plena conciencia del “interés” y su “valor” conforme lo explicado en el número precedente, también se debe reconocer la conciencia existente de los efectos limitativos cuantitativos que la noxalidad importaba para el condenado.

#### 4. Actitud limitadora a partir de la noxalidad en situaciones de “pluralidades”

La actitud limitadora de la responsabilidad se advierte también, confirmando lo ya dicho, en varias hipótesis particulares de conflictos que se les presentaron a los juristas romanos. Ello queda especialmente en evidencia a propósito de las “pluralidades”.

En caso de pluralidad de daños causados por el esclavo, podía ocurrir que la víctima los demandara todos ellos de una vez, o bien sucesivamente. En el primer caso es claro que la *noxae deditio* del esclavo extinguía la responsabilidad referida a todos los daños demandados. En el segundo caso, se producía el mismo efecto a pesar de ser juicios distintos en que se exigían daños también diversos. La razón jurídica se encontraba en que la propiedad del *servus* ahora estaba radicada en la víctima, por lo que una acción noxal se tendría que haber deducido contra sí mismo, lo que de forma evidente era imposible (D.9.4.20). Y contra el ex dueño, por los delitos cometidos por el ex *servus*, no era posible acción alguna. La noxa por tanto, respecto al propietario original, constituía una importante limitación a la atribución de responsabilidad por su calidad de tal.

Si la pluralidad era de sujetos activos, que demandaban al *dominus* cada uno por daños que les hubiere causado el *esclavo* (o el *filius*), la jurisprudencia estuvo de acuerdo en que dado en noxa el *servus* a uno de los actores, el condenado “no tiene necesidad, puesto que no puede entregarlo a todos, de ofrecer la estimación del litigio a aquellos a quienes no lo puede entregar” (D.9.4.14). Así, el primero que llegaba a sentencia se quedaba con el esclavo, si el demandado optaba por la *noxae deditio*, limitando hasta el valor de aquél su responsabilidad. Respecto a los otros, quedaba liberado de ésta, pues se les denegaba la acción en razón de cosa juzgada, de manera que en definitiva, la cuantía de la indemnización por los daños del esclavo ascendía sólo al valor de éste. Estamos en presencia de una suerte de abandono del

<sup>150</sup> Valditara, *Damnum*, cit., p. 79.

bien causante de los perjuicios a los acreedores, pero caracterizada por la asignación de aquél a una sola de las víctimas.

En el caso del *dominus sciens* al permitir el ejercicio de la acción directa por el delito en su contra (visto en este capítulo en romano I, inciso 8), como asimismo la acción noxal al considerarse coautores al amo y a su dependiente, la víctima resultaba titular de dos acciones por el mismo hecho, lo que podía llevar a dos condenas. Mas, esto no redundó en la obtención de dos penas para el actor. A éste se le permitió ciertamente el ejercicio de dos acciones pero se le obligó a elegir una de las penas, de manera que elegida una, se extinguía la otra (D.9.4.4.2). Esto implicaba el rechazo por parte de los juristas a la acumulación de penas en la materia, y consecuencialmente limitar por esta vía la responsabilidad del *dominus* (y del *paterfamilias* en general).

Podía ocurrir asimismo que el esclavo tuviera dos dueños (o más eventualmente), y que uno hubiese ignorado que el primero cometería un delito y el otro tuviera conocimiento de ello. La hipótesis presentaba la particularidad que contra el dueño ignorante sólo tendría la víctima acción noxal, mientras que contra el *dominus sciens* la acción directa del delito y la acción noxal.

De esta manera, si se demandaba al dueño ignorante, éste, para evitar la estimación del litigio, podía entregar en noxa al esclavo común. Si bien la jurisprudencia entendió que con ello se extinguía toda obligación a su respecto, consideró injusto que el mismo efecto se produjera respecto del propietario que tuvo conocimiento de que cometería un delito el esclavo, no haciendo nada para impedirlo. Por ello, se admitió que la víctima pudiera continuar persiguiendo al *dominus sciens*, pero imputando el precio del esclavo entregado por daño (D.9.4.17 pr.) al valor de la nueva condena. Tratándose de penas, una rebaja como ésta se debió haber considerado improcedente. Mas, queda en evidencia una vez más la consideración más bien de una condena con carácter indemnizatorio, como asimismo, un mecanismo que limitaba el valor total a pagar.

### III. NOXALIDAD Y EL BENEFICIO DEL *EDICTUM SI FAMILIA FURTUM FECISSE VIDETUR*

#### 1. *Edictum si familia furtum fecisse videtur y la problemática que resuelve*

Es interesante la conclusión de algunos autores, en cuanto a que el término “familia”, habría sido utilizado como criterio que determinaba por sí mismo



una atribución de responsabilidad objetiva por el hecho ajeno.<sup>151</sup> El concepto precisamente determina en el edicto *familia furtum fecisse videtur* quien comete el delito y, dado que se trata de esclavos, una responsabilidad para el *dominus* por el hecho ajeno. Así, la *actio per quod familia publicanorum vi ademerit*, la *actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur* y la *actio damni vi hominibus armatis coactisve dati* habrían sido configuradas por el pretor sobre dicho concepto o, al menos, estas acciones fueron aplicadas utilizándolo. Particularmente ocurrió esto último en la *actio damnum iniuria datum* como se observa en D.9.2.32 pr., gatillando la aplicación analógica del beneficio al que luego me referiré.

El uso de “familia” en el sentido indicado, y esta aplicación analógica, están en plena consonancia con lo expresado en los puntos 1 y 2 precedentes, de manera que reforzarán la tendencia advertida de introducir mecanismos limitativos de la responsabilidad del propietario por el hecho de sus *servi* delincuentes en hipótesis calificables de responsabilidad objetiva.

Las características examinadas sobre la noxalidad (romano I de este capítulo), generó ulteriores dificultades patrimoniales para los *domini*, cuando los delitos habían sido cometidos por dos o más esclavos. En efecto, frente a la pluralidad de esclavos participantes en el hecho delictuoso, lo que correspondía era el ejercicio de la respectiva acción noxal contra el propietario por cada uno de ellos, debiendo ser condenado, si el hecho resultaba efectivo, a tantas penas como esclavos hubieren cometido delito.

Se debe recordar sobre el particular que no estamos hablando aún de indemnización del “perjuicio” (en el sentido moderno de responsabilidad civil) causado por los esclavos, caso en el cual teóricamente habría dado lo mismo que el hecho lo ejecutase uno o varios esclavos. El *quantum* de la reparación habría dependido de los daños sufridos por la víctima, y no de cuántos lo produjeron (presumiblemente podrían ser superiores los daños cuando actúan más personas, pero aun así la reparación ordenada por el juez sería conforme al valor de los perjuicios). Otra cosa habría sido el problema de cómo se distribuiría la carga entre los partícipes del daño causado (modernamente todos quedan obligados solidariamente).

---

<sup>151</sup> Balzarini así lo afirma, aunque entiende que ello clásicamente sólo corresponde a la *actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur*, a la *actio per quod familia publicanorum vi ademerit* y a la *actio damni vi hominibus armatis coactisve dati*, pues según sus conclusiones, como se ha visto, originalmente no admitían la *noxae deditio* de los responsables, descargando en el *dominus* la responsabilidad por el hecho ilícito. Balzarini, Marco, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padua, Cedam, 1969, p. 361.

En la época clásica, y en la situación que comentamos, el *dominus* sufría la “multiplicación” de las penas (principio de la acumulación)<sup>152</sup> por el número de esclavos participantes en el delito. Así, por ejemplo, si el delito era un *furtum* no manifiesto, que tenía una pena del doble, y los esclavos participantes en el hecho delictivo eran 4, el *dominus* resultaba condenado al pago de ocho veces el valor de la cosa hurtada. Por supuesto, el demandado tenía la posibilidad de optar por la *noxae deditio* de los esclavos delincuentes, a fin de evitar el pago de la *condemnatio*, en especial si era elevada. Mas, una tal alternativa significaba una importante pérdida patrimonial para el *dominus*. Pareciera además que no se permitía a los propietarios condenados por delitos de sus esclavos, pagar parte de las penas en dinero, y poder cubrir el resto con la entrega del número de esclavos necesarios.<sup>153</sup>

El *edictum si familia furtum fecisse videtur* vino precisamente a resolver la situación relatada, injusta desde el punto de vista del principio de la personalidad de la responsabilidad, pues resultaba condenada una persona que no había hecho nada, y onerosa desde el punto de vista patrimonial, dada la pérdida económica que generaba al *dominus*, ya sea por el dinero que debía pagar o por el número de esclavos que debía entregar.

Un texto de Ulpiano, tomado de sus Comentarios al edicto y ubicado en la compilación en D.47.6.1 pr., y ratificado por D.9.4.31, da noticias de la existencia de un edicto del pretor<sup>154</sup> que favorecía a los dueños por el delito de los esclavos (*familia*), a fin de que cuando muchos de ellos cometieran un hurto, no arruinen el patrimonio de su señor, por estar obligado ya sea a dar en noxa a todos sus *servi*, o a ofrecer por cada uno la *litis aestimatio*. En caso que efectivamente sus esclavos fueran culpables, se le concedió al *dominus*, a su arbitrio, la posibilidad de entregar a todos los que tuvieron participación en el hurto o, si prefería, ofrecer la estimación, pero *sólo equivalente a tanto cuanto hubiera debido pagarse en el caso que un solo hombre libre hubiere cometido el hurto*, manteniendo en su poder a los esclavos delincuentes.

En otras palabras, con independencia del número de esclavos coautores del delito, si el propietario se inclinaba por la opción de pagar la *litis aestimatio*, le bastaba para satisfacer la obligación el pago de “una sola pena”, correspondiente a un esclavo. Una vez solucionada, se extinguían todas las

---

<sup>152</sup> Voci, Pasquale, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milán, Giuffrè, 1939, núm. 27, p. 117. Véase como claro ejemplo en materia de daño D.9.2.11.2.

<sup>153</sup> En este sentido, fundado en D.9.2.27.2, Pampaloni, *op. cit.*, p. 46.

<sup>154</sup> Según la reconstrucción de Lenel, el Edicto decía “... *aut praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum, si liber fecisset, consequeretur*”. EP<sup>3</sup>, *cit.*, p. 335.

demás condenas, como asimismo las acciones a nombre de todos los esclavos participantes, si es que no hubiera deducido todas ellas la víctima.<sup>155</sup>

Así las cosas, frente a un *furtum* cometido por dos o más esclavos, el beneficio que el pretor otorgó a los *domini* fue neto desde un punto de vista económico. El detrimento patrimonial, al pagar una sola pena equivalente a lo que pagaría un hombre libre, disminuía como mínimo en un cincuenta por ciento (en el caso que fueran dos esclavos los delinquentes). De paso, les permitía mantener bienes productivos (los *servi*) dentro de sus patrimonios, y el valor que los mismos representaban.

Estas favorables consecuencias que significaron para los *domini* la dictación del edicto, dejan al descubierto que a todas luces la ventaja y novedad introducida por el pretor consistió en una “limitación cuantitativa de la responsabilidad” que les cabía a los primeros por el hecho ilícito de sujetos incapaces jurídica y patrimonialmente objeto de *dominium*. Este carácter limitativo de la responsabilidad ha sido por lo demás destacado por la doctrina.<sup>156</sup>

Ahora bien, este límite cuantitativo de la responsabilidad introducido por el pretor en el caso del *furtum* cometido por una “*familia*”, no fue sino una reafirmación del carácter de límite que tiene la noxalidad a través de la *noxae deditio* como alternativa implícita en las acciones noxales. En efecto, si bien es cierto que los *domini* eran demandados gracias al sistema de las acciones noxales por los delitos cometidos por sus esclavos (incapaces de comparecer en juicio), no es menos cierto, como dije, que podían restringir

---

<sup>155</sup> No obstante lo dicho, según Serrao el comentario ulpiano no refleja fielmente el edicto, Serrao, Feliciano, “Appunti sulle azioni familiae nomine”, *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Madrid, 7-10 ottobre 1993, Turín, 1995, p. 65. Basado en D.9.4.31, según el cual cuando la familia cometía un hurto, el pretor prometía dar acción de modo que el actor consiga tanto cuanto obtendría si lo hubiese cometido un hombre libre, el citado autor concluye que la previsión edictal, lo que de forma efectiva establecía, era una garantía para la víctima del hurto, consistente en obtener una pena resarcitoria de un valor igual, y nunca menos, de cuanto habría pagado un hombre libre. Por ello originalmente no podría haber el edicto contemplado la noxa del esclavo, si el delito fue cometido por persona en esclavitud. En ello habría consistido la dureza del edicto. Después, la jurisprudencia habría permitido la noxalidad, por que se trataba de un principio general en favor del dueño. En tal caso, el valor de los esclavos entregados no podría haber sido inferior a la pena que habría debido pagar un hombre libre. *Appunti, cit.*, pp. 61 y 62.

Si bien es una razonable conclusión la de Serrao, esta última parte la vuelve crítica. De entregar el *dominus* algunos esclavos culpables, habría significado que otros culpables quedaban libres de toda responsabilidad, siendo contrario al principio de la personalidad de las penas, habiendo siempre el derecho romano tendido a su cumplimiento.

<sup>156</sup> Así Balzarini, quien afirma que el edicto aseguraba “un limite alla responsabilità del *dominus ignorans* la cui *familia* avesse commesso furto”, *Ricerche, cit.*, p. 357. También Maganzani, Lauretta, *Pubblicani e debitori d'imposta*, Turín, Giappichelli, 2002, p. 168.

los efectos de la pérdida patrimonial dando en noxa al esclavo delincuente. Sin embargo, esta ventaja no sólo se perdía, sino que además generaba mayores daños a los propietarios, cuando el delito había sido cometido por un grupo de esclavos. De ahí que el pretor, a través del edicto *si familia furtum fecisse videtur*, no hizo más que introducir una modificación que permitiera al sistema de la noxalidad mantener su efectivo carácter limitativo de la responsabilidad, que por la acumulación y la suma de las penas, se perdía. El instrumento del pago de una pena equivalente a lo que pagaría un hombre libre, fue un auxilio por tanto para la noxalidad.

Pero claro, permitir la entrega de sólo uno de los esclavos culpables, quedando libres el resto, además de haber resultado muy injusto a los ojos de la citada magistratura, constituía una medida contra el principio de la personalidad de la responsabilidad penal.<sup>157</sup> Por ello mantiene la *noxae deditio* como alternativa liberadora de la obligación, mas, del grupo completo de esclavos delincuentes. La posibilidad podía ser igualmente limitativa de la responsabilidad si los esclavos hubieren tenido poco valor económico, pero seguramente no fue lo habitual. Esto obligó al pretor a buscar en otro instrumento la limitación de la responsabilidad, encontrando ésta en el simple pago de una sola pena. De esta manera, se reafirmó el carácter limitativo de la responsabilidad noxal, al establecer expresamente la posibilidad para el demandado y condenado por un delito ajeno, de restringir nuevamente el *quantum* de la condena, y se introdujo un nuevo instrumento de equilibrio al sistema.

Pero los efectos del edicto en comento incluso fueron más allá. El texto de D.9.4.31 no sólo ratifica la existencia de la providencia pretoria y el beneficio concedido, sino que lo extiende. Según este pasaje de Paulo, en caso que la víctima ejerciera además la *condictio ex causa furtiva* en contra del *dominus* de la familia de esclavos, por su personal responsabilidad en los hechos, Sabino, Casio, Pomponio y Juliano, habrían estado de acuerdo en que se debía deducir de la nueva condena, la pena que el demandado hubiese pagado como *condemnatio*, en la acción por el hurto cometido por la familia o el valor de los esclavos entregados en noxa a causa de la misma. Si se hubiera tratado sólo de la pena, tal deducción no habría sido procedente, quedando a la vista un tratamiento más bien resarcitorio del dinero pagado como condena o de los esclavos entregados.<sup>158</sup> Con ello, el beneficio del que tratamos, adquiere con mayor fundamento un carácter de limitación cuantitativa de la responsabilidad del *dominus* de la familia de delincuentes.

---

<sup>157</sup> Es la razón que nos motiva a dudar de la explicación de Serrao sobre la previsión edictal original. Véase nota 155.

<sup>158</sup> En ese sentido, Serrao, *Appunti, cit.*, p. 63.

## 2. *La extensión del beneficio del edictum si familia furtum fecisse videtur a otros delitos*

Si la actitud adoptada por el pretor fue relevante al dictar el edicto, mayor importancia aún tiene la circunstancia que no sólo fue aplicado el beneficio edictal al delito de *furtum*, sino a otras figuras delictivas cuando el hecho ilícito era cometido por un grupo de esclavos. Al respecto, las fuentes nos informan expresamente de las siguientes extensiones:

### A. *Actio damni vi hominibus armatis coactisve dati*

Los textos de Ulpiano en D.47.8.2 pr. y Cicerón en *pro Tullio* 3,7, informan de la introducción de esta acción por parte del pretor Lucullo en el año 76 a. C., a fin de frenar los daños y hurtos violentos causados por bandas organizadas de esclavos,<sup>159</sup> incluso a veces dirigidas por el propio *dominus*, que actuaron en el marco de los desórdenes sociales ocurridos en la primera parte del siglo I a. C. Con tal objeto, el pretor estableció sanciones más duras para el propietario de los esclavos delincuentes que actuaban en las circunstancias que indica el respectivo edicto, elevando la pena al cuádruplo dentro del año, señalando expresamente la aplicación de la noxalidad. Ello por supuesto sin perjuicio de que los términos precisos del edicto son materia de discusión en la doctrina.<sup>160</sup>

En lo que aquí me interesa, resultando poco discutible la dureza de las sanciones en virtud de su objeto, si se debía pagar la pena cuadruplicada por cada esclavo participante en los hechos, o entregar todos los esclavos, se comprende la magnitud que podía llegar a alcanzar el detrimento patrimonial para el *dominus*, además de su responsabilidad personal. Al respecto,

<sup>159</sup> Balzarini destaca el hecho que el edicto fue introducido precisamente para esto. Balzarini, Marco, *Cic. Pro Tullio e l'editto di Lucullo*, Turín, Studi Grosso, 1968, t. I, p. 361.

<sup>160</sup> Dado que D.47.8.2 pr alude al daño y al robo, se ha discutido en la romanística acerca de la existencia de una o dos cláusulas distintas. Marrone cree que esta última posibilidad es poco probable. *Istituzioni, cit.*, p. 504, nota 262. Por su parte, Balzarini, en base al texto de Cicerón y otros antecedentes, ha intentado reconstruir las características del edicto originario, destacando que habría sancionado sólo el daño doloso producido *vi hominibus armatis coactisve*, excluyéndose el carácter noxal. En un desarrollo posterior tardío, se habría reunido el material en una sola previsión edictal como la conocemos (*Cic. Pro Tullio, cit.*, pp. 329, 333, 345 —reconstruye la cláusula— y 382). Ello no obstante reconoce Balzarini que la mayor parte de la doctrina acepta que la previsión edictal contemplaba en origen la sustracción de bienes (*Cic. Pro Tullio, cit.*, p. 366, véase en esta página nota 133, abundante doctrina en este sentido citada), constituyendo la base de la *actio vi bonorum raptorum*, pues en Digesto 47.8 se comenta sólo una cláusula edictal bajo la cual ambas fueron reunidas (*Cic. Pro Tullio, cit.*, p. 367, véase en esta página nota 134 abundante doctrina también en esta línea).

se debe tener presente que uno de los presupuestos de la acción era precisamente la actuación de dos o más sujetos.

Consta en D.47.8.4.15 la opinión de Ulpiano, en cuanto a que no cree que el actor pueda en este caso ejercitar a nombre de cada esclavo ladrón la respectiva acción contra el dueño, pues bastaría que éste ofrezca una sola vez el cuádruplo. Se advierte pues de forma nítida la aplicación del beneficio que existía para el hurto en favor del *dominus* a los robos cometidos por grupos de *servi*. Una vez pagada la pena, extinguía su obligación y las acciones por el resto de los esclavos.

Esta extensión del beneficio, que conforme a las fuentes no estaba incluido en un principio en el edicto (D.47.8.2 pr.), implicó claramente “un alligeringimento della posizione processuale del *dominus*, e ciò con completo superamento della *ratio* indicata da Cicerone come propria all’azione luculliana”.<sup>161</sup> Claro, pues una aplicación extensiva puede no llamar la atención y se puede entender más fácil, pero en el caso que tratamos, va además contra la *ratio* del propio edicto, en cuanto a perseguir un gravamen económico mayor para el propietario, de manera que éste controle de forma férrea a sus *servi*, a fin de no quedar expuesto a tan duras repercusiones patrimoniales. Por lo mismo, la limitación de la responsabilidad se hace en este caso más patente inclusive.

### B. *Actio damni iniuriae*

Los pasajes de Gayo en D.9.2.32 pr. y de Ulpiano en D.47.6.1.2 y D.39.4.3.3 coinciden de manera explícita y clara en la aplicación del beneficio otorgado en materia de hurto, al delito de daño sancionado por la *lex Aquilia*.

Particularmente interesante es D.9.2.32 pr., que se encuentra justamente dentro de los comentarios al *damnum iniuria datum*, el cual contiene la motivación de la aplicación extensiva. Reitera que la razón para el otorgamiento del beneficio en el *furtum* al propietario de los esclavos delincuentes, era que el *dominus* no fuese privado de todos los esclavos delincuentes (grave pérdida económica), motivo que también estaba presente en la acción de daño causado injustamente. Luego, y siendo menos grave el fundamento del delito de daños, que sólo exige culpa y no dolo (como el *furtum*), se debía aplicar la misma disposición favorable al *dominus*.

Sin perjuicio de las dudas de la romanística respecto de posibles interpolaciones del pasaje,<sup>162</sup> el texto de D.9.2.32 pr. se ha entendido al menos

<sup>161</sup> Balzarini, *Ricerche*, cit., pp. 334 y 335.

<sup>162</sup> Precisamente, la expresa alusión a la *ratio* de la disposición llama la atención y hace dudar de su autenticidad, sin que existan en todo caso antecedentes que permitan afirmar

clásico en la solución que dieron los jurisconsultos a la cuestión,<sup>163</sup> lo que es avalado por los otros dos textos citados.

El punto tiene sólo una pequeña sombra a través de D.2.1.9, pues este pasaje, como luego se verá en el número 3 sucesivo, excluye del beneficio a la *iniuria*, pero agrega “*vel damnum dederunt*”. Esta cita, obviamente ha dejado perplejos a los estudiosos, pues D. 47.6.1.2, D. 9.2.32 pr. y D. 39.4.3.3, como indiqué en líneas anteriores, dicen todo lo contrario. Es lamentable que no se trate de una simple cuestión de época, pues estamos hablando de un pasaje de Paulo, que contradice lo expresado por un jurista que le precedió (Gayo), y por un contemporáneo (Ulpiano).

Por supuesto que las alternativas lógicas son sólo dos: D.2.1.9 ha sido interpolado, resultando los otros textos genuinos, o D.2.1.9 es genuino, habiendo sido intervenidos los textos que le contradicen. La mayoría de la doctrina se inclina por la primera opción. Tratándose de un texto aislado, en contradicción con el sistema, como se verá en el número 3, me parece que el de la mayoría es el único camino a seguir,<sup>164</sup> manteniéndose a firme la extensión señalada.

C. *L'actio per quod familia publicanorum vi ademerit e actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur*

Ya citamos el texto de D.39.4.3.3 a propósito del daño. Sin embargo, está contenido en el título dedicado a “*de publicanis et vectigalibus et commissis*”, con el propósito de extender el beneficio a las figuras delictivas que allí se tratan, distintas al *damnum* y al *furtum* propiamente tales.

Los publicanos eran sujetos privados a quienes mediante concesión (diríamos moderna) se les entregaba el ejercicio del servicio de recaudación de los impuestos (D.39.4.1.1; D.39.4.12.3),<sup>165</sup> sin perjuicio de la concesión de otros bienes o servicios públicos.<sup>166</sup> Se reconoce incluso que se organizaron en so-

---

con seguridad la intervención, y menos, qué partes del texto específicamente. Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 236. Posibles interpolaciones, véase *Index Interpolationum*, cit., Supl. I, p. 153.

<sup>163</sup> Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 238.

<sup>164</sup> Así, Schipani es terminante en dar su opinión: D.2.1.9 “è da ritenere senz’altro glossato”, *Responsabilità*, cit., p. 235. Asimismo, véase Balzarini, *Ricerche*, cit., p. 359, nota 439.

<sup>165</sup> En contra, como opinión aislada, se suele citar a Beseler, *Beiträge*, t. IV, pp. 285 núm. I y p. 299.

<sup>166</sup> Dado el régimen tributario existente a la época de la compilación justiniana, De Martino considera el nombre de publicano un fósil en edad justiniana. De Martino, Francesco, *Storia dei publicani e gli scritti dei giuristi*, Labeo, 39, 1993, p. 18.

<sup>166</sup> Maganzani hace presente que no sólo la actividad de los publicanos estaba circunscrita a la recaudación de tributo (*op. cit.*, p. 186).

ciudades con personalidad jurídica con estos fines.<sup>167</sup> Por supuesto, entre más recaudaban, más utilidades obtenían.

La persecución de estas últimas y el poder que la misma posición de recaudador de impuestos daba, permitió la comisión de diversos abusos por parte de los publicanos. Éstos, personalmente y/o a través de sus colaboradores (esclavos propios, ajenos y hombres libres), procedían a obtener bienes de forma ilegítima utilizando la violencia física, o la violencia moral, mediante la amenaza de uso de fuerza. En palabras simples, extorsionaban a los contribuyentes.<sup>168</sup> Es en este contexto que aproximadamente a fines de la República o inicios del principado<sup>169</sup> el pretor introdujo edictos dirigidos a remediar tales abusos.

Según el pasaje de Ulpiano contenido en D.39.4.1 pr.,<sup>170</sup> una disposición edictal estableció que si un publicano, o alguien en nombre de un publicano, o uno de la familia de los publicanos hubiere robado (quitado con violencia —*vi ademptum*—, que era lo que constituía la *rapina*) el pretor otorgaba, ante la falta de restitución de lo tomado, acción por el duplo dentro del año o por el simple después (*actio per quod familia publicanorum vi ademerit*). Asimismo, daba acción si injustamente se había causado daño, o se había cometido hurto, debiendo el dueño exhibir al esclavo ante las víctimas, dando acción a éstas contra los dueños en caso contrario. Esta exhibición permitía el ejercicio de la acción noxal respectiva, en virtud de la cual el publicano propietario podía pagar la pena o efectuar la *noxae deditio* del *servus*.

Asimismo, D.39.4.12.1,<sup>171</sup> también de Ulpiano, informa que un edicto dispuso que si la familia de los publicanos cometía un hurto o dañaba con injuria, y el esclavo no hubiere sido exhibido a aquellos a quienes pertenecía la cosa, daría acción contra el dueño *sine noxae deditio*, o sea, sin posibilidad de entregar a los esclavos delincuentes (*actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur*).

<sup>167</sup> De Martino, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

<sup>168</sup> Respecto a las motivaciones de los edictos hay constancia en las fuentes. Ulpiano en D.39.4.12 pr. expresamente se refiere a la audacia y temeridad con que actuaban los publicanos, debiendo el pretor dictar los edictos para ponerles freno.

<sup>169</sup> Esta ubicación cronológica le da De Martino, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

<sup>170</sup> *Quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur, in simplum iudicium dabo. item si damnum iniuria furtumve factum esse dicitur, iudicium dabo. Si id ad quos ea res pertinebit non exhibebitur, in dominos sine noxae deditioe iudicium dabo.*

<sup>171</sup> *Quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur, item si damnum iniuria fecerit et id ad quos ea res pertinet non exhibetur: in dominum sine noxae deditioe iudicium dabo.*



En la romanística existen diversas discusiones respecto de los *verba edicti* y las materias concretas reguladas por los edictos antes señalados.<sup>172</sup> Para los efectos de este trabajo, basta el hecho que existieron intervenciones pretorias en estos ámbitos, siendo razonable entender que el edicto *per quod familia publicanorum vi ademerit* concedía una acción a quien hubiese sufrido en general la sustracción ilícita de bienes (*ademptio*) por parte de un publicano o por su familia en la ejecución del servicio público concesionado al primero,<sup>173</sup> mientras el segundo condenaba hechos de parte de los mismos sujetos, que cumplieran con los elementos para ser considerados delitos de daño con injuria y hurto pero en el ejercicio de un servicio público, que determinaba un tipo penal diferente. La relación parece haber sido entonces de género a especie.<sup>174</sup> Dada tal relación, las condiciones de aplicación probablemente fueron en la práctica las mismas.

Estos edictos no pretendían castigar de forma más dura a los publicanos, sino introducir conductas ilícitas en el ejercicio de la función pública que desempeñaban. De lo contrario no habrían sido necesarios, pues las víctimas contaban con las acciones por el *furtum* y por el *damnum* (D.39.4.1.2). De hecho, la pena más dura dentro del año como señalé fue sólo del *duplum*,

---

<sup>172</sup> Respecto al edicto *per quod familia publicanorum vi ademerit*, D.39.4.1 pr claramente tiene dos partes (*Quod-dabo* e *Item-dabo*), aludiendo la primera a la *rapina*, mientras que la segunda al *damnum* y al *furtum*. De ahí que se pudo tratar de uno, dos, o más edictos, sintetizados en el pasaje en cuestión en la compilación. También es posible que el edicto sólo se refiriera en cuanto a la materia al robo, tratándose *Item-dabo* de un agregado justinianeo. La mayoría piensa en este sentido dice Maganzani, *Publicani*, *cit.*, p. 202. Para Vincenzo Aràngio-Ruiz, el *vi adimere* habría sido el único acto ilícito de los publicanos contemplado (*Sugli editi 'de publicanis' e 'quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur'*, *Scritti di diritto romano*, II, Jovene Editore, 1974, p. 136). Serrao entiende al *furtum* espurio, y aunque no en origen, se habría extendido al caso del *damnum iniuriae* (*Appunti*, *cit.*, pp. 69 y 72). En contrario Voci, quien califica sin fundamento las críticas de Aràngio-Ruiz, repetidas por otros (Voci, Pasquale, "Note sulle azioni pretorie contro i publicani", *SDHI*, núm. 60, 1994, p. 294).

Me parece razonable, si lo que el pretor pretendía era frenar acciones ilícitas de los publicanos, que además del robo haya incluido el daño y el hurto. Desde luego, las acciones violentas para tomar bienes ilícitamente debieron implicar daño. Asimismo, pudieron los publicanos y sus *familiae* simplemente haber tomado bienes a la vista, pertenecientes a las víctimas, sin derecho a ello, pero sin emplear violencia. Además, es sugerente el argumento de Voci en cuanto a que si Justiniano quería incluir en el edicto hechos delictuales omitidos, le habría resultado mejor la dictación de una constitución y no simplemente alterar un texto de un jurista clásico.

Respecto a D.39.4.12.1, se ha hipotizado incluso que sólo se habría reproducido la rúbrica del edicto. Aràngio-Ruiz, *Sugli editi*, *cit.*, p. 135. Balzarini, Marco, *Cic. Pro Tullio*, *cit.*, p. 336. Ello en razón de los errores que presenta el tenor literal, que sugieren al menos la presencia de interpolaciones tendientes a la asimilación de previsiones edictales diversas. Maganzani, *op. cit.*, p. 163.

<sup>173</sup> Maganzani pp.194 y 211.

<sup>174</sup> Voci, *Note*, *cit.*, p. 298; Balzarini, *Ricerche*, *cit.* p. 336.

en circunstancias que la rapiña y el hurto manifiesto eran sancionados con el cuádruple (D.39.4.1.3). Claro, tampoco se podía castigar severamente a los publicanos, pues la recaudación de impuestos interesaba de sobre manera al “fisco romano”, debiendo, en cierta medida, dar facilidades.

Sin perjuicio de la responsabilidad por actos propios, estos edictos fijaban penas para los publicanos por los ilícitos cometidos por su familia de esclavos. Probablemente era habitual que procedieran en grupo, de manera de generar la necesaria coacción contra los contribuyentes, y de ahí la utilización del término “familia”. No obstante responder por su familia, al publicano se le daba en todo caso la posibilidad de restituir a sus propietarios lo que les fue arrebatado o tomado de forma ilícita, extinguiendo de inmediato su responsabilidad (D.39.4.1 pr; D.39.4.1.4; y D.39.4.5).<sup>175</sup> En caso de no hacerlo, debía exhibir a los esclavos autores del hecho, procedimiento destinado a la identificación de ellos y permitir a la víctima el correcto ejercicio noxal de la acción.<sup>176</sup> Sólo en caso de falta exhibición, con independencia del motivo,<sup>177</sup> el publicano respondía directamente, sin poder limitar su responsabilidad mediante la *noxae deditio*.<sup>178</sup>

Conforme a lo anterior, exhibidos los respectivos esclavos, y en caso de resultar condenado el *dominus* publicano, gozaba éste del beneficio de pagar

---

<sup>175</sup> Aunque no hay comentario específico, por la relación entre ambos, la misma posibilidad debió existir para la *actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur*.

<sup>176</sup> D.10.4 contiene el título acerca de la “Acción de exhibición”. Paulo en D.10.4.2 decía que “exhibir es presentar en público, para que el que demande tenga la posibilidad de ejercitar su acción”. Se presenta como un mecanismo amplio, permitiendo la exhibición de cualquier cosa. Particularmente interesante para el tema que tratamos, Ulpiano en D.10.4.20 señala que la acción de exhibición de esclavos por delitos de éstos permite sujetarlos a tormento, de manera que delaten a sus cómplices.

<sup>177</sup> Se trata de una alteración de la regla general. Mientras en materia de acción de exhibición D.10.4.5.6 establece sólo que ante la imposibilidad de restituir se debe dar caución, sin perder el derecho a la entrega noxal, Ulpiano en D.39.4.1.6 comenta que la *actio per quod familia publicanorum vi ademerit* se otorga sin la entrega noxal, tenga el publicano o no a los esclavos en su poder, todavía o no bajo su potestad, pueda o no exhibirlos.

<sup>178</sup> La responsabilidad atribuida al publicano por falta de exhibición de los esclavos autores del hecho, aunque haya sido por un hecho ajeno a su voluntad, constituye uno de los elementos a los cuales algunos han recurrido para calificarla de objetiva. Sin embargo, la posibilidad de restitución no debe ser olvidada. Mediante ella, el publicano tenía la posibilidad de reparar el mal causado a la víctima por personas incapaces bajo su potestad, sin detrimento de su patrimonio. Miradas las cosas desde esta perspectiva, la responsabilidad para el publicano se debía a su propia conducta (la no restitución) y no ya al hecho de terceros. El pretor lo que pretendía era evitar que tuvieran lugar estos hechos ilícitos; pero si acaecían, que al menos la cosas volvieran efectivamente al estado anterior, colocando sobre el publicano la carga de restituir. Entonces, tenía la posibilidad de restituir, y no lo hizo; tuvo la posibilidad de exhibir, y no lo hizo. El carácter de responsabilidad objetiva del publicano, bajo esta perspectiva, tiende al menos a ser relativo.

sólo una pena equivalente a tanto cuanto entregaría si lo hubiese hecho un solo hombre libre, siendo absuelto respecto del resto de las penas, evitando la entrega de los esclavos involucrados. Este es el sentido del citado D.39.4.3.3,<sup>179</sup> limitando entonces la responsabilidad de los publicanos por el hecho ilícito de sus esclavos y el efecto que tenía el principio de la acumulación. De esta manera, encontramos en estos dos edictos nuevas extensiones del beneficio introducido por el *edictum si familia furtum fecisse videtur*.

Hago presente sí que D. 39.4.3.3 es un pasaje que se encuentra ubicado dentro de los comentarios de Ulpiano a la *actio per quod familia publicanorum vi ademerit* (D.39.4.1 pr.). Sin embargo, su sentido y ámbito de aplicación permiten entender claramente que era aplicable también a la *actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur*<sup>180</sup> (D.39.4.12.1).

Por lo expresado, es indiscutible que los juristas aplicaron el principio de la analogía, de manera que donde existiese la misma razón, debía existir la misma disposición. Las extensiones de que dan cuenta las fuentes, no formaban parte de los textos edictales. Se trataron de interpretaciones de los juristas, que demuestran la orientación hacia la limitación de la responsabilidad frente al ejercicio de las citadas acciones, cuando tenía lugar una pluralidad de esclavos delincuentes. De ahí que, además del razonamiento jurídico de la analogía, la extensión del beneficio introducido por el *edictum si familia furtum fecisse videtur* a otros delitos, parece encontrar en su base simplemente una permanente preocupación consciente o inconsciente de los juristas por atemperar los efectos patrimoniales que para los *domini* traían aparejados los hechos ilícitos ajenos cometidos por sus esclavos.<sup>181</sup>

### 3. Los alcances de la extensión del beneficio

Establecido que el beneficio del *edictum si familia furtum fecisse videtur* se extendió en su aplicación a otras figuras delictivas, la cuestión siguiente es la magnitud que alcanzó dicha extensión: amplia o restringida. Claro, es posible que la aplicación extensiva haya sido establecida expresamente como

<sup>179</sup> El pasaje ha sido puesto en duda, por las referencias a los delitos de *furtum* y *damnum*, no así a la rapiña. Aràngio-Ruiz, *Su gli editti*, cit., p. 137.

<sup>180</sup> En este sentido, Voci, *Note*, cit., pp. 298 y 299.

<sup>181</sup> A propósito de D.9.4.19.2, dice precisamente Serrao que consciente o inconscientemente los juristas se inspiraban, en evitar que el *dominus* perdiera dos esclavos por un solo ilícito o que su posición se agravara si el daño era cometido por más esclavos suyos cooperándose de cualquier modo. “Responsabilità per fatto altrui e nossalità”, *BIDR*, núm. 73, 1970, pp. 160 y 161, nota 99.

una excepción sólo en las figuras vistas, o bien se haya tratado en definitiva de una regla que alcanzó el nivel de principio, debiendo explicitarse, por el contrario, sólo los casos a los cuales no era aplicable (las excepciones).<sup>182</sup>

Los textos supérstites contienen pasajes donde aparentemente los juristas no estuvieron al menos de acuerdo en la aplicación del beneficio a los delitos de *iniuria* y de *albo corrupto*. “*Non similiter hic edicitur ut in furto*” (en este caso no se determina del mismo modo que en el hurto) habría comentado Paulo en D.2.1.9, rebatiendo la idea de Octaviano en orden a favorecer también al *dominus* en materia de *albo corrupto* (*Octavenus hic quoque domino succurrendum ait*), siendo este último citado precisamente para rebatirlo. El comentario incluye además a la *iniuria*, pues igualmente “*quia plura facta sunt, non, ut in furto, unum*” (existen varios hechos, no uno, como en el hurto). La inclusión de la *iniuria* y el fundamento de la exclusión, son coincidentes en D.47.10.34, conforme al cual Gayo afirmaba que si muchos esclavos hubieren golpeado al mismo tiempo a uno, o le hubieren hecho vocería a alguien, había maleficio propio de cada uno, resultando mayor la injuria, pues la cometieron muchos, existiendo tantas injurias como personas participaron en los hechos.

Los textos y las exclusiones precedentes, dejan en evidencia primeramente que los jurisconsultos debatieron acerca de la extensión o no del beneficio establecido en el *edictum si familia furtum fecisse videtur* a otras figuras delictivas. Luego, “l'esistenza medesima di una simile controversia conferma, comunque, il fatto che i giuristi classici dessero per scontata la possibilità teorica di estendere il *beneficium* ad altri casi che non fosse quello esplicitamente previsto con apposita clausola nell'albo pretorio e provinciale, limitandosi a discutere, poi, sulla concreta applicabilità del medesimo nei vari casi”.<sup>183</sup> Parece ser por tanto verosímil que el beneficio del edicto en comento se transformó en un principio general aplicado a todos los delitos privados,<sup>184</sup> que se excluía sólo cuando expresamente las circunstancias así lo ameritasen.

En esta última línea, también los pasajes citados dejan claro que el beneficio del *edictum si familia furtum fecisse videtur* se aplicaba conjuntamente con otro principio, el de la “unidad del delito”: *unum factum o unum delictum*. En lo sustancial, en las situaciones en que hubieren participado dos o más personas en la comisión del hecho delictivo, la jurisprudencia romana en-

<sup>182</sup> Por ejemplo, en materia de *actio de incendio, ruina, naufragio rate nave expugnata* (D. 47.9), el pretor prometía acción contra el esclavo y contra la servidumbre de alguien. No dice expresamente el pretor ni la jurisprudencia que nos llegó que el beneficio se aplicaba. ¿Se entendía implícitamente?, o por el contrario, ¿no se aplicaba porque no se había establecido así expresamente?

<sup>183</sup> Balzarini, *Ricerche, op. cit.*, p. 359.

<sup>184</sup> Pampaloni, *op. cit.*, p. 47.

tendió que dicha pluralidad subjetiva no modificaba la circunstancia que el delito fuese sólo uno: “el hurto” de una cosa, o “el daño” a un bien ajeno.<sup>185</sup> La pluralidad decía relación en cambio con la cuestión de la aplicación de las penas, pues si cada uno de los intervinientes cometió “el delito”, cada uno debía ser sancionado con la pena íntegra. El principio se encuentra de manifiesto en diferentes textos del digesto, por ejemplo, D.47.2.21.9, D.9.2.51.2 y D.9.2.11.4.

En virtud de lo anterior, se puede afirmar como base que el principio de la “unidad del delito” constituyó fuente y también medida del límite de responsabilidad establecido por el *edictum si familia furtum fecisse videtur*. El beneficio permitía al *dominus* sólo pagar una pena por la comisión de un delito ejecutado por un conjunto de esclavos; en cambio, si la actuación configuraba dos o más delitos, correspondía el pago efectivo de dos o más penas, excluyéndose el beneficio. Ello habría sido señalado por Gayo y Paulo en D.47.10.34 y D.2.1.9, pues la base de los delitos de *iniuria* y de *albo corrupto* era la “ofensa”: en el primero hacia otra persona, en el segundo hacia el pretor (*maiestas Praetoris vindicatur*). Luego, si eran varios sujetos los que participaban en el hecho delictivo, cada uno ofendía individualmente a otra persona en el delito de *iniuria* y al pretor en el delito de *albo corrupto*. Al no tener lugar uno, sino varios delitos, no había unidad y por tanto el beneficio no debía ser aplicado.<sup>186</sup>

La parte final de D.2.1.9 nos informa de una ratificación de lo expresado, a través del problema de los grados de participación de los esclavos en el hecho delictuoso.<sup>187</sup> Afirma el pasaje que la limitación de la responsabilidad sí tenía lugar en cambio cuando la participación de los esclavos había

---

<sup>185</sup> “La jurisprudencia romana admite la unicidad del delito cuando los actos de los sujetos que concurren, terminan por ocasionar un mismo daño”, Amaya García, Víctor Manuel, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Dykinson, 1993, p. 17.

<sup>186</sup> Ferrini explica la cuestión diciendo que “la doctrina poi che nega l’unità del reato se più persone iniuriano con atti o parole un terzo è profondamente vera, poichè sono tante le offese all’onore quante sono le persone che lo offendono, il che non si può dire per le lesioni alla proprietà, all’integrità personale e così via”, y en el caso del *albo corrupto*, “no si bada tanto all’effetto materiale del guasto dell’albo, quanto alla’offesa autorità del pretore: questa è tante volte lesa, quante sono le persone concorrenti”. Ferrini, Contardo, *Diritto penale romano, Teorie generali*, Milán, Ulrico Hoepli, 1899, p. 283. En relación a esto último, y a propósito de la pretensión de Octaviano de extender el beneficio para el *dominus* también al *albo corrupto*, precisamente dice Pampaloni que el disenso de este juriconsulto no tuvo justamente cuenta de la índole del delito de *albo corrupto* (*op. cit.*, p. 48, nota 9).

<sup>187</sup> Respecto al punto, aunque la diferenciación existió, no tuvo influencia respecto a la Pena. “I romani non ignoravano la differenza fra concorso necessario e concorso eventuale. Il regime della pena era, comunque, identico: ogni compartecipe era tenuto a pagare l’intera sanzione prevista”, Bonfiglio, Barbara, “Spunti di riflessione su istigazione e complicità”,

sido de distinta naturaleza, uno (o varios) como autor y otro (u otros) como instigador (*sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumpetur, quia tunc unum consilium sit, non plura facta*).<sup>188</sup> Según Paulo (opinión también sostenida por Pomponio), habría existido en tal caso “un” consejo pero “no muchos hechos”, con lo cual se reconduce la cuestión nuevamente a la aplicación del principio de la unidad del delito.

En síntesis, la dictación del *edictum si familia furtum fecisse videtur* y la aplicación analógica de éste por parte de la jurisprudencia, llevaron a la fijación del principio que toda vez que *servi familiarum* cometían un delito, y no se configurara en el caso concreto un hecho delictivo individual respecto de cada esclavo participante, el *dominus* tenía la facultad de limitar su responsabilidad *familiae nomine* al valor correspondiente a la pena a la cual un solo hombre libre habría sido condenado.

Lo anterior sin perjuicio de algunas voces disidentes en el fundamento, aunque coincidentes en el resultado de la extensión amplia del beneficio limitativo de la responsabilidad.<sup>189</sup>

#### 4. La supuesta responsabilidad objetiva de los *publicanos* por el hecho ajeno en razón de la inclusión de esclavos ajenos y hombres libres en el concepto de “familia”

La calificación de “familia” como criterio objetivo de atribución de la responsabilidad aparentemente tendría un ulterior refuerzo en la extensión del uso del término. Así, Ulpiano en D.39.4.12.2 y D.39.4.1.5, ambos en el

---

*Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milán 11-12 maggio 1995*, Milán, 1998, p. 232.

<sup>188</sup> En D.2.1.9 el texto “*consilium*” evocaría la figura del instigador. Sobre la fórmula “*ope consilio*” y tal sentido, Longo, Gianeto, “La complicità nel diritto penale romano”, *BIDR*, núm. 61, 1958, 106 y ss. Bonfiglio, *op. cit.*, p. 215.

<sup>189</sup> Pampaloni pulverizaba hace un siglo el principio de la “unidad del delito” para estos efectos, pues afirmaba que “evidentemente si tratta di una particolarità così estrinseca, che non può davvero essere elevata a criterio scientifico”. No aceptaba que Paulo y Gayo pudieran haber dado una explicación como la que nos ha llegado a través de D.2.1.9 y D.47.10.34. En su concepto, los compiladores fueron sencillamente engañados por algún texto de los clásicos, que los llevó a creer que la diferencia entre *iniuria* y *furtum* estaba en la comisión de tantas *iniuriae* como esclavos participaron, mientras que a pesar del número de esclavos “delincuentes”, siempre había sólo un *furtum*. De ahí que las frases *vel-unum* en D.2.1.9 e *inmo-facientium* en D.47.10.34, y *quia-facta* en D.2.1.9 que aplican la unidad del delito para la solución, serían interpolaciones. Para el autor, Paulo simplemente se dio cuenta que el delito de *albo corrupto* y de *iniuria* se asemejaban, en cuanto constituían modernamente delitos personales, llegando desde esta perspectiva a una idea distinta de Octaviano. Luego, si la participación de varios esclavos era complicidad y no coautoría, se podía admitir la noción del delito colectivo. *op. cit.*, pp. 46-51.

título “*de publicanis et vectigalibus et commissis*”, habría afirmado que “familia” comprendía también a esclavos ajenos y a hombres libres.

Serrao coloca como ejemplo a esclavos arrendados por los publicanos a su dueño para el primer caso, y a personas contratadas a través de una *locatio-conductio*, para el segundo.<sup>190</sup> Ello le consiente de afirmar en forma contundente que “specie in certi settori operativi, como quello degli appalti pubblici, si ebbe un’espansione del concetto di *familia*, fino comprendervi anche i lavoratori liberi che prestavano la loro opera nell’impresa e, conseguentemente, un’espansione della responsabilità dell’imprenditore per i fatti illeciti non solo dei propri schiavi, ma anche degli schiavi altrui che prestavano lavoro nell’impresa e dei dipendenti liberi”.<sup>191</sup> De ahí que el criterio de responsabilidad se habría ido modificando, desde el domino (potestad) al riesgo de empresa,<sup>192</sup> es decir, a un reconocido criterio moderno objetivo de atribución de responsabilidad.

De haber sido efectiva dicha extensión de “*familia*”, significa que el publicano no tenía la posibilidad de limitar su responsabilidad a través de la *noxae deditio*, inaplicable si el hechor era un esclavo ajeno o un hombre libre. Asimismo, la restricción de la responsabilidad a una condena equivalente a lo que habría pagado un hombre libre no habría tenido aplicación, pues el beneficio se concedía al *dominus* por el hecho ilícito de sus esclavos, relación que en la hipótesis en comento no se daba (precisamente D.39.4.3.3, que da cuenta de la extensión del beneficio a los edictos contra los publicanos, dice “*si plures servi...*”). Si los delincuentes no eran *servi* del publicano, no habrían tenido derecho a la alternativa del citado beneficio.<sup>193</sup>

Así las cosas, los publicanos habrían respondido plena, objetiva e ilimitadamente del hecho ilícito ajeno. El problema está en que los textos supérstites omiten toda referencia que permita la confirmación de un tal resultado y el régimen jurídico aplicable ante tal situación. Voci, tratando de colmar el vacío, entiende que dicho régimen debería haber sido igual al de los *nau-*

<sup>190</sup> Serrao, *Appunti*, cit., pp. 71 y 72.

<sup>191</sup> *Appunti*, cit., p. 74. Aceptan también la inclusión de esclavos ajenos y hombres libres, Balzarini, *Ricerche*, cit., p. 336; Voci, *Note*, cit., p. 293; Maganzani, *Publicani*, cit., p. 174.

<sup>192</sup> Serrao, *Appunti*, cit., p. 75. La asimilación con la moderna responsabilidad de la empresa por sus dependientes ya estaba presente en De Visscher (*Le régime*, cit., p. 529) y que Maganzani incluso cita (*op. cit.*, p. 178).

<sup>193</sup> Serrao entiende como una de las características de las *actiones familiae nomine* el otorgar al propietario la posibilidad de limitar su responsabilidad pagando una sola vez la pena equivalente a lo que debería pagar un hombre libre, principio que sería alterado al ser incluidos los esclavos ajenos y hombre libres en el concepto de familia, tratándose más bien en este caso de acciones *proprio nomine* (*Appunti*, cit., p. 60).

*tae, caupones y stabularii*.<sup>194</sup> Me remito al tratamiento que más adelante hago de éstos (capítulo sexto).

No obstante la autoridad de los juristas que la han sostenido, me resulta difícil compartir la extensión del término familia y las conclusiones señaladas extraídas D.39.4.12.2 y D.39.4.1.5. Estos pasajes se encuentran en evidente contradicción con lo señalado supuestamente por el mismo Ulpiano en D.50.16.195.3, según el cual en el título de los hurtos del edicto del pretor se suele hablar de “familias”, pero en el sentido de “familia de esclavos”, refiriéndose justamente a ésta la alusión “*familia publicanorum*”. Incluso el jurisconsulto precisa aún más el concepto, indicando que en “*familia publicanorum*” no quedaban incluidos todos los esclavos de los publicanos, sino sólo aquel grupo de *servi* organizados y adscritos a la empresa concesionaria de recaudación de impuestos. Es claro entonces que la expresión tenía un sentido restringido para los efectos de las acciones *per familia publicanorum furtum fecisse dicetur* y *per quod familia publicanorum vi ademerit*, y no amplio.

Luego, si D.39.4.12.2 estaba comentando “*familia publicanorum*”, supuestamente comprendida en el edicto *quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur* (D.39.4.12 pr.) o al menos se aplicaba a ésta, y D.39.4.1.5 explicaba la misma expresión comprendida en el edicto que introdujo la *actio per quod familia publicanorum vi ademerit* (D.39.4.1 pr.), o al menos se aplicaba a ésta, entonces, según D.50.16.195.3 (Ulpiano), se debía entender “familia” como el conjunto de *servi* de los publicanos destinados al servicio de la empresa concesionaria de recaudación de impuestos (*vectigalis causa*). A mayor abundamiento, el edicto *quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur* formaba parte del título “*de furtis*” del edicto,<sup>195</sup> al que expresamente se refería Ulpiano.

Explicar la contradicción de D.39.4.12.2 y D.39.4.1.5 con D.50.16.195.3 atribuyendo los textos a diversos grados de elaboración pretoria en respuesta a la evolución del comportamiento de los publicanos y su organización,<sup>196</sup> puede ser una alternativa, pero de haber sido ello efectivo, lo más probable es que Ulpiano hubiese realizado sus comentarios según el estado de la cuestión al momento en que escribía, quizás citando pareceres más antiguos que dejaran entrever la evolución.

Personalmente creo que simplemente no hay contradicción, y que el entendimiento de que D.39.4.12.2 y D.39.4.1.5 extendían el concepto de familia a los “siervos ajenos” y a los “hombres libres” a secas, es una lectura equivocada. Ambos textos simplemente aludían a los *servi alieni* y a los *homi-*

<sup>194</sup> Voci, *Note, cit.*, p. 293.

<sup>195</sup> Lenel, EP<sup>3</sup>, pp. 322 y 335.

<sup>196</sup> Así explica Maganzani, *op., cit.*, p. 183.



*nes liberi* poseídos como esclavos de buena fe por un publicano o sociedad de publicanos (la empresa concesionaria), no teniendo en realidad tal calidad. O sea, no estaban bajo dependencia del publicano en calidad de siervos ajenos o de hombres libres, sino en calidad de esclavos propios pues así lo creía el o los publicanos.

El paso de D.39.4.12.2 es muy claro sobre el particular. Literalmente dice “*si bona fide publicano alienus servus servit, aeque continebitur, fortassis et mala fide; plerumque enim vagi servi et fugitivi in huiusmodi operis etiam a scientibus habentur. Ergo et si homo liber serviat, hoc edictum locum habet*”.<sup>197</sup> Así, según la primera parte, se comprende en el concepto de familia los esclavos que sirven como *servi* al publicano de buena fe. Asimismo, la última parte (*Ergo- habet*) es una continuación del discurso, por lo que si bien no lo indica literalmente, no hay dudas que también se aplica el edicto al hombre libre que sirve de buena fe. Tanto es así, que d’Ors en su traducción agrega la buena fe: “por lo tanto, también se aplica este edicto cuando sirve como esclavo, de buena fe, una persona libre”.<sup>198</sup> La referencia por lo demás no extraña.

Por su parte, D.39.4.1.5 dice simplemente “*verum et qui in numero familiarum sunt publicani, sive igitur liberi sint sive servi alieni*”. Podría entonces en una primera lectura aparecer aludiendo a siervos ajenos u hombres libres en general (pues no indica textualmente en parte alguna como requisitos la buena o mala fe de ellos en su servicio ni que éste sea en razón de esclavitud).<sup>199</sup> Sin embargo, la apariencia no me resulta una realidad, al leer D.39.4.1.5 dentro de lo que debió ser su contexto original.

En efecto, este último pasaje fue tomado del libro 55 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto. La palingenesis realizada con los pasajes supérstites dan cuenta del tema que trataba el jurisconsulto al momento de escribir D.39.4.1.5: *causae liberales* y todas las problemáticas asociadas a ellas (como por ejemplo, qué se entiende por haber estado en libertad sin dolo malo, siendo esclavo; el que causaba daños al *dominus* durante el tiempo en que servía de buena fe y reclama su libertad; los que a sabiendas de que son libres, consintieron con dolo malo en ser vendidos; el que fingió ser esclavo y de

---

<sup>197</sup> Pernice, Alfred, entiende interpolada la frase “*fortassis-habentur*”, *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der kaiserzeit*, C, 1963, pp. 375, nota 4 y 479, nota 1; véase también *Index Interpolationem*, t. III, p. 100. Giuseppe Valditara replica esta interpolación en *Superamento*, cit., p. 366, nota 249.

<sup>198</sup> d’Ors, Alvaro y otros, *El digesto de Justiniano*, cit.

<sup>199</sup> Balzarini afirma expresamente la diferencia en la acepción del término familia entre los dos pasajes, pues en D.39.4.1.5, que transcribe, se comprenden los individuos libres o los siervos ajenos sin la exigencia de buena fe, como asimismo tampoco la exigencia de del “serviré”. Balzarini, *Ricerche*, cit., p. 336, nota 365.

esta manera se vendió para engañar al comprador; la transmisibilidad de la acción a los herederos del comprador engañado, etcétera).<sup>200</sup> Por lo mismo, dado el discurso que estaba desarrollando el jurista, es lógico que D.39.4.1.5 se haya referido a siervos ajenos y a hombres libres poseídos de buena fe, y que se encontraban en la misma situación que motivó su referencia en D.39.4.12.2. No había por tanto diferencia entre D.39.4.1.5 y D.39.4.12.2 respecto al tipo de siervos ajenos y hombres libres a que aludían.

Lo expresado no es banal. Evidentemente no es lo mismo la hipótesis de esclavos que trabajan para los publicanos por haber sido arrendados a sus dueños para recaudar impuestos, o de hombres libres contratados (arrendamiento de servicios) por publicanos con igual finalidad, que la hipótesis de “siervos ajenos” u “hombres libres” poseídos de buena fe como *servi* por parte de uno o más publicanos. En la segunda hipótesis, dada la creencia en que estaban los publicanos, eran esclavos propios para todos los efectos prácticos, y por ello, como es natural, formaban parte de la “familia”. De esta forma, no se trataba de que el concepto de familia fuera tan amplio que incluyera “siervos ajenos” u “hombres libres”, o que con el tiempo se haya ampliado a éstos. Simplemente los siervos ajenos y los hombres libres poseídos de buena fe como esclavos que trabajaban para la organización publicana, eran en efecto esclavos, y como tales formaban parte de su “grupo de esclavos” (familia). Ya se había hecho referencia a la posibilidad de dar en noxa precisamente a los esclavos poseídos de buena fe en este capítulo (romano I, inciso 2).

Aunque huelga decirlo, hago presente que es evidente que si el esclavo ajeno fue arrendado a su dueño o el hombre libre fue contratado por un publicano, en caso alguno éste podría haberlo estado poseyendo de buena fe.<sup>201</sup>

No habiendo entonces contradicción entre D.50.16.195.3 y los pasajes de D.39.4.12 pr. y D.39.4.1.5, no es posible compartir la idea que de las acciones *per quod familia publicanorum vi ademerit* y *per familia publicanorum furtum fecisse dicitur* dieron lugar a una responsabilidad objetiva, por el hecho de los dependientes de la empresa concesionaria de la recaudación de impuestos, sin limitación alguna de responsabilidad. Las providencias pretorias indi-

<sup>200</sup> Así, en la palingenesia de Lenel, bajo “*De liberali causa*”, encontramos “*Si ex libertale in servitulem etc*” (40.12.8; 7.7.6); “*Si controversia erit etc*” (40.12.10; 40.12.12 pr-4); “*Si quis ei cui bona fide serviebat etc*”; (40.12.12.6); “*Si quis, cum se liberum esse sciret etc*” (40.12.14 pr. 1; 40.12.14.2; 40.12.16 pr. 1; 40.12.16 2-4; 40.12.18 ; 40.12.20; 40.12.22), referidos al tema indicado y, a continuación, bajo “*De publicanis*”, “*Quod publicanus vi ademerit*”, dentro del que estaba D.39.4.1.5. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1960, V Alterum, Graz, p. 758.

<sup>201</sup> Precisamente por ello las normas de la *locatio operarum* no se podían aplicar para efectos de regular daños provocados durante la posesión de buena fe. Valditara, *Superamento*, cit., p. 396.

cadavés sólo tenían aplicación a los siervos ajenos o a los hombres libres, en cuanto se encontraban poseídos de buena fe como esclavos por los publicanos, y como tales, quedaban sujetos al estatuto de los *servi*. Es decir, podría el publicano exhibirlos, o podían ser objeto de tormentos, o bien podían ser dados en noxa por el publicano, o bien éste podía limitar su responsabilidad mediante el pago de una pena equivalente a lo que pagaría un hombre libre.

En otras palabras, el esclavo ajeno poseído como siervo de buena fe era tratado como esclavo de propiedad del publicano mientras no se acogiera la demanda reivindicatoria de un tercero que reclamase dominio sobre su persona; y el hombre libre poseído de buena fe por un publicano, era tratado como *servus* de éste hasta que una sentencia en *causa liberalis*<sup>202</sup> lo declarase precisamente hombre libre.<sup>203</sup> Todo ello sin perjuicio que en caso de pretender el publicano la *noxae deditio* del poseído de buena fe, en el juicio noxal respectivo, se alegara el dominio ajeno o el carácter de hombre libre (por ejemplo, D.9.4.42 pr.).

Aclarado que los siervos ajenos y los hombres libres poseídos de buena fe como esclavos por los publicanos eran tratados como esclavos simplemente para efectos de los edictos *quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur* y *quod familia publicanorum vi ademerit*, se comprende que no es necesario llenar ningún vacío, ni menos hipotizar que se aplicaba la *actio adversus nautas, caupones et stabularios*. Y para el caso que el publicano no lograra limitar su responsabilidad mediante la noxa, producto del éxito de la demanda reivindicatoria o de reclamación de la libertad, dejó constancia de que aún en este ámbito, la tendencia fue proteger patrimonialmente al poseedor de buena fe (*dominus* aparente), por tanto al publicano en los edictos tratados, intentando la jurisprudencia que soportara el detrimento patrimonial la persona misma del delincuente. Una muestra de ello son D.40.12.12.6 y D.9.2.13.1, en los cuales se comprenden una *actio in factum* por daño doloso y la posibilidad de recurrir también a la *actio ex lege Aquilia*, para que el *dominus* (que

---

<sup>202</sup> Sobre procesos en que hombres libres que se encuentran en estado de esclavitud o viceversa, véase Marrone, *Istituzioni*, cit., p. 199.

<sup>203</sup> En este sentido Valditara, quien expresamente señala que mientras la sentencia de la *causa liberalis* no hubiese aclarado la real condición del siervo aparente, el poseedor de buena fe podía ser demandado en vía noxal como cualquier otro sujeto que ejercitara la potestad de un esclavo (*Superamento*, cit., p. 409). Asimismo, comentando esta obra, Cannata, “In tema di “Aestimatio rei” nella azione aquiliana”, *SDHI*, núm. 58, 1992, p. 405.

Se debe tener presente que aunque pudiera un sujeto tener de forma original la calidad de hombre libre, conforme a las circunstancias se podía denegar el reconocimiento de ella. En este sentido, por ejemplo en D.40.12.7.2 consta que se deniega la reclamación de libertad al hombre libre que comprado por quien sabía de su condición (mala fe), es vendido después a quien lo ignoraba (buena fe).

no era) se pudiera resarcir de los daños causados por un hombre libre poseído de buena fe, entre ellos, el pago de la *litis aestimatio* en un juicio en que fue demandado noxalmente por un hecho del supuesto siervo, y que luego éste, tomando conocimiento de su situación, pidiese que se le liberase. Así lograba el propietario de buena fe el regreso de lo pagado, bajo el concepto de daño causado. Incluso, se podía ejercer la acción de resarcimiento en el mismo juicio de libertad (D.40.12.41.1).<sup>204</sup> De igual forma D.9.4.11, respecto del esclavo ajeno, conforme al cual el poseedor de buena fe demandado con la reivindicación, puede oponer la excepción de dolo o conseguir por el ministerio del juez una indemnización.

#### IV. CONCLUSIONES PARTICULARES

De todo lo dicho me parece que es bastante claro que la noxalidad operaba como límite indemnizatorio, apreciación no sólo que puede efectuarse hoy, pues ya en la época clásica del derecho romano existía entre los juristas conciencia de dicho rol. Tampoco es una apreciación personal, dado que ha saltado a la vista de los propios romanistas. Por ejemplo Branca afirma, sintetizando lo que he señalado en las líneas precedentes, que “nel sistema dei classici la consegna dello schiavo appare, dal lato passivo, un vantaggio offerto al domino, una mera facoltà (facoltà, si badi, nel senso di alternativa d’un *obbligo*) che si spiega agevolmente con lo scopo di limitare il sacrificio entro il valore della persona per cui si risponde”.<sup>205</sup>

Asimismo, es el efecto práctico limitativo lo que permite comprender su expansión desde la ley de las XII Tablas en adelante, como también diversos mecanismos “correctivos” creados por la jurisprudencia para la mantención de dicha función. Ello queda de manifiesto en las soluciones adoptadas a propósito de pluralidades concurrentes (varios daños; dos o más víctimas de daños por el mismo *servus* o *filius*; dueño y esclavo como coautores; dos o más dueños de un mismo esclavo, etcétera). En particular, cabe destacar el caso de dos o más esclavos delincuentes, que actuaban bajo la figura de la “familia”, concepto al cual se le ha dado modernamente el carácter de criterio

---

<sup>204</sup> En todo caso, de aceptar la extensión del concepto de familia, que existiese un vacío en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable al caso, y que éste hubiese sido el mismo de los *nautae cauponae stabularii*, debe incluirse por lógica la acción de regreso y la respectiva cesión de acciones como instrumentos destinados a trasladar el peso de la condena, desde el publicano que pagó al verdadero culpable. Sin perjuicio de las acciones contractuales derivadas del contrato de *locatio-conductio* con el *dominus* respectivo por los servicios del esclavo ajeno y del mismo celebrado con el hombre libre.

<sup>205</sup> Branca, *Danno temuto*, núm. 60, p. 285.

de atribución de una responsabilidad objetiva, al desembocar su aplicación en la obligación de pagar una pena por hechos ajenos. A su respecto, existió primero una intervención expresa del pretor a través del edicto *familia furtum fecisse videtur*, que llevó a la aplicación analógica a otras figuras (*actio per quod familia publicanorum vi ademerit*, *actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur* y *actio damni vi hominibus armatis coactisve dati* y *actio damnum iniuria datum*), como asimismo a la consagración definitiva del principio que toda vez que una *familia* cometía un delito que no configurara un ilícito individual respecto de cada esclavo participante, el *dominus* podía limitar el detrimento patrimonial al valor de la pena a la que habría sido condenado un solo hombre libre. La tendencia limitativa jurisprudencial por tanto me parece nítida.

El carácter de límite de la noxalidad explica también la resistencia de ésta y de su continuidad en la aplicación, a la evolución conceptual que desde la época clásica hasta Justiniano sufrió la responsabilidad derivada de daños. En efecto, esta evolución significó por una parte (como vimos en capítulo primero, romano II) el desarrollo de la culpa como requisito que ya en Justiniano se advierte como autónomo para que pudiera aplicarse la sanción por un delito de daños; y por otra, el concepto mismo de daño que es conceptualizado a través del *id quod interest*, en vez de la *aestimatio rei*.

Así, a pesar del desarrollo de la culpa, el criterio de atribución de la responsabilidad no cambió, respecto de los animales, esclavos o hijos de familia. Por los hechos dañosos de éstos, siguió respondiendo el “actual” *dominus* y el “actual” *pater familias*. En otras palabras, no se imputaron los perjuicios al dueño o titular de la potestad “culpable”, que por su falta de vigilancia o mala elección permitió la producción del daño. Ello porque condenar a un sujeto “culpable”, y no “actual” titular de dominio o potestad sobre el delincuente, habría implicado la imposibilidad para él de limitar su responsabilidad mediante la *noxae deditio*. Es decir, se mantuvo la exigencia que fuese el “actual” propietario, pues era el único legitimado para entregar en noxa al animal, al esclavo o al hijo de familia, de modo de conseguir el efecto limitativo.

Por otra parte, no obstante la asunción de un carácter reipersecutorio de la *actio legis aquiliae*, en desmedro de la característica penal clásica, la noxalidad no desapareció. La explicación nuevamente se encuentra en la posibilidad de limitar el detrimento patrimonial que la *noxae deditio* del esclavo, animal o hijo de familia otorgaba al demandado. Aunque no se entendiera la condena como una pena, sino el resarcimiento del *id quod interest*; y aunque la reparación fuere lo central y no la persecución personal del delincuente, ambos elementos que pudieran haber hecho desaparecer la noxalidad, ésta se mantuvo. No podía ser de otra forma, pues era una herramienta fun-

damental para limitar cuantitativamente la responsabilidad por los hechos ajenos y por los animales.

En resumen, una institución de probable origen antiguo, con su inserción excepcional en la Ley de las XII Tablas y su expansión posterior, dotó al sistema penal romano, en especial en materia de daños, de un exquisito instrumento regulador de la responsabilidad, permitiendo la armónica concurrencia de específicos casos fundados en criterios objetivos de atribución, con las generales hipótesis basadas en criterios subjetivos (capítulo primero).

Ni el pretor, ni los juristas tuvieron “temor” de atribuir la responsabilidad por el hecho del sujeto a potestad al *dominus* o al *pater familias*, ni que tal traslado resultare una “gran injusticia” al obligarlo a responder sin culpa, al existir conciencia que el propietario podría limitar cuantitativamente dicha responsabilidad a través de la noxa.