

CAPÍTULO TERCERO

DAÑO CAUSADO POR EL HECHO DE LOS ANIMALES: LA *ACTIO DE PAUPERIE* Y EL EDICTO DE FERIS

I. LA *ACTIO DE PAUPERIE*

La responsabilidad por el hecho de los animales es el tema que trataré de más antigua data, pues la materia ya habría estado contenida en la ley de las XII Tablas a través de la *actio de pauperie*, sin perjuicio otros varios tipos penales relacionados.²⁰⁶

1. *Los textos y el contexto*

Según cita de Ulpiano en D.9.1.1 pr., en la tabla 8.6 se habría contenido el siguiente texto:

*Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxae offerri.*²⁰⁷

El pasaje abre el libro IX, título I del Digesto, cuya materia se sintetiza en I.4.9 pr. Hago presente el punto pues permite tener conciencia que se trata de una síntesis del recorrido y aplicación de una institución luego de 1000 años desde sus primeros antecedentes “legales” (mitad siglo V a. C.). La cita ha sido en forma particular ratificada por otra fuente indirecta,²⁰⁸ como son las Sentencias de Paulo, que aluden expresamente a ella en similares términos.²⁰⁹

²⁰⁶ Como fue la *actio de pastu pecoris* por daños derivados del pastoreo, en las tablas 8, 7 (D. 19.5.14.3; PS I.15.1) y la *actio de frugem pavisse ac secuisse* (Plin. N. H. 18, 3, 12).

²⁰⁷ “Si se dijese que un cuadrúpedo había causado daño, derivase una acción de la ley de las Doce Tablas; cuya ley quiso o que se diese lo que causó el perjuicio, esto es, el animal que hizo el daño, o que se ofreciese el importe del daño”.

²⁰⁸ Sobre la transmisión, véase pp. XVIII y XIX obra citada en nota siguiente. Sobre las dudas acerca del título, fecha de composición y autor, pp. XXI-XXIII.

²⁰⁹ PS I, 15.1: “*Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat. quod etiam lege pesolonia de cane*

Las noticias acerca del contexto histórico en que nació la *actio de pauperie* en la mitad del siglo V a. C. son escasos, aunque es posible imaginar al delito consagrado en la tabla 8.6 enmarcado en una sociedad rural, “precívica e proto-urbana”,²¹⁰ cuyas actividades principales de subsistencia eran el pastoreo y la agricultura. En ambas se advierte la presencia de animales, ya sea como objeto de la actividad (la primera), o bien como instrumento para su desarrollo (la segunda). Las posibilidades de contacto de los animales con otros ajenos, con personas y demás bienes materiales de éstos debieron ser frecuentes, así como habituales los daños generados con sus diversos movimientos, al punto de dar lugar a una figura delictiva (se debe pensar en animales que destruyen una siembra ajena con sus pisadas; o instrumentos de arado; o causar lesiones o muerte a rebaño ajeno; etcétera). La imaginación, como dije, puede generar una larga lista de hipotéticas de daños. La inclusión de una sanción por daños derivados de la actividad de cuadrúpedos en la ley decenviral, debió constituir entonces “el paso” de la composición privada a una social,²¹¹ en la solución de los conflictos de interés que pudieron generar las acciones de los animales.

Asimismo, es este imaginable contexto el que explicaría su denominación (no se utiliza el término antiguo *noxia* ni el más moderno *damnum*, sino *pauperie*). La mayoría de los autores aceptan que al derivar *pauperie*, de *pauper*, *paucus*, habría aludido al “empobrecimiento” que el daño propiamente sufrido generaba, dada la imposibilidad o dificultades de productividad derivadas.²¹² Y si bien algunos dudan de esta explicación,²¹³ lo interesante a destacar es la motivación histórica que llevó a la especial disposición en las XII Tablas, como fue la estrecha relación que existía entre animales y economía de la época.

cavetur” (si un cuadrúpedo causó un menoscabo o infligió daño o devoró algo, se da una acción contra el dueño para que pague la estimación del daño o entregue el cuadrúpedo: lo cual también se previene sobre el perro, por la ley Pesolania). Irigoyen Troconis, Martha, *Julio Paulo sentencias a su hijo*, libro I, 1a. reimp, Universidad Autónoma de México, 1995. Las siguientes traducciones de las PS siguen esta obra.

²¹⁰ Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 10.

²¹¹ *Ibidem*, p. 9.

²¹² Giangrieco Pessi, *op. cit.*, 97, p. 101; Marrone, *Istituzioni*, *op. cit.*, p. 513, nota 291; Rodríguez-Ennes, “Delimitación conceptual del ilícito edilicio de feris”, *IURA*, núm. 41, 1990, *cit.*, p. 73, nota 65.

²¹³ Watson restringe los daños contenidos en *pauperie* a “the instruments of production” (esclavos y pecudes), excluyendo una disminución patrimonial en general. Watson, Alan, “The original meaning of *pauperize*”, *RIDA*, núm. 17, 1970, pp. 361 y 362. No obstante las críticas a esta reducción del autor, no deja de ser interesante la relación que efectúa con el Capítulo 1 de la *lex Aquilia*. Desecha esta reconstrucción limitativa, Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 104.

Los sucesivos cambios históricos llevaron de forma evidente a la modificación de las situaciones de daños causados por animales, en especial en cuanto al tipo de daños y el espacio en que ello ocurría. Fueron perdiendo habitualidad los riesgos de animales destinados a la agricultura y al pastoreo, adquiriendo mayor relevancia daños provocados por otro tipo de animales (por ejemplo perros, cuestión que nos resulta bastante más cercana). Mas, la inclusión de la *actio de pauperie* en la ley decenviral, determinó el nacimiento de una figura de responsabilidad por el daño de los animales, con una fisonomía técnica que ha perdurado en el tiempo.

Ahora bien, el hecho básico que generaba responsabilidad era el daño causado por “*quadrupes*”, de manera que la acción en comento, aparentemente restringía la sanción de daños causados por animales, en base a una doble limitación material: el número de pies que tuvieran y su ferocidad. Sin embargo, la cuestión no es tan fácil, dada la antigüedad de la acción y las transformaciones sociales advenidas, consideraciones que se deben tener muy presentes a la hora de tratar la *actio de pauperie*.²¹⁴ Incluso, en un principio parece que se debió entender sólo como “ganado o animal de tiro y

²¹⁴ En principio, bípedos (por ejemplo gallinas) o reptiles (por ejemplo serpientes), no daba origen a la aplicación de la disposición. Lo confirma D.9.1.4 (Paulo), según el cual la acción por daños de otros animales procedía por vía útil y no mediante la misma *actio de pauperie* civil, así por ejemplo Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 161; Guzmán Brito, *Derecho privado romano, cit.*, t. II, p. 267. Asimismo por D.9.1.1.10, que excluía la aplicación de la acción a los daños causado por fieras, en razón de su “natural ferocidad” (“*naturalem feritatem*”), aunque se tratara de cuadrúpedos.

Sin embargo, el concepto de “cuadrúpedo” no da cuenta de la significación de la palabra en cuanto tal, sino de un sentido práctico que fue acogido en la ley decenviral. La intención no fue “limitar” los animales causantes de daños sólo a aquellos que tuviesen cuatro pies, sino que de forma sencilla “no habían otros” a la época que provocaron *pauperie*. La *actio* en estudio se configuró a partir de la realidad del siglo V a. C., y de acuerdo al problema que a través de ella se intentaba solucionar. Los animales que quizá podían causar los daños que la acción pretendía sancionar sólo eran “cuadrúpedos”.

Al momento de la dictación de las XII Tablas existían diversas especies de aves, y por ende, animales bípedos conocidos. Empero, o bien estas aves eran “salvajes” y no había entonces propietario demandable, o bien las “domesticadas” y con dueño identificable, no producían ningún daño relevante (por ejemplo Gallinas). Luego, es un hecho que animales como los reptiles (ni cuadrúpedos ni bípedos), o bien no eran conocidos en el instante del acto legislativo (por ejemplo serpientes); o, aunque conocidos, o no estaban en grado de causar daños, o no eran objeto de dominio, con lo cual resultaría imposible la eventual aplicación de la *actio* y su objeto vindicadorio/reparatorio.

Al contrario, ciertos animales participaban de la categoría “cuadrúpedos”, de forma potencial podían provocar daños (fieras), pero se excluían. Si tomamos ejemplos de D.21.1.40.1 (edicto *de feris*), como el lobo (incluso sustenta la leyenda de Rómulo y Remo), eran conocidos mas, si se mantenían en condición salvaje, no contarían con un propietario que respondiera por sus daños; otros, en forma directa fueron desconocidos a mitad del siglo V a. C. (por ejemplo osos, panteras y leones).

carga” (aunque de forma técnica la romanística discute aún si *quadrupes*, en la *actio de pauperie*, se identificaba o no con las *res Mancipi*).²¹⁵

El legislador decenviral lo que observó fue que tenían lugar *pauperie* provocados por animales que formaban parte de la realidad social de la época, o sea, por los animales que constituían la base de la economía del momento: ovejas (*pecunia*, usado como medio de intercambio antes de la moneda, de *pecus*), bovinos, cerdos (su crianza sería tan antigua como la de ovejas y bovinos), caballos, asnos, mulas, cabras, etcétera (Gallo ha planteado que en la región del Lazio habían a la época bueyes, caballos, mulas y asnos en estado salvaje, en *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi*, Turín, 1958, p. 47, tesis refutada por Rodríguez-Ennes basado en textos de Varrón y Plinio, asegura que para los romanos, los citados animales jamás fueron “animales selváticos”, en Rodríguez-Ennes, Luis, *Estudio sobre el edicto edictum de feris*, Madrid, 1992, p. 40.

Éstos eran los animales que tenían contacto con los hombres, probablemente todos considerados *res Mancipi*, y que provocaban con sus acciones daños, ya fuese producto de movimientos espontáneos o bien incitados por sus propietarios o terceros. Característica común a todos ellos era que se trataba de “cuadrúpedos”. Esta observación quedó plasmada en las XII Tablas. Giangrieco Pessi, *op. cit.*, pp. 125-127.

El problema del uso del término “cuadrúpedo” estuvo en que si bien al principio identificaba de forma correcta al grupo de animales que provocaban daño y por los cuales se respondía, con el paso del tiempo comenzó a ser un término estrecho, que no daba cuenta con exactitud de la realidad. En este sentido, ya sea con fines productivos o no, se incorporaron bajo dominio animales de cierta peligrosidad conocidos en un principio o que se conocieron gracias a la extensión de las conquistas romanas. Mientras se tratase de animales con cuatro pies, el resultado dañoso aún se podía demandar a través de la *actio de pauperie*. Mas, ello hasta que fue necesario la dictación del edicto *de feris* que trataré luego. Es éste entonces el que explica el comentario de Ulpiano en D.9.1.1.10, sin pensar que se trató de una limitación original. Por ende, no es que en un principio la *actio de pauperie* tuviere como límite en su aplicación la naturaleza feroz de los animales, sino que los cuadrúpedos que entrasen en esta categoría, y sólo a partir de su dictación, quedaban sometidos a una reglamentación especial.

La incorporación de animales no cuadrúpedos a la sociedad y economía romana, si no se trataba de una fiera a la cual se le aplicase el edicto *de feris*, se topó con el término “cuadrúpedo” utilizado en la ley, el cual al parecer resultó un término insuperable para la jurisprudencia, se debía recurrir al instrumento alternativo de la *actio utilis* (D.9.1.3.4).

Sin embargo la tendencia, sustancial y procesal en el derecho post clásico, fue más bien a la superación de cualquier distinción derivada del número de pies, de manera que, fuese cuadrúpedo o bípedo, la *actio de pauperie* sería igualmente aplicable. Incluso más, si bien existió continuidad de la vigencia del contenido del edicto *de feris*, I.4.9 reconoce, además de la acción edilicia por daño provocado por fieras, la procedencia de la *actio de pauperie*. Esto, según dice el pasaje, porque concurriendo varias acciones penales “a un mismo objeto”, nunca una extingüía a la otra. De esta manera, con Justiniano se acepta el ejercicio de la *actio de pauperie* incluso en la hipótesis de daños causados por fieras.

Por último, cabe señalar que no obstante lo anterior, el término “cuadrúpedo” a propósito de en la *actio de pauperie* se mantuvo (aunque en las *Institutiones*, “*quadrupes*” sólo es usado en el título, porque en el texto se habla genéricamente de *animal*). Sin embargo, de ser entendido desde el principio como “ganado o animal de tiro y carga” en el siglo V a. C., pasó a significar sólo “animal” al siglo V d. C.; o al menos “animal no feroz”, si se quiere distinguir la acción *de pauperie* de la acción *de feris*.

²¹⁵ Me parece por lo dicho en nota anterior que en un principio sí había identificación, al designar la categoría *res Mancipi* a los bienes productivos relevantes (*instrumenta fundi*). No

Con el transcurso del tiempo surgieron nuevas providencias para hacer frente a daños causados por animales no cuadrúpedos. En este sentido, no sorprende el ejercicio de la *actio de pauperie* por vía útil, en el caso que el daño era causado por un animal doméstico “distinto a un cuadrúpedo”, según consta en texto de Paulo en D.9.1.4 (habría que entender que comprendía en especial a los animales bípedos).²¹⁶ Además, en las *Pauli Sententiae* (I. 15,1) se da cuenta de una *lex Pesolania*, que habría extendido la *actio de pauperie* a los daños provocados por perros. Al final, se debe considerar la dictación del edicto *de feris*, el cual reguló la tenencia de bestias feroces, el que se tratará por separado.

En cuanto al legitimado pasivo de la acción por el hecho del cuadrúpedo, ya adelanté en el capítulo anterior a propósito de las características de la noxalidad (capítulo segundo, romano I, inciso 3), que la *actio de pauperie* se ejercía contra el “dueño actual” del cuadrúpedo, y no el titular de la propiedad al momento en que tuvo lugar el perjuicio que se demandaba (D.9.1.1.12).²¹⁷

También ya se ha señalado que sin perjuicio de algunas dudas respecto del carácter noxal en origen de la *actio de pauperie* (capítulo segundo, romano I, inciso 1), ninguna influencia en definitiva tiene esto respecto de la facultad en sí para el demandado y condenado con *actio de pauperie*, o de dar al animal en *noxae* al actor, librándose de toda ulterior responsabilidad, o de pagar la condena efectivamente (capítulo segundo, romano I, inciso 2). Todo ello

así en cambio después, debido a que el listado de los *quadrupes* de cuyos daños se respondía se amplió, con la incorporación de nuevas especies de animales a la actividad económica, mientras la categoría de las *res Mancipi* se mantuvo taxativa. Respecto a este último aspecto, los textos de Gai. 2.15 y Gai. 2.16 dan cuenta de la crisis de la distinción (con posiciones opuestas de Nerva y Próculo), cuya rigidez cada día se adecua menos a las nuevas realidades. Camellos y Elefantes podían ser domesticados y cumplir funciones de tiro y carga, pero la duda era si se podían considerar *res Mancipi*. La superación de la distinción por la realidad, llevó a su desuso en época imperial, siendo abolida con Justiniano.

Estoy de acuerdo que la taxatividad de las *res Mancipi* no se puede extender a los *quadrupes*, pues la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* se fundaba en las formalidades exigidas para la transferencia de las cosas: las primeras mediante *Mancipatio* y las segundas mediante *traditio* (Gai. 2.22; Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 140; Capogrossi Colognesi, Luigi, *La struttura della proprietà e la formazione dei “iura praediorum” nell’età repubblicana*, Milán, Giuffrè, 1976, t. I, p. 358). Por lo tanto, que *res nec Mancipi* formasen parte de los *quadrupes*, al único que afectaba era al propietario que quisiera dar en noxa al animal, en cuanto debía realizarla mediante tradición. No imagino que a la víctima de un daño se le negase la *actio de pauperie*, en razón que fue una *res nec Mancipi* la que había provocado el daño; o sea, que se negase la reparación por una mera cuestión de formalidades de transferencia del animal que causó *pauperie*. Si se toma el ejemplo de Gayo, camellos y elefantes domesticados eran *quadrupes*, mas para efectos de la *noxae deditio*, *res nec Mancipi*.

²¹⁶ Véase nota 214.

²¹⁷ Ratifican D.9.1.1.15, D.9.1.1.16 y D.9.1.1.17.

conforme la última parte del texto citado de D.9.1.1 pr: “*quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal, quod noxiam commisit*”; al hecho que los textos ulpianos siguientes giran en torno a la *noxae deditio* del animal; y que las *Institutiones* reiteran que la ley decenviral consagraba una *actio noxalis* (I.4.9 pr.) en la materia. Por último, indiqué (capítulo primero, romano I, inciso 6) que esta posibilidad se extinguía en caso de muerte del animal después de la contestación de la demanda (D.9.1.1.14 y D.9.1.1.16).

Por otra parte, hay autores que han creído ver diversas posibles interpolaciones en D.9.1.1 pr, negándole entonces autenticidad.²¹⁸ Mas, dichas críticas textuales dejan a salvo la frase “*aut dari id quod nocuit*”, de manera que a pesar de las dudas respecto a los *verba*, la facultad que tenía el propietario de “dar lo que causó el perjuicio”, al menos en época clásica, y aunque abstracta,²¹⁹ sigue intacta.²²⁰

²¹⁸ Varios autores creen interpolada la frase “*id est – commisit*”. Haymann, Franz, “Textkritische studien zum römischen obligationenrecht”, *ZSS*, núm. 42, 1921, p. 372; seguido por Biondi, *Actiones noxales*, cit., p. 13; y Lenel, Otto, “Die Formeln der actiones noxales”, *ZSS*, núm.47, 1927, p. 7. Biondi además estima que el pasaje no debió hablar de “*noxiae*”, sino de “*damni*”, como se encuentra en PS I,15 pr., *Idem*. Solazzi, además de estar de acuerdo a Haymann y Biondi, destaca diversas “imperfecciones” formales: “*quadrupes*” desentonaría con el neutro “*id est id animal rell.*”; “*descendit*” está en presente y “*voluit*” en perfecto; y el “*offerre*” de la Florentina es erróneo, en lugar de “*offerr*”. Mas, su crítica más importante, como el mismo destaca, es el hecho que el pasaje no indica el legitimado pasivo de la acción, que sería lo que Ulpiano se proponía ilustrar. El texto original, en su concepto, habría sido parecido a PS I,15 pr. “*si quadrupes pauperiem fecerit... in dominum actio datur rell.*”. Un erudito posclásico habría sacrificado “*in dominum actio datur rell*” por la noticia histórica “*actio ex lege... descendit*”. Solazzi, Siro, *Studi sulla tutela*, Facoltà di Giurisprudenza di Modena, núm. 9, Modena, 1925, I, p.10. Lenel en cambio considera “*aut – offerre*” auténtico, *Idem*. Véase *Index Interpolationum*, Suppl. I, cit., 145.

La situación del pasaje sería (en cursivas el texto resultante): “*si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, [id est id animal, quod noxiam commisit], aut aestimationem [noxiae] <damni> offerri*”.

²¹⁹ Observaba Lenel que si se elimina la frase *id est – commisit*, la expresión del objeto a ser entregado (*id quod nocuit*), queda un tanto abstracta (*ZSS*, núm. 47, 1927, 7), sobre todo si se piensa en una acción circunscrita a un tipo particular, como es el daño causado por cuadrúpedos, e introducida según el pasaje en comentario en una ley con tipos muy precisos. Sin embargo, esto es un problema para quienes han pretendido la interpolación, y no para reconocer la facultad que comentamos. En la *actio de pauperie*, lo que causa el perjuicio es sin dudas un cuadrúpedo (animal), y éste puede ser entregado por el propietario a la víctima, sin ulterior responsabilidad.

A su vez, la *Pauli Sententiae* (PS I,15.1), no obstante sus dificultades, refuerzan con su alusión el contenido de la *actio de pauperie*, como asimismo la clasicidad de la facultad del propietario, dado que el eventual autor original (Paulo) fue contemporáneo al redactor de D.9.1.1 pr., Ulpiano. De hecho, Biondi (cita anterior) utiliza como argumento para entender sustituido *damni* por *noxiae* es precisamente el texto de la citada sentencia.

²²⁰ No deja de ser importante el hecho que autores que han pretendido la existencia de interpolaciones al pasaje, reconocen en todo caso, la facultad en comentario del propietario.

Por otro lado, D.9.1.1 pr. pende de las dudas sobre la existencia misma de las XII Tablas, pues la negación de éstas implicaría a su vez la negación completa del pasaje. Pero, sobre todo, significaría que la facultad de dar en *noxae* el animal habría tenido un origen clásico. Mas, ante la falta de fuentes que permitan una afirmación en este sentido, parece que no se puede sino admitir que se está de frente a un tipo penal de mitad de siglo V a. C. Los autores en general aceptan de forma verosímil esta posibilidad.²²¹

Parece que no podría ser de otra forma. Resultaría muy poco explicable, y no se ve la razón para ello, que se hubiera introducido a través de una desconocida fuente una acción, en época también indocumentada, plenamente desarrollada y vigente en derecho clásico, pero atribuida por ignorados motivos al legislador de las XII Tablas. Suena muy poco sensato. Lo lógico es aceptar como verosímil el nacimiento decenviral de la *actio de pauperie* con el contenido señalado. Es cierto que pueden existir dudas respecto de los *verba* exactos, como de todas las XII Tablas, mas por ello no se debe negar la presencia sustancial de la facultad del *dominus*.²²²

De esta manera, a pesar de las dudas hechas presente en las anteriores líneas, 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 se mantienen inalteradas. Por tanto, “il dato testuale difficilmente controvertibile è che il passo ulpiano prevede esplicitamente la possibilità per il *dominus* dell’animale di liberarsi della sua responsabilità con la *nox a deditio*”.²²³

2. Movimiento contra naturam del cuadrúpedo: presupuesto de la acción y límite material a la responsabilidad del propietario

Se encuentra en D.9.1.1.7, el siguiente texto tomado de los Comentarios al Edicto de Ulpiano, donde se fijaba una regla general en la materia:²²⁴ “et generaliter haec actio locum habet, quotiens *contra naturam* fera mota

En este sentido Biondi, quien a continuación de su crítica interpolacionista, afirma que “la consegna dell’animale” resulta “ammessa indiscutibilmente dalla legge con piena efficacia liberatoria”, *Le actiones noxales, cit.*, p. 13.

²²¹ Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 307.

²²² Véase notas 30 y 36

²²³ Giangrieco Pessi, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

²²⁴ Giangrieco Pessi de acuerdo en que es una regla general, *op. cit.*, p. 49. Ubaldo Robbe en contra, “La actio de pauperie”, *RISG*, núm. 7, 1932, p. 346.

pauperiem dedit”.²²⁵ La *actio de pauperie* entonces, no habría procedido en todo caso de daño causado por cuadrúpedos, sino sólo en aquellas hipótesis en que el detrimento tenía su causa en un movimiento “contra naturaleza” del animal. A *contrario sensu*, si los movimientos del animal fueron *secundum naturam*, la *actio de pauperie* era improcedente, sin perjuicio de concurrir los presupuestos de otras acciones penales.

El texto ha dado lugar a un largo debate en la romanística, tanto respecto a la época a la cual pertenece la referencia al *contra naturam*, como al sentido y alcance de la expresión.

En cuanto a la época, la duda es si se trata de un pasaje auténtico, y por tanto expresión de requisito clásico del siglo III d. C., o bien dice relación con una inserción compilatoria, lo que llevaría a estar en presencia de un presupuesto tardo antiguo o justinianeo, desconocido en el origen de la figura como asimismo en su desarrollo clásico. En este último sentido, se califica como interpolado todo el texto o partes de él.²²⁶

En lo personal las críticas no me generan la convicción que D.9.1.1.7, y en particular la expresión *contra naturam*, sea de autoría compilatoria (o la menos post clásica)²²⁷ Quizás algún manejo formal efectivamente tuvo lugar, lo que es siempre posible, pero no en lo sustancial. Giangrieco Pessi, autor que ha tratado la cuestión, concluye que “la genuinità delle indicazioni che si possono trarre da I. 4,9 pr, ed il confronto con D. 9.1.1.7, sembrano, dunque, confermare la classicità dell’espressione *contra naturam*, (almeno nel senso della sua attribuibilità quantomeno al giurista severiano e non ad un

²²⁵ “Y en general, tiene lugar esta acción siempre que la bestia causó el daño movida contra su naturaleza”.

²²⁶ En *Index Interpolationum, Supplementum I*, Weimar, 1929, p. 145, figuran: *respecto todo el §7, KRÜGER*, in *Novum Supplementum*; De Francisci, *Synallagma, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, Pavia, 1916, t. II, p. 66. *Respecto [Et-dedit]*, Haymann, “Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, núm. 40, 1919, p. 199; Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, p. 226, nota 7 y p. 227 núm. I; Pringsheim, *Beryt und Bologna*, Festschrift für Otto Lenel zum Fünfzigjährigen Doctorjubiläum am 16 Dezember 1921, Leipzig, 1921, p. 257. *Respecto [Et-ideoque]*, Beseler, “Miscellanea”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, núm. 45, 1925, p. 461. Kerr Wylie, “Actio de pauperie”, *dig. lib. IX, tit. I, Studi in onore di Salvatore Riccobono*, IV, Palermo 1936, pp. 461 y ss. Albanese, “Studi sulla legge Aquilia”, *AUPA*, núm. 21, 1950, 100 e ntt. ivi.. Giangrieco Pessi agrega que no obstante admisibles de forma, “non sembrano inficiare la sostanza del pensiero ulpiano”, *op. cit.*, p. 6, nota 5.

²²⁷ Kerr Wylie de forma expresa afirmó que “the whole idea of an animal acting ‘*contra naturam*’, is post-classic: the classical jurists expressly ruled out any suggestion of an animal being chargeable with wrongdoing or fault”, *Actio de pauperie, cit.*, p. 471. Giangrieco Pessi dedica unas líneas al pensamiento de este autor, basado en Haymann y Levy, concluyendo que sus argumentaciones no convencen, por estar fundadas en reconstrucciones textuales y diferenciaciones no hallables en las fuentes, *op. cit.*, pp. 40 y 41, lo que comparto.

compilatore giustiniano)”;²²⁸ sin perjuicio de otros argumentos en sustento de esta posición. Incluso, si D.9.1.1.7 fuese un texto intervenido por los compiladores justinianos, “non sembra comunque possibile dubitare che lo stesso fosse già esaurito in epoca ulpiana”.²²⁹ A lo más se podría mantener la duda,²³⁰ pues no es posible con certeza negar su autenticidad, caso en el cual por fuerza debemos sólo remitirnos a la única cosa segura: los textos del digesto en su estado actual.

En cuanto al sentido y alcance de la expresión *contra naturam*, no existe una definición o una explicación clara de la misma; mas, en forma conjunta con otros textos es posible entender su idea central. Al respecto, relevantes dos textos: a) D.9.1.1.4,²³¹ a través del cual Ulpiano cita a Servio, quien habría señalado que “tunc haec actio locum habet, cum *commota feritate* nocuit quadrupes”;²³² y b) I.4.9 pr., que hace aplicable la acción si “*quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint*”,²³³ repitiendo lo expresado por Ulpiano con un agregado: “haec autem actio in his quae contra naturam moventur locum habet: ceterum si genitalis sit feritas, cessat”.²³⁴ *Las Institutiones* siguieron entonces a Ulpiano.

Al hacer una relación y una síntesis de los textos precedentes, se concluye que en las fuentes constaría que la acción era procedente en caso que *commota feritate*, la reacción *lascivia aut fervore aut feritate* del animal fuese *contra naturam*; en cambio, la *actio de pauperie* no procedía, *si genitalis sit feritas*.²³⁵

²²⁸ *Op. cit.*, p. 18.

²²⁹ *Ibidem*, p. 21.

²³⁰ Ragoni, al comentar la expresión de Kerr Wylie citada en nota núm. 221, señala que “malgrado la logicità degli argomenti apportati, non mi sembra essi siano definitivi al fine di accettare o rifiutare questa interpretazione”. Ragoni, Fabio, “Actio legis Aquiliae, actio de pauperie, edictum de feris: responsabilità per danno cagionato da cani”, *Rivista Internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana, Diritto@Storia*, núm. 6, p. 43, nota 86.

²³¹ Una de las dudas de la doctrina ha sido si Ulpiano expresa el pensamiento de Servio. Schipani, *Responsabilità*, *cit.*, p. 163. Véase en Giangrieco Pessi, nota 105 otros autores. Ésta analiza en detalle el punto, concluyendo la autenticidad de la cita, pp. 43-49.

²³² “Tiene lugar esta acción, cuando excitada su ferocidad hizo daño un cuadrúpedo”.

²³³ “Si verdaderamente hubieren causado un daño por lascivia, o por fogosidad, o por ferocidad”.

²³⁴ “Mas esta acción tiene lugar en aquellos que se mueven contra su naturaleza; pues por lo demás cesa, si la ferocidad fuese congénita”.

²³⁵ Si bien es cierto que algunos autores han pretendido desligar el concepto *contra naturam* de los movimientos o reacciones conforme o no la “naturaleza” de los animales. Así, Schömann pretendió que era una referencia al tipo de daño que los animales causan: ejemplo, las ovejas al pastar causan un cierto daño, que sería el habitual, normal o “natural”; cualquier otro daño, sería un perjuicio *contra naturam*, citado por Giangrieco Pessi, *op. cit.*, pp. 37 y 38. Robbe no le encuentra sentido a la expresión *contra naturam*, luego de ver los ejemplos

La jurisprudencia habría entonces reconocido la existencia de una ferocidad congénita (*feritas genitális*) a cada animal, según su especie: los animales presentan comportamientos o reacciones que se podrían calificar de “normales”, determinados por la información genética —diríamos hoy— de la especie de la cual se trate. Hay un ADN común, que determina el modo en que se comportan los animales frente a las variadas situaciones en que viven o a las cuales se encuentran expuestos. Esto es lo que observan los juristas, y trasladan a regla jurídica.

Cabe tener presente que dicha *feritas genitális* correspondía a un concepto general, que no decía relación con un particular nivel de agresividad, esto es, si era muy agresivo o poco agresivo (manso). A cada especie se le reconocía su propio nivel de *feritas*, de acuerdo a los “antecedentes sociales” existentes a la época. Se podía tratar entonces de un perro, de un caballo o de una oveja, por dar algunos ejemplos, y a pesar de ser especies distintas, el concepto de *feritas genitális* les resultaba aplicable. Lo importante era la circunstancia que cada especie tenía una cierta ferocidad reconocible.

La idea precedente no cambiaba en caso de domesticación o adiestramiento, pues conforme a los mismos comportamientos connaturales, se les debían reconocer ciertas reacciones también como “normales”, en la hipótesis que un animal hubiese pasado por alguno de los procesos citados.

Aceptada la existencia de una *feritas genitális*, correspondía contrastar ésta con el comportamiento que el concreto animal había tenido en el caso sometido a la decisión jurisprudencial, lo que permitiría concluir si las reacciones a los estímulos recibidos fueron *secundum naturam* o *contra naturam*. En el análisis, cuestión importante a identificar y tener presente eran los vicios propios del animal, que si bien eventualmente pudieron ser conocidos del propietario, de forma razonable debían ser considerados como desconocidos para los terceros. Es decir, un comportamiento podía ser habitual en un animal concreto, mas dicho modo de actuar podía estar en disonancia con los de su especie, tratándose de un comportamiento *contra naturam* y de un simple vicio en consecuencia.

Los ejemplos de Servio de animales con vicios (D.9.1.1.4), a continuación de la idea de *commota feritate*, dejan en claro el punto: un caballo coceador (*equus calcitrosus*); un buey acostumbrado a acometer con los cuernos (*bos cornu petere solitus petierit*), y unas mulas muy feroces (*mulae propter nimiam*

que siguen a continuación de la expresión, por lo que creyó ver en la expresión *contra naturam* un particular concepto de culpa. Giangrieco Pessi, notas 96 y 97 en p. 39.

Dado que se trata de opiniones disímiles, aisladas y aparentemente forzadas, lo más serio parece que es seguir la primera idea que entrega el texto ulpiano, adoptada por la mayoría de la doctrina.

ferociam).²³⁶ En los tres casos los animales tienen comportamientos en lo individual habituales pero que no concuerdan con la naturaleza de su especie. Se trata de vicios que los terceros no estaban en grado de conocer y por tanto las reacciones dañosas que tuvieron se pueden calificar de *contra naturam*, debiendo proceder al otorgamiento de la acción.²³⁷

De esta manera se concluye que la *actio de pauperie* podrá deducirse cuando el daño que se reclama sea “esclusivamente effetto della risposta sproporzionata dell’animale ad una situazione di normalità e, dunque, sia stata conseguenza di un comportamento anomalo e riconducibile ad un vizio (come tale non imputabile al terzo danneggiato a causa di una propria imprudenza, nell’accezione di comportamento colposo) del carattere dell’animale stesso”.²³⁸

Ahora bien, la valoración del comportamiento del animal, *contra naturam* o *secundum naturam*, no se realizaba tomando en consideración al animal en sí mismo y sólo de acuerdo a su especie, sino en un contexto de relación con los hombres. Se debe recordar que la acción nace en una época histórica de convivencia de los animales con los antiguos habitantes del Lazio, y respecto de aquellos que en el diario vivir (en pastoreo o en el trabajo) causaban daños, como eran los cuadrúpedos. Esta situación de contacto, como presupuesto de la acción, se mantiene en el transcurso de los siguientes siglos. Por lo antes dicho, he hablado de “reacción”, es decir, del comportamiento del animal que ha seguido a los estímulos que ha recibido de los hombres. Esta es la idea presente en la expresión *commota feritate*.

Conforme a lo anterior, se deduce que el “comportamiento natural” de los animales, para efectos de la aplicación de la *actio de pauperie*, está compuesto por dos elementos: a) movimiento o conducta según la especie a que pertenece; b) que dicho movimiento o conducta haya sido causado por un hombre.²³⁹

De esta manera, era deducible la acción si se excitaba la ferocidad (*commota feritate*), o en forma particular la lascivia (*lascivia*) o la fogosidad (*fervore*) del animal, al reaccionar éste *contra naturam*, es decir, de manera diversa a cómo debió actuar según el estímulo recibido. Verbigracia, si una persona

²³⁶ Ferrini cree interpolada esta frase. *Digesta Iustiniani Augusti*, Bonfante y otros, Milán, 1931, p. 231, nota núm. 4; citado también en *Index Interpolationum*, Supl. I, t. I, 1929, p. 145.

²³⁷ De forma precisa Giangrieco Pessi concluye que la expresión *feritas commota* “sta ad indicare un impulso imprevisto ed imprevedibile dell’animale che lo porta a porre in essere un comportamento il quale, non rientrando nei comportamenti abituali della specie, non appare ricollegabile alla situazione in cui viene di fatto a determinarsi così da porsi come innaturale”, *op. cit.*, p. 50.

²³⁸ Ragoni, *op. cit.*, p. 13.

²³⁹ En este sentido Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 53.

acaricia un caballo domesticado, y en vez de recibir el cariño sin inconvenientes enloquece, da coces, salta y destruye todo a su paso, es evidente que el equino reaccionó contra su naturaleza. Por el contrario, si una persona se acerca al caballo con un clavo y comienza a punzarlo, es perfectamente posible esperar una reacción como la descrita (D.9.1.1.7). De ahí que frente a una reacción *contra naturam*, la acción se concedía contra el propietario, pues el o los terceros jamás pudieron imaginar el comportamiento del animal, y tomar las providencias del caso. Al revés, en caso de una reacción *secundum naturam*, no se admitía la acción, pues era esperable la conducta del animal, de la cual derivaron los daños.

El resto de los ejemplos atingentes del título D.9.1 no vienen sino a confirmar cuanto se ha expresado. Así, tenemos que D.9.1.2.1 trata el caso del que huye, entra a una tienda ajena y es mordido por un perro amarrado, del cual no se podía esperar otra reacción, pues por algo estaba ligado; en cambio, si estaba suelto, lo esperable incluso para quien huye, era que si está en tal condición, es porque no se trata de un perro agresivo, por lo que se considera que el animal tuvo un comportamiento contrario a lo esperable por los terceros.²⁴⁰ En D.9.1.5 al parecer entiende Alfeno que la mula olfateada por un caballo que tira una coz como reacción, actúa *contra naturam*.²⁴¹

La no concesión de la acción en contra del propietario no significaba que el daño quedase sin sanción o resarcimiento. Pensemos en el ejemplo del que punzó al caballo con un clavo, dada la reacción *secundum natura*, el *dominus* no era demandable con la *actio de pauperie*,²⁴² quedándole a la víctima del daño el ejercicio de una acción directa contra el que causó la reacción del animal (*actio in factum ex lege aquilia*, porque el daño no fue causado con el propio cuerpo, según D.9.1.1.7).

Así entonces, la regla del comportamiento del animal *contra naturam*, de acuerdo a lo visto, vino a determinar el confín entre la responsabilidad del dueño del animal, en su calidad de tal, y la responsabilidad de otros posibles sujetos obligados *ex delicto*. Desde esta perspectiva, la regla *contra naturam* constituyó un límite a la responsabilidad del propietario, pues éste no respondía siempre y en todo caso por los comportamientos dañosos de sus animales, sino sólo cuando éstos fuesen una consecuencia de reacciones *contra naturam*. Por el contrario, todos los daños causados por animales *secundum*

²⁴⁰ Ragoni, *op. cit.*, p. 12.

²⁴¹ Comparto el comentario de Giangrieco Pessi, en cuanto este caso se coloca en el límite entre comportamiento natural y no natural, faltando al jurista el conocimiento de la reacción habitual de una mula respecto de un caballo (*op. cit.*, p. 52).

²⁴² En específico en D.9.1.1.6 se señala que la acción cesa si la bestia causa daño por “hostigamiento de otro” (*instigatu alterius*).

naturam, lo eximían de responsabilidad, sin perjuicio, como se ha dicho, de la posibilidad que pudiese responder bajo los términos de la *lex Aquilia*.

Me parece que es imaginable cierta dificultad por parte de los juristas clásicos, que justo estaban desarrollando el concepto de *iniuria* en términos de culpa, la explicación de la atribución de responsabilidad al propietario, por el sólo hecho de ser tal. Ello más aún cuando con el paso del tiempo, el fundamento original de la vendetta en contra del animal se estaba diluyendo. Resulta entonces comprensible que en la jurisprudencia “è ritenuto equo limitare la tutela del terzo alle ipotesi in cui il danneggiamento non poteva essere evitato, in quanto il comportamento dell’animale era imprevedibile”.²⁴³ Era un mínimo paso de justicia debido respecto del propietario.

3. La “propiedad actual”: factor de atribución objetivo de la responsabilidad y su rol en la limitación de ésta

El pasaje de D.9.1.1 pr., no contiene ninguna referencia expresa a la “propiedad” del cuadrúpedo;²⁴⁴ sólo alude a “*aut dari id quod nocuit*”. No obstante ello, es difícil pensar en la aceptación de una tenencia del animal a título diverso, si la alternativa para el demandado al pago de la condena es de “dar” en propiedad el animal a la víctima, pudiendo transferir el dominio sólo un propietario (capítulo segundo, romano I, inciso 2)²⁴⁵ La interpretación de la jurisprudencia clásica es clara y en este sentido no constituye objeto de litigio en la romanística, la que acepta sin inconvenientes como factor determinante de la legitimación pasiva de la *actio de pauperie* la “propiedad actual” del animal causante del daño demandado.

Luego, ya he afirmado en general que la persecución de la responsabilidad respecto del “propietario actual” en materia de acciones noxales, descarta que la noxalidad haya constituido una institución fundada en la culpa del *dominus* o del *paterfamilias* demandado (capítulo segundo, romano I, inciso 3). Ello porque el elemento “actualidad” de la propiedad deja en claro que el sujeto llamado a responder no tuvo ni pudo tener participación en los hechos dañosos del sujeto a potestad o del animal. No hay conducta alguna de su parte que analizar, y que pudiera llegar a ser calificada de reprochable y por ende culposa. Pareciera entonces que la cuestión no debe-

²⁴³ Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 67.

²⁴⁴ De hecho es un punto tomado en cuenta para considerar el texto como no auténtico, véase nota 218.

²⁴⁵ Biondi, *Le acciones noxales, cit.*, p. 14.

ría tener una doble lectura, en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad atribuida: “objetiva”. De ahí que la mayoría esté conteste que en materia de *actio de pauperie* se configuraba una responsabilidad que admite la calificación moderna de “responsabilidad objetiva”.²⁴⁶

Otra cosa distinta es la *ratio iuris* de la solución; el por qué fue adoptado como criterio el “propietario actual”. Esta cuestión si se discute, y es a la que dedicaré las líneas siguientes.

Al respecto, opinión de fácil adhesión ha sido la idea que el propietario goza de las ventajas de ser dueño pero debe sufrir también las desventajas asociadas a tal calidad.²⁴⁷ De ahí el criterio de la “propiedad” aplicado en la *actio de pauperie*: la obligación de responder por los daños causados por los animales habría derivado del mismo derecho de propiedad, como una carga impuesta por éste. Es una explicación coherente para un jurista de nuestros días, empero difícil de aplicar al derecho romano de mitad del siglo V a. C. Desde luego, porque no existía el “derecho”, sino de forma muy simple la propiedad. Pero además, porque aun existiendo, no había a su respecto lo que hoy denominamos una “teoría jurídica del derecho de propiedad” dentro de la cual se contuviesen sus elementos de configuración, facultades y efectos. De ahí que sostener que el fundamento de la atribución de *pauperie* fue deducido por los romanos del propio dominio resulta una idea muy difícil de insertar en el momento histórico de la dictación de la ley decenviral.

Pero por sobre todo, no puede olvidarse que el complemento del criterio era “actual” y no propiedad bajo la cual el animal causó daño. ¿Habría entonces que decir que el propietario gozaba o era gravado con las ventajas o desventajas, respectivamente, que la cosa portaba sobre sí, al momento de la adquisición? ¿Se adquiriría el animal en el estado en que se encontraba? Algunos han caracterizado la obligación del propietario como *propter rem*, a partir de la idea que en los cuadrúpedos el daño sigue al causante (capítulo segundo, romano II, inciso 3). Mas, ella no fue manejada en el origen de la *actio de pauperie* ni se puede deducir de los textos supérstites que la manejaba la jurisprudencia clásica.

²⁴⁶ Giangrieco Pessi de forma precisa concluye “che la responsabilità del proprietario dell’animale è una responsabilità oggettiva... prescindendo da qualsiasi valutazione di diligenza o meno nella custodia”, *op. cit.*, p. 54. Previamente ya había citado varios autores de fines de siglo XIX y primera parte del XX, en igual postura: Mommsen, Girard, Fliniaux y Branca, *op. cit.*, p. 7, nota 8. Por mi parte, además cito a Marrone, *op. cit.*, p. 514; Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual, cit.*, p. 75.

²⁴⁷ Glück, Federico, *Commentario alle pandette*, IX, trad. de Pranzataro, Libreria, Milán, 1905, p. 13, nota 52, citando a Hübner y a Höpfner. Hoy es recurrente el argumento: Marrone, *op. cit.*, p. 514; Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual, cit.*, p. 75.

Por otro lado, la respuesta tampoco puede dejar de lado la noción de comportamiento *contra naturam*, tratada en el acápite precedente, que contrasta con fundar el factor de atribución en la misma propiedad. Si el propietario debía responder de las desventajas de la cosa, así como gozar de sus utilidades, ¿por qué sólo se podía deducir la acción en caso de reacción *contra naturam*?²⁴⁸ ¿Por qué al propietario se le hacía responsable de las situaciones que no podía prever o controlar y por el contrario se le eximía de responsabilidad en todas aquellas que constituían la conducta esperada del animal? El punto no es menor pues aplicado el principio, habría que concluir que el propietario actual resultaba obligado por las “desventajas imprevistas” del animal, y por el contrario liberado si tenían lugar las “desventajas previstas”.

Hay que pensar en el *dominus* que había adquirido, por ejemplo, el día anterior. Con independencia del problema de las acciones a disposición del adquirente de cosa viciosa, dicho propietario no estuvo en condiciones de haber conocido el modo particular de comportamiento del animal. A él sólo se le pudo reconocer un conocimiento del mismo nivel que un tercero cualquiera, acerca del comportamiento de los individuos de la misma especie a que pertenecía el animal recién adquirido. Tercero o dueño estaban en idéntica condición mas, el reciente propietario actual, respondía de todo comportamiento *contra naturam*.

Al no cuajar estas explicaciones del fundamento del criterio “propietario actual” con el derecho de propiedad, la búsqueda se ha dirigido a otros ámbitos, entre ellos el “derecho de las obligaciones”. Así, se afirma de forma sencilla que sobre el dueño, como ciudadano, recae el deber absoluto (a fin de mantener la situación de igualdad), de responder por los daños causados a otro, personalmente o a través de una cosa animada o inanimada de su propiedad. Sin embargo, una filosofía como ésta, no se encuentra en las fuentes, ni menos a la época del nacimiento de *actio de pauperie*.²⁴⁹

Otro ámbito explorado ha sido el de la filosofía estoica, intentando que ésta sea el sustento de la responsabilidad del propietario. Me parece interesante citar esta corriente porque entre los autores que la han sustentado se cita ni más ni menos que a Pothier.²⁵⁰ La idea central propugnada es que de acuerdo a las enseñanzas de dicha filosofía, los jurisconsultos habrían concluido que respecto de los daños *secundum naturam* causados por los animales,

²⁴⁸ En este sentido Glück, *op. cit.*, p. 13.

²⁴⁹ Así lo demostrarían las distinciones decía Glück. *Op. cit.*, p. 14.

²⁵⁰ Glück, además de citar a Hommel y Schmidt, reproduce en el texto las palabras de Pothier, en *Pand. Justin.*, t. I, h. t. num. II, nota b (*op. cit.*, p. 13). La cita, véase también en Pothier, R. J., *Pandette di Giustiniano*, versione italiana, a cura Antonio Bazzarini, Venezia, 1833, vol. 2, p. 66, nota 2.

no cabía sino que sean soportados por la víctima (estoicamente, diríamos hoy). Se trata de daños regidos por las leyes de la naturaleza, y por tanto no queda más que obedecerlas y aceptarlas. Ni al propietario ni a la víctima les corresponde participación alguna a su respecto: no pueden impedir que ocurran ni es posible atribuirles su ocurrencia. Distinto son los daños causados por un comportamiento *contra naturam* por el animal, al margen de dichas leyes naturales. Sería injusto para la víctima de este comportamiento soportar el daño, al ser ejecutado de un modo contrario al ordenamiento natural, y por lo mismo sin posibilidad de conocer y precaver por ella. El propietario entonces debía entregar al animal que había actuado contra su naturaleza, provocando daños; y si lo quisiera retener, debía pagar la condena respectiva.

Si bien es cierto que las ideas del derecho natural de los estoicos tuvieron influencia en pensadores romanos como Cicerón, resulta difícil, por la época de nacimiento de la acción en estudio,²⁵¹ que dicha escuela haya sido la base que dio sostén al criterio de la responsabilidad de la propiedad actual a mitad del siglo V a. C. Quizás podría explicar la distinción *secundum naturam* o *contra naturam* y las consecuencias vistas, dado que la regla figura en pasajes de Ulpiano,²⁵² quien pudo haber estado influenciado por una tal filosofía. Pero nada más.

La insatisfacción de las respuestas, la imposibilidad de explicar por qué responde el propietario actual del animal y doctrina subjetiva ya imperante en los inicios del siglo XIX, llevan indefectiblemente a cambiar el criterio y su naturaleza: en realidad, se trataba de una responsabilidad fundada en culpa.

Esta nueva explicación parte del supuesto que el dueño tenía conocimiento de que al animal de forma usual hacía daño *contra naturam*,²⁵³ por lo que se debía deshacer del animal o de tomar las medidas de custodia necesarias para que no causara daño a terceros. Si así no actuaba el propietario, los daños causados por el animal le eran imputables por omitir la diligencia debida.

²⁵¹ Esta escuela del derecho natural tiene sus raíces en Zenón (350 y 260 a.C.). Glück manifestó de hecho que es difícil creer que los autores de las XII Tablas hayan razonado como los estoicos (*op. cit.*, p. 13).

²⁵² Glück duda también de esta posibilidad. Afirma que Ulpiano ni siquiera da motivo para pensar en una influencia como la señalada a la hora de escribir sus comentarios al Edicto (*op. cit.*, p. 13, nota 54).

²⁵³ Se debe recordar que se persigue el fundamento de la responsabilidad del propietario actual en la *actio de pauperie*. La aclaración es importante porque supone entonces mantener la distinción *secundum natura* o *contra naturam*; su eliminación es uno de los factores que permitirá de forma moderna fundar en culpa la responsabilidad por el daño de los animales. Véase nota 684.

Por ejemplo en esta línea Glück, quien en conocimiento de las doctrinas de Domat y Pothier, pretende fundar la responsabilidad del propietario de la *actio de pauperie* en una presunción de culpa de su parte, afirmando que “chi possiede un animale, il quale *contra naturam* suole far danno, dovrebbe disfarsene o custodirlo, poiché nessuno in un rincontro può guardarsene. Se ciò non fece, egli, nel dubbio, è in colpa”.²⁵⁴

Claro, responsabilidad del propietario actual fundada en culpa por las actuaciones *contra naturam* del animal, mas con la facultad de entregar al animal en noxa, liberándose del pago de la *litis aestimatio*. Ello obliga a Glück a retomar la teoría de la propiedad, fundando dicha posibilidad para el *dominus* en la idea que todo propietario se puede deshacer de la cosa objeto de su dominio cuando ella representara para él más desventajas que utilidades.²⁵⁵

La solución del autor alemán deja perplejo al lector y evidencia los conflictos conceptuales en la materia. Luego de sus críticas, sucumbe ante las mismas ideas criticadas. Y así como las otras propuestas resultan poco convincentes para la época del nacimiento de la *actio de pauperie*, hablar de una posible presunción de culpa a mitad del siglo V a.C. parece inaceptable, más aún cuando la posible consagración de los delitos culposos en las XII Tablas es muy dudosa. Pero además, el efectivo desarrollo de la idea de culpa se producirá recién a partir de la *lex Aquilia*, siglo III a. C. (capítulo primero, romano II).

Asimismo, desechar como fundamento el derecho de propiedad, para luego fundar en éste la *noxae deditio*, implica en definitiva coincidencia del fundamento en lo sustancial con los autores que criticaba. La única diferencia es la perspectiva desde la cual se ve la cuestión: pasiva, desde la posición de las cargas del dominio; activa, desde el enfoque de las facultades que otorga.

En todo caso, por estos u otros argumentos, la crítica relevante es al fondo: a la pretensión de construir el criterio de responsabilidad de la *actio de pauperie* sobre una presunción de culpa. Dejando de lado la presencia o no de la culpa como elemento subjetivo en las XII Tablas, lo concreto es que la tendencia a reconducir todas las hipótesis de daño a culpa, dice relación con la *lex Aquilia* y su interpretación (véase capítulo primero, romano II), a la cual cierta y de forma particular los daños con o a través de animales no fueron la excepción, como lo demuestran variados ejemplos en el mismo título de la *actio de pauperie* en el Digesto. Por lo mismo, aludir a la culpa como fundamento antes de la entrada en vigencia de la ley aquiliana no resulta históricamente real.

²⁵⁴ Glück, *op. cit.*, p. 14.

²⁵⁵ *Idem.*

A mayor abundamiento, no consta en los textos ni se puede deducir de ellos que haya tenido lugar algún análisis de la conducta que habría tenido el propietario para establecer al menos la concurrencia de una eximente de responsabilidad por falta de culpa de éste. El análisis de comportamientos en los casos reportados por el Digesto es más bien para fijar la improcedencia de la *actio de pauperie*, en razón de la existencia de conductas del propietario o de un tercero, que determinan la procedencia de otra acción, o de la víctima, rechazando toda acción para ésta.

Entonces, sin la exigencia de prueba de culpa del *dominus* actual, y sin la posibilidad para éste de probar que no incurrió en culpa en su persona, no puedo sino descartar, y a pesar de las dudas reseñadas, que la *actio de pauperie* haya tenido un fundamento subjetivo.²⁵⁶ Desde luego, hablar de una presunción de derecho de culpa, que equivale a una responsabilidad objetiva,²⁵⁷ ningún sentido tiene y ningún aporte hace a la búsqueda del fundamento de la responsabilidad del propietario actual. Es quizás, la peor de las ideas en la materia.

En definitiva, las explicaciones precedentes dadas tienen en común el haber sido gestadas en vistas de la aplicación de la figura en época moderna o de una construcción codificatoria; o sea, mirando más el presente y el futuro que el pasado. En cambio, la explicación dentro del contexto en que nació la *actio de pauperie*, parece ser mucho más simple.

En efecto, hay tres cuestiones que convergen de forma simultánea para que tuviéramos como resultado la configuración del tipo penal en comento: la incapacidad civil y procesal del animal por estar, por su propia naturaleza, privado de voluntad; el ánimo de venganza, y la condición de cosa semoviente susceptible de ser objeto de dominio.

La falta de capacidad, además de ser evidente, consta en las fuentes: *pauperie est damnum sine iniuria facietis datum* (D.9.1.1.3). Luego, requería de un representante que lo “defendiera” en juicio y que, en caso de condena, pudiera pagar ésta y resarcir por esta vía a la víctima.

Luego, estamos en presencia de una solución que recogió una disposición decenviral, aunque como una excepción en las XII Tablas y constitu-

²⁵⁶ Rodríguez concluye precisamente en su análisis que la *actio de pauperie* tenía lugar en razón de daño “causado por animales cuadrúpedos de modo inesperado y espontáneo —*contra naturam*— cuyo acacimientto no cabe atribuir a *culpa* de nadie”. *Delimitación conceptual*, *cit.*, p. 78.

²⁵⁷ Gamarrá, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, reimpresión 1a. ed., vol. 2, 1989, t. XX, p. 12. Una presunción que no puede ser enervada, es una realidad para el derecho, dice justamente De Trazegnies, *op. cit.*, p. 97.

tiva de un resabio histórico²⁵⁸ (según ya se dijo en el capítulo segundo, romano II, inciso 1), que tuvo por lo mismo lugar en la realidad social en una época anterior, destinada a la composición de los intereses privados.²⁵⁹ En este sentido, es verosímil la idea que su origen haya estado ligado a la idea de “vendetta”, de modo que, en un estadio más evolucionado, la víctima no se vengase del animal de forma directa, sino solicitándole su entrega al dueño, formalmente, y con la posibilidad para éste de pagar el daño causado, liberándose de la consignación.

Empero, si el propietario optaba por darlo en *noxae deditio*, el ejercicio de la venganza efectiva sobre el animal o a través de su goce, exigía la plena disposición del mismo, tanto jurídica (por ejemplo, venta) como material (por ejemplo, muerte). La única posibilidad que la víctima accediera a un tal poder respecto del animal, era a través de la adquisición de su propiedad (capítulo segundo, romano I, numeral 2).

De esta manera, frente a la “incapacidad” del animal derivada de su propia naturaleza, los juristas decenvirales fueron conscientes que no había “a quien” sancionar; mas, sabían “qué” debía sufrir las consecuencias de la ofensa causada. Así, la “propiedad actual” apareció como la única calidad que permitía a la víctima la satisfacción efectiva de la vendetta, o al menos, el resarcimiento del perjuicio sufrido. El propietario bajo el cual el animal causó el daño, podía comparecer en juicio y pagar los perjuicios, pero no podía efectuar la entrega.

Si bien la motivación primitiva en la configuración del delito aún está presente en el derecho clásico, con el paso del tiempo el carácter vengativo se fue perdiendo, adquiriendo mayor fuerza el aspecto indemnizatorio. Aunque mantenía el poder de matar o infligir castigo al animal, se valora más favorablemente la posibilidad para la víctima de destinarlo al trabajo, y obtener por vía de su explotación la reparación del “empobrecimiento” (*pauperie*) sufrido. Esta línea de evolución en el pensamiento de la jurisprudencia romana consta especialmente respecto del *servus* y del *filius familias*.

²⁵⁸ Así la califican Guzmán, *Derecho privado romano, cit.*, II, p. 267; Branca, Giuseppe, *Danno temuto, cit.*, núm. 61, p. 290, nota núm. 1.

²⁵⁹ Así Ragoni, *op. cit.*, p. 13; Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 306; Santalucia, Bernardo, *Dalla vendetta alla pena privata*, Storia di Roma, I, Roma in Italia, 1988, pp. 447 y 448.

En contra Rodríguez-Ennes, quien cree que tanto la *actio de pauperie* como la *actio de feris* fueron acciones fundadas única y exclusivamente en el interés material de que la víctima obtuviese una compensación económica, excluyendo que la *noxae deditio* obedeciera al instinto de venganza, *Estudio, cit.* p. 54. No es descartable, pero es evidente que al siglo V a.C., implícitamente el mecanismo permitía que los efectos recayeren en el “autor material” del hecho.

En este contexto más proclive al aspecto indemnizatorio, los juristas podrían haber vuelto tras sus pasos, sustituyendo el factor de atribución “propietario actual” por *dominus* bajo el cual el animal causó daño. Este último podía comparecer en juicio por el animal y pagar la pena respectiva. Sin embargo no lo hicieron, y por el contrario, mantuvieron a firme el carácter noxal de la *actio de pauperie* en derecho clásico, dejando en pie uno de los pilares importantes a partir de los cuales se produjo la expansión de la noxalidad.

En las razones de dicha mantención, son claves algunos efectos que el factor “propietario actual” permitía, a diferencia del posible sustituto señalado. Desde luego, la reparación mediante el goce del animal, requiriéndose la titularidad del dominio presente para su transferencia; pero además, la facultad de dar en noxa, por ser dueño, concedía al demandado por un hecho del animal la posibilidad de limitar cuantitativamente su responsabilidad, si así lo deseaba. Impedía que el “propietario” fuese obligado a pagar una condena por actuaciones comandadas por el instinto de un ser viviente que no podía controlar y por tanto que no tenían relación causal con actuaciones propias. El dueño del animal al momento que se producía el daño, si eventualmente había dejado de serlo, no habría podido efectuar la *noxae deditio*, y optar a una contención de su propio deterioro patrimonial derivado del hecho dañoso del animal.

De esta manera, entre el propietario del animal al momento del daño, que ninguna relación tuvo con el hecho dañoso, y el propietario actual, que tampoco había participado en el evento perjudicial para la víctima, y por tanto ambos candidatos a que se les atribuyese responsabilidad objetiva, los juristas romanos optaron por el segundo, que siempre estaría facultado para entregar en noxa y siempre podría, consecuencialmente, limitar su responsabilidad.

En otras palabras, la mantención en derecho clásico del factor de atribución “propietario actual”, con facultad de *noxae deditio*, era concordante con el carácter de instrumento limitativo de la responsabilidad alcanzado por la noxalidad ya comentado (capítulo primero, romano II).

II. EDICTO EDILICIO DE FERIS

1. *Presentación de las fuentes y sus dificultades*

El contenido que habría tenido este edicto, ha llegado a nuestros días parcialmente a través de tres pasajes pertenecientes a Ulpiano y Paulo, ubica-

dos por los compiladores en el título 1, del libro XXI del Digesto, intitulado “*De Aedilicio edicto et redhibitione, et quanti minoris*”. Asimismo, vía las *Institutiones* justinianeas, que sintetizaron dichos pasajes en I.4.9.1. Además, contribuye de manera relevante a su conocimiento las referencias al mismo de las *Pauli Sententiae* en I.15.2. Sin embargo, se trata de un edicto sobre el cual las fuentes entregan escasos datos.²⁶⁰

Los textos de las fuentes citadas se transcriben a continuación para el mejor entendimiento de las exposiciones que siguen:

D.21.1.40.1 (Ulpiano): “*deinde aiunt aediles: ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem*”;²⁶¹

D.21.1.41 (Paulo): “*et generaliter: aliudve, quod noceret, animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non possint*”.²⁶²

D.21.1.42 (Ulpiano): “*qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit. Si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dicitur, quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli*”.²⁶³

I.4.9.1 es la que sigue:

“*Ceterum sciendum est, aedilicio edicto prohiberi nos canem, canem, verrern, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter lit; et si adversus ea factum erit, et nocitum libero homini esse dicitur, quod bonum et aequum iudici videtur, tanti dominus condemnnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Praeter has aedilicias actiones et de pauperie locum habebit; nunquam enim actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam conosumit*”.²⁶⁴

PS I.15.2: “*Feram bestiam in ea parte, qua populo iter est, colligari [praetor prohibet]: et ideo, sive ab ipsa sive propter eam ab alio alteri damnum datum sit, pro modo*

²⁶⁰ Es la queja entre los autores. Así, Rodríguez-Ennes, *Estudio, cit.*, p. 12, nota 12

²⁶¹ Después dicen los ediles: “que nadie tenga perro, verraco, o pequeño jabalí, lobo, oso, pantera, león”.

²⁶² Y en general: “o cualquier otro animal, que hiciera daño, ya estén sueltos, ya atados, si no pudieran estar de tal modo sujetos, que no causen daño”.

²⁶³ “O por donde vulgarmente se hiciere camino quisiera tenerlos de modo, que pudieran causar perjuicio o producir daño a cualquiera. Si contra esto se hubiere obrado, y por consecuencia de ello hubiere perecido un hombre libre, se pagarán doscientos sueldos, y si se dijese que se había causado daño al hombre libre, sea condenado en cuanto pareciere al juez bueno y equitativo; y por las demás cosas, en el duplo de cuanto sea el daño causado o hecho”.

²⁶⁴ “Por lo demás, ha de saberse, que en el edicto de los ediles se prohíbe que tengamos perro, berraco, javalí, oso, ó león allí por donde comunmente se hace camino; y si en algo se hubiere contravenido á esto, y se dijese que se había causado daño á un hombre libre, sea condenado el dueño á tanto cuanto pareciere bueno y equitativo al juez; y en los demás casos, al duplo de cuanto sea el daño causado. Pero además de estas acciones edilicias, tendrá también lugar la de pauperie; pues concurriendo varias acciones, principalmente penales, á un mismo objeto, nunca la una extingue la otra”.

[*admissi extra ordinem*]²⁶⁵ *actio in dominum vel custodem datur, maxime si ex eo homo perierit*”.²⁶⁶

Se trató de un edicto que presenta la particular característica de haber sido elaborado y dictado por los *Aediles Curules* (“*De Aedilicio edicto*”), en virtud del *ius edicendi* de que gozaban.²⁶⁷ Ello es importante de tener presente pues estos magistrados tuvieron competencias restringidas, siendo principalmente ellas la *cura urbis, annonae* y *ludorum solemnium*.²⁶⁸ En lo que respecta a su datación, los antecedentes para su fijación resultan escasos, pero las opiniones son coincidentes en cuanto a que se habría tratado de una providencia del último siglo de la República, tanto por la identidad de estructura que presenta con el edicto *de effusis vel deiectis*,²⁶⁹ como por los antecedentes

²⁶⁵ Las glosas indicadas serían comúnmente admitidas. Rodríguez-Ennes, *Estudio, cit.*, p. 44, nota 53. Lenel, EP³, § 295, p. 566, nota 9.

²⁶⁶ “El pretor prohíbe que una bestia feroz sea atada en la parte por donde el pueblo tiene un camino; y, por ello, sea que ella misma le haya hecho un daño a alguien, sea que se lo haya hecho otro a causa de ella, según la gravedad del daño se da una acción por vía extraordinaria contra el dueño o el custodio, máxime si por ello murió un hombre”.

²⁶⁷ Constituyen igualmente “fuente de derecho romano” (Gai. 1.6; I.1.2.7). Se hipotiza que Juliano redactó en modo definitivo el edicto, lo que explicaría los comentarios orgánicos de Gayo, Ulpiano y Paulo. Impallomeni, *Edictum aedilitium curulium, Novissimo digesto italiano*, t. VI, p. 373. Rodríguez-Ennes, *Estudio, cit.*, p. 20.

Ha existido sí discusión en la romanística acerca de su pertenencia al *ius honorarium*, como señalan expresamente los textos justinianos (I.1.2.7), o al *ius civile*. Volterra, en dos trabajos sucesivos, y fundado en la hipótesis de Nallino acerca del por qué el Libro sirio-romano de derecho contiene sólo *ius civile* y *ius novum*, concluye que en un inicio los edictos edilicios pertenecían al *ius civilis* y que habrían sido los justinianos quienes habrían modificado su naturaleza. Véase Volterra, Edoardo, *Intorno all’editto degli edili curuli*, Scritti della Facoltà giuridica di Bologna in onore di U. Borsi, 1955, pp. 1 y ss; y del mismo autor, “Ancora sull’editto degli edili curuli”, *IURA*, núm. 7, 1956, pp. 141 y siguientes. Contra la tesis de Volterra, Guarino, Antonio, en *L’editto edilizio e il diritto onorario*, Labeo 1, 1955, pp. 295 y ss.; y en *Ancora sull’editto edilizio*, Labeo 2, 1956, pp. 352 y ss. Asimismo, Pezzana, Aldo, “Recesione a Impallomeni y a Volterra”, *IURA*, núm. 7, 1956, pp. 249 y ss., es especial pp. 254-260. Síntesis de los argumentos de la polémica, sin pronunciarse, en Rodríguez-Ennes, *Estudio, cit.*, pp. 20-22. Impallomeni, que estudió en profundidad el edicto, no trata de forma directa el problema pero a partir de pp. 109 y ss. *L’editto degli Edili Curuli*, se refiere al problema de la *iurisdictio* y el *imperium* respecto a los ediles curules, habiendo gozado del primero y no del segundo (p. 118) según el autor, lo que les habría permitido crear derecho honorario. Con ello indirectamente se pronuncia sobre la cuestión.

²⁶⁸ Cicerón, *De legibus*, 3,3,7. Los autores le niegan al edil haber gozado de *imperium*, pero le reconocen *iurisdictio* de modo que en la época clásica se pudieron desarrollar ante ellos procesos formularios, dentro del ámbito de sus limitadas competencias. Pugliese, Giovanni, *Il processo civile romano*, t. II, *Il processo formulare*, t. I, Giuffrè, Milán, 1963, p. 107.

²⁶⁹ Rodríguez-Ennes plantea que debe aplicar por analogía el edicto *de effusis vel deiectis*, ante la falta de información acerca del *de feris*. *Estudio, cit.* p. 23. Paricio está de acuerdo en que el régimen puede ser reconstruido con bastante aproximación por analogía del edicto *de*

históricos acerca de la incorporación de animales feroces a la ciudad de Roma.²⁷⁰ Precisamente, es la multiplicación de la tenencia de estas bestias y la frecuencia de actividades con ellas lo que debió haber generado accidentes y daños corporales, llevando a la necesidad de reglamentar la responsabilidad asociada.

Ahora bien, los transcritos pasajes permiten desde conocer de cerca el contenido del edicto, pero no afirmar con certeza sus términos exactos, no obstante las reconstrucciones ofrecidas por la romanística.²⁷¹ Por lo mismo, son múltiples las discusiones existentes sobre los *verba edicti*.

effusis vel deiectis. Recensión a Rodríguez-Ennes, Estudio sobre el Edictum de Feris, Seminarios Complutenses, Supl. 1992 y 1993, p. 121.

Ciertamente es indiscutible la identidad de estructura que habrían tenido el edicto *de feris* y el edicto *de effusis*. La duda sin embargo es ¿cuál fue dictado primero?; ¿cuál fue modelado sobre la base del otro? Casavola sostuvo que el *de feris* es posterior al *de effusis vel deiectis*, y por tanto modelado sobre éste, fundando su opinión en un dato objetivo, como es la diferencia en el monto de las penas aplicadas por uno y otro edicto en caso de muerte de un hombre libre: la pena mayor debería ser posterior. Casavola, Franco, *Studi sulle azioni popolari romane*, Nápoles, 1958, p. 20, nota núm. 55, y en especial p. 161. En el mismo sentido, Paricio, Javier, *Estudio sobre...*, cit., 1986, p. 79. En contrario, Rodríguez-Ennes, quien basa su postura por una parte, en el lenguaje del edicto *de feris* (siguiendo en el punto a Kaser), que sería más antiguo que el del pretor; por otra, contrariamente a Casavola, dado que las hipótesis de daño son las mismas, parecería más lógico derivar una menor responsabilidad del *habitor* que respecto del que conduce animales fieros por calles transitadas. *Estudio...*, cit., p. 27. Impallomeni (también basado en Kaser) ha expresado que podría ser más antiguo el edicto *de feris* por el lenguaje, pero advierte que a veces los ediles recurrieron a expresiones arcaicas, siendo inseguro el argumento. *L'Editto degli Edili Curili*, cit., p. 108.

²⁷⁰ La mayoría de los animales citados en D.21.1.40.1 fueron incorporados por los romanos en la medida que éstos conquistaron territorios, en especial africanos. De esta manera, desde fines de la República en adelante tuvieron lugar exhibiciones zoológicas, venationes, diversiones con duelos entre animales de diversas especies, juegos fúnebres, juegos en general, etcétera con fieras.

De ahí que algunos, más genéricamente, hipotizan el origen republicano del edicto *de feris* en el entendimiento que podría haber sido dictado inmediatamente después de las guerras con Aníbal, terminadas en el 202 a. C. con la batalla de Zama, lo que permitió acceso a animales africanos y a su libre transporte hacia la península itálica, generándose la necesidad de adoptar providencias relativas a la seguridad de los viandantes. En ese sentido Ragoni, *op. cit.*, p. 4, quien se basa en dato entregado por Onida, Pietro Paolo, en *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Turín, 2002, p. 238; repetido en otro trabajo del mismo autor, "Il guinzaglio e la museruola: animali, umani e non, alle origini di un obbligo", *Rivista Internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana, Diritto@Storia*, núm. 3, 2004, p. 15, véase <http://www.dirittoestoria.it/3/Lavori-in-Corso/Contributi/Contributi-web/Onida%20-%20Il%20guinzaglio.htm>. Rodríguez-Ennes punta precisamente que tras la victoria de Zama, se extendió la costumbre de celebrar *venationes* o caza de fieras.

²⁷¹ En este sentido, según la reconstrucción de Lenel, la fórmula del edicto habría sido: "*Deinde aiunt aediles: ne quis canem, verrem [vel minorem], aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem, qua*

Entre las principales dudas, existen fundadas sospechas sobre D.21.1.41, tanto en cuanto a su no *clasicidad*, como asimismo en cuanto a su contenido mismo. La autenticidad del pasaje se cuestiona básicamente por la presencia en el inicio *et generaliter*, dejando en evidencia que se trata de un pasaje insertado por los compiladores, y porque la generalidad del texto contrastaría con el listado particularizado de D.21.1.40.1 e I. 4.9.1. Sin embargo, una cosa es que los compiladores justinianos, a fin de intercalar el pasaje de Paulo entre los textos ulpianos, introdujeran de forma efectiva *et generaliter* de manera de darle al pasaje pauliano continuidad con el precedente de Ulpiano;²⁷² pero otra distinta es, a partir de *et generaliter*, restar autenticidad a todo el pasaje. Me parece bastante más verosímil lo primero que lo segundo, siendo probablemente el pasaje clásico.²⁷³

En cuanto al contenido, no hay claridad acerca de si el pasaje de Paulo, sólo es un comentario al edicto edilicio, o bien una reproducción de los *verba edicti*. La mayoría de la romanística, reconociendo incluso su clasicidad, ha excluido esta última posibilidad,²⁷⁴ lo que no es menor, porque incide en el alcance de la disposición *aedilitia*: si se incluye, se debe entender que sólo regulaba el modo de tener estos animales, sin referencia al lugar; si se excluye, regulaba el modo de tener estos animales sólo en lugares donde habitualmente se transita. En lo personal, me parece más verosímil que el texto de D.21.1.41 no haya formado parte del edicto, y que la disposición sólo sancionara los daños causados por fieras por donde de forma regular se

volgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit. Si aduersus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, sestertiorum ducentorum milium, si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum iudici uidebitur, condemnentur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumue sit, dupli”, EP³, núm. 295, p. 566.

²⁷² Los compiladores habrían advertido la amplitud del comentario de Paulo, quien no se refería a determinados animales feroces, sino a “cualquier otro animal, que hiciera daño” (*aliunde, quod noceret, animal*), por lo que lo tomaron, a efectos de que quedara clara la extensión de la protección edictal a cualquier animal feroz que pudiese dañar, y lo intercalaron de la manera que lo conocemos, agregándole al inicio *et generaliter* para generar la unión señalada del discurso.

²⁷³ En este sentido, Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, cit., p. 55, y el mismo autor en *Estudio...*, cit., p. 30. Lenel, EP, núm. 295, p. 566, nota 8, que luego de la sospecha parece concluir que es clásico el pasaje.

²⁷⁴ Nótese en la reconstrucción de Lenel cit. en nota núm. 265, que después de *leonem* no inserta el autor palabras de D.21.1.41, pasaje al cual alude mediante nota. EP, núm. 295, p. 566, nota 8. A ella se refiere Paricio cuando señala: En este punto los compiladores intercalaron un fragmento de Paul. 2 ad ed. ed. curul., D. 21.1.41 donde el jurista extiende el contenido del edicto a cualquier animal que pueda dañar. Desde esa extensión jurisprudencial se podría producir concurrencia entre la *actio de feris* y la *actio de pauperie*. *Estudio sobre las “acciones in bonum et aequum conceptae”*, Milán, 1986, p. 79, nota núm. 120. Paricio, Javier, *Notas sobre el edictum de sumptibus funerum*, en *Studi Senesi* 97, 1985, p. 459.

hiciera camino (D.21.1.42),²⁷⁵ teniendo el edicto como objetivo general sólo la seguridad vial.²⁷⁶ Además, una disposición restringida con esta finalidad

²⁷⁵ La interpretación citada de Rodríguez-Ennes, sintetiza a mi juicio correctamente la prohibición que consagraba el edicto *de feris* (*Delimitación conceptual, cit.*, p. 58; *Estudio, cit.*, p. 34).

La conclusión es confirmada además por las fuentes. En I.4.9.1 se acoge la prohibición de tener animales peligrosos pero sólo respecto de donde comúnmente se hace camino, sin ninguna referencia a la tenencia general ya sea sueltos o atados; si no hay aplicación extensiva, es porque los *verba edicti* no la contenían. Luego, en PS I.15.2, se refería a la disposición edictal precisamente en los términos restringidos señalados: “*feram bestiam in ea parte, qua populo iter est, colligari praetor prohibet*” (“el pretor prohíbe que una bestia feroz sea atada en la parte por donde el pueblo tiene un camino”). Es cierto que la prohibición edictal en sí cambia un tanto en este texto, pues afirma que lo no permitido habría sido “*colligari*” a la bestia en vez de no llevarla suelta o sin las ataduras que su ferocidad requerían. Mas, en lo que nos interesa, mantiene la aplicación restringida de la disposición a un lugar concreto, como es el lugar por donde las personas transitan de forma habitual. Por último, en materia de *actio de pauperie*, encontramos un texto de Ulpiano según el cual si un oso escapaba (animal incluido en D.21.1.40.1 como fiera), no se podía demandar al dueño por los daños que causara, pues con su huida la relación de propiedad se extinguía (D.9.1.1.10). Es difícil pensar que el edicto hubiese establecido una suerte de prohibición general de no tener fieras sin las correspondientes medidas de custodia adecuadas, con independencia del lugar, de manera que en caso de sobrepasar el animal las seguridades dispuestas, respondiese el tenedor por los daños que al paso las fieras hubiesen causado, si en definitiva la relación jurídica con éstas desaparecía al momento mismo de la huida (los animales salvajes eran *res nullius*, que en caso de recobrar su libertad natural, podían ser capturadas y tomadas en propiedad por cualquier persona).

Lo contrario habría significado generar una alteración de fondo a los principios del *ius civilis*, lo cual es impensado al menos a través de una prohibición edilicia.

²⁷⁶ Si se aceptara que D.21.1.41 formaba parte del edicto, significaría que éste reguló además genéricamente “el modo de tener animales feroces”, con independencia del lugar: atados o sueltos, pero en todo caso sujetos de modo que no causen daño. O sea, se habrían fijado las condiciones de la tenencia, dejando al arbitrio de cada tenedor de este tipo de animales las medidas a implementar conforme al animal y circunstancias en que lo tenía. Mas, cualesquiera que fuesen tales medidas, debían ser las suficientes como para que el animal no causase daño alguno.

Una tal interpretación de D.21.1.41, amplia y aislada de los otros pasajes, llevaría de forma inevitable a la absorción del texto de D.21.1.42 en él. Es decir, si en general se debían “tener” los animales feroces custodiados de tal manera de que no causaran daño, sea en lugares por donde de forma habitual pasan personas, sea en otros distintos, la alusión al “*qua vulgo iter fiet, ita habuisse veli*” en D.21.1.42 habría estado de más. Bastaba la genérica disposición de D.21.1.41, sin necesidad de efectuar algunas precisiones o de dar ejemplos de aplicación de la disposición.

A modo de ilustración de los resultados interpretativos, Guzmán afirmó que el edicto “prohibía tener animales bravíos... ya sueltos, ya atados o en lugares de tránsito público”. *La responsabilidad objetiva, cit.*, p. 180. La tenencia puede entonces no ser en lugares públicos. En cambio, Rodríguez-Ennes sostiene que en la disposición edilicia “se prohíbe tener animales peligrosos en los lugares de paso público —*qua vulgo iter-*

estaría más acorde con las competencias de los ediles curules, quienes tenían a su cargo precisamente el orden y la seguridad pública en la ciudad (*cura urbis*), lo que decía relación con los caminos y lugares públicos.²⁷⁷

Otra de las dudas relevantes dice relación con la enumeración que el edicto habría hecho de los animales que quedaban bajo su regulación, según los textos supérstites: “*canem, verrem, vel [minorem]*²⁷⁸ *aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem*”. Una posibilidad es que efectivamente el edicto utilizara como fórmula la indicación precisa de los animales considerados peligrosos, correspondiendo el elenco que nos ha llegado al listado original, o al menos, luego de las agregaciones que con el tiempo se hicieron.²⁷⁹ La otra posibilidad, en la cual concuerda la mayoría de la doctrina, es que la enumeración no haya tenido un carácter taxativo.²⁸⁰ La cuestión importa para la aplicación o no del edicto:²⁸¹ si el daño fue causado por un animal excluido, no

fiet— tanto que estén sueltos como atados sino pudiesen ser sujetos de modo que no causen daño”. *Delimitación conceptual, cit.*, pp. 57 y 58. El lugar de la tenencia, para que se aplique el edicto, es restringido. La conclusión es distinta sólo porque el primer autor incluye en su explicación el contenido de D.21.1.41; el segundo lo excluye, entendiendo que el texto no formaba parte del edicto.

²⁷⁷ Impallomeni, *L'editto degli edili curuli, cit.*, p. 122.

²⁷⁸ Existen dificultades puntuales de la enumeración, entre las que destaca en D.21.1.40.1 la alusión a *vel minorem aprum*. La tendencia doctrinaria es negar autenticidad a “*minorem*” y entender que en realidad se refería a “*maialem*”. Rodríguez-Ennes, *Estudio, cit.*, p. 30; del mismo autor, *Delimitación conceptual, cit.*, pp. 54 y 55.

El fundamento de la crítica se encuentra en que hablar de “pequeño jabalí” tiene poco sentido al interior de la frase. En el resto del texto, no se efectúan distinciones sobre la medida de los citados animales; no hay separación entre los pequeños y los grandes. La no diferenciación sería lo lógico, pues la medida no se advierte como elemento que modifique la peligrosidad de los animales. Esta última más bien está vinculada a la naturaleza de las bestias. De modo que si se acepta que el texto original decía *vel minorem aprum*, la consecuencia no es sólo formal, sino que además se admitiría, junto a la peligrosidad de los animales, un segundo criterio, aplicado particularmente a los jabalíes.

²⁷⁹ Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 132. La lista se habría ido engrosando en el tiempo, ídem, p. 147, nota 80.

²⁸⁰ Así, Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, pp. 61 y 62; también en *Estudio, cit.*, p. 37; Ragoni, *op. cit.*, p. 21.

La conclusión mayoritaria parece lo más verosímil, pues de lo contrario no se explicaría el por qué en I. 4.9.1 la serie de animales es más breve, ya que falta el lobo y la pantera, y no parece que se trató de una decisión de fondo el recorte, de manera de alterar la figura delictual en comentario, sino sólo de una cuestión de economía (los ejemplos daban cuenta ya suficientemente del sentido de la providencia). Véase discusión en Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, p. 57.

²⁸¹ La preferencia por esta segunda alternativa exige la presencia de uno o más criterios según los cuales un animal debía o no quedar afecto a las disposiciones del edicto. Podría dar alguna luz sobre un criterio aplicado D.9.1.1.10, cuando afirma que a las *bestiae* no les resultaba aplicable la *actio de pauperie*, en razón de su *naturalis feritas*. De esta

era posible la punición del tenedor del animal por esta vía. Sin embargo, no incide la polémica en la naturaleza de la responsabilidad nacida de un hecho que sí fuera subsumible en la disposición edilicia.

Finalmente, es discutible también que el pasaje de D.21.1.42 reproduzca los *verba edicti*, aunque sí su contenido.²⁸² Desde esta perspectiva, sabemos al menos que el edicto *de feris* presentaba tres hipótesis diversas de daños, aplicando a cada una de ellas sanciones diferentes. Por lo mismo, podríamos hablar de tres acciones distintas en vez de una sola acción²⁸³ por daño, según la naturaleza del detrimento: acción “*si homo liber perisse*”, acción “*si homo liber nocitum esse*” y acción “*si ceteri res damnati esse*”. Destaco la inclusión de muerte o lesión de hombre libre, que ni la *actio de pauperie* ni la *lex Aquilia* comprendían, y la circunstancia que el resultado de muerte imposibilitaba la deducción de la acción por el afectado de forma directa, motivo por el cual la acción debía ser popular. Dado que la similitud de estructura ya advertida con el edicto *de effusis*, y los mayores antecedentes sobre éste, me remito en estos puntos al capítulo cuarto, romano I.²⁸⁴

2. Naturaleza del criterio de atribución de responsabilidad

De las figuras estudiadas en esta obra, el edicto *de feris* es el que presenta mayores dificultades para poder concluir con certeza el criterio de atribución de la responsabilidad que contenía, así como su naturaleza, en virtud de la información que nos ha llegado sobre el mismo.

manera, el criterio suponía una bestia, de carácter feroz o no feroz, pero que esta última condición fuese natural y no derivada de la intervención humana. En otras palabras, que la bestia actuase *secundum naturam*. Pero también se podría pensar en una solución ecléctica. El edicto contemplaba una enumeración, la cual resultó ser insuficiente ante la aparición de nuevas especies traídas a Roma. Los *verba edicti* resultaron estrechos, así como lo sería cualquier nuevo elenco. Los juristas entonces adoptaron el camino de la formulación de un criterio, pudiendo D.9.1.1.10 ser un reflejo de la búsqueda de éste.

²⁸² Paricio pone en dudas que la segunda parte de D.21.1.42 constituya una transcripción literal, sin perjuicio de dar cuenta, a través del comentario de Ulpiano, del contenido que tenía el edicto. El uso de *bonum* de hecho lo considera más bien lenguaje del jurista. *Estudio sobre, cit.*, pp. 19 y 20.

²⁸³ Nótese que D.21.1.42 como los pasajes precedentes no hablan de “acción” en momento alguno. Mas, la alusión a “*quanti bonum aequum iudici videbitur*”, y la consecuen- cial intervención de un juez, deja entrever que no podría haber tenido lugar la aplica- ción de las sanciones prescritas sino mediante el sistema de las acciones vigente en época republicana.

²⁸⁴ Nótese allí en particular la similitud de las expresiones de D.9.3.1 de las cuales Giménez-Candela toma las denominaciones para el edicto *de effusis* con las de D.21.1.42: “*homo liber ex ea re perierit...*”, “*si nocitum homini libero esse dicitur...*”, “*ceterarum rerum, quanti dam- num datum factumve...*”.

Sobre el particular, I.4.9.1 expresamente dice “*dominus condemnnetur*”, con lo que parecería claro que el edicto aplicaba el mismo criterio de atribución de responsabilidad que la *actio de pauperie*. Sin embargo, D.21.1.42 no contiene dicha frase, y por ende, ninguna alusión al dominio como el criterio que determinaba al sujeto pasivo de las acciones que concedía. En cambio, el pasaje ulpiano recurre a la expresión “*si adversus ea factum erit*” (si contra esto se hubiere obrado) para identificar a la persona sobre la cual debía recaer las penas que indicaba, la cual es replicada por I.4.9.1. De esta manera, la fuente ulpiana y la fuente justiniana, coinciden en que se condenará al que hubiere contravenido, con resultado de muerte o lesión de un hombre libre, o daños materiales a un tercero.

Conforme lo anterior, el edicto *de feris* presenta una diferencia importante con la *actio de pauperie*, en cuanto a que el legitimado pasivo de la acción y punición era un “contraventor”, que podía o no ser el propietario del animal. Luego, es necesario determinar lo ordenado por los ediles curules, cuya contravención se sancionaba.

En este sentido, los pasajes de D.21.1.40.1 y D.21.1.42 entregan un requisito cierto del tipo: “tenencia” de fieras (*canem, verrem [vel minorem], aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem*) por donde de forma regular se hiciera camino (“*qua volgo iter fiet*”). Mas, no resulta claro si el edicto mandaba que “nadie tenga”, o bien que “nadie quisiese tener”. La diferencia es importante porque en el primer caso, lo sancionado es la tenencia en sí, resultando infractor “el que tenga”; en cambio, en el segundo caso, lo sancionado es la decisión voluntaria de tener, resultando infractor no el que de forma material tiene, sino el que decidió y tuvo por sí, o decidiendo, tuvo a través de otro. La duda se genera por la presencia de las expresiones “*ne quis*” en D.21.1.40.1 y “*habuisse velit*” en D.21.1.42.

El inconveniente queda a la vista en las mismas traducciones de los pasajes. Si estamos a la de García del Corral, observamos que “*ne quis*” la traduce como “nadie tenga” para darle sentido al texto individual, no obstante el verbo “tener” no figura; de lo contrario no quedaría claro qué es lo que le ordena a “nadie”. Luego, si se unen los dos pasajes (como lo hace Lenel en su reconstrucción), el sentido del texto sería: “nadie tenga” fieras “o (quisiera tenerlas) por donde vulgarmente se hiciera camino...”. Otros han preferido omitir traducir “*habuisse velit*” en D.21.1.42, incorporando (como García del Corral) “tenga” (aunque no figure expresamente) en la traducción de D.21.1.40.1, con lo cual el edicto habría ordenado simplemente “nadie tenga” fieras “...por donde vulgarmente se hiciera camino”.²⁸⁵

²⁸⁵ Es el caso de d’Ors, Álvaro y otros, *El digesto de Justiniano, cit.*, y de Vignali, Giovanni, *Corpo del diritto*, Achille Morelli editori, Nápoles, 1857.

Si bien se entiende la omisión en la traducción de la expresión “*habuisse vellet*” en D.21.1.42 con la finalidad de hilar el discurso con el texto de D.21.1.40.1, se podría estar alterando gravemente el contenido del mandato de los ediles curules. La inserción del verbo “*velle*” en el pasaje ulpiano de D.21.1.42 pareciera que busca dar a entender que la “tenencia” de la fiera en la vía pública debía derivar de una decisión voluntaria, esto es libre, y no producto de una orden u otra fuerza externa que lo hubiese forzado a tal situación. Esta línea interpretativa sería ratificada por la *interpretatio* de Paulo en PS I.15.2, según la cual el edicto concedía la acción contra el dueño “*si hoc praecepit*” (si ordenó esto) o contra su custodio.

Según Paulo, la disposición *aedilitia* sólo se podía aplicar primeramente al *dominus*, si éste había dado la orden de conducir a la fiera a un lugar de tránsito habitual de personas, no obstante no se encontrara personalmente en la tenencia del animal al instante de las acciones dañosas de la fiera. Al *dominus* se le atribuían entonces los perjuicios no por el hecho de “tener” a la bestia feroz en el puesto señalado por el edicto, sino haber dado la instrucción de pasear a la fiera, trasladarla o simplemente exhibirla allí. Si el animal fiero se encontraba en el paraje donde acaecieron los daños, era porque el *dominus* así lo había dispuesto.

Por otra parte, el mismo Paulo, dejando en claro que el criterio de imputación no es la calidad de dueño, señalaba que el sujeto pasivo podía ser también el *custos*. A su respecto, se debe decir que no ha sido fácil la precisión del sentido y alcance de *custodia* en derecho romano, lo que necesariamente repercute en el sujeto que la ejerce (el custodio). Entre otras, recurrieron los jurisprudentes a “custodia” en materia de ocupación de animales salvajes, fijando como regla que se adquiría el dominio de éstos una vez cogidos, gozándose del mismo mientras fuesen retenidos bajo la custodia del ocupante; se perdía dicho dominio cuando escapaban de esta custodia (D.41.1.3.2; Gai.2.67; L.2.1.12). Guzmán, comentando D.42.2.3.13 y 15, y en lo que me parece una buena síntesis para estos efectos, señala que la custodia de muebles es la “posibilidad no impedida de *possessio naturalis*”.²⁸⁶ De esta manera, la custodia es una modalidad de tenencia, consistente en que no se acaba ésta aun cuando se haya perdido de forma temporal el contacto físico directo con la cosa, si el tenedor mantiene el poder de entrar en la posesión natural de ella sin inconvenientes que lo impidan en definitiva.²⁸⁷ El dominio adquirido por ocupación de animales salvajes, dependía por tanto de la custodia, pues se extinguía aquél si ya no existía el citado poder, caso en el cual el animal había recobrado su libertad natural.

²⁸⁶ *La responsabilidad objetiva por custodia, cit.*, p. 182.

²⁸⁷ *Ibidem*, nota 13.

En el pasaje de PS I.15.2, dominio y custodia se contraponen, en cuanto no se refiere Paulo a la *custodia* como criterio decisorio entre existencia de propiedad o extinción de la misma, sino a la sustancia del concepto: poder sobre la cosa que permite entrar en la posesión natural de la bestia sin impedimentos. El *custodio* por tanto, en la explicación del jurista, habría sido un sujeto meramente tenedor de la fiera, pero sin la exigencia que estuviera en contacto material con ella. Podía entonces, como el dueño, haber ordenado (no importa el motivo) que llevaran al animal feroz a un lugar público, y si causaba alguno de los daños descritos en el edicto, se le condenara en los términos de éste. Luego, la pena se aplicaba al *custodio*, y no al detentador material y ocasional de la fiera, que la portó a aquel paraje por una decisión voluntaria del *custodio*, y se encontraba con ella en el momento en que se producían los daños. *Custodio* y detentador (o tenedor ocasional) resultan términos diferentes para la aplicación del edicto, pues el primero, junto al *dominus*, resultaban ser los sujetos pasivos de la acción y no quien sólo tenía al animal cuando causó los perjuicios.²⁸⁸

De esta manera, conforme D.21.1.42 y PS I.15.2, podría haber concurrido en el caso particular un “tenedor” (que no era ni el propietario ni el *custodio*) que “no quiso” tener la fiera en las circunstancias enunciadas por los ediles curules (no concurre voluntad propia), habiendo sido sólo instruido en tal sentido, liberándose por tanto de responsabilidad; o bien un *dominus* o un *custos*, sin la tenencia material de la fiera, pero que “quiso” que la fiera fuese conducida al paraje de tránsito habitual de personas.

De todo lo anterior se desprendería que el criterio determinante para atribuir la responsabilidad en el edicto *de feris* para establecer quien tenía o no a la fiera, era la existencia de una voluntad o ánimo dirigido a la conducción de una fiera por donde por lo regular se hiciere camino, de modo que pudiera causar perjuicio o producir daño a alguien, con independencia de la tenencia material efectiva. No se habría estado al elemento objetivo “tenencia” sino al elemento subjetivo “decisión”.

Que el edicto *de feris* en vez de ordenar “nadie tenga”, hubiese ordenado “nadie decida tener” o “nadie quiera tener”, podría explicar que en I.4.9.1 se confundiera el criterio de atribución con el de la *actio de pauperie* pues, además de ambas figuras ser coincidentes en que el daño era causado por un animal, lo habitual probablemente haya sido que fuese el propietario quien decidiera tener a la fiera en la vía pública (con independencia de los motivos para ello).

²⁸⁸ La conclusión debiera ser distinta entonces a la propuesta por autores como Rodríguez-Ennes, quien afirma que “responde única y exclusivamente el *detentador* del animal peligroso causante del daño”, *Delimitación conceptual*, cit., p. 72; *Estudio*, cit., p. 49.

Ahora bien, lo ordenado por los ediles curules no era sólo “querer tener” en el lugar de tránsito habitual de personas, sino que se quisiere tener “de modo que” (*ita*) pudieran causar perjuicio o producir daño a alguien. El punto no es menor porque este “*ita*”, que lo más seguro es que estaba presente en el texto *aedilium*, aparentemente habría determinado las condiciones en que se podía tener una fiera en los parajes descritos por el edicto, y las condiciones en que no se podía, siendo la contravención de esto último lo fundamentalmente sancionado por la providencia edilicia. El lugar sólo constituía un elemento de hecho de la hipótesis.

La cuestión del “modo” se encuentra directamente relacionada con el comentario de Paulo en D.21.1.41,²⁸⁹ que no habría formado parte de los *verba edicti*, pero sí los interpretaba. En particular, explicaba el citado “*ita*”, y lo hacía en términos tales que pareciera dar a entender la imposición de un deber de diligencia.

Efectivamente, afirmar que no se quisieran tener en general animales feroces en lugares de tránsito habitual de personas, “suelos o atados, sino pudiesen ser sujetos de modo que no causen daño”, según se lee en el pasaje pauliano, podría conllevar a este entendimiento de la disposición edictal: si el animal no se puede sujetar de manera que no cause daño, entonces debía ser atado. Si lo llevamos a un nivel abstracto, el edicto habría tratado de impedir que se llevaran las fieras a lugares como los indicados, sin tomar las medidas de seguridad que las circunstancias ameritaban para que los animales no provocaran daños a los transeúntes²⁹⁰ o si la ferocidad del animal podía superar las medidas de seguridad dispuestas.

Cuál era el modo o las condiciones o la debida diligencia (como se quiera expresar) para llevar a una fiera a un lugar de tránsito habitual de personas, era lo que le habría correspondido evaluar a quien *habuisse velit*. Los ediles no establecieron al respecto indicaciones particulares, esto es, no dictaron lo que hoy sería un reglamento de seguridad con las precisas medidas que se debían adoptar. Sólo señalaron que “el modo” debía ser tal de que no provocase daños la fiera, dejando en manos de quien quisiera tener animales feroces en lugares de tránsito habitual de personas la concretización de dicho “modo” o de las medidas de seguridad.

²⁸⁹ Rodríguez-Ennes precisamente afirma: “según se infiere de D. 21,1,41, el daño se debe atribuir a un defecto de vigilancia del cuidador del animal al no poder *contineri vinculis, quo minus damnus inferantur*”. *Estudio, cit.*, p. 49.

²⁹⁰ Así lee el edicto Giangrieco Pessi, quien afirma que en la primera parte de la disposición “*vi è un precetto a portata generale, che impone ai proprietari di animali considerati pericolosi... di osservare quelle precauzioni necessarie... perché il passante non ne possa avere nocumento*”. *op. cit.*, p. 147. En igual sentido, Onida, *Studi sulla condizione, cit.*, p. 236, nota 48; Impallomeni, *L'editto degli edili curuli, cit.*, p. 87.

Conforme a lo dicho hasta acá, el edicto habría ordenado que ningún sujeto (nadie) quisiera tener fieras, personalmente o a través de otro, por donde vulgarmente se hiciera camino, de modo que causen daños. Por tanto, el que actuase en contra de esta disposición (*si adversus ea factum erit*), era el legitimado pasivo de la acción y sufría la pena correspondiente.

A lo expresado se suma la consideración del lugar (donde vulgarmente se hiciera camino), como elemento para el análisis de la contravención o no a lo dispuesto por los ediles. Se recuerda en este sentido el texto de I.4.3.4 (en relación con D.9.2.9.4), el cual sintetiza el caso del militar que se ejercitaba en el lanzamiento de flechas, matando a un esclavo ajeno que pasaba: si lo hacía en el lugar en especial destinado a estos efectos, no había culpa de su parte; si lo hacía en otro cualquiera, habría ejecutado una acción imprudente. Desde esta óptica, el edicto simplemente podría haber explicitado lo reprochable que es querer tener animales feroces en lugares por donde transitan habitualmente personas, dado el riesgo intrínseco que ello conlleva de que causasen daños, en especial a hombres libres, puniendo tal conducta.

Así las cosas, pareciera entonces que a la base de la responsabilidad del tenedor del animal, en definitiva lo que encontramos es una responsabilidad de naturaleza subjetiva. Por una parte, el tipo penal habría exigido una decisión voluntaria del demandado de portear o mandar a portear la fiera a un lugar donde existe el riesgo de que cause daño a las personas que transiten o se encuentren en el lugar, así como a sus bienes; y por otra parte, tomada la decisión, tenía en cuenta una subvaloración del peligro (una imprudencia o temeridad), al no haber ejecutado las medidas de seguridad exigibles de acuerdo a la especie de animal en cuestión y sus comportamientos habituales, conforme el paraje donde era llevado. Es decir, estaríamos al parecer frente a un tipo penal donde se valoraba la conducta del demandado, tanto desde un punto de vista volitivo como material (omisión de los debidos actos de custodia) considerándola reprochable frente al daño producido y, por ende, en vocabulario moderno, culpable.

Incluso más, conforme a PS.I.15.3,²⁹¹ si un tercero o la víctima instigaban a la fiera, no se daba acción ni contra el dueño ni contra el custodio. Agrega la *interpretatio* del pasaje, que no se podía “imputar” el daño que se causara a aquéllos, porque se entendía que el ataque se había producido por culpa del instigador. En términos modernos, la culpa de la víctima o la culpa de un tercero, eximían de responsabilidad al tenedor de la fiera.

²⁹¹ “Al que, por instigación propia, haya provocado una bestia feroz o cualquier otro cuadrúpedo contra sí, y éste haya causado daño, no se da acción, ni contra su dueño ni contra el custodio”.

El texto pauliano citado, no hacía sino reiterar y aplicar al edicto *de feris*, un principio ya expresado por Próculo (citado por Ulpiano) en materia de *lex Aquilia* (D.9.2.5.11), a propósito de un perro azuzado (animal que era citado por el edicto *aedilicio*): “*qui canem irritaverat*” (incluso en PS.I.15.3 se usa también el mismo verbo *irritare*). Por lo mismo, se podría concluir que si hubo aplicación de un principio cuya génesis estuvo en la responsabilidad por culpa, es porque los juristas advirtieron que el mismo tipo de responsabilidad tenía lugar a propósito del edicto *de feris*.

En la romanística encontramos algunos autores que precisamente se han pronunciado en el sentido anotado en las líneas anteriores, entendiendo que las fuentes dan cuenta de una hipótesis de responsabilidad subjetiva,²⁹² y no de responsabilidad objetiva, que sería la razón de su estudio en este trabajo.

A la misma conclusión se podría llegar desde una óptica distinta, como es la de entender que el edicto *de feris* constituyó una norma de policía a la época²⁹³ y que en este contexto, prohibía sencillamente querer tener animales considerados peligrosos en la vía pública.²⁹⁴ Hay varios antecedentes en este sentido. Desde luego, el criterio para atribuir responsabilidad: el que contraviniese (*si adversus ea factum erit*). Pero además, las *Pauli Sententiae* señalan en I.15.2 que “*praetor prohibet*”²⁹⁵ y en su interpretación el autor insiste en que “*fera bestia in ea parte, qua populi transeunt vel frequentant, ligari vel custodiri prohibetur*”. Finalmente, las *Institutiones* justinianeas así lo da a entender: “*aedilicio edicto prohiberi*” (I.4.9.1). Con todo lo anterior, ¿qué duda podría caber que el edicto sancionaba simplemente al infractor?; ¿qué duda cabría que se trató de una *culpa contra legem*?

Me parece que no se puede descartar del todo esta posibilidad, o bien que la evolución de la figura pudo llevar a dicho entendimiento. Sin embar-

²⁹² En este sentido, Rodríguez-Ennes afirma que el tipo está compuesto por un elemento subjetivo o intencional, ya que “según se infiere de D. 21.1.41 el daño se debe atribuir a un defecto de vigilancia del cuidador del animal al no poder *contineri vinculis, quo minus damnum inferant*”. *Delimitación conceptual*, cit., p. 72. Ragoni expresamente trata el *edictum de feris* bajo el título “Responsabilità per colpa e sicurezza nelle strade”, *op. cit.*, p. 20.

²⁹³ Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, cit., p. 67. Por lo demás, este autor, la compara con la introducida por el edicto de *effusis vel deiectis*.

²⁹⁴ Onida, *Il quinzaglio*, cit., p.15. Asimismo en *Studi sulla condizione*, cit., p. 238, aunque agrega acá “in modo da poter nuocere”. Guzmán Brito, *La responsabilidad objetiva por custodia*, cit., p. 180.

²⁹⁵ Ya se destacó que la frase ha sido intervenida (véase nota 265), al menos en cuanto a la referencia al pretor, tratándose de un edicto edilicio. Giangrieco Pessi, funda la intervención en el haber pasado los pretores a cumplir las funciones de los ediles curules a la época, *op. cit.*, p. 153, nota 94.

go, se habría tratado de una providencia edilicia prohibitiva que ninguna consecuencia producía por su mera infracción (a diferencia de lo que ocurría por ejemplo con el edicto *de positis*).²⁹⁶ Sólo resultaba punible el infractor cuando la contravención tenía como efecto uno de los daños descritos en el mismo edicto. Esta falta de sanción ante su mera infracción, y el contexto histórico, dan pie para una mirada distinta del edicto *de feris*.

En efecto, la tenencia de este tipo de animales era aceptada e incluso bien vista al tiempo de la dictación del edicto. Tener un león o una pante-ra, por ejemplo, no era considerado en sí riesgoso, sino sólo cuando eran llevados a un lugar donde la presencia o paso habitual de personas gatillara una posibilidad cierta de daño.²⁹⁷ El problema entonces radicaba en que admitida su tenencia, ella implicaba el traslado y muchas veces la exhibición pública de las fieras, y por consiguiente la necesaria presencia de este tipo de animales en lugares de tránsito habitual de personas. De esta manera, la cuestión afrontada por los ediles curules habría sido más bien cómo evitar que causaran daños, sin introducir prohibición alguna.²⁹⁸

La fórmula a la cual recurrieron fue la de ordenar que no se tengan fieras en los citados lugares pero sólo “de modo” que puedan producir daño. Así se dejaba abierta la posibilidad a la tenencia de las fieras en lugares de tránsito habitual de personas, pero en condiciones que no produjesen daño. Luego, si las fieras provocaban muerte o lesiones a un hombre libre, o daños en otros bienes, se debían aplicar las penas respectivas.

Desde esta perspectiva, pareciera ser que la solución no fue prohibir, pero sí introducir “penas disuasivas” de negligencias o imprudencias. En este sentido D.21.1.42 informa de una pena ascendente a doscientos sueldos (*solidi ducenti*), que originalmente deben haber sido unos doscientos mil sestercios,²⁹⁹ por la muerte de un hombre libre. Ello significaba una pena

²⁹⁶ Véase *Infra*, capítulo quinto, romano II, núm. 1.

²⁹⁷ La “*actio de feris* descansa en el *factum* propio, notoriamente peligroso de llevar un animal salvaje, fiero por naturaleza, a lugares donde los viadantes pueden sufrir detrimento de su integridad física patrimonial”. Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, cit., pp. 77 y 78.

²⁹⁸ Lo entiende de esta manera Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, cit., p. 58. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 87.

²⁹⁹ La cuestión de determinar la equivalencia original no resulta nada simple. Los compiladores reemplazaron el tipo de moneada original por la circulante a la época. Al respecto Lenel, en su reconstrucción de los Edictos, y efectuando el trabajo contrario, reemplaza “*quingenta Aureorum*” en D.9.3.1 pr, por “*sestertium quinquaginta milium nummorum*” (EP³, §61, p. 173); reemplaza “*solidorum decem*” en D.9.3.5.6 por “*sestertiorum decem milium nummorum*” (EP, §62, p. 174.); y reemplaza “*solidi ducenti*” en D.21.1.42 por “*sestertiorum ducentorum milium*” (EP, §295, p. 566). Entendió así equivalente un Áureo a un Sólido en edad justinianeas, y ambos

cuatro veces superior para la misma hipótesis que la impuesta por el edicto *de effusis vel deiectis*, en circunstancias que para lesiones a un hombre libre o daños en general, las penas eran coincidentes con este edicto.³⁰⁰ Ello dejaría en evidencia que la disposición edilicia pretendió proteger un bien jurídico en particular, como era la vida de los hombres libres.

Para conseguir un objeto como el antes reseñado, resultaba relevante la pena fijada, la cual constituía un desincentivo importante a la conducción de animales peligrosos a lugares públicos o bien, un incentivo para la adopción de medidas que imposibilitaran a las fieras matar a algún transeúnte. En cuanto a esto último, desde un punto de vista económico, forzaba a una mayor “inversión en seguridad”, si las fieras necesariamente se debían trasladar por caminos de tránsito habitual de personas, inversión que tendría un costo menor que la sanción establecida por el edicto para el caso que el animal matase a un hombre libre; o bien, a incurrir en mayores gastos para conducir la fiera por parajes diversos a los caminos habituales, costo aún menor que la pena en la citada hipótesis.

De esta manera, si la fórmula de los ediles no era en realidad de naturaleza prohibitiva, se debiera descartar una responsabilidad del tenedor del animal subjetiva por *culpa contra legem*.

Como señalé, para imponer una condena basada en el edicto en comento, era requisito indispensable, en palabras de D.21.1.42, que un hombre libre “*ex ea re perierit*”, o se dijese que “*nocitum homini libero*”, o “*damnum datum*” a otras cosas. Es decir, si un sujeto actuaba “*adversus ea factum erit*”, teniendo fieras en lugar señalado, sin tomar ningún tipo de precauciones, exponiendo a los viandantes a sufrir la muerte, lesiones o perjuicios materiales, y no tenían lugar daños de ninguna clase, no se aplicaba pena alguna. Por groseras que fuesen a su vez las infracciones al debido cuidado, la negligencia, o la imprudencia, o la desidia en la toma de medidas de seguridad, no había aplicación de pena alguna sin daño. Todo ello deja en evidencia que el edicto de los curules más bien “prohibiva... *provocare dei danni connessi* al comportamiento di un animale pericoloso portato in un luogo inappropriato

a 1.000 sestercios en época republicana. En el mismo sentido, Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 148; Casavola, *Studi, cit.*, p. 160; Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual, cit.*, p. 56 y en *Estudio, cit.*, p. 33.

³⁰⁰ Casavola entiende que la diferencia de penas no está fundada en la mayor gravedad del ilícito, sino en la distancia del tiempo entre uno y otro, la cual siempre sería acompañada de un aumento de la pena. *Studi, cit.*, p. 161. Paricio cree inexplicable desde el punto de vista teórico el fundamento de la diferencia, pues no habría mayor gravedad objetiva del tipo en este ilícito con respecto al consagrado por el edicto *de effusis*. *Estudio sobre, cit.*, pp. 79 y 80.

(come una strada) per la presenza di persone”, como reconoce uno de los autores que propugna una responsabilidad subjetiva.³⁰¹

Estaba “permitida” la conducta (sin perjuicio del desincentivo o incentivo referido en razón de la pena en caso de muerte de hombre libre), pero de causar perjuicios la fiera, se aplicaban las penas respectivas con la sola acreditación del nexa causal entre ellos y la actividad de una fiera en las circunstancias de lugar citadas. Identificado el *dominus* que instruyó el traslado o su tenedor, la acción era acogida sin ninguna otra evaluación, pues el demandado no podía alegar falta de culpa.

La situación es más clara aún si se la contrasta con casos de responsabilidad aquiliana por daños causados con animales fundados en culpa. Así, en el pasaje contenido en D.9.1.1.5, si un perro conducido por un camino se escapaba por su indocilidad y provocaba daño, se debía analizar si el que llevaba al animal reunía o no las aptitudes para tal tarea. Si otro hubiera podido retener al perro, la conducta resultaba reprochable y sancionable mediante *actio legis aquiliae*; de lo contrario, se eximía de responsabilidad y tenía aplicación sólo la *actio de pauperie*, respondiendo el propietario.

En la hipótesis del edicto *de feris* en cambio, el dueño o el custodio de la fiera no podían alegar falta de culpa, no podían alegar que eran peritos para tal menester o que se adoptaron todas las medidas imaginables e inimaginables de seguridad a la época. Eran sin más sancionados con la pena respectiva. Sólo se les admitía la alegación de falta de relación de causalidad entre la tenencia en lugar de paso habitual de personas y los daños por los cuales se les demandaba, como en los casos de culpa de la víctima o el hecho de un tercero. Por tanto, la única forma de evitar el pago de una pena era no llevando a la fiera a un lugar donde concurren transeúntes de forma frecuente, o llevarla y evitar por todos los medios que no produjese ningún daño. En caso contrario, asumían *dominus* y *custos* el riesgo de resultar condenado a la luz del edicto *de feris*. Una responsabilidad en estas condiciones, no puede sino ser calificada de objetiva.

La posible voluntariedad inicial (*habuisse velit*) del legitimado pasivo no cambia de manera alguna las cosas. Es posible que se sancionara al que “quisiera tenerlo”, pero ello constituía un elemento más (subjetivo) de los hechos del tipo, que permitía la atribución de los daños. La decisión de portar la fiera a sitios públicos no era al parecer en sí misma valorada, ni menos considerada una decisión a priori reprochable, pues no se le castigaba, salvo que de ella, objetivamente, derivaran los perjuicios descritos en la providencia edictal. La conducta desplegada por quien *habuisse velit* después

³⁰¹ Ragoni, *op. cit.*, p. 21.

de decidido el traslado del animal hasta el daño, no era tomada en cuenta ni valorada.

Entonces, ni lo “hecho” a favor de la seguridad de los viandantes ni lo “no hecho”, eran materia de prueba en el juicio. Por una parte, al demandado no se le admitía la prueba de todas y cada una de las medidas adoptadas para que el daño no se produjera, a fin de ser eximido de responsabilidad; y por otra, el demandante no debía probar todas y cada una de las acciones u omisiones negligentes, imprudentes, temerarias, etcétera, del demandado para obtener la condena a su favor. Bastaba sólo la prueba del daño, la identificación de quien *habuisse velit* a la fiera en lugar público y la relación de causalidad entre dicho daño la actuación de ésta. Desde esta perspectiva la naturaleza de responsabilidad del que contravino era objetiva.

Se podría afirmar que en vez de objetiva, se trataba de un caso de responsabilidad subjetiva basada en una presunción de culpa: quien decidió tener, había omitido la diligencia debida. Si así hubiese sido, se llegaría al mismo resultado, pues se trataría de una presunción de derecho, al contener un deber de custodia absoluto.³⁰² De acuerdo a los visto, por el sólo evento del daño provocado por la bestia directamente, o por un tercero a consecuencia de ésta (por ejemplo en el tentativo de eludir el ataque de la fiera),³⁰³ quedaba en evidencia la infracción del deber impuesto y la responsabilidad consecuente. El demandado se encontraba en la imposibilidad total de probar la ausencia de culpa de su parte, como habría sido el haber tomado todas y cada una de las medidas de custodia debidas conforme a las circunstancias. Para ser eximido de responsabilidad, según las fuentes vistas, tendría que haber acreditado su falta de legitimación pasiva (no era quien quiso tenerlo en el lugar); o la falta de relación de causalidad, como sería concurrencia de culpa específica de la víctima o del tercero consistente en haber “irritado” a la fiera.³⁰⁴

Estoy de acuerdo en que una presunción como la anterior poco sentido tiene. Entre una presunción de derecho de culpa, y hablar directamente de una responsabilidad basada en un criterio objetivo, sería más claro esto último y más cercano a la realidad. Por lo mismo, se puede perfectamente

³⁰² Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 149 expresamente habla de “presunzione di responsabilità a carico del proprietario dell’animale feroce che lo tiene in cattività a contatto con il pubblico”. Estas expresiones son asimismo citadas, con lo cual entendemos su acuerdo, por Onida, *Studi sulla condizione, cit.*, p. 236.

³⁰³ Justamente en la *interpretatio* de PS I.15.2, se señala expresamente que el daño podía haber sido causado accidentalmente por un tercero, por “terror” a la fiera.

³⁰⁴ En PS.I.15.3 se descarga la responsabilidad en el tercero instigador, no admitiéndose la acción en contra del dueño o custodio.

bajo óptica moderna calificar la responsabilidad originada en el edicto *de feris* como objetiva.

No obstante esta conclusión, que ratifica su inclusión en esta obra, me parece que lo expresado en las líneas anteriores deja de manifiesto que el edicto *de feris* presenta matices que impiden la aplicación absoluta de la distinción actual subjetiva y objetiva. Al respecto, no se puede olvidar un principio importante del derecho romano, como es el de la personalidad de las penas, que influye fuertemente en su configuración e interpretación. En la *actio de pauperie*, el daño era causado por el animal, de modo que el *dominus* respondía por un hecho ajeno. La entrega en noxa del animal permitía que la pena (o las consecuencias del daño) recayesen sobre quien ejecutó el hecho. En cambio, en el edicto de los curules que comentamos, el daño era causado por haber decidido tener una fiera en un lugar de tránsito habitual de personas de un modo que permitió dicho *damnum*; es decir, no se sancionaba el hecho del animal, sino el hecho de quien lo tuvo por su voluntad en las condiciones establecidas por el edicto, recayendo en esta misma persona la pena. Téngase presente que una fiera que actúa agresivamente y causa daño, ningún castigo debiera soportar, pues actuó conforme a su naturaleza (no tiene culpa alguna de ser lo que es, una fiera). El que decidió tenerlo por el contrario, a sabiendas de su ferocidad, pudo haber tomado la decisión de tenerlo en otro lugar o con mayores medidas de seguridad.

No en vano Rodríguez-Ennes (que está por la tesis de una responsabilidad subjetiva), afirma que en el edicto *de feris* “existe, pues, un nexo de causalidad... entre el autor material del *factum* y el resultado dañoso”,³⁰⁵ de modo de destacar que en las otras figuras de responsabilidad objetiva, esta relación no existe, pues la sanción se impone no a quien ejecutó el hecho dañoso, sino a quien tiene una calidad jurídica determinada: *dominus*, en la *actio de pauperie*; *habitor*, en el edicto *de effusis vel deiectis* (capítulo siguiente).

Desde esta perspectiva, el edicto *de feris* resultaba más cercano a la *lex Aquilia*, de la cual nacía una responsabilidad por culpa (capítulo primero, romano II), que la *actio de pauperie* y al edicto *de effusis vel deiectis*, de los cuales surgía una responsabilidad objetiva. En el edicto *de feris*, como en la *lex Aquilia*, se aplicaba una pena “a quien actuó”: en ésta, matando, quemando o quebrando con iniuria; en aquélla, matando o lesionando a un hombre libre o dañando otras cosas, con la decisión de tener una fiera en un lugar de paso habitual de personas de modo que causara estos *damna*. Es más, las reflexiones actuales permiten concluir que no se introdujo propiamente una prohibición cuya infracción fuera sancionada, pero perfectamente se

³⁰⁵ *Estudio, cit.*, p. 49.

podieron entender los daños derivados de la actividad de una fiera como cometidos con injuria por el tenedor, en cuanto los provocó “contra ius”, contra lo establecido por el edicto edilicio.³⁰⁶ La referencia en I.4.9.1 a una prohibición de los ediles curules, deja en evidencia que si bien en origen la providencia edictal pudo no ser prohibitiva, o bien el entendimiento actual lleva técnicamente a descartar tal posibilidad, la evolución de la figura o su comprensión pudo ser de prohibición.

Por otra parte, si la exigencia no era la tenencia de la fiera, sino la “decisión” de tener, condenándose a quien tuvo la voluntad y no al que materialmente tenía la fiera, estaríamos ante una actitud psicológica más grave que la mera *scientia*, cuya concurrencia permitía la sanción vía *actio ex legis aquiliae* por constituir culpa personal (capítulo primero, romano II y capítulo segundo, romano I, inciso 8). Si el hecho material personal acercaba al edicto *de feris* a la *lex Aquilia*, la presencia del verbo “*velle*” en D.21.1.42 y PS I.15.2, si no identificaba a los tipos provenientes de ambas fuentes, los dejaba al menos como especies de un mismo género.

3. *La inexistencia de la noxae deditio*

El edicto *de feris*, a diferencia de la *actio de pauperie*, no contempló la posibilidad para el demandado, a ser condenado al pago de la pena o a la entrega de la fiera. Desde esta perspectiva, salvo el límite implícito de la pena en caso de muerte de un hombre libre, no gozó de la limitación de responsabilidad que la entrega del animal objetivamente implicaba. Es decir, estaríamos en presencia de un caso de responsabilidad objetiva sin límite.

Sin embargo, esta conclusión en la práctica no resultó absoluta, o bien la revisión de sus fundamentos al menos la atempera.

Así, si tienen razón los autores que propugnan que antes de la dictación del edicto *de feris* se aplicaba a estas situaciones la *actio de pauperie*,³⁰⁷ significa que con precedencia a la intervención de los ediles curules, también respecto a los daños causados por fieras el propietario podía limitar su responsabilidad. Y aun cuando no hubiese tenido lugar tal aplicación, I.4.9.1 desconoce el comentario de Ulpiano de D.9.1.1.10, y reconoce en cambio que de ocurrir algunas de las hipótesis del edicto *de feris*, se podía además deducir la *de pauperie*, en cuyo caso la limitación de responsabilidad mediante la *noxa* procedía a favor del *dominus*.

³⁰⁶ Véase nota 267.

³⁰⁷ Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 149.

El punto no es menor porque antes del edicto *de feris* y en derecho justiniano concurrentemente, por daños causados por fieras, habría respondido el *dominus* por el hecho de ser tal, objetivamente, mas con la posibilidad de limitar su responsabilidad. Por tanto, no es cierto que nunca por daños causado por fieras se admitió la entrega noxal de éstas.

En caso que tuviera aplicación el edicto *de feris*, y el demandante accionara conforme a éste, algunos autores han aventurado explicaciones acerca del porqué *de feris* no contempla *noxae deditio*. Rodríguez-Ennes cita por ejemplo a Pernice y Ferrini³⁰⁸. El primero advertía que “mal servicio se le hará al perjudicado si como compensación del daño padecido se le consignase un tigre o un león”. Sin embargo, más allá de ser una posición simpática, no me parece correcta. Por una parte, si se podía deducir la *actio de pauperie*, significaba que la fiera podía igualmente ser consignada; y por otra, dado el valor alcanzado por este tipo de animales, podría haber resultado una interesante compensación.

Ferrini por su parte planteaba que la explicación pudiera radicar en que quizás los animales feroces no se consideraban como objetos de propiedad susceptibles de *deditio*. La respuesta tampoco resulta satisfactoria, pues objeto de dominio si eran y en caso que se aplicase la *actio de pauperie* habrían podido ser dados en noxa.

Me parece que la explicación en realidad está relacionada con la personalidad de las penas y la formulación del criterio de atribución de los daños según el análisis realizado en el punto anterior.

En efecto, en el edicto *de feris*, aun cuando se introdujese un criterio que diera lugar a una responsabilidad catalogable de objetiva, el sancionado era el mismo que quiso tener la fiera a través de la cual causó daño en lugar de tránsito habitual de personas; era el mismo a quien el magistrado dijo, a través del edicto, que si llevaba la fiera a este paraje, y había un resultado dañoso, lo sancionaría; era el mismo que aceptó correr el riesgo; era el mismo que contravino; era el mismo autor de la conducta sancionada (“quiso tener de modo que cause daño”); etcétera. Por tanto, es claro que el principio de la personalidad de la pena se encontraba plenamente satisfecho, al existir coincidencia entre la persona que con su hecho produjo daño a través de una fiera y la persona condenada en definitiva. No existía razón entonces para alivianarle la carga patrimonial. Al contrario, si se admitiera la *noxae*

³⁰⁸ Rodríguez-Ennes, *Estudio*, cit. p. 53, de Pernice, Alfred, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach Römischen Recht*, Weimar, 1867, p. 225, y de Ferrini, Contardo, “Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrina”. Estratto dall'*Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, Milan 1905, p. 329.

deditio, los efectos del hecho recaerían en la fiera, que sólo actuó *secundum natura*; o sea, no se podía esperar un comportamiento de su parte distinto. A diferencia de quien decidió tenerlo.

Además, a diferencia de lo que ocurría en la *actio de pauperie*, en el edicto *de feris* existía, sino una prohibición, al menos un imperativo de no querer tener a la fiera en lugar público de modo que cause daño a los pasantes, bajo amenaza de ser sancionado con una pena elevada. La actuación contraria al deseo de los ediles curules de evitar la presencia de estas fieras en lugares públicos, cabe dentro de la comprensión de una actuación *contra ius* y por tanto que parecía culpable, calificación de la conducta que no otorgaba la posibilidad de recurrir a la noxalidad para rebajar los efectos patrimoniales de la pena.

Lo anterior unido a la circunstancia que desde la dictación del edicto se pudo haber entendido que el sancionado era el que voluntariamente tenía, por sí o a través de otro. Esta exigencia fácilmente pudo por interpretación ser subsumida en el concepto de culpa, de modo que tampoco bajo esta perspectiva la *noxae deditio* debía tener algún lugar en el edicto *de feris*.

Pero además, la introducción de la noxalidad se vio impedida por un segundo problema no menor, cual era que al responder “el detentador” y no “el *dominus*”, conceptualmente no podía tener lugar la dación del animal. Quien se encontraba en situación jurídica de transferir la propiedad era desde luego “el *dominus*”, y no un tenedor cualquiera. El edicto por tanto tendría que haber introducido el agregado que en caso que el detentador fuese propietario, podría haber efectuado la entrega noxal del animal. Empero, ni siquiera esto resultaba necesario pues, para qué radicar en última instancia los efectos del daño en la fiera, que actuaba según su naturaleza, si el sancionado era el mismo *dominus* por querer tener. Es decir, el tenedor o quien decidió tener coincidía además con el propietario del animal.

Desde luego, el proceso de subjetivación no sólo impidió, sino que reafirmó la exigencia que la *noxae deditio* no fuera parte de los efectos del edicto en comento.

Los juristas romanos desconocieron las categorías responsabilidad subjetiva y objetiva. Por tanto, no se puede pensar que conscientemente introdujeron un criterio objetivo en un tipo penal (*de feris*) a fin de inserir una excepción a las fórmulas objetivas existentes con la omisión de la limitación de la responsabilidad. Simple, lo que ocurrió fue que de acuerdo al sistema jurídico penal de la época, en el tipo particular, la *noxae deditio* no tenía cabida.

III. CONCLUSIONES PARTICULARES

De la revisión efectuada se advierte una disposición decenviral fijó como criterio de atribución de la responsabilidad a la “propiedad actual” en materia de *actio de pauperie*, lo que se tradujo en definitiva en la configuración de un tipo generador de una responsabilidad objetiva. La propiedad del demandado sobre el animal, resultaba requisito indispensable para que pudiera operar la *noxia deditio* en favor de la víctima del daño, sin perjuicio de haber permitido primitivamente a ésta hacer efectiva su venganza privada sobre la bestia, al pasar a sus manos en dominio, pudiendo por ello disponer libremente de la misma.

El proceso de subjetivación a que dio lugar la *lex Aquilia* (capítulo primero, romano II), debió haber dejado en evidencia la asimetría entre la norma general de responsabilidad por daño que exigía una conducta injusta (culpable) y la *actio de pauperie*, que permitía imputar responsabilidad sin concurrir ninguna conducta imputable al actual propietario (objetiva). Esta última acción, conducía a un resultado contrario en su totalidad a aquél proceso. Compatibilizar ambos resultados se convirtió entonces en una necesidad.

Una primera vía por la cual se atemperó la responsabilidad del propietario actual no culpable, que respondía no obstante no existía vínculo de causalidad alguna entre sus conductas y el daño alegado por la víctima derivado de comportamientos del animal, fue a través del desarrollo por parte de la jurisprudencia clásica del concepto de comportamiento *contra naturam* del animal, el cual constituyó un requisito para la aplicación de la pena y un “límite sustancial” a la responsabilidad del propietario actual. Así el demandado, que nada había hecho, se liberaba de toda obligación preparatoria si el animal actuaba por el contrario *secundum natura*. Curiosamente, esto se traducía en establecer la previsibilidad o no del daño de acuerdo a los comportamientos naturales de cada especie. O sea, un elemento hoy considerado subjetivo, y normalmente criterio para determinar la culpa, como la posibilidad de prever la reacción del animal, liberaba de responsabilidad en vez de atribuir ésta. En otras palabras, el propietario actual podía ser demandado sólo en el caso que el comportamiento del animal hubiese sido imprevisto o improbable, resultando en consecuencia imposible adoptar cualquier tipo de medida a efectos de impedir que se produzcan daños.

Una responsabilidad configurada en los términos antes señalados, no hace más que confirmar que estamos en presencia de una responsabilidad fundada sólo en un nexo de causalidad objetivo, que incluso expresamente concurre cuando el propietario no tuvo la más mínima conciencia de lo que

podía ocurrir, cuando las medidas de seguridad no eran posibles. Se trata de una responsabilidad que, para tener lugar, exigía justamente la no presencia de elementos subjetivos.

Pero además de lo anterior, los juriconsultos clásicos encontraron en la vieja institución de la *noxae deditio* una segunda e importante vía para contener la responsabilidad del propietario actual, cuyo carácter limitativo ya es apreciable incluso desde su inclusión en las XII Tablas (capítulo segundo, romano II, inciso 1) y que se consolidó en derecho clásico.³⁰⁹ Si bien no se eximía totalmente al propietario de una pérdida patrimonial, al menos la *noxae deditio* concedía al *dominus* la posibilidad de circunscribirla al “menor valor”, fuese éste el correspondiente al animal causante del daño demandado (lo normal), fuese la *litis aestimatio*. Si excepcionalmente ésta era menor al valor del animal, se podía quedar con éste, pagando la condena.

Precisamente, la evolución que en paralelo tiene la noción de “valor”, ratifica la conciencia creciente de la función limitativa de la responsabilidad patrimonial del dueño actual. Cuando hablamos del “valor” del animal, no sólo se comprende su “precio de mercado”, sino también las eventuales utilidades o ventajas patrimoniales que el animal significaba para el propietario. Se recuerda que es precisamente la *actio de pauperie* la que entrega uno de los antecedentes demostrativos del paso de la *aestimatio rei ad id quod interest* a través de D.9.2.37.1 y D.9.1.1.16, considerando la muerte del animal por un tercero como una pérdida patrimonial (de valor) al ser arrebatado al *dominus* la facultad de entregar al animal, y consiguientemente de limitar su responsabilidad (capítulo segundo, romano II, inciso 2). Por lo mismo, si la *noxae deditio* constituye una limitación a la disminución patrimonial del propietario, dicha limitación no debe ser vista como un acto en perjuicio a la víctima inversamente proporcional, dadas las utilidades que le podían prestar los animales.

En razón de esto último, adquiere mayor importancia la circunstancia que el animal sólo se pudiera entregar si está vivo (D.9.1.1.14, capítulo primero, romano I, inciso 6). Si bien este requisito se podría desde el principio explicar porque era la única manera que la víctima ejercitara de forma

³⁰⁹ Branca, antes de su cambio de pensamiento, concluía precisamente que “la regola ‘*pauperie caput sequitur*’ e la facoltà del rilascio si spiegano con la necessità di limitare la responsabilità del *dominus* esente da colpa entro il valore dell’animale, che, per giunta, era il vero colpevole nell’antico diritto ed autore spontaneo (*facies*) del danno” (*Danno temuto*, núm. 63, p. 298). Cuando Branca cambia de parecer, entendiendo que la idea de la responsabilidad del animal es más bien postclásica, y que habría sido lo que permitió que se alineara con la acción noxal, dado que el delito era del animal, el propietario se liberaba de la carga del resarcimiento mediante su entrega. *La struttura costante*, cit., p. 106. Por supuesto cambió el fundamento y la época, mas no el resultado práctico a favor del propietario.

efectiva su venganza contra el “animal responsable” (ya sea dándole muerte, castigándolo o destinándolo a los menesteres que su nuevo propietario determinara), superada la idea de la responsabilidad de la bestia, constituyó un elemento relevante para la consideración que estaba ante una real reparación para la víctima: incorporaba un nuevo valor a su patrimonio.

La muerte del animal antes de la *litis contestatio* significaba la extinción de la acción, librándose el propietario de toda responsabilidad, por una parte, y soportando la víctima el daño, por otra. La regla también pudo estar influenciada por el origen de la *actio* (el animal responsable ya no podía ser objeto de la venganza de la víctima), pero a pesar de ello, continuó siendo útil en derecho clásico. Si la acción no se hubiese extinguido, su propietario habría quedado impedido de obtener la limitación en la pérdida patrimonial, viéndose obligado a pagar una condena que a todas luces en dicha época habría sido vista como extremadamente injusta. De ahí que lo razonable era mantener la muerte del animal como eximente de responsabilidad penal para el *dominus*: la acción no era concedida a la víctima y por lo tanto una *litis aestimatio* tampoco tenía lugar. De esta forma, si en sus orígenes se extinguía la *actio de pauperie* por haber perecido el “responsable”, en derecho clásico se extinguía en cambio por no ser el propietario “responsable”. Cambia la visión, mas el instrumento, porque servía tal cual había sido configurado arcaicamente, se mantuvo.

Distinto si el animal moría después de la *litis contestatio*, pues a partir de ésta ya el propietario había asumido procesalmente la obligación de entregar el animal o de pagar la *litis aestimatio*. Se había comprometido a aceptar las consecuencias del litigio. Por tanto, había una causa jurídica, fundada en una voluntad formalizada, que sostenía la obligación del propietario de pagar la condena, sin posibilidad de limitar su responsabilidad.

Entonces, dado que el propietario del animal ninguna *iniuria* había cometido, y siendo éste el requisito que se había consagrado como necesario para ser condenado a la pena fijada por la *lex Aquilia*, los jurisconsultos (o pretores) podrían haber eliminado o modificado la *actio de pauperie* (subjektivándola); mas, la mantuvieron. La posibilidad de que el propietario pudiese limitar su responsabilidad a través de la *noxae deditio* del animal la hizo compatible con un régimen general basado en culpa. En este sentido, se debe recordar que la aplicación de la *actio de pauperie* era excluida cuando concurriese precisamente culpa del propietario o de un tercero, situaciones que quedaban sujetas a la *lex Aquilia* (capítulo primero, romano I, inciso 8). Si operaba esta ley, es decir, si había culpa, no tenía lugar la limitación de la responsabilidad implícita en la facultad de entrega del animal; la culpa volvía inaplicable el límite.

Así, los juristas clásicos tomaron las oportunidades que se les presentaron, conforme a los instrumentos a disposición, para continuar dando al propietario un límite a su responsabilidad desarrollado arcaicamente e introducido excepcionalmente en las XII Tablas. El primitivo instrumento de la *noxae deditio*, objeto inicial de la acción de la víctima, con el advenimiento de la idea de daño culpable como regla general a través de la *lex Aquilia*, se transformó en una relevante y necesaria herramienta para limitar la responsabilidad del dueño no culpable del animal causante del daño. El mantenimiento de la entrega del animal vivo a la víctima antes de la *litis contestatio* en época clásica y la introducción de la alternativa de cesión de la *actio legis aquiliae* al demandante en caso de muerte del animal a manos de un tercero después de la *litis contestatio*, constituyen reglas que refuerzan la idea de la búsqueda de delimitación de la responsabilidad del propietario ante la aplicación de un criterio objetivo para su atribución. Desde luego que en derecho justiniano, y bajo un ambiente de responsabilidad aún más subjetivado (capítulo primero, romano II), no se podía sino acoger en tales términos y aún más claramente.

El arribo a Roma de fieras externas a la península itálica, trajo al final de la República la presencia de nuevos daños en la sociedad romana, desembocando la problemática en la dictación del edicto *de feris* por parte de los ediles curules. Se trató de nuevas cosas introducidas al diario vivir romano, que quieren tenerse, que producen satisfacción personal y social (se quieren conocer, admirar y divertirse con ellas, y que constituyeron objeto de nuevas actividades comerciales.

Por lo mismo, la intención de los ediles no fue la prohibición absoluta de su tenencia, no obstante su peligrosidad. Sin embargo, la *actio de pauperie* no resultaba el instrumento adecuado para enfrentar los daños causados por las fieras, pues éstos eran producidos *secundum naturam* y no *contra naturam*. Además, la *actio de pauperie* protegía la propiedad pero no a los hombres libres.

Todo lo anterior determinó la dictación de una providencia edilicia, y de efectos urbanos, que modificó el criterio de atribución de responsabilidad contenido en la *actio de pauperie* para los daños causados por animales y el *quantum* de las penas, impidiendo de paso la limitación de la responsabilidad del condenado. Se observa entonces una adaptación social y jurídica a las nuevas circunstancias de peligro, sin pretender “eliminar” su causa.

De acuerdo a las fuentes que dan noticias del edicto *de feris*, y con todas las dificultades que presentan, es posible, de forma verosímil, afirmar que el edicto disponía que nadie, personalmente o a través de terceros, tuviera fieras por donde vulgarmente se hiciere camino sin la debida custodia, esto

es, de modo que causen daños. El que actuase en contra de tal disposición, resultaba sujeto pasivo de la acción y sufría la aplicación de una dura pena dineraria.

Así, el edicto *de feris* introdujo como criterio de atribución de la responsabilidad una conducta tipificada (querer tener en las condiciones señaladas por el edicto) y no una relación jurídica con el animal como en la *actio de pauperie* (dominio). De forma fundada se puede sostener que se sancionaba no al detentador material del animal al momento de la ocurrencia de los daños por los que se demandaba, sino a quien “quiso tener”, por sí o a través de terceros, en el lugar y demás condiciones señaladas por el edicto. Desde esta perspectiva, podía ser sancionado el *dominus*, pero no como tal, sino en cuanto sujeto que dio la instrucción de conducir la fiera a un lugar de tránsito habitual de personas, liberando de responsabilidad al tenedor ocasional.

Una tal configuración del edicto ha llevado a una legítima duda entre los juristas modernos respecto de la calificación de la providencia edilicia dentro de la categoría “responsabilidad objetiva” o de “responsabilidad subjetiva”, duda que (al margen de la terminología moderna) probablemente también tuvieron los juristas clásicos (en cuando se exigía o no la culpa). Al sancionar el edicto *de feris* una conducta, se acercaba bastante más a la *lex Aquilia* que a la *actio de pauperie*. Tanto *de feris* como la disposición aquiliana aplicaban una pena “a quien actuó” (y no al titular jurídico del animal causante del daño): en la segunda, a quien con injuria mató, quemó o fracturó; en la primera, a quien contravino la imperativa disposición *aedilitia*. Es más, si esta contravención se entiende como una infracción a una norma de policía de la época, la responsabilidad del dueño o custodio de la fiera adquiere naturaleza subjetiva, al concurrir en la especie una *culpa contra legem*; y desde la perspectiva romana, habría sido una actuación contra *ius* (con injuria), lo que constituiría un punto más de acercamiento a la *actio legis aquiliae*.

Al contrario, se puede sostener que la orden del magistrado de que nadie quisiese tener fieras en un lugar público de modo que pueda causar daño, no pretendió prohibir, sino sólo introducir “penas disuasivas” de negligencias o imprudencias, a fin de proteger un bien jurídico en particular: la vida de los hombres libres, o, bajo la óptica positiva, establecer un incentivo para que se invirtiera en mayor seguridad.

Además, la disposición edilicia tenía un carácter “absoluto”, lo que la alejaba de la responsabilidad aquiliana. El edicto *de feris* no admitía la alegación de falta de culpa por parte del demandado (como sería que adoptó todas las medidas imaginables e inimaginables de seguridad a la época), siendo sancionado sin más. La única forma de evitar el pago de la pena estaba en no llevar la fiera a un lugar donde concurrieran transeúntes frecuen-

temente, o evitar con todos los medios posibles a su disposición ella causase algún perjuicio a otro. Bastaba a la víctima sólo la prueba del daño y la identificación de quien *habuisse velit*. Es desde esta perspectiva que se arriba a la conclusión que el edicto *de feris* importaba una responsabilidad objetiva.

Se podría optar por una alternativa ecléctica como sería una presunción de culpa de derecho, pero la verdad es que una conclusión de este tenor nada aporta y poco sentido tiene. Sería más cercano a la realidad hablar de responsabilidad objetiva, en vez de estar revistiéndola de una subjetividad que habría tenido, pues ningún análisis de la conducta en definitiva se realizaba. En palabras modernas, se sancionaba a quien quería tener una cosa peligrosa, constituida por la fiera, si el peligro se actuaba, es decir, si se derivaban perjuicios para alguien o algo.

Respecto a la *noxae deditio*, su no presencia en el edicto *de feris* pareciera haber establecido una diferencia relevante con la *actio de pauperie* y un caso en derecho romano donde la responsabilidad objetiva no resultaba en definitiva limitada. Empero, esta conclusión sería incorrecta, pues al introducir los ediles curules un criterio de atribución de responsabilidad fundado en una conducta ejecutada por el propio responsable, el principio general del derecho penal romano de la personalidad de la pena resultaba satisfecho. Al sancionar en forma directa al que tuvo o decidió tener la fiera en lugar de tránsito habitual de personas, no había necesidad de radicar los efectos en la fiera. En clave primitiva, ¿quién podía reprochar algo al animal feroz, si éste había actuado simplemente según su naturaleza y no contra ella? El resultado era concordante con la *actio de pauperie*, donde se eximía de responsabilidad al propietario del animal que actuaba contra su naturaleza. Por tanto, la orden previa de que no se quisieran tener fieras en lugares de paso habitual de personas de modo que causen daños, existente en el edicto *de feris* y ausente en la *actio de pauperie*, cambió radicalmente la visión de la posibilidad de introducir la *noxae deditio*.

Pero además, la introducción de la *noxae deditio* no era posible en el edicto *de feris* debido a que el responsable era el que quiso tener en los hechos el animal y no “el *dominus*” en cuanto tal. Por lo mismo, conceptualmente no podía tener lugar la dación del animal, pues el que decidió tener podía o no coincidir con el *dominus*. Luego, el no dueño demandado no se encontraba en situación jurídica de transferir la propiedad del animal.

En definitiva, los ediles dieron respuesta al problema que se les presentó conforme las estructuras jurídicas y principios que gobernaban el derecho penal de la época clásica, según los cuales la *noxae deditio* no era procedente. Y si bien la configuración del edicto *de feris* ante el análisis moderno permite tender a calificar la responsabilidad de él derivada como objetiva, al

momento de su dictación ello no fue evidente (no lo es ni siquiera en la actualidad); es más, a la luz del derecho romano clásico, especialmente por la aplicación del principio de la personalidad de las penas, la solución era la más justa. El no manejo del concepto moderno de limitación de la responsabilidad y la posible subjetivación de la responsabilidad conforme el proceso de evolución de la culpa (entendiéndose la concurrencia de una falta de prudencia y diligencia en la tenencia de la fiera), impidieron una revisión y modificación posterior, pues la necesidad de ello no se advirtió.