

ESTHER DOMÍNGUEZ LÓPEZ*

LA VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL EN PARTIDAS 7, XV

ABSTRACT

In this work it is exposed how is to value the moral damage according to Partidas 7, XV of Alfonso X, the Wise.

En la ley 1ª del título XV de la séptima Partida, bajo la rúbrica “De los daños que los omes, o las bestias fazen en las cofas de otro de qual naturaleza quier que fean”, ofrece el legislador castellano una amplia definición de daño, en apariencia omnicompreensiva, para ilustrar la cual recurre en las leyes siguientes a una rica casuística, prácticamente calcada de las fuentes romanas (como es sabido, la compilación justiniana constituye la fuente de inspiración mediata y, en ocasiones, inmediata del Código alfonsino). Veamos lo que dice esa ley primera:

Daño es empeoramiento o menoscabo, o destruymiento q ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas por culpa de otro.

Interpretado *ad litteram*, el precepto en examen identifica el daño con cualquier tipo de perjuicio, de la índole que sea, que un sujeto ocasione a otro, ya sea en su propia persona, ya sea en sus bienes, aunque también se advierte que sólo se responderá del mismo cuando medie culpa del ofensor. Parece, pues, operarse con una noción de daño tan amplia que abarcaría no sólo los atentados a bienes o derechos de naturaleza patrimonial, sino también los atentados a intereses extrapatrimoniales, cuales son los denominados derechos personales, *in primis* los referidos a

la integridad física del individuo, como así se desprende de los ejemplos que se relacionan en las leyes siguientes. Que el Código alfonso delimita perfectamente y contempla ambos tipos de atentados o perjuicios se deduciría, no sólo del inciso “en si mismo o en sus cosas” que figura en la citada disposición, sino incluso de la propia rúbrica de este Título XV de la séptima Partida, en que se habla expresamente de daños “de qual natura quier que sean”, lo cual parece indicativo en efecto de que se van a tomar en consideración toda suerte de perjuicios.

Así las cosas, y aunque nada se diga en el texto de la ley, podríamos pensar que en esa acepción lata del término daño con que opera el legislador castellano, quedarían también comprendidos los perjuicios de naturaleza sentimental o afectiva que en ocasiones aparecen conectados al daño patrimonial o extrapatrimonial, como consecuencia del mismo. Nos referimos a los “daños morales”¹ que, siguiendo a Scognamiglio, definimos como repercusiones subjetivas de los daños reales, entendiendo por éstos tanto los atentados contra derechos patrimoniales como extrapatrimoniales.² La cuestión no deja de tener su importancia, pues, de confirmarse esta primera impresión que extraemos de la lectura de la ley 1^a en examen, debería reconocerse entonces al legislador castellano el logro de haber llevado a cabo una interpretación extensiva del término daño sin precedentes, que contrastaría además con el apego formal y sustancial que las Partidas muestran, en general, respecto de las fuentes romanas, en las que no se contempla el daño moral como entidad económicamente evaluable a efectos de condena *ex lege Aquilia*.³

Es sabido que los juristas romanos llevarán a cabo una importante labor de interpretación de los estrechos márgenes originarios del delito aquiliano, que se articulará sobre dos pilares fundamentales: en primer lugar, el reconocimiento de la culpa como criterio básico en la indagación del delito, de tal forma que se sustituirá la fórmula legal del “damnum iniuria datum” por la del “damnum culpa datum”, lo cual llevará a la concesión de la relativa acción en hipótesis no previstas en los *verba legis*, con la consiguiente ampliación del concepto de *damnum* resarcible *ex lege*.⁴ Y, en segundo lugar, la progresiva superación del criterio del *pretium corporis*

1. No existe una concepción unitaria del “daño moral”, como tampoco existe acuerdo a la hora de clasificar los daños en general. Así lo demuestran las numerosas y variadas teorías barajadas al respecto por la doctrina, a las cuales ya hicimos referencia en un trabajo anterior al que ahora nos remitimos, “El daño moral. Intento de concretización de un concepto”, publicado en *Anuario da Facultade de dereito da Universidade da Coruña*, pp. 263 ss., en que expusimos nuestra particular visión sobre el tema, y concretamente sobre lo que creemos debe entenderse por daño moral.

2. SCOGNAMIGLIO, “Danno morale”, *NNDI* 5 (1960) p. 147.

3. Nos remitimos nuevamente a lo expuesto a propósito en nuestro trabajo “El daño moral” cit., pp. 265 ss.

4. Ilustrativos en el sentido apuntado resultan, entre otros, dos textos atribuidos respectivamente a Quinto Mucio y Alfeno, D.9,2,39 *pr.* y D.9,2,51,1-2, así como el conocido caso del barbe-

o valor venal de la cosa, al que según el tenor literario de la ley debía ajustarse el importe de la condena, por el del *id quod interest* o perjuicio efectivamente sufrido por el ofendido, lo que a la postre contribuirá igualmente a la extensión del concepto de daño aquiliano.⁵

Pese al notable esfuerzo desplegado por estos juristas para superar la rigidez inicial de los *verba legis*, como adelantábamos líneas atrás, en ningún momento, ni siquiera en derecho justiniano en que asistimos a una importante reelaboración del concepto de daño resacible *ex lege Aquilia*,⁶ lograrán desvincularse del requisito de la patrimonialidad del daño resacible, circunstancia ésta necesaria, como es lógico, para que puedan contemplarse también los denominados daños morales. En efecto, como se desprende de un estudio atento de las fuentes relativas a la materia,⁷ el perjuicio, para ser tomado en consideración a efectos de una posible conde-

ro examinado por Mela, Próculo y Ulpiano en D.9,2,11 *pr.*, fragmentos todos ellos que muestran el esfuerzo de la jurisprudencia, ya desde la época republicana, por superar el requisito objetivo de la corporalidad del daño deducido de la ley, proponiendo a cambio una profundización en el comportamiento del agente que llevará a erigir el elemento subjetivo de la culpa en eje del todo el sistema de responsabilidad extracontractual. A propósito, *vid.* también D.9,2,31; D.9,2,7,8; D.9,2,5,1; y *Gai* 3,211, entre otros.

5. En este sentido, *cfr.* entre otros: D.9,2,21,2; D.9,2,22,1, D.9,2,23 *pr.*; D.9,2,23,2; y D.9,2,37,1.

6. A los compiladores debemos una importante labor de sistematización y clarificación de los resultados alcanzados en la materia por los juristas clásicos, que básicamente consistirá en: por un lado, erigir la culpa en el criterio fundamental para la interpretación de la *iniuria*, como resulta de la lectura de los fragmentos contenidos en I.4,3 (“De lege Aquilia”), en los que las referencias a la misma aparecen como una constante que se repite sistemáticamente; por otro lado, ampliar la noción de *damnum* para comprender en la misma, junto a los daños producidos *corpore corpori* y los daños *non corpore datum*, ambos perfectamente identificados ya en los escritos de los juristas clásicos, los daños no realizados ni *corpore* ni *corpori* (*Ceterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent ... sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit ... in factum actione teneri...*, I.4,3,16), lo que permitirá la extensión de la tutela aquiliana a todo tipo de perjuicios susceptibles de valoración económica, sin necesidad de que consistan en un daño material o físico, como hasta entonces se exigía; y, en último lugar, y conectado con lo anterior, se consolida la superación, lograda ya en tiempos de Ulpiano (*vid.* a propósito D.9,2,21,2, en que expresamente se sustituye la originaria fórmula legal del *quanti ea res fuit* por la del *quanti interfuit nostra eum hominem non esse occisum*), del criterio del *pretium corporis* por el del perjuicio efectivamente sufrido (como se reconoce *apertis verbis* en I.4,3,10: *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis aestimationem habendam esse secundum ea, quae diximus, sed eo amplius, quidquid praeterea perempto eo corpore damni vobis allatum fuerit*), lo que sentará las bases de la posterior evolución operada en la materia.

7. Nos parecen a propósito fundamentales las aportaciones de VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992; *IB.*, “Dall’*aestimatio rei* all’*id quod interest* nell’applicazione della *condemnatio aquiliana*”, *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. I Congresso Internazionale*

na, debía producir necesariamente un perjuicio de índole patrimonial. Esto que decimos, se infiere con meridiana claridad de un fragmento extraído del libro 28 de los comentarios de Ulpiano *ad Edictum*, contenido en D.9,2,7 *pr.*, en que el jurista resuelve conceder al *pater* la legitimación para actuar por los daños ocasionados al *filiusfamilias* y conseguir, mediante la relativa acción, un resarcimiento por los gastos derivados de la curación de las heridas, así como por los ingresos que dejó de percibir a consecuencia del cese o disminución de la actividad laboral del hijo.⁸ Conforme al conocido principio clásico “*liberum corpus non recipit aestimationem*”,⁹ el daño a hombre libre sólo era resarcible, por tanto, en cuanto pudiera verse afectado, ya sea directa, ya indirectamente, el patrimonio del ofendido (en el caso referido, por la peculiar estructura de la familia romana, ofendido era lógicamente el *paterfamilias*), excluyéndose de manera implícita cualquier suerte de perjuicio de naturaleza extrapatrimonial o personal y, con mayor motivo, los daños de tipo afectivo o sentimental, estos son, los daños morales. *Ad abundantiam*, en el único texto en que se hace referencia expresa a los mismos, D.9,2,33 *pr.*, el jurista Paulo, siguiendo una opinión ya avanzada por Sesto Pedio, los excluye *apertis verbis* del ámbito de protección de la ley: ... *non ex affectiones aestimandas esse puto ... sed quanti omnibus valeret ...*

A la vista de lo expuesto en relación a las fuentes romanas, sobre las que no es preciso insistir más en esta sede, y volviendo al texto de Partidas en examen, creemos conveniente contrastar lo dispuesto en la ya referida ley 1^a del Título XV de la séptima Partida con el resto de los preceptos que conforman este mismo Título, a fin de extraer conclusiones más seguras en torno a la noción de daño con que opera realmente el legislador castellano. Comenzando por la segunda parte de la ley primera, podemos reconocer ya en la misma, la primera quiebra de ese amplio concepto de daño que exhibe al inicio de la citada disposición, pues, después de decir que por daño se entiende, como ya vimos, todo empeoramiento o menoscabo causado a otro “en si mesmo o en sus cosas”, añade lo siguiente:

E son del tres maneras. La primera es quando se empeora la cosa por alguna otra ql mezcla, o por otro mal ql faze. La segunda, quando se megua por razo del daño que fazen en ella. La tercera es, quando por el daño se pierde, o se destruye la cosa del todo.

ARISTEC (Torino 1995) pp. 76 ss.; y CANNATA, “Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata originaria”, *La responsabilità civile da atto illecito* cit. pp., 25 ss., a las cuales nos remitimos sin más.

8. D.9,2,7 *pr.*: *Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitium oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.* A propósito, *vid.* también D. 9,2,7,4 y D. 9,2,13 *pr.*

9. Principio enunciado entre otros, en D.9,1,3; 9,3,7; y 9,3,1,5.

El daño, dice, puede ser de tres maneras: empeoramiento de la cosa por haber sido alterada o dañada de otra cualquier forma; menoscabo; o, finalmente, destrucción de la misma, clasificación ésta de las modalidades del daño que coincide básicamente con las conductas descritas en el capítulo tercero de la ley Aquilia con los verbos *urere*, *frangere* y *rumpere* (*sive* “corrumperere”).¹⁰ Pero lo que interesa destacar en este momento es que se trata en los tres supuestos previstos de daños a la cosa, como *expressis verbis* se reconoce, no a la persona, y ello pese a que –como se ha visto– el discurso se dirige inicialmente tanto a los daños patrimoniales como a los de naturaleza extrapatrimonial o personal.

A fuer de lo expuesto, aunque en la mayoría de las leyes que conforman este título XV dedicado al daño se contemplan tanto supuestos de daños causados a cosas ajenas, como a personas, una de las pocas disposiciones que hacen referencia expresa a los daños causados a hombre libre, la ley 6^a, fija los mismos criterios para el cálculo de la condena que habían sido establecidos ya por la jurisprudencia romana, y que, como también vimos, estaban lejos de un auténtico reconocimiento o protección de los intereses personales. En efecto, examinando en la citada disposición la conocida hipótesis de aquél que causa un daño a otro al caer las ramas que está podando u otro objeto sobre el que está trabajando, ya sometida al parecer de Quinto Mucio Scaevola en D.9,2,31, y tras afirmar la obligación del ofensor de responder en todo caso del daño causado mediando culpa suya, el legislador hace un claro distinguo según que el lesionado sea o no un hombre libre, pues advierte para este último supuesto lo siguiente:

E si por aventura aquella cosa q cayesse, firiessse a algud ome libre, estonce tenudo seria de le pechar todas las despensas que fuessen fechas por razon de guarescer aquella ferida, e los menoscabos que rescibio el ferido en las lauores, que pudiera fazer, si era menestral. E si muriere de la ferida deue fer desterrado aquel por cuya culpa vino, en alguna sfla por cinco años: segund diximos en el titulo de los omezillos.

Por un lado, e igual que ocurría en el derecho romano, las lesiones personales dan lugar a un resarcimiento por los eventuales gastos ocasionados por la cura de las heridas y por las posibles repercusiones que las mismas pudieran tener en la actividad laboral del sujeto en cuestión. La única diferencia que se aprecia en este punto entre el texto de Partidas y las fuentes romanas es en relación a la legitimación activa, que el Código alfonsino parece reconocer ya sin mayores problemas al propio perjudicado. Fuera de esto, el texto castellano no representa avance alguno respecto de las fuentes que le sirven de inspiración, pues –se ha visto– la obligación del ofensor se traduce en todo caso en la reparación del perjuicio patrimonial, y no

10. D.9,2,27,5.

en la valoración del daño personal sufrido efectivamente, como sin embargo parecía sugerir el inciso “en fi mefmo” de la definición.

Por otro lado, la responsabilidad extracontractual, que se traduce en la obligación de pagar una suma de dinero a título de resarcimiento, puede coexistir con una responsabilidad penal que lleva aparejadas sanciones de carácter personal. Ello es así, en efecto, cuando el ilícito reviste una especial gravedad, como por ejemplo, es el caso que prevé esta ley, cuando las lesiones provocan la muerte de un hombre libre.

Similarmente, la ley 9^a distingue también nítidamente ambos tipos de responsabilidad cuando, contemplando el caso del físico, cirujano o veterinario que, a causa –se sobreentiende– de su falta de pericia¹¹ ocasiona un perjuicio a algún bien ajeno (se habla expresamente de animales o esclavos) mientras desarrolla su labor, afirma que en tal caso quedaría obligado aquél a responder del daño: *...tenudo feria de pechar el daño...*¹² Y advierte a renglón seguido que si el lesionado fuese hombre libre, entonces la idea de reparación dejaría paso a la de la sanción penal, cuyo concreto contenido y alcance se deja al arbitrio del juez que entienda del caso:¹³

Pero si el ome que muriessse por culpa del fisico: o del cirujano, fuesse libre: estoce aquel por cuya culpa muriessse, deve auer pena, segund aluedrio del judgador.

Que la ley castellana delimita perfectamente ambos tipos de responsabilidad, extracontractual o aquiliana, y penal, se desprende por lo demás de la lectura comparada de otras leyes contenidas en el Título en examen, en las cuales se diferencia claramente entre la obligación de “fazer emienda” del daño causado, expresión ésta que apunta a la finalidad resarcitoria de la condena,¹⁴ y la imposición de una “pena”

11. Requisito imprescindible para que tenga lugar la correspondiente sanción es, en efecto, tal como se advierte al inicio mismo del título que analizamos, que el daño se produzca por culpa del ofensor: *Daño ... q ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas por cupa de otro* (ley 1^a, Tít. XV, Partida VII) excluyéndose por ende los perjuicios ocasionados de manera justificada.

12. El caso es contemplado y resuelto de manera sustancialmente idéntica en diversos fragmentos de Digesto; entre otros, D. 9,2,7,8; D. 9,2,8 *pr.*; D. 9,2,11 *pr.*; y, D. 9,2,52 *pr.*

13. A la condena de carácter penal se refieren asimismo otras leyes de este mismo Título, como la ley 5^a relativa a los daños que se producen a alguien por mandato ajeno, que establecen en efecto la obligación de responder, más exactamente de “auer pena”, tanto del que los causare, como del que los mandó efectuar.

14. Como ha sido advertido entre otros por DIAZ BAUTISTA, “La acumulación de responsabilidades ex delicto en el Código de las Siete Partidas”, *Glossae. Revista de Historia del Derecho europeo* 3 (1992) p. 125, el término “emienda” lleva ínsita esa idea de “reparación” del daño causado, a la que ya tendía la condena *ex lege Aquilia* en tiempos de la compilación, y que se irá consolidando, por encima de la originaria función penal de la ley, a lo largo de la evolución posterior.

de carácter penal.¹⁵ *Ad abundantiam*, la diferenciación aparece formulada *expressis verbis* en la ley 12ª del Título que tratamos, cuando después de afirmarse en las precedentes disposiciones legales (leyes 10ª y 11ª) la obligación de aquél que provoca de manera injustificada un incendio en heredad ajena de responder o *fazer emienda* del mismo, se advierte que, si se derribase la casa vecina por temor a que el fuego se propague sobre la propia finca, el que así actúe, en cuanto que lo hace –se sobreentiende– movido por causa justificada: *...non cae por ende en pena ninguna: nin es tenuto de fazer emienda de tal daño como este*. E idéntica distinción se lee en la ley 23ª de este mismo Título, relativa al célebre caso del barbero examinado también en D. 9,2,11 *pr.*, donde resuelve el legislador que en caso de que la muerte se ocasionara “afabiedas”, el autor debe, no sólo “fazer emienda” del daño, sino también “recebir pena por la muerte de aquel, bien assi como si fuesse omicida”, sancionándolo sólo con la obligación de reparar el daño (*fazer emienda*) si la muerte o la herida tuvieron lugar por culpa.

Al margen de esta cuestión, y volviendo al tema que nos interesa, después de examinar la referida ley 6ª creemos poder excluir toda referencia en la misma, ya sea directa ya sea indirecta, a cualquier tipo de perjuicio que exceda del ámbito estrictamente patrimonial. O, lo que es igual, no creemos que exista tampoco aquí una auténtica protección de los intereses personales, en el sentido de que se valoren los perjuicios de esa índole causados por el acto culposo de un tercero, y se proceda a la reparación pecuniaria de los mismos. Antes al contrario, tal como prescribe con claridad meridiana la mentada ley, siguiendo fielmente el ejemplo de las fuentes romanas, sólo se tienen en cuenta los daños corporales en orden a su resarcimiento si de los mismos resultase un perjuicio económico, que bien pudiera traducirse en los gastos ocasionados por la curación de las heridas (*damnum emergens*) o en los ingresos que se dejan de percibir como consecuencia del cese o disminución en la actividad laboral del lesionado (*lucrum cesans*).¹⁶ Otra cosa –se ha

15. Obsérvese a propósito el paralelismo formal y sustancial existente entre los citados preceptos de Partidas y lo dispuesto en las fuentes romanas, en concreto en los fragmentos contenidos en D. 9,2,27,6-9; Coll. 12,7,4; D. 9,2,49,1; y en D. 47,9,3,7.

16. La diferencia entre lucro cesante y daño emergente, aunque debe ciertamente su formulación teórica a la doctrina medieval, aparece ya insinuada en la obra de los juristas clásicos, como se desprende entre otros de diversos textos atribuidos a Gayo, Paulo, Sesto Pedio o Javoleno (respectivamente: *Gai* 3,212; D. 9,2,22,1; D. 35,2,63 *pr.*; y, D. 9,2,37,1), y se confirma *expressis verbis* en un fragmento del mismo Paulo, D.9,2,33 *pr.*, en que se identifica la pérdida patrimonial resarcible *ex lege Aquilia* con aquello que podríamos haber conseguido y perdimos por causa del ilícito, y con lo que nos vemos obligados a pagar a causa del mismo: *...in lege enim Aquilia damnum consequimur; et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur*. Interesante en este mismo sentido resulta C.7,47, en que Justiniano fija definitivamente las reglas para la valoración del daño, cuando afirma que se hará estimación “non solum in damno, sed etiam in lucro”, distinción ésta sobre la que se apoya la distinción entre *damnum emergens* y *lucrum cesans*.

visto- es la eventual responsabilidad penal que pudiera derivarse del acto lesivo, y a ella hace referencia la mentada ley 9ª, así como el inciso final de la referida ley 6ª, cuando asimila la muerte del hombre libre a resultas de las heridas causadas por la rama que se desprende del árbol, o de lo que se cae de la edificación, por culpa respectivamente del labrador o del obrero, al homicidio.

A fuer de lo expuesto, la expresión “fazer emienda del daño” que vemos empleada en numerosas ocasiones a lo largo de este título en referencia a la obligación del ofensor de reparar el daño causado, no tiene, pese a la inicial declaración de intenciones del legislador castellano, un alcance tan amplio como el que sugiere el inciso “en si mesmo, o en sus cosas” de la definición de daño que figura en la ley 1ª. Se trata desde luego de una locución que, como ya ha sido advertido, lleva ínsita una clara idea resarcitoria o de reparación del perjuicio causado, idea que confirmaría ese proceso de superación del originario carácter penal de la responsabilidad aquiliana o extracontractual¹⁷ que ya se adivina en la doctrina de la jurisprudencia clásica,¹⁸ y que acaba consolidándose definitivamente en tiempos de la compilación justiniana, en que se afirma el carácter mixto de la relativa acción. Es decir, la acción aquiliana se consolida entonces como un medio procesal través del cual *rem et poenam persequimur*.¹⁹ se trata, no sólo de castigar al autor del ilícito imponién-

17. El originario carácter penal de la *actio ex lege Aquilia*, como acción dirigida, esto es, a obtener el castigo del autor del ilícito sancionándole con el pago de una cierta cantidad de dinero, se afirma *apertis verbis* en diversos fragmentos atribuidos a juristas como Gayo, Paulo y Ulpiano (*ad exemplo*: *Gai* 4,112; *D.* 50,17,111; *D.* 9,2,30,3; *D.* 9,2,11,2; y *D.* 9,2,23,8), deduciéndose asimismo de otros textos que atribuyen a la mentada acción características propias de las acciones penales, tales como la noxalidad (así, *D.* 9,4,2 *pr.* y *D.* 9,2,3); su intransmisibilidad pasiva (así, en *Gai* 4,112 y *D.* 9,2,23,8); o el principio de la solidaridad cumulativa (así, en *D.* 9,2,11,2).

18. Tal como ya expusimos, este proceso se advierte claramente a través de diversas soluciones contenidas en las fuentes romanas en las que se toma en consideración a la hora de calcular el importe de la condena *ex lege Aquilia*, no sólo el valor de mercado del objeto destruido o dañado o *pretium corporis*, sino también la *utilitas domini* o ventaja que al dueño le reportaba la disponibilidad del mismo y, consiguientemente, lo que para él suponía realmente su pérdida o deterioro. Esta tendencia se aprecia ya en diversas decisiones del jurista Juliano (*vid. ad ex.* *D.* 9,2,42) e incluso de juristas republicanos, (ilustrativa en el sentido expuesto resulta la solución avanzada por Quinto Mucio Scaevola a la hipótesis de la yegüa preñada que malpare tras haber sido hostigada injustamente, contemplada en *D.* 9,2,39 *pr.*), y apunta a la superación de ese carácter originariamente penal de la ley, a favor de una concepción en clave resarcitoria o reparadora del daño causado.

19. Así se reconoce en *I.* 4,6,16 y 19. Además, las fuentes arrojan datos suficientes que nos llevan a la conclusión de que ya en tiempos de los juristas clásicos era conocida esta distinción entre los diversos tipos de acciones, penal, reipersecutoria y mixta que aparece formulada en los referidos fragmentos de las Instituciones de Justiniano, y configurada la *actio legis Aquilia* como acción de este último tipo, pese a que en sus Instituciones el jurista Gayo no parece reconocer el carácter mixto de la *actio legis Aquilia in simplum*, sino sólo de la que se ejercita por el doble en caso de *infstiatio* (*Gai* 4,6 y 9). A ello pueden oponerse, sin embargo, no sólo la explícita afirmación del jurista Paulo en *D.* 44,7,34,2, según el cual la acción de la ley Aquilia “rei persecutionem continet”, sino también otros

dole una sanción pecuniaria a título de pena, sino de obtener en la medida de lo posible la reparación del perjuicio injustamente causado. Esta finalidad *reipersecutoria* de la responsabilidad extracontractual o aquiliana parece afianzarse aun más en la ley castellana, donde se limita *apertis verbis* el carácter penal de la condena a los supuestos de *infittatio* (como es sabido, en estos casos el ofensor debía pagar el doble de lo que le correspondería en razón del daño causado), reconociéndose consiguientemente el valor exclusivamente reparador o resarcitorio de la condena al *simplum*, a la cual se refiere la expresión que tanta veces vemos usada en estas leyes “fazer emienda”.²⁰ Así se dispone por lo demás en la ley 16ª de este Título XV, que seguidamente reproducimos:

Demandado vn ome a otro en juyzio q le fiziesse emienda del daño q le ouiesse fecho si el demadado negasse q lo non fiziera, e el otro gelo prouasse despues por testigos, estonce el que lo nego deue pechar el daño doblado. Mas si por aventura el demandador no prouasse el daño por testigos mas por jura, o por otorgamiento del demadado quel fiziesse despues, estonce non le deue pechar el doblo: mas emendar simplemente el daño que le fizo.

Ad abundantiam, en el inciso final de la ley XIX de este mismo Título, tras referir la conocida hipótesis de la muerte del esclavo que había sido nombrado heredero, y la de aquél que formaba parte de un coro, se resuelve que en tal caso la “emienda” del daño abarcará no sólo el daño o detrimento causado a la cosa en sí, en este caso al siervo, sino también: *...el menoscabo que se sigue al señor por razon de aquella cosa quel matassen*, o lo que es igual, el perjuicio patrimonial sufrido efectivamente por el dueño, siguiendo así una doctrina afirmada mucho tiempo atrás por juristas como Neracio, Juliano o Gayo.²¹

textos atribuidos a diversos juristas, como Paulo, Ulpiano y el mismo Gayo, en los que tratando el concurso de acción aquiliana con otras acciones reipersecutorias, como la *actio commodati*, *actio depositi*, *actio locati*, etc., hacen operar el criterio de la alternancia (así, en D. 13,6,18,1; D. 19,2,25,5; D. 9,2,18; o D. 13,6,7,1, entre otros). E incluso abogaría por el carácter mixto de la *actio legis Aquilia in simplum* el propio hecho de que se reconozca ya en diversos textos atribuidos a juristas clásicos, como es el caso de los citados pasajes extraídos de las Instituciones de Gayo, que la condena al doble en caso de *infittatio* iba dirigida a castigar a aquél que injustamente trataba de obstaculizar la marcha del proceso, pues siendo así no cabe sino reconocer al mismo tiempo que el elemento reipersecutorio estaba necesariamente presente, siempre, en la condena al *simplum*. A propósito, PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*. 1989, pp. 104 ss.; y VALDITARA, *Damnum Iniuria Datum*. Torino 1996, pp. 58 ss.

20. Nos remitimos a lo expuesto en la nota anterior.

21. *Vid. respectivamente*, D.9,2,23 pr.; D.9,2,23,2; y *Gai* 3,212.

In summa, y a la vista de toda la exposición anterior, podemos concluir que las leyes de Partidas en examen responden a un sistema de responsabilidad extracontractual heredado básicamente de las fuentes romanas, a las que —se ha visto— muestra el legislador castellano una total adhesión, tanto formal como sustancial. Todos los ejemplos que se citan en estas leyes son tomados, en efecto, de los textos romanos y, fundamentalmente, del Título 2º del libro 9ª de Digesto, *sedes materiae* de la acción aquiliana, respetándose asimismo las soluciones dadas por aquellos juristas a los diversos casos prácticos planteados. Sólo la definición de daño con la que el legislador castellano inicia el tratamiento de la materia parece corresponder, *aspectu primo*, a un estadio más evolucionado en el cual se ha superado la patrimonialidad del daño, requisito imprescindible todavía en el derecho justiniano, comprendiéndose en ese amplio concepto de daño resarcible toda suerte de perjuicios, tanto materiales como personales, causados de cualquier forma (tal como ya se había admitido en la compilación bizantina), a otro sujeto. Pero esta primera impresión viene enseguida contradicha por una lectura atenta de las leyes que conforman este Título XV dedicado a los daños, pues, como se ha visto, de los denominados atentados a la personalidad, en contraposición a los causados al patrimonio, sólo se contemplan los daños corporales, y aun en estos casos, la obligación del ofensor se limita a resarcir los perjuicios que de tales daños se deriven directamente para el patrimonio del ofendido, sin que exista consiguientemente, como ya se ha explicado, una auténtica ponderación o valoración de la lesión personal. Esta no se toman en consideración en cuanto tal, sino en cuanto repercute directamente en el patrimonio del ofendido, tratándose por ende de la misma forma que cualquier otro atentado al interés patrimonial del sujeto que pueda tener lugar.

Así las cosas, no podemos sino mostrar nuestro desacuerdo con la tesis sostenida aisladamente por algún autor,²² según la cual el inciso “en si mismo” que figura en la mencionada definición de daño de la ley 1ª, Título XV de la VII Partida, constituye una referencia indiscutible a los daños morales. Entendemos antes bien, como más acertadamente ha sido advertido por otros autores, que la definitiva consolidación de un sistema de responsabilidad extracontractual estructurado, tal como hoy se concibe, sobre la base de las tres nociones fundamentales de: daño-culpa-resarcimiento, interpretadas de una manera amplia, no tiene lugar sino en una época posterior²³ y, desde luego, ajena todavía al texto de Partidas, que en sus

22. Nos referimos concretamente a la teoría avanzada por el civilista GARCÍA LÓPEZ en su cuidado estudio sobre *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona 1990, pp. 32 ss., trabajo que, salvadas las referencias no demasiado acertadas al Derecho romano y a la legislación de Partidas, nos parece de gran interés para el estudio de la materia.

23. Nos siguen pareciendo fundamentales al respecto las aportaciones de CERAMI, “La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio”, *La responsabilità*

líneas básicas no hace sino reproducir los resultados alcanzados por los juristas romanos, tal como aparecen sistematizados en la compilación justiniana y en el que, siguiendo el hilo de lo expuesto, no es posible encontrar aún referencia alguna, ni siquiera indirecta, al daño moral.

A fortiori, el reconocimiento del llamado “daño moral” como entidad autónomamente resarcible requiere, es claro, un sistema más acabado o perfilado de responsabilidad extracontractual o aquiliana, que responda realmente a esa noción omnicomprendiva de daño que falsamente exhibe el texto de Partidas y en el que prime un concepto tan sumamente amplio y elástico de “interés” protegido, capaz de abarcar perjuicios de naturaleza tan etérea y difícil de probar como son los daños de tipo afectivo o morales. Y aún así, se trata de una materia que arroja numerosas dudas, tanto en lo que respecta a su delimitación conceptual como a su valoración pecuniaria, como lo demuestran las numerosas disputas doctrinales existentes a la hora de definir qué sea el daño moral, así como la reticencia que durante largo tiempo han mostrado los Tribunales para aceptar la ponderación del mismo en orden a un posible resarcimiento.²⁴

civile da ato illecito cit., pp. 103 ss.; y KUPISCH, “La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale”, *La responsabilità civile da ato illecito* cit., pp. 123 ss., a las que básicamente nos adherimos en el trabajo: “El daño moral”, ya citado (*vid.* n. 1).

24. A propósito de esta cuestión, nos remitimos sin más a lo expuesto en nuestro trabajo: “El daño moral” cit.