PRETIUM AFFECTIONIS O DAÑOS MORALES EN LA *AESTIMATIO DAMNI EX LEGE AQUILIA*

Pretium affectionis or moral Torts in the aestimatio damni ex lege Aquilia

Armando Torrent Ruiz
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Resumen: La lex Aquilia del 286 a.C. superando las XII Tab. y la legislación posterior hasta el plebiscito aquiliano, fue una *lex poenalis* que propuso por primera vez en la Historia del pensamiento jurídico la responsabilidad extracontractual por *damni* que si en principio solo podían ser materiales evaluados económicamente para poder determinar el juez el montante económico resarcitorio, al llegar la época clásica la *interpretatio prudentium* llegó a admitir los daños morales causados a la víctima.

Palabras clave: *Lex Aquilia, Aestimatio damni,* daños morales.

Abstract: The *lex Aquilia* (286 B.C.) a *lex poenalis* going forward the XII Tab. that derogated, fixed new rules for the extracontractual liability. Originally the perception of the *damnum only* may be material for fixing the *aestimatio damni,* but the *interpretatio prudentium* came in classical period to admit the moral torts caused to the victims.

Keywords: *Lex Aquilia. Aestimatio damni. Moral torts.*

En un escrito anterior [1] he tenido ocasión de comprobar algo por otra parte ya sabido: la *interpretatio ad legem Aquiliam* fue ampliando los supuestos de *damni* a supuestos que ya no eran meramente la *occisio* del *servus* o *quadrupes*

[1] Torrent, *Id qud interest (daño emergente, lucro cesante) en la aplicación de la Lex Aquilia. Reflexiones sobre Jul.-Ulp. D. 9,2,23,1-2.,* en Ad legem Aquiliam, (Madrid, 2019) p. 185 ss. *Vid.* también C. Aedo, *El problema del concepto de la culpa en la lex Aquilia. Una mirada funcionaol,* en *Revista de Derecho* (Chile), 27 (2014), pp. 27-57.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

entendida como destrucción material y definitiva de la *res laesa,* o la *vulneratio* (*rumpere, frangere, urere*) que eran las hipótesis originarias contempladas en los caps. I y III de la ley, con gran seguridad un plebiscito del 286 a. C. que por comodidad de citación todos seguimos llamando ley, sino que empezaron a tenerse en cuenta –no sin graves divergencias entre los juristas del Principado– otros criterios para determinar el *damnum*[2] y la consiguiente *aestimatio damni*–[3] que superaban el *pretium corporis* del esclavo muerto *iniuria* (*sine iure*[4]) culposamente[5], como la *hereditas delata* al esclavo en principio no admitida por la jurisprudencia republicana admitida en época clásica por Ner. y Jul. También admitió parte de la jurisprudencia del Principado la estimación de otros criterios como el lucro cesante y el daño emergente que se añadían al resarcimiento del *pretium corporis.* En este trabajo quiero demostrar que asimismo, y dentro de grandes controversias entre los clásicos, se admitió como objeto de la *actio legis Aquiliae* el llamado a partir de los medievales «daño moral» (sofferenze morali en terminología italiana[6]), que más tarde sería desarrollado por los iusnaturalistas de los s. XVII y XVIII[7], particularmente por Pufendorf[8], y hoy es corriente en el lenguaje forense y en el derecho de nuestros días. Siendo los daños morales[9] un concepto desarrollado en la Edad Moderna[10], debemos tomar precauciones al aplicarlo al Mundo Antiguo.

---

[2] *Cfr*. C. Aedo, *Los requisitos de la lex Aquilia con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero,* en *Ius et Praxis,* 15 (2010) 311-337; S. Galeotti, *Rupit, rupitias, noxia, damnum: ildannegiamento nella normativa postaquiliana,* en *SDHI* 80 (2014), p. 229 y ss.

[3] *Vid.* A. Corbino, *L'oggetto della aestimatio damni nella previsione del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano,* en *Studi Martini,* I (Milano 2008), p. 699 y ss.

[4] *Vid.* M. F. Cursi, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del damno aquiliano,* (Milano 2002) 85 ss.; A. Corbino, *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano,* en *SDHI* 75 (2009) 77 ss.; G. Santucci, *The meaning of «iniuria» in the» lex Aquilia». A historical sketch,* en *Scritti Corbino,* 6 (Tricase 2016), pp. 526-543.

[5] *Vid.* Aedo, *El concepto de culpa aquiliana y su evolución en las últimas décadas. Distintas teorías;* en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte. Antofagasta, Chile), 23 (2014), pp. 21-59.; con fuentes y lit. Torrent, *Aproximación al concepto de «culpa ex lege Aquilia» (Paul. 10 ad Sab.) D. 9,2,31 y 9,2,28.,* en *Antologia giuridica romanística e anticuaria,* (Milano 2018),p. 75 y ss.

[6] *Vid.* D. A. Centola, *Le sofferenze morali nella visione giuridica romana,* (Napoli 2011), (en adelante Centola, *Soff. mor.*)

[7] *Vid.* Torrent, *El iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII precursor de los códigos en la secuencia de fundamentos del derecho europeo,* (Madrid 2016), p. 120 y ss.

[8] S. Pufendorf, *De iure Naturae et Gentium libri octo* (1672), p. 138.

[9] Centola, *Soff.,* 2 nt. 2.

[10] *Cfr*. P. Cerami, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio,* en L. Vacca (cur.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica,* (Torino 1995) 103 ss. Add. B. Kupisch, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale*, ibid. 123 ss.; CURSI, *Il damno non patrimoniale e il diritto storico-sistematico dell'art. 2079 c.c.,* en AA.VV. *Modeli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. OIbbligazioni e diritti reali,* (Napoli 2003), p. 103 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

Admitida la *hereditas delata,* en esta sede voy a tratar si podía admitirse en la *aestimatio damni* la *affectio domini* por el *servus* (o el *filius) occisus* que entre otros problemas como las dificultades de su cálculo, plantea el reconocimiento de los daños morales, que desde luego no son un concepto meramente teórico sino que en el *animus* de la víctima implicaban lesiones que podían perjudicarle gravemente, y que obviamente superaba el valor de los *damni* meramente patrimoniales. Centola [11] advierte que la noción de daño moral no coincide con la de daño no patrimonial, siendo ésta más amplia. Señala Bonilini [12] que daño moral tradicionalmente alude al dolor, padecimiento de ánimo, sufrimiento espiritual, mientras que daño no patrimonial debe entenderse como toda consecuencia peyorativa que no tolera, teniendo en cuenta criterios objetivos (precio de mercado), una valoración pecuniaria rigurosa. Señalo estos apuntes dogmáticos para poner de relieve las grandes dificultades que tiene el tema si queremos rastrearlo en el derecho romano, que yo creo posible, estando protegidos los daños morales no por la *actio civilis directa legis Aquiliae,* sino por *actiones in factum (legem Aq. accommodatae).* La doctrina romanística que estudia el problema de los daños morales enfocándolos desde su resarcibilidad se bifurca por dos caminos: 1) la negación absoluta de un principio general de resarcibilidad de los daños morales, tesis defendida a principios del s. XX por Marchi [13] y que puede decirse sigue siendo la doctrina mayoritaria [14] que sólo admite un concepto de *damnum* patrimonial en el sentido de perjuicio económico material causado a la víctima; 2) su admisión en el derecho justinianeo por Ratti [15], De Robertis [16]; Bove [17] que sólo los reconoce en derecho justinianeo. Crifò [18] que también está por su admisibilidad los presenta en forma problemática afirmando que la medida de la resarcibilidad de los daños morales viene dada por el *id quod interest* que incluía daño emergente y lucro cesante. A mi modo de ver no hay que llegar al derecho justinianeo para admitir los daños morales, sino que los juristas clásicos ya empezaban a tomar conciencia de la existencia de estos daños resarcibles mediante *actiones in factum ex lege Aquilia.*

---

[11] Sobre el tema, Corbino, *Danno, lesioni patrimoniali e lex Aquilia nell'esperienza romana,* en *Scritti Franciosi,* I (Napoli 2007), p. 607 y ss.

[12] G. Bonilini, s. v. *Danno morale*, en *Digesta delle discipline privatistiche,* Sez. Civ. 5 (1989), p. 85.

[13] A. Marchi, *Il risarcimento del damno morale secondo il diritto romano,* en *BIDR* 16 (1904) 206 ss.

[14] *Vid.* por todos M. Kaser, *Das römische Privatrecht,* I², (München 1971) 491; A. Guarino, *Diritto privato romano*¹², (Napoli 2001),p. 999 y ss.

[15] U. Ratti, *Il risarcimento del danno nel diritto giustinianeo,* en *BIDR* 40 (1932),p. 169 y ss.

[16] F. M. De Robertis, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustinianeo,* en *Annali Bari,* 3.1 (1965-66) 223 ss. = *Scritti varii di diritto romano.* I. *Diritto privato,* (Bari 1987), p. 503 y ss.

[17] L. Bove, s. v. *Danno (diritto romno),* en *NNDI*, 5 (1960), pp. 144, 146.

[18] G. Crifò, s. v. *Danno (storia),* en *ED* 11 (1962), p. 618 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

Es obvio que la jurisprudencia republicana no podía admitir el *pretium affectionis* por la rigidez de los *verba legis* que constreñía a que la *aestimatio* sólo tuviese en cuenta el valor objetivo que tuviera la cosa, generalmente su precio de mercado, y no al que se pudiera atribuir por razones personales a favor de la víctima del hecho delictivo [19], pero en época clásica comenzamos a ver textos que muestran las diferencias entre los juristas en cuanto si algunos niegan totalmente la consideración de la *affectio* (Sexto Pedio, Paul. D.9,2,33 pr.), otros (el mismo Paul.) consideran que la víctima puede reclamar no solamente el *pretium corporis* sino además un plus añadido que es el *pretium affectionis* referido tanto a los hijos como a los esclavos particularmente estimados por el *dominus,* planteando el tema de si además del valor de mercado de los bienes lesionados con el *plus* en su caso de fijar la *aestimatio quanti in eo anno plurimi fuit* en caso de *occisio,* o *in diebus triginta proximis* en caso de *vulneratio* [20]*,* podía añadirse el *pretium affectionis* que una vez admitido significó la máxima expresión de ampliación jurisprudencial de las prescripciones originarias de la ley Aq. (caps. I y III) que durante mucho tiempo sólo colmaban la satisfacción de la víctima exclusivamente mediante la estimación del daño material, objetivo, que se concentraba en el precio de mercado del objeto lesionado por el hecho ilícito dañoso causado *cum iniuria.* Entre los que negaban que el *pretium affectionis* pudiese incluirse en la *condemnatio ex lege Aq.,* veremos en primer lugar un célebre texto de Paul. D. 9,2,33 pr. que sigue la opinión negativa de Pedio, aunque deja un portillo abierto en D. eod. 33,1 al admitir *actiones in factum* para otros daños (los no patrimoniales) *ex lege Aquilia* que nos lleva al campo de una *interpretatio* más amplia de los *verba legis* ocurrida durante el Principado.

Un concepto de efectos similares a la *affectio,* el *dolor,* clara expresión de los sufrimientos morales, me lleva a entender que en época clásica ya se había abierto paso el reconocimiento de sentimientos personales protegidos por el ordenamiento, situación que aparece en distintos supuestos aunque algunos no tratan precisamente de temas aquilianos sino de derecho penal familiar concretamente en el campo de la represión del *adulterium,* conducta que viola la esperada fidelidad matrimonial dando derecho al padre o al marido de la adúltera a dar muerte impunemente a la adúltera y a su cómplice, o en su caso con la *lex Iulia de maritandis ordinibus* de Augusto concediendo una acusación pri-

[19] A. Corbino, *Il damno qualificato e la lex Aquilia*², (Padova 2008), p. 188.

[20] Torrent, *Previsiones aquilianas.* 2. *Momento de la aestimatio damni para el cálculo del resarcimiento del damnum. La discordancia entre quo plurimum in eo anno fuit (Gayo 3,210 y D. 9,2,2 pr.; IJ 4,3,pr.) e in diebus XXX proximis (Gayo 3,215; Ulp. D.9,2,27,5),* en *RIDROM* 21 (2018) 241 ss.=Ad legem Aquiliam, 2,161 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

vilegiada al padre de la adúltera y al marido burlado [21] en que además de prescribir la muerte de los adúlteros se preveían otras penas económicas [22]. Un rescripto de Marco Aurelio Pío y Comodo D. 48,5,38(39),8 (Pap. 36 *Quaest.*) reclama el *iustus dolor* por crimen tan nefando (adulterio de la esposa) para dejar impune el ejercicio de la violencia contra la mujer por parte del marido burlado que *impetu tractus doloris* mata a la mujer sorprendida en flagrante adulterio [23] quedando exento de la pena *legis Corneliae de sicariis.* Centola también alega el *dolor* («sofferenze morali») del acusador en la disciplina de la acusación [24], y el de los padres en la disciplina del rapto de una virgen [25].

En principio hay que subrayar que la *actio directa legis* no consentía la reclamación de los daños morales en la *condemnatio ex lege Aq.*, como demuestran Sexto Pedio y Paulo, pero este último incluye su posibilidad mediante una *actio in factum,* lo que destaca la importancia de la *iurisdictio praetoria* en la progresiva ampliación de la *interpretatio ad legem Aq.* superando los *verba legis* originarios [26]; otro tema sería si se trata de un *actio in factum* [27] específica en los casos que cita Paul. o una *actio in factum generalis* en el sentido de una tutela general desde la época postclásica a la bizantina tal como lo expone Cursi [28].

> D.9,2,33 pr. (Paul 2 *ad Plautium*). *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi; itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. In lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.* 1. *In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.*

La opinión de Pedio es compartida por Paul. sin objeción alguna y advirtamos que su libro II *ad Plaut.* lo coloca Lenel acertadamente en la rúbrica *de*

---

[21] Torrent, *Derecho penal matrimonial romano y «poena capitis» en la represión del «adulterium»,* en *RIDROM* 17 (2016), pp. 270, 272.

[22] Torrent, *Der. penal matr.,* 279.

[23] Centola, *Soff.,* pp. 18-19.

[24] Centola, *Soff.,* p. 46 s.

[25] Centola, *Soff.,* p. 61y ss.

[26] *Vid.* sobre el tema a propósito de la noción de *damnum,* S. Galeotti, *Ricerche sulla nozione di damnum.* I. *Il danno nel diritto romano tra semántica e interpretazione,* (Napoli 2015); Ead. II. *I criteri di imputazione del danno tra «lex» e «interpretatio prudentium»,* (Napoli 2016).

[27] Pienso dedicar un estudio específico a las *actiones in factum* que supusieron una extensión significativa del contenido de la *lex Aquilia* por obra de la jurisprudencia y del pretor.

[28] Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato,* (Naopoli 2018), p. 89 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

lege Aquilia [29] señalando que no deben entrar en la *aestimatio rei* ni la *affectio,* ni la *utilitas singulorum, sed communiter fungi*, que en mi opinión se refiere al precio que tuvieran los esclavos o aquel esclavo o el hijo natural en el momento de la *occisio*, lo que equivale a señalar el precio de mercado *quanti omnibus valeret,* un precio que podría denominarse «formal» en cuanto era el aceptado *communiter,* aseveración pediana-paulina sumamente significativa en contraposición al subjetivo *pretium affectionis,* lo cual no quiere decir que subjetivamente el precio de mercado sea el precio justo porque las cosas valen lo que efectivamente se pague por ellas, y esto depende de la necesidad del comprador de adquirir la cosa de lo que se aprovechará el vendedor para elevar el precio, y de la urgencia del vendedor de desprenderse de la cosa por las razones que fueran (entiendo que normalmente para lograr liquidez) que efectuará admitiendo el precio ofrecido por el comprador que obviamente irá a la baja [30]. También es significativo que los textos hablen de *pretium affectionis* y no de *pecunia doloris* (en terminología alemana «Schmerzensgeld»). En D. eod. 33 pr, Ped.-Paul. siguen la línea tradicional de excluir cualquier otro tipo de daño al margen de la *occisio servi vel filii* prevista en el cap. I de la *lex Aq.* Paul. expone los argumentos de Ped. ampliándolos para tener en cuenta otros supuestos que influían en la *aestimatio rei* (*servus obnoxius, hereditas delata*); en otra sede, D.35,2,63 pr. Paul. (2 *ad legem Iuliam et Papiam*) retoma el mismo principio restrictivo en tema de *pretium rerum*, aunque de Gayo 3,212 se deduce que se estaban abriendo paso otras valoraciones que no fueran meramente el *pretium corporis.*

En estas ampliaciones al tenor originario de los caps. I y III del plebiscito aquiliano Gayo incluye la *hereditas amissa* [31] y el *damnum* que implicaba para el *dominus* la muerte e inutilización para los fines pretendidos con el conjunto de una de las cosas compuestas que depreciaba o incluso anulaba el valor de las subsistentes (un miembro de un grupo de comediantes o de músicos, la *occisio* de una mula que destruia la pareja, o de uno de los caballos de una cuádriga), y el mismo Paul. D. 9,2 33,1 se dio cuenta del perjuicio que suponía para la víctima restringir la *aestimatio damni* al mero *pretium corporis* admitiendo paladinamente *in damnis quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.* Todo esto supone que la *interpretatio ad legem Aq.* iba

[29] Lenel, *Palingenesia iuris civilis,* I (Lipsiae 1889), p. 1149.

[30] *Cfr*. F. Gallo, *Giusto corrispettivo e corrispettivo presunto nella vendita e nella locazione,* en *Pubblicazioni della Università di Pavia. Istituto di esercitazioni della Facoltà di Giurisprudenza,* 39 (1966) 3 ss. = Id., *Opuscula selecta,* (Padova 1999) 65 ss.

[31] *Cfr*. sobre la *hereditas amissa,* Torrent, *Id quod interest,* cit.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

ampliándose hasta comprender un genérico *id quod interest* [32] y un específico *pretium affectionis.*

> Gayo 3,212. *Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur, sed sane si servo occiso plus dominus capiat damni quam pretium servi sit, id quoque quam iussu, eo hereditatem cerneret, occisus fuerit; non enim tantum ipsius pretium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas. item, si ex gemellis vel comoedis vel ex sumphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fuit aestimatio, sed eo amplius (id) quoque computatur, quod ceteri qui supersunt depretiati sunt. idem iuris est etiam si ex pari mularum unam vel etiam quadrigis equorum unum occiderit.*
>
> D. 35,2,63 pr. (Paul. *II ad legem Iuliam et Papiam*). *Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur, nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec expectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qui filius alicuius, sed qua homo aestimatur. eadem causa est eius servi, qui noxam nocuit: nec enim delinquendo quisque pretiosior fit. sed nec heredem post mortem testatoris institutum servum tanto pluris esse, quod pluris venire potest. Pedius scribit: est enim absurdum ipsum me heredem institutum non esse locupletiorem, antequam adeam, si autem servus heres institutus sit, statim me locupletiorem effectum, cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat: adquirit nobis certe cum adierit, esse autem praeposterum ante nos locupletes dici, quam adquisierimus.*

Ninguno de estos textos ha quedado inmune a la crítica, sobre todo en el siglo pasado [33] en que pareció imponerse la visión hipercrítica de Beseler que llegó a proponer una reconstrucción de los textos que ha quedado aislada, pero las aguas antiinperpolacionistas se fueron aquietando; hoy por ejemplo desde Gerke [34] nadie cree en la interpolación de *communiter,* poco antes Riccobono

---

[32] *Vid.* sobre el tema D. Medicus, *Id quod interest. Studien zum römischen Rechts des Schadenersatzes,* (Köln-Graz 1962) 238 ss.; G. Valditara, Dalláestimatio rei ad id quod interest nell,applicazione della condemnatio aquiliana, n L. VACCA (cur.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-compaatistica,* I (Torino 1995) 76 ss.; De Robertis,, *Damnum iniuria datum. Trattazione della responsbilità exracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno,* (Bari 2002) 121 ss.; Corbino, *L'oggetto della aestimatio damni nella previsione del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano*, en *Studi Martini*, I (Milano 2008) 699 ss.; Cursi, *Danno e resp. extracontratt*., cit., 61 ss.; Torrent, *Id quod interest*, cit.

[33] A. Guarneri Citati, *Miscellanea esegetica,* I, en *Annali Perugia,* 37 (1924) 68 nt, 1; G. von Beseler, en *ZSS* 50 (1930) 28 ss.; Kaser, *Quanti ea res est,* (München 1935) 168 nt 8; P. Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico,* (Milano 1939) 77 nt. 4; B. Albanese, *Studi sulla legge Aquilia,* en *AUPA* 21 (1950) 206 SS.; K. Lange, *Die Verarbeitung klassischer und nachklassischer Lehren in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft,* en *ZSS* 72 (1955) 233 ss.; K. H. Below, *Die Haftung für lucrum cesans im römischen Recht,* (München 1964) 30 ss.; U. Von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno* (Berlin 1971) 123 nt. 173.

[34] F. Gerke, *Gesichliliuche Erwicklung der Bemessung der Anspruche aus der lex Aquilia,* en *SDHI* 23 (1957) 74 nt.. 43,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

se había pronunciado por la continuidad esencial del derecho romano, y desde 1970 la ciencia romanística giró hacia una posición conservadora negando la amplitud de las interpolaciones sostenida por Beseler y Solazzi. Ciertamente que hoy conocemos mucho mejor la andadura de la jurisprudencia en cada una de las épocas en las que convencionalmente dividimos el derecho romano, y textos acusados de justinianeos hoy los consideramos clásicos, lo que puede advertirse especialmente en temas aquilianos donde la misma interpretación de los *verba legis Aquiliae* experimentó los avatares de la evolución lingüística (pensemos en la evolución del verbo *rumpere* en la época tardo republicana y en el Principado), como también el progresivo afinamiento de las instituciones jurídicas generalmente producido en el marco del llamado *ius controversum* como sucedió en temas aquilianos, y particularmente en el campo de los daños morales o extracontractuales, hasta el punto que un notabilísimo civilista italiano como Renato Scognamiglio [35] con gran influencia en la doctrina civilística posterior, apuntó los «dubbi precedenti romanistici». Intento con este trabajo –en la medida de lo posible– despejar algunas de estas dudas suscitadas en la *interpetatio ad legem Aq.* que hoy explicamos sirviéndonos de una terminología corriente en la civilística actual como la noción de daño extrapatrimonial que atañe frontalmente a la *aestimatio damni* aquiliana, que habiendo nacido como estimación de daños patrimoniales, iba siendo ampliada hasta llegar a comprender el *pretium affectionis* o *pretium doloris,* mediante *actiones in factum,* y entiendo que también mediante *actiones utiles,* para mí intercambiables en época clásica que el afán clasificatorio justinianeo intentó distinguir.

Vuelvo a insistir en que los daños morales no son un tema fácil de resolver en derecho romano, como ya había advertido desde 1917 un civilista italiano, Minozzi, que dedica un capítulo al tema en el derecho romano considerando [36] que «nel diritto romano lo studio dell'elemento della non patrimonialità è di massimo interesse, perchè in quel diritto non si trova questo concetto già formato, ma lo si osserva nelle sue prime fasi, se ne esamina tutta la vita evolutiva: dal suo nascere al suo più rigoroso svolgimento». Entra Minozzi en un campo de batalla de la romanística posterior al entender que pena privada y resarcimiento son consecuencia del delito civil no existiendo en Roma contradicción entre ambos conceptos que tienen el mismo fundamento [37] dirigido a la tutela jurídica individual, fundamento que descansa sobre la naturaleza humana. Tengo la impresión que Minozzi está muy influenciado por las doctrinas iusnaturalistas so-

[35] R Scognamiglio, *Il danno morale. (Contributo alla teoría del danno extracontrattuale),* en *Rivista di dir. civile,* 3.1 (1957) 296.

[36] A. Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*³*,* (Milano 1917)p. 103 y ss.

[37] Minozzi, *Danno non patrim.,* p. 126.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

bre los daños morales [38], y la identificación pena privada-resarcimiento pasa muy por encima de conceptos procesales romanos, sobre todo en el desarrollo de la *actio legis Aquiliae* y su interpretación por los juristas clásicos –no todos concordantes– que en medio de sus divergencias y teniendo en cuenta los evidentes perjuicios via *affectio* para la víctima de un *damnum iniuria datum* protegido por la *lex Aq.,* acabaron incluyendo el *pretium affectionis* en las *actiones ex lege Aq.,* como también en las *actiones in bonum et aequum conceptae* [39]. Desde mi punto de vista sus argumentos implican por una parte la ampliación del concepto de *damnum* cada vez más alejado del rigorismo de los *verba legis* originarios [40] (caps. I y III) [41], y por otra la correlativa ampliación de la protección aquiliana de los nuevos *damni* mediante la interposición de *actiones utiles* [42], y por supuesto plenamente reconocidos los daños morales en el derecho justinianeo.

Una corriente doctrinal importante sostiene que los daños morales solo fueron reconocidos en el derecho justinianeo, defendiendo Marchi [43] que los textos clásicos *ad hoc* estaban interpolados (D. 17,1,54 pr.; D. 27,3,1,2; D. 21,2,71), que incluso en los juicios de buena fe seguía siendo válida en época clásica la regla de la patrimonialidad, y únicamente y de modo excepcional el *favor libertatis,* el *favor dotis* y los vínculos de sangre, consienten en el derecho justinianeo la aplicación de un principio estimatorio diferente, pero incluso en estos casos no se puede decir que se tratara de resarcimiento de daños morales. Me parece demasiado restrictiva esta tesis de Marchi y además algo confusa, porque aún si admitiéramos la interpolación de los textos clásicos, la alteración justinianea depone en favor de la aplicación de los nuevos principios en materia del resarcimiento de daños, obviamente incluídos los morales, y es significativa al respecto la explicación de Ratti [44] que favorable a las tesis justinianeas admite sin restricciones la aplicación de a su juicio la nueva doctrina sobre el resarcimiento de los daños morales, a mi modo de ver no tan nueva porque ya había sido admitida por los clásicos reclamables mediante *actiones in factum,* y por supuesto por los justinianeos sobre todo mediante *bonae fidei iudicia.*

---

[38] *Cfr*. Minozzi, *Danno non patrim.,* p. 281.

[39] Minozzi, *Danno non patrim.,* p. 225.

[40] *Vid.* sobre el tema Galeotti, citado supra nt. 26. Add. L. Desanti, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretatio prudentium,* (Torino 2015).

[41] *Cfr*. Valditara, *Superamento dell´»aestimatio rei» nella valutazione del danno aquiliano ed estensione ai «non domini»,* (Milano 1992).

[42] *Cfr*. Corbino, *Actio directa, actio utilis e actio in factum nella disciplina giustinianea del danno aquiliano,* en *Studi Nicosìa,* 3 (Milano 2007), p. 1 y ss.

[43] En este sentido Marchi, *Risarcimento del danno morale,* p. 281.

[44] Ratti, *Risarcimento del danno morale,* 1, p. 70 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

También defienden la tesis justinianea Medicus y de Robertis. El primero [45] entiende que nunca existió un principio general de estimación de aquellos daños a efectos de considerarlos resarcibles, admitiendo casos excepcionales en que el supuesto de hecho atañía al interés del padre o del esposo en caso de ruptura de esponsales y en casos *de sepulchro violato,* que a su juicio discutían intereses «ohne Zweifel» inmateriales, morales [46]. De Robertis [47] va más lejos admitiendo en época justinianea el principio de resarcibilidad de los daños morales en todos los *bonae fidei iudicia* fijándose especialmente en Pap. D.17,1,54 pr. [48]*,* excluyendo por tanto los *stricti iuris iudicia* [49]. A mi modo de ver no está interpolado el § papinianeo, pero aún de admitirlo, demostraría el conocimiento de los compiladores de las preferencias de los clásicos (*placuit prudentioribus*) por las *rationes affectionis.* Afronta también De Robertis el problema del cálculo económico del resarcimiento de los daños morales (*pretium affectionis*) para lo que apela a dos instrumentos procesales*:* el *iusiurandum in litem delatum,* y la *aestimatio officio iudicis* [50].

Una opinión que no comparto entendiéndola excesivamente radical la expresó Macqueron [51] al negar absolutamente que la experiencia jurídica romana asumiera en algún momento la reparación de los daños morales: tanto en la obligaciones *ex delicto* como en las *quasi ex delicto* la pena no tenía nada que ver con la reparación de un «prejudice moral ou d'affection», y tanto en el derecho clásico como en el justinianeo. Tampoco comparto su afirmación [52] que el pretor cuando establece una pena para sancionar aquellas obligaciones nunca significa el resarcimiento de un daño moral porque la acción dispuesta para la víctima sólo significaba la venganza de ésta. No me convence esta explicación que ignora que ya en época clásica señalaba Paul. D. 9,2,33,1: *in damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.* Tampoco Raber [53] acepta el principio del *pretium affectionis* en época clásica (de lo que se deduce *sensu contrario* su validez en la justinianea, con lo que da un paso

---

[45] D. Medicus, *Id quos interest,* p. 1 y ss.

[46] Medicus, *Id quod interest,* p. 213 ss., p. 279.

[47] De Robertis, *Risarcibilità del damno morale,* en *Scritti varii,* cit., I, p. 504 y ss.

[48] D. 17,1,54 pr. (Pap. 27 *Quaest.*)… *placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendum*

[49] *Cfr*. De Robertis, *Quanti res est-id quod interest nel sistema della grande compilazione. (Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustinianeo),* en *SDHI* 32 (1966) = *Scritti varii,* cit. I, p. 519 y ss.

[50] De Robertis, *Scritti,* I, p. 510.

[51] J. Macqueron, *L'interêt morale ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romanin,* en *Etudes Audinet,* (Paris 1968), p. 174.

[52] Macqueron, *L'interêt morale,* p. 175.

[53] F. Raber, *Zum «pretium affectionis»,* en *Festgabe Herdlitczka,* (München-Salzburg 1972), p. 213.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

adelante en relación con las ideas de Macqueron. Martini [54] en un principio (2002) tampoco era favorable a la resarcibilidad de los daños morales en derecho romano, pero poco más adelante [55] admitió el *damnum non pecuniarium* en base a D. 9,3,5,5 (Ulp. 23 *ad Ed.*) que trataba de la *actio de effusis et deiectis* concluyendo «tranquilamente la riparibilità del danno morale in diritto romano attraverso l'impiego di azioni penali» [56].

Había terciado en la contienda otro civilista italiano buen conocedor del derecho romano [57], Giovanni Pacchioni, que dedica muchas páginas al interés pecuniario de las obligaciones [58], reconociendo que en derecho romano hay «obblighi giuridici (che) non aventi per oggetto una prestazione di valore pecuniario erano indubbiamente riconosciuti e in modo diverso e vario sanciti dal diritto romano come lo sono anche dai diritti moderni» [59]. Vigneron [60] basándose en algunas constituciones imperiales del tardo Principado de Alejandro Severo inmediatamente anteriores a la anarquía militar del s. III a. C., admite que «en droit romain l'interêt d'affection était, au moins ocassionalment, pris en compte [61]». Las constituciones recogidas por Vigneron son muy significativas: C. 4,56,1, 2 y 3 (las dos primeras del 223 d. C., y la tercera del 225) se refieren a la venta de una mujer esclava con la cláusula *ne prostituetur*, y C. 4,57,1,2 y 3 (las primeras del 222 y la tercera del 225) a la venta y liberación de esclavos. Comparto la tesis de Vigneron sobre el reconocimiento de los daños morales, y disiento en su estimación «ocasionalment» porque a mi juicio esta estimación se advierte con las sólitas discordancias entre los juristas de época antonina y severiana.

En Cursi advierto también una cierta tendencia a comprender los daños morales en el derecho clásico [62]. Considera que en los juristas romanos (se re-

---

[54] R. Martini, *Sul risarcimento del danno morale in diritto romano,* en *Studi in onore Sergio Antonelli,* (Napoli 2002) p. 525 y ss.

[55] Martini, *Sus risarcimento del danno morale in diritto romano. II (Ripensamenti),* en *RDR* 8 (2008) 1 ss. (= http//www.ledonline.it/rivistadidiritto romano).

[56] Martini, *Risarcimento danno morale II,* p. 5.

[57] Bastaría para confirma leer la parte romana que dedica en G. Pacchioni, *I contratti a favore di terzi. Studio di diritto romano, civile e commerciale,* (Padova 1933) con el que he tenido ocasión de polemizar: Torrent, *Los contratos a favor de terceros. Del derecho romano a los Principles, Definitions and Model Rules of the European private Law,* (Madrid 2015).

[58] G. Pacchioni, *Dei delitti e quasi delitti,* (Padova 1940), p. 245 y ss.

[59] Pacchioni, *Delitti e quasi delitti,* 317. Para una ráidaa «rassegna» de las oscilaciones de la doctrina civilista Italiana sobre la resarcibilidad de los daños morales, *vid.* Centola, *Soff.,* pp. 129-130.

[60] R. Vigneron, *L'interêt d'affection en droit romain classique,* en *BIDR,* n. s. 39 (1997) 193 ss, que completa una comunicación presentada en el congreso de la SHIDA de 1996, *Le douleur comme source de droits de l´homme à Rome,* en *RIDA* 35 (1998), p. 395 ss.

[61] Vigneron, *Lìnterê d'affection,* p. 204.

[62] Cursi, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici del art. 2059 C.c.,* en R. Fiori (cur.), *Modelli storici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali,* (Napoli 2008),

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

fiere fundamentalmente a D.9,2,33 pr.) se encuentra una distinción evidente entre la «logica reipersecutoria» dirigida al resarcimiento del perjuicio económico sufrido que no tiene en cuenta la reparación de daños no patrimoniales, y una lógica «sanzionatorio-afflittiva» que corresponde a las acciones penales que admiten tales daños, distinción que encuentra en Paul. que a su vez está hablando de dos distintos supuestos fácticos: la muerte del esclavo y del hijo natural que no permite una *aestimatio damni* basada en la *affectio domini* o *patris,* y el supuesto de corrupción del hijo que sí admite el resarcimiento del daño protegiendo mediante la acción penal *de servo corrupto* el interés moral del padre en no *corrumpere* el *animus* del hijo que confirma Paul. en D. 11,3,14,1 (Paul. 19 *ad Ed.* [63]) en protección de la *fama et dignitas* del *pater-dominus* comprendiendo también el *id quod interest.*

> D. 11,3,14,1: *De filio filiave familias corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti costituta actio est, qui in patrimonio nostro esset, et pauperiorem se factum esse dominus probare potest dignitate et fama domus integra manente: sed utilis competit officio iudicis aestimanda, quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi.*

Este § [64] presenta varias incógnitas; en primer lugar había servido a Marchi que analizando una serie de textos referidos tanto a interdictos como a acciones penales, civiles, pretorias, reipersecutorias con fórmula de *condemnatio in quanti ea res est,* entendió que en todos los casos examinados eran enfocados por los juristas desde un punto de vista exclusivamente patrimonial [65], pero se encontró con el escollo de D. 11,3,14,1 que consideró excepcional no admitiendo su factura clásica (ya vimos que no admitía el resarcimiento de daños morales en tiempos clásicos) entendiendo justinianeo el ejercicio de la *actio servi corrupti* por un padre reclamando el pago del daño sufrido por la corrupción del hijo, tesis interpolatoria que no comparto, porque en el mismo texto señala Paul. que para reclamar por la *corruptio* (*pretium affectionis*) el padre podía ejercitar una *actio utilis* confirmando lo dicho en D. 9,2,33,1 rectificando la posición rigorista de Ped., jurista del s. I d. C. del que no se conservan textos directos. Para Marchi la condena pecuniaria por el *damnum corporis* (que es el único que admite Marchi en época clásica) era siempre una pena privada, lo cual es cierto, pero también es cierto que la *condemnatio* podía

pp. 103-167, que antes de ocuparse del derecho positivo italiano y de sentenciaas de la Corte Constitucional, hace un excelente recorrido histórico sobre la génesis y desarrollo de los daños no patrimoniales dedicando una parte importante a la experiencia jurídica romana.

[63] Lenel, *Pal.,* I, 1000, sitúa este texto en la rúbrica *de servo corrupto* (E. 62).

[64] También situado por Lenel, *Pal*. I, 1000 en la rúbrica *de servo corrupto.*

[65] Marchi, *Risarcimento del danno morale,* 125.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

comprender el *pretium affectionis* mediante *actiones utiles.* En mi opinión la *actio utilis* en la que piensa Jul. bien podía ser una *actio utilis ad legem Aquiliam acommodata,* pues *corrumpere* como evolución de *rumpere* ya había sido resuelto por la *interpretatio prudentium ad legem Aq.*

Marchi tampoco creía que los justinianeos hubieran tomado el principio del *pretium affectionis* como principio general, aunque no niega su existencia en época bizantina por lo que niega su factura clásica, y en este mismo sentido interpreta D. 27,3,1,2 (Ulp. 36 *ad Ed.*). Lenel [66] no parece tener una idea concreta de donde situar este texto, porque lo lo coloca bajo dos diferentes rúbricas: *de tutelis* (E. XXII); *tutelae vel contra* (E. 124), y aún alude pero con letra muy pequeña a *de directa actione.* La hipótesis de este § que según Ulp. (que trae en causa a Jul.) debía tramitarse en un *bonae fidei iudicium,* se refiere al pupilo que actúa contra el tutor que con el patrimonio del pupilo hubiera dejado de prestar alimentos a la madre y a la hermana del pupilo que de otro modo no hubieran podido mantenerse, anulando el magistrado una donación hecha por el tutor con cargo a aquel patrimonio desatendiendo el deber de *alimenta,* derecho que se había ido robusteciendo con la *cognitio extra ordinem* reconocido en sede normativa con Antonino Pío y los *divi Fratres* [67]; poco antes Plin hablaba de la prestación de alimentos en su correspondencia con Trajano [68], las fundaciones alimentarias se suponen instituídas por el emperador Nerva [69]; está documentada la existencia de tales fundaciones en época de César a mediados del s. I a. C.; se trataría por tanto de un deber legal y no tanto de *pretium affectionis* por lo que no me parece muy apropiado que Marchi se haya apoyado en este texto para fundamentar la tesis de la interpolación justinianea de un texto que sí es cierto que trata una responsabilidad extracontractual, a mi juicio lo único que probaría es que los temas de responsabilidad aquiliana estaban sobreentendidos en época justinianea, pero esto no niega la admisión del *pretium affectionis* en época clásica.

El derecho a los alimentos no era conocido en el *ius vetus* dado el carácter potestativo de la familia que no obligaba a los padres a atender la subsistencia de sus hijos. La figura de los *alimenta* se constituía generalmente por medio de convenciones y legados hasta que se afirmó como obligación jurídica [70] ordenando que determinadas personas ligadas entre sí por vínculos de parentesco,

---

[66] Lenel, *Pal.* 2, 667.

[67] Torrent, s. v. *Alimenta,* en *Diccionario de derecho romano,* (Madrid 2005), pp. 100-101;

[68] *Vid.* Torrent, *«Alimenta ingenuorum ingenuarumque» (Plin. Ep. 7,18). Un caso de aplicación de la economía al derecho,* en *INDEX* 43 (2015), p. 137 y ss.

[69] J. A. Tamayo, *«Alimenta», una institución a caballo entre la munificencia y la propaganda,* en *RIDA* 57 (2010), p. 437.

[70] Guarino, *Dir. priv. rom., cit.,* 960, ib. lit. sobre *alimenta.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

afinidad o reconocimiento especial, vínculos en los que la *affectio* juega un papel primordial obligando a la prestación de alimentos (comida, vestido, alojamiento) en caso de ser necesarios para su subsistencia a los que no podían atenderla por sí mismos.

> D.27,3,1,2. (Ulp. 36 *ad Ed.)*: *Sed et si non mortis causa donaverit tutore auctore, ídem Iulianus scripsit plerosque quidem putare non valere donationem, et plerumque ita est: sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, «decreto scilicet interveniente»: veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit; nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret, inquit, aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coniunctae personae alitae sint: quin immo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.*

Sobre este § se han volcado las sospechas críticas de Albertario, al menos en la primera parte [71], pero yo lo veo sustancialmente genuino [72]; Centola ve claro que el § toma en consideración el interés moral del pupilo para que sean alimentadas la madre y la hermana en situación de desamparo y de ahí las minuciosas reglas para atenderlas [73].

Según Jul. citado por Ulp. era opinión extendida que las donaciones *non mortis causa* hechas por el pupilo *tutore auctoritate* no eran válidas, pero el pretor con un decreto podía autorizar al tutor *sine reprehensione* disminuir el patrimonio del pupilo en ciertos casos como los suplidos a título de *alimenta* a favor de su madre o hermana que *se tueri non possunt.* Dado que Ulp. reconoce la validez del ejercicio de la *actio tutelae* contra el tutor que hubiera desatendido esta obligación con cargo al patrimonio del pupilo, y aún siendo cierto que lo disminuía, exoneraba al tutor en estos casos de su responsabilidad de mantener íntegro el patrimonio pupilar, ve Centola [74] evidente que sólo el interés moral del pupilo puede ser puesto como fundamento de la acción contra el tutor y no la lesión de un interés patrimonial buscando apoyo en D. 17,1,54 pr. y D. 27,3,1,2 que Marchi [75] entendía no como defensa del interés moral de la víctima, sino concedida la *acto tutelae* al pupilo para reconocer de modo indirecto eficacia a obligaciones ineficaces en estricto rigor jurídico, y que como vimos, Ratti y De Robertis entendían puro entendimiento justinianeo de los

---

[71] E. Albertario, *Sul diritto agli alimenti,* en *PUC* 1835; = *Studi di diritto romano.* I. *Persone e famiglia,* (Milano 1933), p. 266.

[72] También lo entiende genuino Centola, *Soff. Mor.,* p. 179.

[73] También considera genuina esta parte A. De Francesco, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli.. Un'ipotesi ricostruttiva,* en *Labeo* 47 (2001), p. 48 y ss.

[74] Centola, *Soff. mor.,* p. 182.

[75] Marchi, *Risarcimento del damno morale*, p. 267.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

daños morales. Nos movemos por tanto en el ámbito de los *iudicia bonae fidei,* y por eso conviene analizar D. 17,1,54 pr. aludido en páginas anteriores.

> D.17,1,54 pr. (Pap. 27 *Quaestionum* [76]): *Cum servo extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse placuit prudentioribus affectus ratione in bonae fidei iudiciis habendam. Quod si de suis nummis emptor pretium dederit neque enim aliter iudicio venditi liberari potest, quaeri solet, an utiliter de peculio agere possit. et verius est utilius videtur praetorem de huiusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferent.*

Este § a mi modo de ver prueba que Pap. conocía la función clave del *pretium affectionis,* y sirve a Centola [77] para declarar que una vez «appurato» que la *lex Aq.* no había previsto el resarcimiento de los daños morales, con lo que estoy de acuerdo, incluso diría que esto es obvio: il «dettato aquiliano» [78] del 286 a. C. estaba anclado a los conocimientos jurídicos de la época no pudiendo entonces prever tales daños que serían previstos por la jurisprudencia y constituciones del primer Principado, es oportuno –dice Centola– verificar la posibilidad de un interés afectivo fuera de tal disciplina, y aqui debo mostrar mi desacuerdo parcial porque si evidentemente también aquel *pretium* era resarcible mediante el ejercicio de otras acciones (por ejemplo la *actio mandati* en el § citado), entiendo que Paul. D.9,2,33,1 admite el resarcimiento de tales daños mediante *actiones in factum ad legem Aquiliam acommodatae* en una *interpretatio* cada vez más amplia de los *verba legis,* aunque tengo que decir que la mayoría de la doctrina se pronuncia por la factura justinianea del resarcimiento de los daños morales.

D.17,1,54 pr. ha sido muy tratado por la doctrina romanística [79]. En esencia el § trata de un esclavo que da mandato a un tercero para que lo compre a

---

[76] Lenel, *Pal.* I, 866 coloca este § bajo la rúbrica *de stipulationibus aliisque contractibus servorum.*

[77] Centola, *Soff. morali,* p. 167.

[78] Así gusta de decir a Corbino, *Il dettato aquiliano. Tecniche legislative e pensiero giuridico nella media Repubblica,* en *Studi Labruna,* II (Napoli 2007), pp. 1127-1140.

[79] Marchi, *Il risarcimento del danno morale,* 261; Ratti, *Il risarcimento del danno morale,* p. 186 y ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano,* 2.1 (Padova 1960) 64; De Robertis, *Sulla risarcibilità del danno morale,* 506 ss.; Medicus, *Id quod interest,* p. 191; G. Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche³,* (Torino 1966), p. 153; H. Honsell, *Quod interest in bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadersatzrecht,* (München 1966),p. 153 ss.; Voci, *Le obbligazioni romane (Corso di pandette). Il contenuto dell'obbligazione,* (Milano 1969), p. 262 y ss.; Raber, *Sum „pretium affectionis»,* p. 205 y ss.; K. Knütel, *Das Mandat zum Verkauf,* en D. NÖRR – S. Nishimura (Herg.), *Mandaten und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht,* (Berlin-Heidelberg 1993), p. 368 y ss.; A. Sicari, *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano,* (Bari 1996), p. 348 y ss.; Centola, *Soff. mor.,* p. 167 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

su *dominus*; tal mandato es nulo pero es válido si se dirige a la manumisión del esclavo; si no ha sido liberado el *dominus servi* como vendedor puede actuar para obtener el precio, y es más, puede ejercitar la *actio mandati* para obtener el cumplimiento del encargo asumido por el mandatario, y por lo que interesa en esta sede, en protección de la *affectio* que afectaba al *dominus* si el esclavo era hijo natural suyo o un hermano, que además no es una tesis original de Ulp. porque la frase *placuit prudentioribus affectus ratione* destaca que debían tenerse en cuenta los intereses afectivos en los *bone fidei iudicia.* D. eod. 54 pr. apunta a la *affectio* que el *dominus* sentía por el esclavo.

Albertario [80] había pensado que las nuevas reglas para un trato más humano a los esclavos se debían a la influencia del cristianismo, pero Centola [81] observa con razón que no todas las transformaciones en este ámbito pueden ser reconducidas exclusivamente al cristianismo [82] y no se puede despreciar el importante papel desempeñado por la *humanitas* de Adriano. Yo añadiría que la tendencia al *favor libertatis,* que puede tener o no relación con la *affectio*, es más antigua, y sobre todo debida en sus inicios más a razones económicas que a motivos éticos, que en todo caso en los s. I y II d. C. se deberían, de haberlos habido, a la influencia del estoicismo como podemos comprobar en los escritos de Séneca. Para Centola [83] D. eod. 54 pr. evidencia que el relieve de un interés afectivo es tomado en consideración en contextos diversos de los relativos a la condición de los esclavos, y por tanto no puede ser justificado sólo a la luz de una orientación dirigida al mejoramiento de la condición servil; además entiendo que no es únicamente justinianeo el resarcimiento de los daños morales, porque en época severiana ya estaba previsto en algunos casos por medio de *actiones utiles* (Paul. D.11,3,14,1) o *in factum* Paul. D.9,2,33,1).

Precisamente la idea rectora de mi análisis es que los daños morales, que yo englobo genéricamente en el *pretium affectionis,* es que estas «sofferenze morali» estaban incluídas en la *interpretatio ad legem Aq.,* notablemente ampliadas después de cinco siglos de laboreo jurisprudencial hasta llegar a la jurisprudencia severiana, y así entiendo los últimamente citados §§ de Paul.en-

[80] Albertario, *Ancora sulla pecuniarità dell'interesse nelle obbligazioni,* en *Studi di diritto romano,* VI (Milano 1933), p. 252 y ss.

[81] Centola, *Soff. mor.,* p. 170.

[82] La influencia del cristianismo sobre las instituciones jurídicas es un tema con grandes aporías; *vid.* con lit. L. De Giovanni, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel modo tardoantico. Alle radici di una nuova storia,* (Roma 2007), p. 282 y ss; add. Torrent, *Derecho público romano y sistema de fuentes,* (Madrid 2008) 475, donde muestro mi escepticismo sobre la pretendida magnitud defendida por Biondi de la influencia del cristianismo sobre el derecho romano que pretende denominar Derecho romano-cristiano al posterior a Constantino, o sea, al célebre edicto de Milán del 313 d. C.

[83] Centola, *Soff. mor.,* pp. 170-171.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

cauzados en lo referente a los daños aquilianos mediante *actiones in factum* que ya no eran obviamente las *actiones stricti iuris* en su originario rigor de los *verba legis,* sino *actiones* acomodadas a los *iudicia bonae fidei* [84] ya conocidos al tiempo de Cic. que al llegar la época severiana consentían valorar el *pretium affectionis* en la *aestimatio damni* ensanchando todavía más el campo de la responsabilidad extracontractual. Probablemente en época clásica el *pretium affectionis* aún no era un principio general incluído bajo el paraguas de la *lex Aq*. y en realidad sólo puede entenderse en tal sentido –y con algunas limitaciones– en época justinianea; en época clásica sólo podían admitirse y en casos muy restringidos al amparo de los *bonae fidei iudicia,* como se desprende de Pap. También Ulp. *Coll.* 1,11,1-4, D.48,8,4,1 y D. 48,19,5,2 [85] y D.48,19,3,2. Centola [86] admite esta idea «in via congetturale», pero en mi opinión creo que puede derivarse de los textos severianos que hemos visto –y no solamente «in via congetturale– la admisión del resarcimiento de los valores afectivos, al menos a través de *actiones in factum* ejercitabes por la víctima como defendió Paul. D.9,2,33,1 a finales del s. II-principios del III d. C., o *actiones utiles* Paul. D.11,3,14,1.

Pero si la preocupación por el resarcimiento de los daños morales se manifiesta en los grandes juristas severianos, están documentados casos que demuestran interés por los intereses afectivos en acontecimientos dañosos culposos ocurridos en la Bética de época de Adriano: *Coll.* 1,11,14; D.48,8,4,1; D.48,19,5,2 todos extractados de Ulp. 7 *de off. proc.,* y sobre todo de Paul.

Soy consciente de que dejo sin aclarar la concurrencia de acciones en la cada vez más amplia *aestimatio damni ex lege Aquilia* entrecrtuzándose la *actio legis Aquiliae* con la *actio servi corrupti, actio tutelae, actio venditi, actio mandati*, que desarrollaré en un estudio posterior.

---

[84] *Vid.* P. Krüger, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia,* en *ZSS* (11 (1890),p. 165 y ss. I. Koschembar-Liskowski, *«Quid veniat in bonae fidei iudicium»,* en *Studi Ricobono*, 2 (Palermo 1936), p. 147 y ss.; F. Wieacker, *Zur Usprung der bonae fidei iudicia,* en *ZSS* 60 (1963) 1 22.; A. Carcaterra, *Intorno a i bonae fidei iudicia,* (Napoli 1964), rec. de Kaser, en *ZSS* 82 (1965), pp. 416-425; Grosso, *Spunti e riflessioni su Cic. Pro Roscio Com. 5,13 su i iudicia legitima di Cicerone a Gaio, e sull'origine dei bonae fidei iudicia,* en *Studi Segni,* II (Milano 1968) 485 ss.; R. FIORI, *)us civile, ius gentium, ius honorarium. Il problema della recezione dei iudicia bonae fidei,* en *BIDR* 101-102 (1998-1999), p. 165 y ss.; A. Metro, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei,* en *Studi Franciosi,* III (Napoli 2007), p. 1731 y ss.

[85] Lenel, *Pal.* 2, 976-977 los coloca bajo la rúbrica (*Ad legem Corneliam*) *de sicariis et veneficis*. *Vid.* el análisis de estos textos con lit. en Centola, *Soff. mor.,* p. 184 y ss.

[86] Centola, *Soff. mor.,* p. 183.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501

https://doi.org/10.55104/FRDC_0501