

DESDE EL *PIACULUM* A LA *POENA*. PROTOHISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD POR MUERTE Y DAÑO INVOLUNTARIO


FROM *PIACULUM* TO *POENA*. A PROTOHISTORY OF LIABILITY FOR UNINTENTIONAL KILLING AND CIVIL WRONGS

Francisco Valenzuela Aránguiz*

RESUMEN: El objeto de esta investigación es exponer, para el caso del derecho romano, algunas formas tempranas de responsabilidad y reseñar su tránsito desde un plano religioso a uno propiamente jurídico. Con base en lo anterior se juzga la continuidad o discontinuidad entre tres etapas: una primera en que frente a cierta clase de daños involuntarios las fuentes reportan la imposición de una sanción exclusivamente religiosa; al efecto, se estudia lo previsto en Tab. 8, 24^a; una segunda, en la cual la sanción tiene un carácter mixto (jurídico-antropológico al mismo tiempo); y finalmente, un tercer estadio, en que la sanción es propiamente jurídica (*poena*). Este análisis permite poner en relación tres sanciones de diferente naturaleza, el *piaculum* (sanción religiosa), la *noxia* (sanción jurídico-social vindicativa) y la *poena* (sanción jurídica patrimonial). Efectuada esta tripartición, se hipotetiza y explica una posible correlación entre la función de cada una de estas sanciones con aquellas tres funciones (espiritual-soberana; guerrera; productiva-comercial) que Georges Dumézil considera una matriz cultural indoeuropea.

Palabras clave: *Piaculum*, *poena*, Dumézil, trifuncionalismo indoeuropeo, derecho y religión, historia del delito de daños.

ABSTRACT: The purpose of this research is to present, with regard to Roman law, some early forms of liability and to outline their transition from a religious to a strictly legal framework. Based on this, the continuity or discontinuity between the three stages is examined: the first, where, in the case of certain involuntary damages, the sources report

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Romano en la Universidad Católica del Maule, Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Departamento de Ciencias Sociales, Talca, Chile. Correo electrónico: fmvalenzuela@ucm.cl,  0000-0003-1664-7426. Una versión preliminar de esta investigación (inérita) se presentó como ponencia en la 76^e session de la Société Internationale Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (SIHDA), *Materiality and immateriality of Ancient Law*, que tuvo lugar entre los días 22 y 27 de agosto de 2023 en la Universidad de Helsinki (Finlandia). El autor agradece las valiosas observaciones formuladas por los participantes. La asistencia al referido congreso internacional fue posible gracias al "Programa de apoyo a la participación en congresos internacionales" de la Vicerrectoría de Investigación y Postgrado de la Universidad Católica del Maule.

the imposition of a sanction that is exclusively religious; to this aim, the provision in Tab. 8.24^a is studied. The second stage is one in which the sanction has a mixed character (both legal and anthropological at the same time), and finally, the third stage, in which the sanction is strictly legal (*poena*). This analysis allows for a comparison of three sanctions of different natures: *piaculum* (religious sanction), *noxia* (legal–social vindictive sanction), and *poena* (legal patrimonial sanction). Upon establishing this tripartition, a hypothesis is put forward and explained regarding a possible correlation between the function of each of these sanctions and the three functions (sacral-sovereign; combative, productive-commercial) that Georges Dumézil identifies as an Indo-European cultural matrix.

Keywords: Piaculum, poena, Dumézil, Indoeuropean trifuncionalism, Law and Religion, History of Tort Law.

I. INTRODUCCIÓN

Como ha sido anunciado, en la investigación que ahora presentamos buscamos ofrecer una descripción de la más antigua disciplina jurídica relativa a los daños no intencionales, sea que provoquen la muerte o las simples lesiones, con especial referencia a la naturaleza de la sanción interpuesta, como modelo antecedente de la idea de responsabilidad civil y para juzgar las relaciones entre derecho y religión a propósito de estas cuestiones.

La hipótesis central del trabajo es que los primeros casos de muerte y daños causados involuntariamente no recibieron una sanción propiamente jurídica, sino una de carácter religioso y que, a partir de allí, se produjo una evolución por dos vías: en primer lugar, algunos casos de sanciones religiosas dieron paso luego a sanciones estrictamente jurídicas y, segundo, que algunas sanciones que fueron primeramente ejercidas por órganos privados (v. gr. venganza privada intergentilicia) fueron posteriormente formalizadas a través de mecanismos reconocidos jurídicamente (*noxae deditio*). Para la demostración de esta hipótesis se examinará lo previsto en Tab. 8, 24^a (sección II), junto a sus antecedentes pre-jurídicos. Lo anterior se realizará por medio de una metodología histórico-crítica de las fuentes, tanto jurídicas como literarias.

Sin embargo, no es posible avanzar omitiendo señalar brevemente algunas cuestiones previas sobre la idea y palabra “responsabilidad”. Como es conocido, los juristas romanos no entregaron una definición del concepto de responsabilidad. Lo anterior tiene al menos dos causas: el no haber existido en el vocabulario jurídico romano la palabra “responsabilidad” (*responsabilitas*) y el no ser la *definitio* una técnica frecuente en la aproximación metodológica entre los juristas romanos clásicos¹. Ello, que ya es problemático para el derecho romano clásico, se agudiza en el caso del derecho romano arcaico.

¹ Como reflejo de la reticencia de la jurisprudencia clásica a las definiciones, recuérdese la célebre expresión de Javoleno en D. 50,17,202 (*Iavolenus 11 epist.*): “omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit” (En el derecho civil toda definición es peligrosa; porque es difícil que no pueda ser alterada). VALENZUELA (2021) p. 83.

Así, por un lado, desde una perspectiva externa, nos hallamos ante el carácter fragmentado de las fuentes y, por otro, desde una perspectiva interna, el vocabulario de la responsabilidad presente en ellas se encuentra en formación, así como la misma idea de una responsabilidad exclusivamente jurídica. Es en este contexto proto-jurídico en que, términos de origen religioso cobran especial importancia: *macula*, *piaculum*, *peccatum*, *viti*us y un sinfín adicional. Estos primeros conceptos se yerguen como el vocabulario básico en materia de ilícitos. Adicionalmente, otro problema que se presenta, junto al de las fuentes y a la multiplicidad de los *verba*, es el de la naturaleza ontológica de lo que nosotros llamamos “regulación”².

En relación con esto último, la fuente de que trataremos (Tab. 8, 24^a) ha sido señalada por algunos como una simple “figura jurídica”; para no llamarla norma o regla, pues con ello se quiere hacer ver que para el periodo arcaico la distinción entre la descripción de un simple hecho y la configuración de una hipótesis normativa era muy difícil³.

Es a partir del estudio de Tab. 8, 24^a que emprenderemos un análisis de tres formas de sanción frente a hipótesis de muerte o lesiones corporales causadas involuntariamente (que no es lo mismo que culpablemente, como habremos de exponer). En este asunto, junto a la hipótesis central antes descrita, sostenemos una hipótesis secundaria que consiste en que la diferenciación entre actos voluntarios e involuntarios —presente en el *ius civile*— tuvo su base (y origen) en el derecho sacro, que ya practicaba tales diferenciaciones. Para lo anterior, como indicamos, examinaremos en primer lugar la sanción religiosa (o jurídica-religiosa)⁴ prevista en el paso final de Tab. 8,24^a (*arietem subicitur*) poniendo especial énfasis en algunas cuestiones de su estructura lingüística: el carácter material u objetivo del lenguaje, presente no solo en este pasaje, sino también en otras hipótesis de daño. Lo anterior permitirá ahondar en el hecho de que la distinción entre voluntariedad e involuntariedad se constituye como uno de los primeros factores determinantes del tipo de sanción a aplicar, exponiendo que tal distinción tuvo origen en el *ius sacrum*. Sentadas estas bases, se analizarán, en particular, tres formas de sanción: *piaculum-noxa-poena* (pecunaria).

En el estudio de estos tres tipos de sanciones, desde luego, no se espera un agotamiento de todas sus implicancias, pues el propósito es poder explicar, sin perjuicio de la continuidad o discontinuidad temporal entre ellas, algunos de sus rasgos, que al menos sean expresivos de las funciones que cada una de estas sanciones cumple. Una vez examinadas la naturaleza y funciones de estos tipos de sanciones, se propondrán, a modo conclusivo, las posibles correlaciones entre los diferentes tipos de sanciones frente a daños involuntarios y aquellas funciones culturales in-

² Como en su momento se dirá, es muy discutido si los preceptos decenvirales son propiamente normas jurídicas en sentido técnico o no.

³ MELIS (1988) p. 136.

⁴ Sini habla de un “sistema giuridico-religioso”, aun para el derecho clásico. SINI (2004). Fiori sostiene la existencia de complejas concepciones jurídico-religiosas desde la más remota antigüedad. FIORI (2011) p. 61.

doeuropeas que Dumézil ha propuesto para explicar –entre otras– las instituciones jurídico-sociales romanas.

II. UNA HIPÓTESIS ESPECÍFICA DE DAÑO: LA MUERTE CAUSADA INVOLUNTARIAMENTE (TAB. 8, 24^a)

Como señalamos, deseamos aproximarnos al primer estadio de formación de la idea de responsabilidad jurídica por lesiones corporales involuntarias por medio del comentario de un complejo pasaje de la Ley de las XII Tablas, a saber, Tab. 8, 24^a, cuyo texto dispone: SI TELVM MANV FVGIT MAGIS QVAM IECIT, ARIETEM <subicitur>⁵.

Para iniciar su análisis, debe tenerse presente que lo regulado en él⁶, salva la discusión que luego haremos, es la muerte causada de manera involuntaria. Debemos preferir, desde ya, tal denominación y no hablar propiamente de un homicidio involuntario, pues este último en dicha época no existía como categoría jurídica⁷. Sin perjuicio de ello, el solo hecho de que se regule la muerte causada involuntariamente mueve a asombro si se tiene presente que la Ley de las XII Tablas –según las reconstrucciones más fiables– no contiene regulación sobre el homicidio voluntario. No obstante, a pesar de la ausencia textual, la doctrina se inclina por considerar que tal regulación no puede sino haber existido⁸. Como se ha dicho reiteradamente, en gran

⁵ Tab. 8, 24^a: “Si el dardo se escapa de la mano con más fuerza de la que se pretendía, ofrézcase un carnero”. Reproducimos aquí el texto latino tal y como aparece en RICCOBONO (1941) pp. 21-75. Por su parte, Crawford ubica el pasaje en Tab. 8,13, aunque no difiere en lo sustancial: “*si telum manu fugit magis quam iecit, (aries subiectus esto)*”; que el autor traduce como: “If a weapon has escaped his hand rather than he has thrown it (a ram is to be offered in substitution)”. CRAWFORD (1996) p. 693. Lo mismo acontece con Humbert: “SI TELVM MANV FVGIT MAGIS QVAM IECIT, ARIETEM <subicito>”, que traduce como: “Si le projectile s’est échappé de sa main plutôt qu’il ne l’a lancé, que (l’homicide) offre un bélier de substitution”. HUMBERT (2018) p. 635. Aunque, aclara, como se ve, que el ofensor, que comete homicidio, es el encargado de ofrecer el carnero. No podemos emprender aquí una discusión sobre la sistemática en la Ley de las XII Tablas, pero se ha de reconocer, junto con la doctrina, que la ubicación conjunta de las múltiples hipótesis penales en Tab. 8 resulta especialmente problemática y difícil de explicar. Diliberto critica este agrupamiento que pretende ser “omnicomprensivo”. DILIBERTO (2008) p. 18. Por su parte, Talamanca hace notar que la reunión en Tab. 8 de las materias penales resulta “particularmente infelice”. TALAMANCA (2008) p. 45. Para una discusión general sobre la reconstrucción del contenido y sistematización de la Ley de las XII Tablas, ver, por todos, CURSI (2018).

⁶ No es pertinente entrar aquí en la discusión sobre si el texto de la Ley de las XII Tablas (y, en general, el derecho pontifical) contiene normas en sentido técnico o no. Talamanca entiende que no lo son: “non si è mai, effettivamente, in presenza di una norma, nel senso assunto del termine nelle nostre esperienze dominate dell’ideologia codicistica e dalla supremazia della legge come comando generale e astratto” y, por eso, prefiere hablar simplemente de fórmulas normativas. TALAMANCA (2008) pp. 44 y 46.

⁷ CARDILLI (2018) p. 830.

⁸ Aunque también se ha querido justificar la inexistencia de dicha regulación por considerar el ilícito como demasiado grave y, entonces, tal ilícito habría sido conocido por todos sin necesidad de re-

parte de sus contenidos la Ley de las XII Tablas no habría significado una innovación de los *decenviri*, conformándose con incorporar en ellas antiguas regulaciones comunitarias y ya tradicionales entre los romanos (los así denominados *mores maiorum*)⁹.

En particular, sobre la muerte causada involuntariamente, el testimonio más antiguo del que podemos disponer es la referencia a una ley regia atribuida a Numa respecto al homicidio: “en las leyes de Numa está previsto que si alguien ha quitado la vida a un hombre *imprudens* ofrezca en una asamblea un carnero a los parientes agnaticios por la cabeza del difunto”¹⁰.

Esta idea normativa de la muerte causada involuntariamente y, en particular, la metáfora del arma que se escapa de la mano y causa la muerte sin haberlo querido el agente, hubo de ocupar en la tradición posterior un destacado lugar. De hecho, los textos que nos permiten conocer esta regulación así lo acreditan. Cicerón (*Pro Tullius* 22, 51)¹¹, pone el caso como ejemplo y señala que ningún otro merece más perdón que aquél que mató involuntariamente; sin dejar de señalar que ni aun así queda el ofensor completamente librado, entendemos nosotros, precisamente, por la necesidad de ofrecer un *aries*, del que luego trataremos. El mismo ejemplo es nuevamente tomado por Cicerón (*Topica* 17, 64)¹², en un pasaje que discute en

gulación. Lo anterior habría cambiado solo con Numa, que se presenta como arquetipo de monarca jurista (legislador) y sacerdote. GAROFALO (2022), p. 128.

⁹ Aunque esta es la opinión mayoritaria, no debe aceptarse sin morigeraciones: “le XII tavole non si limitarono a fissare per iscritto istituti e principi preesistenti, affermatosi ad opera dei mores, ma stabilirono, al meno in parte, anche principi e norme del tutto nuove, pur se sollecitate dall’ambiente político–sociale in cui i decenviri operarono”. SERRAO (2006) p. 92.

¹⁰ La noticia sobre la Ley de Numa, en: SERVIUS GRAMMATICUS, *In Vergilii Bucolica* 4,43: “...in Numa legibus cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem”. = FIRA², *Legis regiae, Numa*, 17. En este contexto debe cuidarse la anticipación histórica consistente en hacer equivalente *imprudens* a culpable; en este momento *imprudens* solo significa “no voluntario”. GAROFALO (2022), p. 131.

¹¹ CICERO, *Pro Tullius* 22,51: “quis est cui magis ignosci conveniat, quoniam me ad XII tabulas revocas, quam si quis quem imprudens occiderit? nemo, opinor. Haec enim tacita lex est humanitatis ut ab homine consili, non fortunae poena repetatur. Tamen huiusce rei veniam maiores non dederunt. Nam lex est in xii tabulis: “si telvm manv fvgit magis qvam iecit [...]”. (“¿Hay alguien a quien le cuadre más ser perdonado, ya que me remites a Las XII Tablas, que el que haya matado a alguien por imprudencia?). Nadie, creo. Ciertamente, es una ley tácita de la humanidad la de que sea reclamado de un hombre el castigo de una intención, no de un azar. A pesar de ello, los antepasados no concedieron el perdón a estos casos, pues hay un precepto en Las XII Tablas: «Si el dardo ha escapado de la mano, más que lanzado...»”).

¹² CICERO, *Topica*, 17,64: “Nam iacere telum voluntatis est, ferire quem non volueris fortunae. Ex quo aries subicitur ille in vestris actionibus: si telum manu fugit magis quam iecit. Cadunt etiam in ignorationem atque imprudentiam perturbationes animi; quae quamquam sunt voluntariae–obligatione enim et admonitione deiciuntur–tamen habent tantos motus, ut ea quae voluntaria sunt aut necessaria interdum aut certe ignorata videantur” (“el arrojar el dardo es voluntario; el herir á quien no quisieras es de fortuna. De aquí aquella cuestión tan común en vuestros negocios: «¿El dardo se ha escapado de las manos ó ha sido arrojado?». Entran también en la ignorancia é imprudencia las pasiones de ánimo, que, aunque son voluntarias, pues se reprimen con la amonestacion y el castigo,

profundidad el carácter voluntario e involuntario de las acciones y sus consecuencias, distinguiendo entre aquello que es querido y aquello que ocurre por fortuna. Aquí, Cicerón practica una diferencia relevante, señalando que la acción es la voluntaria o deseada (*Nam iacere telum voluntatis*) pero no el resultado (*ferire quem nolueris, fortunae*). Incluso en *De Oratore* 3, 158, el ejemplo es nuevamente tomado para alabar la elección de las palabras presentes en él¹³.

Las palabras que se emplean son especialísimas; Cicerón lo destacaba por la facilidad con que la imagen viene a la mente, pero nosotros debemos concentrarnos en otro punto que podemos denominar “carácter objetivante” o un marcado carácter material en el lenguaje. De hecho, en la expresión *si tellum manu fugit* el sujeto es el arma¹⁴, que, como cobrando vida propia, se fuga de las manos de alguno; que ni siquiera viene nombrado, quedando fuera del texto¹⁵. Esta ausencia del agente no ha de sorprender, en los textos de derecho romano arcaico (en realidad, como dijimos, de probable origen consuetudinario) el texto normativo no siempre se hace cargo de describir toda la hipótesis que regula, pues se presuponen ciertos saberes sociales que son compartidos o conocidos por la sociedad¹⁶.

Desde nuestra óptica moderna, la estructura lingüística de este pasaje no permite calificarlo propiamente como una norma. Detrás de esta redacción objetivante y, en cierto sentido, despersonalizadora, se esconde la verdadera hipótesis. Así, si nos preguntáramos ¿qué es lo no enunciado?, habremos de responder que es la propia hipótesis normativa: la muerte de un ser humano causada involuntariamente por otro ser humano.

A pesar de lo anterior, el carácter objetivante de la redacción no es exclusivo de este ilícito, pues lo mismo ocurre en otra serie de hipótesis: tratándose del incendio se dice “si stipulam incenditis ignis effugit”; al referirse a las lesiones graves se dice “membrum ruptum”; y a la fractura de algún hueso se dice “si manu fustive os frigit”; en todas estas hipótesis en realidad se trata de la descripción objetiva del he-

tienen sin embargo tanta fuerza, que lo que es voluntario parece á veces necesario, ó á lo menos ignorado”). CICERO ([44 a.C.] 1908) p. 227.

¹³ CICERO, *De Oratore* 3,158: “Non numquam etiam brevitatis translatione conficitur, ut illud «si telum manu fugit»: imprudentia teli missi brevius propriis verbis exponi non potuit, quam est uno significata translato”. (“A veces por medio de la transición se consigue la brevedad, v. gr.: «Si el arma se escapó de sus manos». Muchas palabras propias no darían a entender tan bien como una sola trasladada, la imprudencia de haber dejado escapar el arma. Y me parece digno de notarse por qué agradan más a todas las palabras trasladadas y ajenas que las propias y naturales”). CICERO ([55 a.C.] 2002) p. 448.

¹⁴ La tradición jurídica posterior dio al término *tellum* un sentido muy general, como para indicar toda cosa que es lanzada, sea propiamente un arma o no, por el hecho de encontrarse lejos. Todo, con recurso a una dudosa etimología griega. Véase D. 50, 16, 233, 2 (*Gaius 1 ad legem duodecim tabularum*).

¹⁵ La misma idea en CARDILLI (2018) p. 835.

¹⁶ CARDILLI (2018) p. 835. Lo mismo en Kaser, que por ello explica la ausencia de regulación en la Ley de las XII Tablas de instituciones como la *spontio*, la *patria potestas*, etc. KASER, KNÜTEL Y LOHSSE (2022) p. 98.

cho y no de la conducta voluntaria. En la redacción de estas hipótesis se buscan formas lingüísticas que aúnan simultáneamente la conducta y el resultado¹⁷. Como se puede ver, estas expresiones no exigen indagación acerca de la voluntad del sujeto, no porque ésta no sea relevante, sino porque al interior del contexto de la experiencia jurídica que asume este modelo tal voluntariedad está compenetrada o inserta en el proceso de tipificación del ilícito¹⁸.

Esta manera objetivizante de referirse a las hipótesis de daño tuvo una larga tradición, al punto que todavía en un texto tan tardío como la *Collatio* (12, 7, 4 *Ulp. 18 ad. Ed.*) se habla de fuegos que se evaden¹⁹. En el texto, nuevamente es el objeto (el fuego) el que adquiere protagonismo, fugándose del control del que lo ha iniciado²⁰. En este caso particular la formulación lingüística dista mucho de tener efectos puramente estilísticos y produce hondas repercusiones dogmáticas; la fuga del fuego afecta el elemento causal y por eso no se concede la *actio ex lege aquilia* sino una acción *in factum* especial, como reporta *Coll.* 12, 7, 5²¹.

Como se ve, el lenguaje objetivizante que comentamos ocultaba el elemento subjetivo, relegándolo a un segundo plano, y fue entonces esta característica de la normatividad arcaica la que propició que durante algún tiempo se sostuviera una teoría evolucionista de la responsabilidad²², en que la primitiva responsabilidad objetiva-material (*Erfolshaftung*) habría dado paso a un sistema subjetivo que sí daba importancia

¹⁷ “Nótese que el *membrum ruptum* y el *os fractum* son delitos cualificados por su resultado, no solo en época decenviral sino que incluso todavía en la *lex Aquilia de damno* a través del *frangere* y el *rumpere*”. CARVAJAL (2013) p. 155; igualmente, sobre el lenguaje objetivizante, CARDILLI (2018) p. 839.

¹⁸ CARDILLI (2018) p. 854.

¹⁹ *Coll.* 12, 7, 4: “Sed si stipulam in agro tuo incenderis ignisque evagatus ad praedium vicini perverit et illud exusserit, Aquilia lex locum habeat an in factum actio sit, fuit quaestio” (“Pero si incendiabas paja en tu tierra y el fuego, habiéndose propagado, llegara a la casa del vecino y lo quemara, la cuestión fue si tiene lugar la Ley Aquilia o si la acción es por el hecho”).

²⁰ CARDILLI (2018) p. 840.

²¹ *Coll.* 12, 7, 5: “Sed plerisque Aquilia lex locum habere non videtur, et ita Celsus libro XXXVII digestorum scribit. Ait enim “si stipulam incendit ignis effugit, Aquilia lege eum non teneri, sed in factum agendum, quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit, sic ignis processit”. (“Pero para la mayoría no parece tener lugar la Ley Aquilia, y así escribe Celso en el libro XXXVII del Digesto. Afirma, pues, que «si el fuego del que incendiaba paja, ése no quedaba obligado por la Ley Aquilia, sino que debe ser demandado por el hecho, porque no había quemado precisamente ahí, sino mientras hacía otra, así el fuego avanzó”). El origen de este tratamiento diferenciado se halla en la necesidad de causalidad directa entre el agente y la cosa dañada para que proceda la *actio ex Lege Aquilia* (*corpore suo damnum dederit*, según la noticia de *Gai.* 3,219). Para aquellas situaciones en que no existe una causalidad directa, el Pretor hubo de conceder acciones útiles o *in factum* según el modelo de la *Lex Aquilia* (*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*). Sobre este punto se pronuncia también el texto de Gayo, arriba citado, y su paralelo IJ. 4, 3, 116. Igualmente; D. 9, 2, 51 pr. (*Iulianus 86 Dig.*) y D. 9, 1, 1, 7 (*Ulpianus 18 ad ed.*). Para el tratamiento doctrinario del tema ver, por todos, CURSI (2010) pp. 54-56; DESANTI (2015) pp. 54-90; WINIGER (2023) pp. 2582-2586; TORRENT (2018); AEDO (2015) pp. 44-55; AEDO (2018) pp. 52-55.

²² La falta de referencia explícita al elemento subjetivo explica por qué se crearon las teorías de corte evolucionista que ven en la subjetivización un logro de la época clásica. CARDILLI (2018) p. 850.

a la voluntad en época clásica²³. Pero fuera del lenguaje objetivante, la norma de Tab. 8, 24^a introduce una diferenciación subjetiva y prevé una sanción religiosa para el caso en que no medie el elemento subjetivo, entendido como intencional²⁴.

De la lectura de Tab. 8, 24^a emerge un esquema de responsabilidad en que solo se aplica una sanción propiamente jurídica si se actúa con dolo (*animus occidendi*). En este esquema, el causar la muerte y todo otro evento dañino no deseado quedan fuera de la intención y son designados como *casus*. Así, Roma construye su propia antropología de la voluntad, y será esta idea, vinculada a la de libertad y responsabilidad, la que permite valorar jurídicamente una conducta²⁵. Por lo demás, en este punto surge una diferenciación entre el *casus* para el derecho privado y para el derecho penal. Así, el *casus* para el derecho privado es el evento del que no se responde porque los medios para evitarlo superan la diligencia a la que se está obligado²⁶. En cambio, para el derecho penal el *casus* es ese efecto o resultado que excede la intención del agente²⁷. Además, se debe destacar como dificultad, para el entendimiento del asunto, una fuerte discontinuidad que existe entre el derecho penal romano y el derecho penal moderno, a diferencia de lo que ocurre en el campo del derecho civil²⁸.

Nace, en este contexto, una diferenciación entre intencionalidad e involuntariedad que, como es natural, se refleja en el lenguaje. La idea de intencionalidad se expresa con referencia a los términos *prudens* (deliberadamente), *dolus* (dolosamen-

²³ En este sentido, aunque con reparos, Melis: “Si è già parlato di come anche la civiltà romana arcaica ... fosse caratterizzata non da una non-ammissione dell'elemento psicologico, ma da una sorta di imputazione totalizante, alla luce della quale la teoria della responsabilità oggettiva appare, allo stato attuale degli studi, tutta da verificare”. MELIS (1988) pp. 165-166.

²⁴ CARDILLI (2018) p. 827, nt. 59.

²⁵ RIBAS (2015) p. 85.

²⁶ Ya en Tab. 3, 6 puede verse que el daño causado *sine fraude* hace innecesaria una sanción. Pero el camino fue largo, pues solo hacia fines de la República estuvo consolidada la idea de que *fraus* significaba un acto de daño consciente y voluntario, muy próximo al concepto de *malitia*. THOME (1998) p. 75.

²⁷ CARDILLI (2018) p. 827.

²⁸ Entre otras, la idea de un bien jurídico tutelado se deriva de la idea privatística del derecho subjetivo, pero ello no ocurre así en el derecho romano; con asimilaciones de este tipo la dogmática moderna ha trasladado sus propias concepciones y sistemática al derecho penal romano, no sin desfigurarlo. Vinculado a lo anterior, se debe tener también presente que las figuras delictuales de la época arcaica luego confluyen en las categorías clásicas de *delicta privata* y *crimina publica*. Estas figuras están caracterizadas por una alta tipicidad de modo que no es posible una reconstrucción en términos generales. Lo anterior, por lo demás, igualmente se halla relacionado con una cuestión de nuestro interés: la propia idea de que una norma deba explicitar su sanción demuestra una aproximación formalista. Pero en el derecho arcaico no formalizado esto no tiene por qué ser así. Se debe atender a la *interpretatio* como instrumento de formación del derecho consuetudinario. CARDILLI (2018) pp. 817-820; 833; 857.

te) y *sciens* (a sabiendas)²⁹ y la no intencionalidad, con el concepto de *imprudens* y con el referido *casus*.

Como se anticipara, la voluntariedad se conecta a las sanciones, de modo que al que comete homicidio *sciens* se lo considera y condena como *pari-cida* (homicidio entre pares); eso es lo que significaría la expresión *paricidas sto* y, en cuanto tal, esta expresión aludiría a la pena: “sea condenado como si fuese un paricida”³⁰.

En oposición al dolo *sciens*, una cuestión a destacar es que bajo la idea de *casus* se agrupan todos los resultados que, aunque dañinos, fueron no intencionales, de modo que incorpora, desde la óptica moderna, las hipótesis de caso fortuito, pero también las de negligencia y, en ese sentido es que *casus* se opone conceptualmente a *sciens prudensque*, pues en este último el resultado nocivo es conocido (“querido”) por el agente. Este *sciens prudensque*, es decir, el actuar deliberado en realidad viene presupuesto por los juristas, y no es necesaria su prueba directa, pues, partiendo de situaciones determinadas (las hipótesis del ilícito) y que se hallan tipificadas, la experiencia práctica enseña que el autor debió actuar consciente y voluntariamente³¹.

De lo dicho hasta aquí, aparece que el denominado elemento subjetivo (*dolo sciens*), puede cumplir al menos tres funciones. En primer lugar, puede ser un elemento cualificador de una determinada conducta; en segundo lugar, puede ser, a la vez, un elemento típico de un determinado delito, como ocurre en el homicidio (que solo existe si existe dolo); o, finalmente, puede ser un elemento condicionante del tipo de sanción que se impone. Esta última función, como es de suponer, es especialmente relevante para nosotros.

Sin embargo, este panorama que hemos reconstruido a partir de Tab. 8, 24^a es en realidad una generalización algo excesiva. Lo cierto es que, tratándose el derecho arcaico de una regulación no articulada ni sistemática, la búsqueda de coherencia debe darse al interior de cada delito, teniendo presente que la configuración de cada uno de ellos no condiciona al resto. Solo así se entiende el estado no uniforme de las fuentes, en que en algunos delitos se exige el elemento subjetivo y en otros no³². Es por esto que debemos cuidarnos especialmente de querer trasladar al derecho penal romano la moderna sistemática, construyendo una ficticia “Parte

²⁹ Para los ilícitos cometidos *sciens prudensque* (con conocimiento e intención, para nosotros, dolosamente) se reservan las sanciones más graves. En el caso del homicidio doloso se dice del ofensor *paricida sto*, es decir, sea ejecutado como los parricidas, según el ritual de la pena del saco de cuero (*poena cullei*). Tal pena consistía en ser golpeado con vergas *sanguineae*, encerrado en el interior de un saco junto a un perro, un gallo, una víbora y un mono; luego eran arrojados al mar: La extraña función de estos animales (que en algunos textos varían) consistiría en atacar también al ejecutado en su vida ultraterrena, RIBAS (2015) p. 85. El origen de la *poena cullei* es antiquísimo y habría sido, al decir de Modestino, *more maiorum instituta*. Véase: D. 48, 9, 9 *pr.* (*Modestinus 12 pand*); CICERO, *De inventione*, 2, 50, 149.

³⁰ FIRA², *Legis regiae, Numa*, 16; SABBATINI (2014) pp. 185-186.

³¹ CARDILLI (2018) p. 828.

³² CARDILLI (2018) pp. 829-830.

General”³³. Ello, por lo demás, se vuelve imposible si se considera el amplio vocabulario con que el latín contaba para aludir a las palabras culpa y crimen, mucho más variado que el de sus lenguas derivadas³⁴. De hecho, en lo que a nosotros interesa, la voz *piaculum*, que sirvió originalmente para designar el procedimiento de purificación (normalmente el sacrificio de un animal) tras haber roto la *pax deorum* por haber cometido un ilícito, pasó luego a designar el ilícito mismo y la pena que se impone por haberlo cometido³⁵.

Volviendo a lo anterior; el homicidio no es un tipo penal al modo moderno, que pueda ser calificado como voluntario o involuntario; el homicidio no es una categoría unitaria³⁶. Propiamente, como se dijo, solo existe el homicidio doloso. La muerte ocasionada por negligencia o casualmente no es un *crimen*, porque en el homicidio el dolo es un elemento del tipo³⁷.

III. VOLUNTARIEDAD E INVOLUNTARIEDAD EN EL DERECHO SACRO

En realidad, estas finas distinciones acerca de la voluntariedad encuentran su origen en el derecho sacro y no se puede negar, a nuestro entender, la relación entre éste y el derecho civil en formación en época arcaica³⁸. Esta unión entre derecho sacro y civil es típicamente aceptada para el derecho arcaico, aunque se critica que se mantenga en época clásica. Con todo, y sin entrar al fondo de la polémica, creemos

³³ Esta tendencia, iniciada por Binding y Mommsen llegó a su punto cúlmine en la obra de Conrado Ferrini. Una opinión crítica de este proceder en CARDILLI (2018) pp. 817-826.

³⁴ THOME (1998) p. 74. Fuera de *crimen* y *culpa*, ese vocabulario igualmente estaba compuesto por otras voces, como *delictum*, *fraus*, *malitia*, *damnum*, *iniuria*, *macula*, *nefas*, *noxia-noxa*, *peccatum*, *scelus* y *vitium*.

³⁵ EHLERAS (1941) p. 1179. Por ello, es considerado en algunas fuentes como sinónimo de *peccatum* y *maleficium*. En el mismo sentido, GAROFALO (2022) p. 148.

³⁶ Por esto se ha dicho que el hecho de aproximar en tratamiento (con pretensión de generalidad) el *paricidium* y el del “homicidio involuntario” es una cuestión más derivada de la sistemática moderna que de la propia fenomenología del derecho romano arcaico. MELIS (1988) p. 164.

³⁷ A tal punto llega esta imbricación entre el elemento subjetivo y el tipo penal, que en muchos casos la integración era total, no requiriendo el elemento subjetivo una prueba directa diferente del cumplimiento de los *verba* del crimen. CARDILLI (2018) p. 858. Lo anterior tiene también otra consecuencia. La muerte y los daños causados involuntariamente, como más adelante veremos, pueden en determinados supuestos ser calificados ya no como *crimen* sino como *delictum*, bajo el régimen de la *Lex Aquilia de damno*.

³⁸ Se debe recordar que según la tradición literaria el Rey Numa habría dictado sus primeras leyes siguiendo los consejos de la ninfa Egeria: LIVIUS, *Ab urbe condita*, 1, 213; OVIDIUS, *Metamorfosis* 15, 482; PLUTARCHUS, *Numa* 8, 13. Desde luego, y aunque no pueda ser abarcado aquí, el fenómeno es generalizado y no se limita al derecho privado, pues existe una relación (incluso más intensa) entre el derecho sacro y el derecho público. Cfr. CICERO, *De domo*, 1. Sobre esta relación ver, por todos, ZUCCOTTI (2016). En este orden de ideas, se ha señalado que para esta época el solo hecho de plantear la diferenciación entre derecho y religión puede resultar artificioso. MELIS (1988) p. 148.

que una separación total no fue posible. Ello, por lo demás, es lo que parece desprenderse de algunas fuentes.

Cicerón (*Brutus*, 42, 156) nos reporta un diálogo entre un jurista (Servio Sulpicio Rufo) y un filósofo (Umbro) sobre la relación del derecho sagrado y el derecho civil. En principio el texto parece extraño porque va en contra de la idea general de que ya en la República el derecho civil y el derecho pontifical estaban separados³⁹. Pero esta vigencia de la unión entre lo sagrado y lo civil no debe asombrarnos; al menos durante los tres primeros siglos de la República los pontífices eran expertos en derecho sacro y derecho civil; ambos campos del saber religioso-jurídico eran creados e interpretados por las mismas personas, usando los mismos métodos, solo luego, en los siglos III y II a.C. algunos miembros laicos de la sociedad (posiblemente, aunque no exclusivamente, senadores) empezaron a ocuparse del derecho civil; así nacieron los juristas⁴⁰.

Volviendo a la afirmación inicial, decíamos que el punto de partida de la valoración de la voluntad como elemento autónomo se halla en el derecho sacro y, por tanto, fue obra de los pontífices; esa delimitación la que mucho más tarde daría lugar a la responsabilidad penal⁴¹. Aunque entre una y otra se practicaran modificaciones, al punto de crearse dos planos diferentes. En el ámbito penal se hace necesario diferenciar si hay voluntad o no, puesto que solo si hay voluntad se aplica una sanción. Por el contrario, originalmente, en el plano religioso (derecho sacro) no se requiere la imputación subjetiva. Esto último es fácilmente perceptible en el caso “homicidio involuntario” puesto que la mancha (*piacula*) de haber matado a otro requiere ser expiada en cualquier caso⁴². De manera que para el derecho sacro puede hablarse, al menos en un primer momento, de una verdadera responsabilidad objetiva, es decir, sin que para efectos de atribuir responsabilidad se juzgue el comportamiento del agente. Sin embargo, como se ha sostenido, a partir del siglo II a.C. las sanciones a los crímenes religiosos van relajándose⁴³ y entonces, la per-

³⁹ TELLEGEN–COUPERUS (2012) p. 147.

⁴⁰ TELLEGEN–COUPERUS (2012) pp. 149, 163. Por eso es relevante la noticia entregada por Cicerón (*Brutus*, 42, 156) en que se relata la conversación entre dos prominentes senadores que tuvo lugar el s. I a.C. en que se remarca el vínculo entre el derecho sacro y el civil. Solo con lo anterior a la vista es posible entender que un jurista tardío como Ulpiano, varios siglos más tarde (s. III d.C.), todavía considera a los propios juristas como sacerdotes y conocedores de las cosas divinas y humanas: D. 1, 1, 10, 2 (*Ulpianus libro primo regularum*): “Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia”. (“La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”). En este sentido, Franchini: “il *ius pontificium* si occupava dunque, direttamente o *per relationem*, di questioni di diritto privato, e soltanto a tempi di molto successivi è semmai ascrivibile la enucleazione di due diverse serie. Come meglio si dirà, per noi tutte le leggi regie erano di contenuto «pontificale», e perciò stesso, più meno immediatamente, sacrale, in un’epoca in cui *fas* e *ius* non si erano ancora appunto separati”. FRANCHINI (2024) p. 386, n. 9.

⁴¹ RIBAS (2015) p. 84.

⁴² RIBAS (2015) p. 85.

⁴³ Scheid: “in the beginning, there was only one degree of guilt, the inexpiable impiety, then the difference between deliberate and undeliberate offence, repeated or instituted by Scaevola, was a great

sona que ha causado una ofensa no intencional puede realizar una expiación por sí misma o pagar una multa para que luego un sacerdote pueda realizar el *piaculum*.

Este tránsito, de un derecho sacro más exigente a uno más moderado se puede ver bien si se analizan dos pasajes: el primero de Varrón, que tratando acerca de la violación al tiempo de los dioses (de los llamados *dies nefasti*) excluye la posibilidad de expiación en el caso de violación voluntaria⁴⁴ y otro de Macrobio⁴⁵, donde se

progress”. SCHEID (1999) p. 338. Cfr. CICERO, *De Legibus* 2, 22: “Sacrum commissum quod neque expiari poterit impie commissum esto; quod expiari poterit publici sacerdotes expianto”. (“El sacrilegio cometido y que no pudiere expiarse, se ha cometido impiamente; los sacerdotes públicos expían el que pudiere ser expiado”). CICERO ([52 a.C.] 2009) p. 59.

⁴⁴ VARRO, *De lingua latina* 6, 30: “Contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem do, dico, addico; itaque non potest agi: necesse est aliquo <eorum> uti verbo, cum lege qui<d> peragitur. Quod si tum imprudens id verbum emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio, ut magistratus vitio creatus nihilo setius magistratus. Praetor qui tum fa[c]tus est, si imprudens fecit, piaculari hostia facta piatur; si prudens dixit, Quintus Mucius a[b]i[g]lebat eum expiari ut impium non posse”. (“Los contrarios a estos se llaman *dies nefasti* –días nefastos–, durante los cuales no está permitido por la religión –*nefas*– que el Pretor pronuncie doy –*do*–, digo –*dico*– o atribuyo –*addico*–. Así pues, no se pueden realizar procesos: es imprescindible utilizar alguna de estas palabras cuando se sigue un procedimiento conforme a la ley. Y, si entonces por inadvertencia ha emitido una palabra tal y ha manumitido a alguien, éste, con todo, es libre, pero irregularmente, de la misma manera que el magistrado nombrado irregularmente es, no obstante, magistrado. El pretor que entonces la ha pronunciado, si lo ha hecho por inadvertencia, expía su culpa al hacerse el sacrificio de una víctima expiatoria; si la ha dicho con conocimiento de causa, Quinto Mucio afirmaba que éste, como impío que es, no puede expiar su culpa”). VARRO ([circa 47 a.C.] 1998) p. 309.

⁴⁵ MACROBIUS, *Saturnalia* 1, 16, 9-11: “(9) Adfirmabat autem sacerdotes pollui ferias, si indictis conceptisque opus aliquod fieret. Praeterea regem sacrorum flaminesque non licebat videre feriis opus fieri: et ideo per praeconem denunciabant, ne quid tale ageretur, et praecepti neglegens multabatur. (10) Praeter multam vero adfirmabatur eum qui talibus diebus imprudens aliquid egisset porco piaculum dare debere: prudentem expiare non posse Scaevola pontifex adseverabat: sed Umbro negat eum pollui qui opus vel ad deos pertinens sacrorumve causa fecisset vel aliquid urgentem vitae utilitatem respiciens actitasset. (11) Scaevola denique consultus, quid feriis agi liceret, respondit: quod praetermissum noceret. Quapropter si bos in specum decidisset eumque paterfamilias adhibitis operis liberasset, non est visus ferias polluisse: nec ille qui trabem tecti fractam fulciendo ab inminente vindicavit ruina. (12) Unde et Maro omnium disciplinarum peritus, sciens lavari ovem aut lanae purgandae aut scabiei curandae gratia, pronuntiavit tunc ovem per ferias licere mersari, si hoc remedii causa fieret: Balantumque gregem fluvio mersare salubri. Adiciendo enim salubri ostendit avertendi morbi gratia tantummodo, non etiam ob lucrum purgandae lanae causa, fieri concessum”. ((9) “Los sacerdotes, por su parte, afirmaban que las fiestas serían profanadas si se realizaba algún trabajo una vez prescritas y anunciadas oficialmente. Asimismo, al rey de los sacrificios y a los flámenes no les estaba permitido ver que se realizara alguna actividad en las fiestas y por este motivo, por medio de un pregonero, se anunciaba la prohibición de trabajar y se sancionaba a todo aquel que no hiciera caso del precepto. (10) Además de la multa, se aseveraba que quien, por ignorancia, hubiera realizado en aquellos días algún trabajo, debía ofrendar un puerco en expiación; en cambio, el que había trabajado a sabiendas, según aseveraba el pontífice Escévola, no podía realizar un sacrificio expiatorio; pero Umbro dice que no profanó quien hizo un trabajo relacionado con los dioses o con su culto, o realizó alguna actividad que tuviera que ver con una necesidad vital urgente. (11) Escévola, en fin, cuando se le preguntó qué estaba permitido hacer durante las fiestas, respondió:

permite la violación voluntaria de la prohibición de trabajo, si es que se trata de alguna actividad necesaria; en este caso, se debe ofrecer un *piaculum*.

Fuera de la comparación ya realizada, el primero de los textos de Varrón interesa especialmente a nuestro propósito. Este texto suele ser tratado únicamente entre los autores que estudian la religión romana, pero el principio que impone la inexpiabilidad de los incumplimientos normativos voluntarios no está tan difundido entre los romanistas⁴⁶. Lo anterior es relevante, porque no debe olvidarse que fue el mismo jurista allí citado, Quinto Mucio Escévola, el que introdujo una distinción similar en el derecho civil⁴⁷. Distinción que luego de una larga evolución da lugar a D. 9, 2, 31 (*Paulus 10 ad Sabinum*)⁴⁸ en donde el pensamiento de Escévola (s. I a.C.) viene citado por Paulo (s. III d.C.)⁴⁹ y que constituye un punto final de la evolución del concepto de culpa al interior de la idea de responsabilidad *ex Lege Aquilia*.

En este momento, la responsabilidad por daños ha llegado a ser completamente jurídica y se presentan como asentadas las siguientes ideas: si se ha causado daño voluntariamente, se responde; lo mismo ocurre si se ha causado daño culpa-

«Aquello que, si se dejara de hacer, sería perjudicial». Por tanto, si un buey cayera en una cueva, y un padre de familia lo rescatara empleando obreros, no parecería que ha profanado la fiesta. Tampoco aquel que, apuntalando una viga rota del techo, salvó la casa de un inminente derrumbe. (12) Por eso Virgilio, conocedor de todas las disciplinas, como sabía que las ovejas se lavan para limpiar la lana o para curar la sarna, manifestó que era lícito bañar las ovejas durante las fiestas si esto se hacía para sanarlas: Bañar al rebaño balador en el saludable río. En efecto, añadiendo «saludable» demuestra que esto solo se permitía para conjurar una enfermedad, pero no para limpiar la lana por lucro. Hasta aquí acerca de los días de fiesta y de los que resultan de ellos, igualmente llamados nefastos”. MACROBIUS ([circa 395 d.C.] 2010) p. 200.

⁴⁶ TELLEGEN—COUPERUS (2012) p. 160.

⁴⁷ Así, Quinto Mucio Escévola diferencia entre actos expiables e inexpiables. Distinguiendo las actuaciones *sciens* como voluntarias, ya en el juramento a *Jupiter lapis*. RIBAS (2015) p. 84.

⁴⁸ D. 9, 2, 31 (*Paulus 10 ad Sabinum*): “Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit”. (“Si un podador, al desprender una rama de un árbol o el que trabaja sobre un andamio, mató a un hombre que pasaba, es responsable, si aquella cayese en sitio público, y él no dio voces para que pudiera evitarse su peligro. Pero también dijo Mucio, que si esto mismo hubiese sucedido en lugar privado, puede reclamarse por la culpa; y que hay culpa, porque habiéndose podido avisar por persona diligente, no se avisó, o se avisó cuando no podía evitarse el peligro. Por cuya razón no hay mucha diferencia entre que se pasara por lugar público, o por privado, puesto que muchas veces se pasa por la generalidad por lugares privados. Mas si no hubiere camino alguno, debe responder tan solo del dolo, para que no eche nada sobre aquel que viere que pasaba; porque no se le ha de exigir culpa, cuando no hubiere podido adivinar, si por aquel lugar habría de transitar alguno”).

⁴⁹ TELLEGEN—COUPERUS (2012) p. 161.

blemente, pudiendo prever el hecho; y si no se ha obrado con culpa, no se responde (jurídicamente). Así, y aunque luego volveremos sobre esto, aparece claro que el *imprudens*, que en época arcaica (Tab. 8, 24^a) quedaba sujeto a una sanción de derecho sacro que requería expiar dicha culpa (*piaculum*), ahora debe responder patrimonialmente *ex Lege Aquilia*.

Es llegado a este punto que podemos trazar una suerte de itinerario, no ciertamente evolutivo, de la responsabilidad: de lo impuro en el derecho sacral, definido por el vocabulario de *scelus*⁵⁰ y *peccatum*, se pasa a lo impuro en el derecho penal, diremos ilícito, definido por el vocabulario de la *noxa*, luego, *crimina* y *delicta*, y finalmente, al derecho civil de obligaciones bajo la voz *iniuria* y *culpa*⁵¹.

Pero estas instituciones, que fueron perfiladas y diferenciadas con el tiempo, en época arcaica operaron con una total imbricación. Sin perjuicio de lo anterior, es posible ensayar el siguiente esquema: si el que causó la muerte actuó sin intención, es decir, con un *scelus expiabile*, se debe ofrecer un *piaculum*⁵², en cambio, si se causó la muerte voluntariamente, al hallarnos frente a un *scelus inexpiabile*, la sanción es la *consecratio capitis et bonorum*, adquiriendo el ofensor el carácter de *sacer* (*sacer esto*)⁵³. Lo anterior, sin perjuicio de casos excepcionales, en que la violencia es permitida, y entonces incluso la muerte causada intencionalmente se tiene como lícita⁵⁴.

⁵⁰ *Scelus* tiene su raíz indoeuropea en *squel*, que alude a algo doblado o invertido, en el sentido de torcido o desviado. THOME (1998) p. 77. Fuera de los casos aquí tratados, es empleado, en general, para describir ilícitos de extrema gravedad: muerte maliciosa, sacrilegio, alta traición. CICERO, *parad.* 25.

⁵¹ La doctrina romanista se debate, aún hoy, en el efectivo tránsito entre el concepto de *iniuria* al de *culpa*. Como se conoce, una de las tesis principales ha sostenido el original sentido “objetivo” de la expresión *iniuria* y un giro “subjetivo” hacia el concepto de *culpa* (en cuanto requiere análisis del comportamiento del agente); sin que ello implique una aproximación a la voluntariedad. Para la discusión de este asunto, en general, AEDO (2018). Una crítica al empleo de los adjetivos subjetivo y objetivo para caracterizar la responsabilidad en derecho romano clásico puede verse en VALENZUELA (2021).

⁵² De todos modos, aunque sean cometidos con dolo, el *piaculum* era la pena impuesta para algunos ilícitos menores. Un ejemplo de esto es el sacrificio que debe ofrecer la viuda que ha vulnerado la prohibición de contraer matrimonio en el tiempo del duelo. PLUTARCHI, *Vitae parallelae*, *Numa*, 12, 2: “sed longissimi luctus tempus esse decem mensium. Per quod spatium uxoribus quoque defunctorum a secundis nuptiis abstinendum est et si qua prius nupserit bovem fetam immolare debebat ex illius lege Lex Numae”. (“pero el tiempo del largo luto es diez meses. Durante este periodo la viuda debe abstenerse de contraer segundas nupcias y si alguna se fuese esposada antes, con base en esta ley debiese inmolar una vaca preñada”). PLUTARCHI ([circa 130 d.C.] 1985) p. 376.

⁵³ SANTALUCIA (1982), p. 735; CARDILLI (2018) p. 857. Así es, por mucho que progresivamente se vislumbre un relajamiento en la imposición de la pena capital (en época republicana), la que no es más aplicable a los ciudadanos romanos y es sustituida por el exilio y la sanción religiosa (*interdictio aquae et ignis*). FERRINI (2017) pp. 144-145.

⁵⁴ Tal es el caso de la muerte dada al *fur nocturnus* (Tab. 8,12), lo que se refleja en el vocabulario de esta Ley; las tablas dicen *iure caesus esto*, esto quiere decir que la muerte del ladrón tiene lugar lícitamente. Igual consideración debe hacerse respecto del *homo sacer*; en este caso, darle muerte deviene lícito. Las fuentes hablan de *parricida non damnatur*, es decir, el parricida no es dañado, porque la agresión a éste, al estar permitida, no constituye daño: CARDILLI (2018) p. 832. Igualmente, Santalucía, quien indica que luego de la *consecratio* el condenado “non gode più di alcuna tutela, né divina né umana, e cuiunque può ucciderlo senza tema di incorrere nella sanzione dell’omicidio”. SANTA-

Como se dijo, fuera de estos casos, la muerte voluntaria, al ser un ilícito grave, un *crimina*, no puede ser expiada. Esto se entiende bien si se considera que la ofensa no es solo al agredido (y a su *gens*) sino también a las divinidades. De este modo, el hecho de haber actuado con voluntad (*sciens*) permite radicar la responsabilidad en el sujeto que actuó y singularizar en él la mácula del homicidio, que se entiende que afectaba originalmente a la comunidad toda. Por ello es que se debe recomponer la *pax deorum*, aplicando al causante la muerte natural o civil⁵⁵.

IV. NATURALEZA Y FUNCIONES DE LA SANCIÓN

1. SACRIFICIO PIACULAR

Vista como ha sido esta suerte de evolución temporal, aunque discontinua, en el instituto de la responsabilidad por daños involuntarios, resta tratar algunos aspectos sobre la naturaleza de la sanción que se impone. Sobre esta cuestión se han propuesto dos interpretaciones principales. En primer lugar, se encuentra aquella que ve en el *piaculum* una sanción de naturaleza expiatoria o sacrificial. Así, quienes sostienen esta interpretación admiten que en Tab. 8,24^a “estamos ante un sacrificio expiatorio, destinado a reequilibrar la relación con la divinidad, *pax deorum*⁵⁶, que se ha roto por el daño⁵⁷. El *piaculum* (sacrificio expiatorio) [...] produce la desaparición de la impureza, *expiatio*, y, con ello, el restablecimiento de la *pax deorum*”⁵⁸.

LUCIA (1982) p. 735. Esta idea de muerte impune del *sacer*, que estuvo asentada desde antiguo, luego encontró reconocimiento expreso en la *Lex Valeria Horatia de tribunicia potestate* (449 a.C) que ordena que no sea considerado homicida (*parricida ne sit*) el que da muerte a quien fue considerado *sacer* por el mismo plebiscito. GAROFALO (2022) p. 156.

⁵⁵ Todo esto se entiende en el marco de un derecho sacral que solo interesa a las clases intergentilicias; solo entre ellas puede tener lugar el *furtum* o el *membrum rumpere*, pues ninguno de estos ilícitos es existente al interior de la *gens*. CARDILLI (2018) p. 858.

⁵⁶ Es en este contexto en que los sacerdotes son vistos como encargados de mantener la paz con los dioses (*pax deorum*) a través de su conocimiento no solo teológico, sino también jurídico. SINI (2006): “La conservazione della *pax deorum* richiedeva una perfetta conoscenza da parte dei sacerdoti di tutto ciò che potesse turbarla; degli atti che mai dovevano essere compiuti nel tempo e nello spazio; delle parole che mai dovevano essere pronunciate”. Un tratamiento extenso, con bibliografía relevante en VOCI (1953) p. 49 ss.; igualmente Sini, quien señala que la *pax deorum* debe ser entendida como “un insieme di atti e comportamenti, ai quali collettività e individui dovevano necessariamente attenersi per poter conservare il favore degli dèi”, SINI (2022). La relevancia de la *pax deorum* es tal que se la ha calificado como la esencia misma de la religión romana: “The essence of Roman religion was to maintain the *pax deorum*, the favour of the gods”. ORLIN (1997) pp. 15-16. En el mismo sentido, Santalucía, quien destaca como propio del *Rex* el imponer esta sanción religiosa para restablecer la infracción que ha expuesto a toda la comunidad ante los dioses. SANTALUCIA (1982) p. 734.

⁵⁷ Por lo demás, según bien atestigua Livio, los hechos que tenían la capacidad de perturbar la *pax deorum* son muy variados; como variados eran también los ritos y ceremonias mediante las cuales se podían expiar estas faltas. Solo unos ejemplos: LIVIUS, *Ab urbe condita*, 2, 36, 1; 3, 10, 6; 4, 30, 7; 5, 13, 4; 6, 20, 16; 7, 2, 2; 7, 3, 3; 8, 25, 1; 10, 47, 6; 21, 46, 1-3; 22, 36, 6; 24, 10, 6; 25, 16, 1; 27, 4, 11.

⁵⁸ RIBAS (2015) p. 84-85. Aunque excede el tema de nuestro trabajo, no puede ser exagerada la importancia del *piaculum* en la religión romana. Al efecto, véase, por todos, EHLERAS (1941) pp. 1179-1185.

Pero el asunto no es simple, pues, como ha sido dicho, a propósito de este tema (significado del *arietem subicitur*) se mezclan diversos asuntos no siempre fáciles de conciliar: en primer lugar, resulta complejo perfilar cuál ha sido la tradición previa que instauró esta regla y cuál es su relación con el derecho precedencial. Luego, resta conocer cabalmente la propia maduración que tuvo esta regla una vez establecida en la Ley y el rol que en dicho desarrollo correspondió a la interpretación de los pontífices⁵⁹. Fuera de esto, además, se ha dicho que la propia regla que impone el *piaculum*, no obstante que figure en la Ley de las XII Tablas, habría tenido su origen en la *interpretatio* pontifical⁶⁰.

Esto recuerda que, en general, “el sacrificio servía para restablecer situaciones místicas o jurídicamente comprometidas, tales como un accidente ritual, un pecado o un delito, una acusación, reforzar un juramento, etc.”⁶¹.

Por otra parte, una segunda interpretación entiende que, en el caso del homicidio involuntario, el *piaculum* (*arietem subicitur*) tiene la naturaleza de una pena sacral sustitutiva⁶². Con todo, este sacrificio compositor de las relaciones humano-divinas no debe ser confundido con una función vindicativa, ejercida sobre el animal y no sobre el causante real del perjuicio⁶³.

Esta dualidad conceptual perduró al punto que la voz sancionar (*sancire*), que literalmente alude a “hacer sacro”⁶⁴, permite –aún hoy– un doble significado: tener por realizado un acto o aplicar una pena⁶⁵.

La doble consideración⁶⁶ del *piaculum* como sacrificio expiatorio y a la vez como pena en el caso del homicidio *imprudens* obliga a preguntarnos acerca del concreto rol que desempeña el carnero entregado por el responsable⁶⁷. Como re-

⁵⁹ En estas advertencias seguimos a CARDILLI (2018) p. 833.

⁶⁰ CARDILLI (2018) p. 832.

⁶¹ ALVARADO (2015) p. 24.

Lo mismo cuando se habla de “sellar el pacto sobre la roca”; en estos casos, el sacrificio de animales es propiamente rito tendiente a la perfección del acuerdo. ALVARADO (2015) p. 17, n. 24.

⁶² CARDILLI (2018) p. 834, nt. 100.

⁶³ El sacrificio ritual de animales procura siempre que el animal objeto del sacrificio padezca el menor dolor posible. Este es el sentido de la meticulosa regulación del estado en que deben hallarse los instrumentos sacrificiales, pero no solo ello, incluso el mismo método de causar la muerte es preferido entre otros más dolorosos. Lo anterior vale incluso para el degollamiento y desangramiento posterior, que se presenta como menos doloroso que otras técnicas de dar muerte y que estaban presentes en la época. ONIDA (2008) p. 147.

⁶⁴ Walde y Hofmann remiten *sancire a sacer*; en este sentido, sancionar significa “hacer sacro”; “consagrar a un Dios”. WALDE y HOFMANN (1972) pp. 668, 675.

⁶⁵ ALVARADO (2015) p. 21.

⁶⁶ El significado dual de un término no era extraño a otros conceptos relacionados. Así, a decir de Thome, la voz latina crimen, alude al mismo tiempo a la acusación contra alguien (sea esta justa o injusta) o al contenido mismo de la acusación. THOME (1998) p. 75.

⁶⁷ Se ha propuesto como una posibilidad de interpretación que el *aries subicitur* sea impuesto a la familia no del reo sino del fallecido. Debemos advertir que con ello se pierde toda idea de responsabilidad. CARDILLI (2018) p. 833.

sulta evidente, la tesis que surge inmediatamente es aquella que identifica al propio carnero con el reo (acusado), de modo que el animal ocupa el lugar que a éste correspondía⁶⁸, pero luego toca determinar la finalidad de dicha atribución, el por o para qué le es entregado a los agnados de la víctima el carnero. En este sentido, la doctrina mayoritaria se inclina por entender que el carnero es entregado con una destinación sacrificial. En contra de lo anterior, con importante asiento en las fuentes, se ha manifestado Sabbatini. Para éste, el *arietes subicitur* no necesariamente trata de la muerte sacrificial del animal, sino que plantea que puede consistir en una pura y simple dación *pro capite occisi*, que viene a significar que el animal recibido lo es en sustitución del individuo asesinado y, naturalmente, del asesino. A estos efectos, el señalado autor pone de relieve que la dación o transferencia del animal se realiza delante del comicio reunido y a los parientes (*agnati*) de la víctima⁶⁹.

Bajo este orden de ideas, el carnero representa un *caput*, correspondiente en la prehistoria itálica a un guerrero púber y en el periodo histórico, al ciudadano libre, el *hominem liberum* de la *Lex Numae*⁷⁰. Pero este reemplazo no puede tener lugar tratándose de un homicidio doloso (*sciens*), porque resultaría una ofensa para la memoria del fallecido y no puede corregir un mal (*scelus*) que, como vimos, resulta inexpiable⁷¹. Por esto, en esos casos, si el ilícito era cometido por un hijo de familia o esclavo, la única composición posible es la entrega noxal, es decir, la entrega directa –ya no del carnero– del ofensor a los parientes de la víctima⁷². Se ve en esto una equidad primitiva; si una agrupación era privada de uno de sus miembros, ella era restaurada incorporando otro por vía de *noxa*⁷³. Posteriormente, cuando el ejercicio del castigo es sustraído a los grupos familiares y ejercido por órganos públicos, la condena será a la pena de muerte o relegación a una isla⁷⁴.

2. *NOXAE DEDITIO*

Como se dijo, la sanción, en caso de no ser permitido el *piaculum* (delito de homicidio *sciens*), dará lugar a la entrega noxal. Sobre esto, conviene recordar que el término (*Noxia*) proviene de *nocere* y, éste, a su vez, de *nex/necare*, de raíz indoeuro-

⁶⁸ SABBATINI (2014) p. 185.

⁶⁹ El autor enfatiza en el hecho que “nessuna fonte, infatti, riguardante l’omicidio non doloso, parla di uccisione del ariete”. SABBATINI (2014) p. 182.

⁷⁰ En la ley de Numa (según nos la reporta Festo), la expresión *homo liber* se refiere no solamente al *paterfamilias*, sino a todo ciudadano de condición libre, de edad viril en adelante. SABBATINI (2014) p. 182. En este sentido, Garofalo indica que *liber* se opone a *sacer*, al que puede ser matado lícitamente. GAROFALO (2022) p. 133.

⁷¹ Por lo mismo es que, además de esas consideraciones religiosas, el homicidio doloso fue considerado un *crimina*, perseguido por los órganos estatales mediante la imposición de una pena pública.

⁷² SABBATINI (2014) p. 183.

⁷³ SABBATINI (2014) p. 184.

⁷⁴ Una regulación expresa del homicidio voluntario solo llegará a inicios del siglo I a.C. con la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*. Véanse: D. 48,8,15 (*Ulpianus 8 ad l. iul. et pap.*) y D. 48, 8, 3, 5 (*Marcianus 14 inst.*).

pea *nax* o *nex*, que significa matar o destruir⁷⁵. Por lo que resulta difícil compartir la idea previamente expuesta de consistir el *piaculum* en una entrega no conducente a la muerte del animal y la *noxa* sí; aunque luego volveremos sobre la importante función que un cambio en la naturaleza del *piaculum* pudo tener en materia de responsabilidad civil.

Ahora, asumido el rol vindicativo que la entrega noxal permite⁷⁶, un problema típico consiste en determinar quiénes deben efectuar la venganza. La idea tradicional es que la *gens* del fallecido puede proceder en contra del ofensor y en contra de su *gens*, desatando una guerra interclánica⁷⁷. Posteriormente, y solo una vez que se afianza la familia (*propio iure*)⁷⁸ es el *pater* en cuanto jefe de este último grupo, el que se exige entregando al ofensor, abandonándolo a su suerte, ya privado de la

⁷⁵ THOME (1998) p. 76.

⁷⁶ En este sentido, por todos, Guzmán: “La noxalidad es un relicto de la antigua concepción vindicativa de la responsabilidad penal, según la cual el entuerto da origen a la venganza de la víctima sobre el malhechor mismo”. GUZMÁN (1996) II, p. 241. Una caracterización general de la institución en De Visscher: “[...] permettent de distinguer dans le régime de l’abandon noxal deux phases très différentes. La première s’ouvre à l’instant même du délit : l’abandon noxal ne représente encore qu’un droit ou un moyen pour le groupe de l’offenseur d’échapper à la vengeance collective qui le menace. Pendant cette période, cette libération peut d’ailleurs être obtenue non seulement par un exil ou *dimissio*, répudiation ou désaveu, mais par tout acte de quelque nature qu’il soit, impliquant rupture de solidarité avec le coupable tels qu’une adoption, un affranchissement, une aliénation, etc. La deuxième phase s’ouvre avec une interpellation de la victime ou de ses parents. Le groupe de l’offenseur se voit sommé de livrer le coupable. Et à compter de cet acte de procédure, il n’obtiendra plus sa libération que par un abandon noxal effectué entre les mains mêmes de la victime ou de son clan”. DE VISSCHER (1947) pp. 50-51. Lo anterior, tratándose de una *noxa* derivada de la comisión de un hecho ilícito. Sin embargo, aquello no fue exclusivo de este ámbito; bien se ha señalado que igualmente cumple un rol de reequilibrio la propia muerte del deudor, en aquellos casos en que en razón de su insolvencia se le puede causar la muerte. MANNI (2011). Sobre la vergüenza romana posterior por la aplicación de esta sanción. AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, 20, 1, 19. En este punto, las relaciones entre religión y derecho arcaico son muy variadas, alcanzando incluso al derecho procesal: los sesenta días que el condenado es retenido por el acreedor (según lo previsto en Tab. 3, 5) habrían sido fijados en correspondencia al tiempo que media entre el solsticio de invierno (*Saturnalia*) y el final del calendario romano (*Terminalia*). De hecho, es fácil interpretar que el aprisionamiento del deudor equivale a una suerte de restricción que lo aparta de la sociedad y lo transfiere a otro plano; es, en definitiva, equivalente a su muerte ritual. KOPTEV (2014) p. 237. Como vimos, esta función religiosa, luego vindicativa, posteriormente también fue abandonada a favor de una responsabilidad puramente pecuniaria en materia de obligaciones.

⁷⁷ En este sentido, recientemente, Carvajal: “no nos parece que se pueda dudar de que, en algún momento anterior al talión decenviral, la sanción por cualquier lesión corporal haya alcanzado incluso la muerte del ofensor y de unos o muchos miembros de su *gens*, a través del conducto de la guerra clánica”. CARVAJAL (2024) p. 25.

⁷⁸ La progresiva afirmación de la familia (*propio iure*) tiene lugar al interior y, en cierto sentido, en contra del ordenamiento comunitario de la *gens*, que la precede. FRANCIOSI (2003) pp. 27 y 84. Con todo, se ha de prevenir sobre generalizaciones en el modo de proceder de cada *gens*: “la *gens*, como tal, es una institución preestatal, de manera que parece carecer de un régimen interno unitario aplicable a todas ellas”. AMUNÁTEGUI (2010) p. 49.

protección del grupo (*noxae deditio*), lo que cumple efecto pacificador en cuanto radica en un solo sujeto la violencia, ahora lícitamente ejercida⁷⁹. Es aquí donde se aprecia la conexión con el *piaculum*, pues en este último permanece la mención de los agnados como receptores del sacrificio en el homicidio involuntario⁸⁰. Son éstos los que ahora podrán y deberán dar muerte al chivo expiatorio.

El esquema fundamental de la *noxae deditio* aquí expuesto sigue los lineamientos de De Visscher⁸¹. Siguiendo a este autor, hemos de entender que una vez que sea cometido el crimen, el grupo (*gens*) del ofensor puede escapar a la venganza entregando o cortando relaciones con él, apartándolo. Con ello, la víctima o sus parientes someten al ofensor⁸²; sin forma de juicio, esto, porque la *noxae deditio* guarda más relación con una época en que clanes (grupos gentilicios) más o menos independientes pactaban la sanción, más que con la aplicación de una determinada norma⁸³ y, además, porque, como se dijo, no existía una acción civil para exigir la entrega noxal⁸⁴.

El descrito es, con todo, el régimen arcaico y original con el que surgió la *noxae*. A partir de él, incluyéndolo, es posible luego la identificación de cuatro estadios procesales⁸⁵, en donde se advierte un progresivo tránsito desde lo desformalizado-privado a lo formalizado-público, que sirve de buen reflejo de la progresiva concentración del poder público en el monopolio de las sanciones penales que luego darán origen a la idea de *crimina*. Así, en un primer momento –protojurídico– el sistema operó, como vimos, de manera completamente desformalizada: la simple

⁷⁹ Para el tránsito de la responsabilidad grupal a la personal: SERRAO (2006) p. 66: “Questa consegna del colpevole, affinché su di lui si esercitasse la vendetta, fu chiamata *noxae deditio*, ossia «consegna per la pena» (o: «per il delitto», dato il duplice significat di *noxae*) e da quel momento, trasformandosi praticamente una responsabilità solidale di gruppo in una responsabilità personale dell'autore del fatto delittuoso [...]”. Esta paulatina centralización de la responsabilidad en el *paterfamilias* –de la que puede librarse vía *noxae deditio*– y no ya en la *gens* toda, encuentra su paralelo en materia patrimonial en el tránsito entre “propiedad” colectiva de la tierra y “propiedad” individual. Para la explicación de dicho tránsito y las discusiones concernientes, AMUNÁTEGUI (2010).

⁸⁰ RIBAS (2015) p. 84.

⁸¹ Con todo, se ha de reconocer que, tratándose del tema de la noxalidad en sus inicios, hay pocas fuentes y es difícil hablar de “orígenes” con cierto grado de certeza. En este sentido, TELLEGEN–COUPERUS (2012) p. 154.

⁸² TELLEGEN–COUPERUS (2012) p. 150.

⁸³ TELLEGEN–COUPERUS (2012) p. 153.

⁸⁴ Para De Visscher nunca habría existido una acción civil para exigir directamente la entrega (*noxae deditio*). DE VISSCHER (1947) p. 71. Esto es importante, pues el momento –posterior– en el cual se cuenta con una acción ya implica que la sanción se ha convertido en jurídica, y que deja atrás aquel antiguo significado de venganza; por eso, cuando la pena por daños es impuesta ya no en la persona del ofensor, sino en su patrimonio, *ex Lege Aquilia*, la acción es personal, aunque sigue teniendo naturaleza penal. En este momento, al imponerse la sanción a través del magistrado, el poder público (nosotros hoy diríamos estatal) sustituye definitivamente la venganza colectiva. TELLEGEN–COUPERUS (2012) 150.

⁸⁵ TELLEGEN–COUPERUS (2012) pp. 153-154.

venganza de sangre; luego, aparece el sistema jurídico de la noxalidad, como un sistema de compensaciones grupales a través de pactos libres, para evitar el continuo derramamiento de sangre y como garantía de una sanción proporcionada (ni menor, ni mayor) a la falta cometida; en tercer lugar, aparece una forma institucionalizada y racionalizada de obtener el control del agente que ha causado el daño, todo, mediado por el poder estatal público, pues la entrega en *nox* se consigue con recurso al ejercicio de un concreto mecanismo procesal, las *actiones noxae* que, aunque no tienen la naturaleza de un simple pacto, aún radican en el demandado la decisión sobre si entregar al dañador o no. Pero, en este tercer estadio el pago dejó de ser voluntario o pactado; ese pago es en sí mismo la condena a que se expone el responsable, pero se puede liberar entregando en *nox*. A este tercer nivel se corresponde la *noxae deditio* clásica.

Esta institución de la *nox* no solo se aplicó a casos de daños causados por individuos libres de una comunidad. La posibilidad de entregar al ofensor se extendió también al propietario de un cuadrúpedo que causa daños o de un esclavo que comete un delito. Sobre este punto, interesa, desde la perspectiva del derecho privado (civil) que la opción (entregar al animal o esclavo o ser condenado a pagar una *poena*) depende del demandado y es éste quien elige efectuando un análisis de costo-beneficio, con el fin de precisar si conviene retener la cosa o agente dañador (cuadrúpedo, esclavo o hijo sometido) y pagar la condena, o deshacerse de aquellos, para así ser liberado del pago de la pena⁸⁶.

Finalmente, como se habrá de ver, no siendo aplicable la *nox* para los daños causados por hombres libres, la única opción restante fue el establecimiento de pena en dinero, como de hecho ocurrió para los daños cobijados bajo las hipótesis de la *Lex Aquilia de damno*.

3. POENA

El conjunto de mecanismos sancionatorios frente a los daños corporales derivados de actos ilícitos va sufriendo progresivamente una apertura –aunque no evidente, y no sin retrocesos– hasta la fijación de un sistema de responsabilidad exclusivamente patrimonial⁸⁷, que se sintetiza bien en la expresión final de AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, 20, 1, 36-38: “severitas legis ad pecuniae multam redibat”⁸⁸.

⁸⁶ TELLEGEN–COUPERUS (2012) p. 153. Una visión crítica de esta limitación cuantitativa para el caso de la *noxae deditio* en la *actio de pauperies*, en VALENZUELA (2022) pp. 263-282.

⁸⁷ Ferrini: “La composición pecuniaria viene prevaleciendo cada vez más en el uso”. FERRINI (2017) p. 143. En paralelo, algo similar ocurrió con la responsabilidad derivada de actos lícitos. En un primer momento, ésta fue exigible a través de la durísima *Legis actio per manum iniectioem*, sobre el cuerpo mismo del deudor. Este carácter personal de la responsabilidad fue modificado luego, a partir de *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C), que abolió el nexum. AMUNÁTEGUI (2019) p. 40.

⁸⁸ AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, 20, 1, 36-38: “XXXVI. Sed quoniam acerbum quoque esse hoc genus poenae putas, vae, obsecro te, ista acerbitas est, si idem fiat in te, quod tute in alio feceris? praesertim cum habeas facultatem paciscendi et non necesse sit pati talionem, nisi eam tu elegeris. XXXVII. Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas

De su lectura se colige que del talión corporal puede huirse mediante el pacto por el cual el ofensor se compromete a pagar una cantidad de dinero. Pero incluso para el caso de la ausencia de pacto, fijado que sea un talión determinado, el incumplimiento de dicho acuerdo no se sanciona con una pena corporal, sino con la fijación por parte del juez de un monto de dinero a pagar por el condenado⁸⁹.

El texto de Aulo Gelio recién citado recuerda la fijación de penas pecuniarias ya establecida en Tab. 8,2 para el caso del *membrum ruptum*, que aun tratándose de lesiones corporales de gravedad deja abierta la posibilidad de pacto entre ofensor y víctima⁹⁰. Y desde luego, también la regla de Tab. 8,3 para el caso del *os fractum*, en donde la pena es directamente pecuniaria (sin que sea necesario un acuerdo que evite el talión), y cuyo monto se fija con base en el *status* de la víctima: si se trata de

nolo hoc ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. XXXVIII. Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam *redibat*”. “(36. Sin embargo, ya que opinas que también este tipo de castigo resulta cruel, dime, por favor, dónde está la crueldad, si se te hace a ti lo mismo que tú hiciste a otro; especialmente si tienes la posibilidad de llegar a un acuerdo y no es preciso sufrir el talión, salvo que tú mismo lo hayas elegido. 37. En cuanto al hecho de que consideres más aceptable el edicto pretorial sobre la estimación de los daños, quiero que sepas que también este mismo talión solía someterse obligatoriamente al veredicto del juez. 38. En efecto, si un reo, que no hubiera querido llegar a un pacto, no se sometía al talión impuesto por el juez, una vez juzgado el caso, el juez imponía una sanción pecuniaria a aquel hombre. De este modo, si al reo el acuerdo le había parecido duro y el talión cruel, la severidad de la ley lo traducía a una multa en dinero”). AULUS GELLIUS ([circa 130 d.C.] 2006) p. 257.

⁸⁹ Sobre esto, es igualmente relevante AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, 20, 1, 16-18, pues en este texto se expone atinadamente la dificultad que supone conseguir una proporcionalidad exacta en el talión, y el riesgo de un espiral “infinito” de taliones sucesivos. Junto a lo anterior, también se da cuenta de la necesidad de distinguir, en el talión, las situaciones de daños voluntarios e involuntarios; AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, 20, 1, 16-18: (“XVI. Quid si membrum inquit alteri imprudens ruperit? quod enim per imprudentiam factum est, retaliari per imprudentiam debet. Ictus quippe fortuitus et consultus non cadunt sub eiusdem talionis similitudinem. Quonam igitur modo imprudentem poterit imitari, qui in exsequenda talione non licentiae ius habet, sed imprudentiae? XVII. Sed et si prudens ruperit, nequaquam patietur aut altius se laedi aut latius. Quod cuiusmodi libra atque mensura caveri possit, non reperio. XVIII. Quin etiam, si quid plus erit aliterve commissum, res fiet ridiculae atrocitatis, ut contraria actio mutuae talionis oriatur et adolescat infinita quaedam reciprocatio talionum”). “((16) “¿Qué pasa si el miembro le fue roto involuntariamente? ¿Pues, un hecho involuntario debe ser castigado con el talión correspondiente a un hecho involuntario, ya que el golpe fortuito y el premeditado parecen exigir la aplicación de taliones distintos? En consecuencia, ¿de qué manera puede simular involuntariedad quien, al ejecutar el talión, no tiene el derecho de la licitud, sino el de la involuntariedad? (17) Pero incluso si lo rompió intencionadamente, en modo alguno va a permitir que se le haga una lesión mayor o más profunda. (18) Y yo no encuentro la medida exacta con la que poder evitar esto. Más aún, si hubiera sido cometido algún exceso en la aplicación del talión o se hubiera hecho de manera distinta, resultará de una atrocidad ridícula que se replique con una acción que implique una pena equivalente, de donde resultaría una alternancia sin fin de taliones sucesivos”). AULUS GELLIUS ([circa 130 d.C.] 2006) p. 253.

⁹⁰ Por todos, Cursi, que por eso llama a dicha cantidad pecuniaria “prezzo del riscatto”. CURSI (2011) pp. 145-146.

un hombre libre, la pena es de trescientos *ases*, si es un esclavo, ciento cincuenta⁹¹. Toda esta regulación y fijación de penas ante lesiones corporales, de origen arcaico, luego vino a ser superada⁹² por vía de *ius honorarium*⁹³, mediante una *actio iniuriarum* de *condemnatio* incierta⁹⁴, en la que la víctima fija un valor equivalente a la ofensa sufrida, que en razón de ello recibe el nombre de *aestimatoria*⁹⁵.

A pesar de lo dicho, una cuestión que debe advertirse es que el encuadre de estas figuras de lesiones corporales como manifestación de la imposición de penas patrimoniales no resulta del todo coincidente con el antepasado arcaico de Tab. 8,24^a, pues en el delito de injurias que ahora comentamos, era exigida, en todo caso, la presencia de *dolo*⁹⁶; lo anterior resulta especialmente problemático, pues vuelve necesario determinar bajo qué régimen jurídico se hallan los daños corporales involuntarios una vez que la sanción deja de ser jurídico-religiosa (*piaculum*) y pasa a ser pecuniaria.

⁹¹ En este esquema, aparece como régimen residual lo dispuesto en Tab. 8, 4, que fija una pena de veinticinco *ases* para toda otra injuria. Por todos, KASER, KNÜTEL y LOHSSE (2022) p. 531.

⁹² “Tales penas privadas dieron pronto lugar a la composición pecuniaria, que ya las XII Tablas indicaban y sugerían (*ni cum eo pacit*). Y bajo la República y durante todo el Derecho clásico no hay ni una traza de similares penas corporales”. FERRINI (2017) p. 154.

⁹³ Incluso antes de la intervención pretoria la eliminación del talión había tenido lugar por la costumbre. FERRINI (2017) p. 222. AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, 20, 1, 38.

⁹⁴ D. 47, 10, 17, 5 (*Ulpianus 57 ad ed.*): “*Ait praetor “arbitratu iudicis”: utique quasi viri boni, ut ille modum verberum imponat*”. (“Dice el Pretor: «á arbitrio del juez», ciertamente como a arbitrio de hombre bueno, para que él imponga la cuantía de los azotes”).

⁹⁵ Adicionalmente, la existencia de una *condemnatio* incierta tuvo la virtud de establecer un mecanismo de sanción pecuniaria que no corriera el riesgo de quedar desactualizado por la inflación, como de hecho había ocurrido con las sanciones fijadas en la Ley de las XII Tablas, lo que terminó por convertir la sanción en insignificante y se prestó para abusos. AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, 20, 1, 13: “*Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret: <***> “L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat.*” Propterea inquit praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt”. (“Así pues, como incluso vuestro colega [Antistio] Labeón reprobaba esta ley, escribió así en sus Comentarios a las XII Tablas: <***> L. Veracio fue un hombre realmente perverso y sumamente loco. Un entretenimiento suyo consistía en abofetear el rostro de un hombre libre con la palma de su mano. Lo seguía un esclavo que llevaba una bolsa llena de ases. Después de abofetear a uno, ordenaba al instante que le fueran entregados veinticinco ases, según ordenaban las XII Tablas. Por eso, más tarde los pretores decidieron abolir y dejar sin efecto esta ley y decretaron que ellos asignarían jueces para calcular la indemnización por las afrentas”). AULUS GELLIUS ([circa 130 d.C.] 2006) p. 253.

⁹⁶ Lo que quedó bien manifestado luego en D. 47, 10, 3, 2 (*Ulpianus 56 ad ed.*): “*Itaque pati quis iniuriam, etiamsi non sentiat, potest, facere nemo, nisi qui scit se iniuriam facere, etiamsi nesciat cui faciat*”. (“Y así, puede alguno sufrir injuria, aunque no la sienta, pero no puede hacerla nadie, sino el que sabe que él infiere injuria, aunque no sepa a quién se la hace”). Ferrini: “Para el delito de *iniuria* así entendido se exige un elemento subjetivo determinado: el *animus* o *affectus iniurandi, cum iniuria ex affectu facientis consistat*”. FERRINI (2017) p. 224. D. 47, 10, 3, 1 (*Ulpianus 56 ad ed.*).

Para la resolución de la duda que planteamos, la evolución que hemos descrito, debe incardinarse con la promulgación de la *Lex Aquilia de damno* (286 a.C), aunque allí, nuevamente, deba destacarse una cuestión bien notoria; el plebiscito aquiliano, a partir del cual se desarrolló la idea de daño causado con culpa, originalmente no prevé entre sus hipótesis sanciones para el caso de *damnum dare* a personas libres⁹⁷. Solo tiempo después, la muerte de un *liber* o el perjuicio a su integridad corporal pudo ser reparado mediante la dación de dinero (*poena*), bajo el amparo de una ahora extendida *actio ad exemplum legis aquiliae*⁹⁸, que hubo de sortear un impedimento técnico para su aplicación, a saber, la imposibilidad de estimar el valor pecuniario del cuerpo de un hombre libre (*liberum corpus aestimationem non recipiat*)⁹⁹. A raíz de esto, no pudo fijarse la *poena* pecuniaria en un múltiplo del valor de la *res*, porque no se trataba de una *res*¹⁰⁰.

Si, luego de explicado lo anterior, volvemos sobre nuestra hipótesis basal de daño involuntario –contenida en Tab. 8, 24^a– aparece que ahora, en derecho romano clásico, se halla tutelada mediante la imposición de una simple pena pecuniaria

⁹⁷ Fuera de eso, el paso entre la regulación de los daños en la Ley de las XII Tablas y la *Lex Aquilia* no es claro, de hecho, entre una y otra fuente existieron otras leyes, cuyo contenido nos es desconocido y que, probablemente, ayudarían a entender mejor este tránsito. FERRINI (2017) p. 233.

⁹⁸ O, tal vez, con recurso a una *actio utilis*. DESANTI (2015) p. 81. Aunque esta extensión es muy discutida en doctrina, pues solo habría tenido lugar –en sus inicios– en hipótesis específicas de daños a *filiusfamilias*. CURSI (2010) p. 82.

⁹⁹ La expresión citada es empleada por Gayo en D. 9, 1, 3 (*Gai. 7 ad ed. prov.*), aunque a propósito de otra hipótesis de daño (*pauperies*). En tal caso, si el dañado es libre, se consiente el cobro de los gastos médicos, mas no la imposición de una pena por el daño corporal en sí mismo considerado; lo mismo en D. 9, 3, 7 (*Gai. 6 ad ed. prov.*), a propósito del daño causado por las cosas que se caen o derraman de pisos superiores (*effusus vel deiectum*). Con todo, ayuda a sostener la posibilidad de fijar un monto pecuniario como *poena*, aun en estos casos, el hecho de que ésta, ni en materia de obligaciones convencionales (*stipulatio poenae*), ni en materia de obligaciones *ex delicto*, se halló limitada por el efectivo *quod interest* del perjudicado, del cual no depende su exigibilidad ni cuantía, pudiendo, incluso, superarlo. TALAMANCA (1982) p. 732, especialmente n. 169: “la *poena ex delicto* è, di regola, attribuita al soggetto passivo dell’illecito indipendentemente dalla funzione di risarcimento del danno”.

¹⁰⁰ Pero los juristas ya habían avanzado una solución; al menos para el caso del *effusus vel deiectum* Ulpiano estableció que en caso de muerte de un hombre libre la *poena* fuese de 50 aureos. D. 9, 3, 1 *pr.* (*Ulpianus 23 ad ed.*): “Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere”. (“Dice el Pretor respecto de los que hubieren arrojado o derramado alguna cosa: Por tanto, si se hubiere arrojado o derramado alguna cosa en el sitio por donde vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene, daré contra el que allí habitare, acción en el duplo por cuanto daño con ello se hubiere causado o hecho. Si se dijera que del golpe de lo arrojado había perecido un hombre libre, daré acción de cincuenta aureos; si viviera, y se dijese que solo causó daño, daré acción para que aquel contra quien se reclama sea condenado en tanto cuanto por tal cosa pareciere justo al juez. Si se dijera que un esclavo lo hizo ignorando a su dueño, añadiré en el juicio, o que lo de por noxa”).

y, entonces, desprendida de cualquier significación religiosa-sacral. Pero, asumir esta hipótesis dentro del delito de daños no fue fácil, pues, además de tratarse —como dijimos— de daños causados a personas libres, al consistir la hipótesis del lanzamiento involuntario de un arma (*si tellum manus fugit*) en un evento en que el dañador no toca por sí mismo al dañado, no se cumple el requisito del *corpore corpori* aquiliano, por lo que la *actio ad exemplum legis aquiliae* —concedida para permitir entablar la acción en atención a la naturaleza de lo dañado (también una persona libre)— igualmente sirvió, como en otros casos, para relajar la exigencia de causalidad directa¹⁰¹.

Solo más tarde, al tiempo de Alfeno (s. I a.C), el caso del arma que es lanzada se considera como daño causado directamente y se aplica la acción —directa— de la *Lex Aquilia* y no un sustituto pretorio tendiente a sortear el señalado requisito (D. 9, 2, 52, 2, *Alfenus 2 Dig.*)¹⁰².

¹⁰¹ Una exposición de conjunto, con bibliografía pertinente, en DESANTI (2015) pp. 54-90.

¹⁰² D. 9, 2, 52, 2 (*Alfenus 2 Dig.*): “In clivo capitolino duo plostra onusta mulae ducebant: prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mulae ducerent: inter superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum cuiusdam obriverat: dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret. Respondi in causa ius esse positum: nam eam si muliones, qui superius plostrum sustinuisent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mulae plostrum retinere non possint atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem, cum hominibus, qui conversum plostrum sustinuisent, lege aquilia agi posse: nam nihilo minus eum damnum dare, qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret: veluti si quis asellum cum agitasset non retinuisset, aeque si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset, damnum iniuria daret. Sed si mulae, quia aliquid reformidassent et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse. Quod si neque mulae neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent aut cum coniterentur lapsae concidissent et ideo plostrum cessim redisset atque hi quo conversum fuisset onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum neque cum hominibus esse actionem. Illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed percussae retro redissent”. (En la cuesta Capitolina llevaban unas mulas dos carros cargados; los carreteros del primer carro sostenían por las ruedas el carro, que habían dejado, para que con facilidad lo llevasen las mulas; mientras tanto el carro que estaba más arriba comenzó a ir hacia atrás, y cuando los carreteros que se hallaban entre los dos carros salieron de en medio, el segundo carro, impelido por el primero, retrocedió, y magulló a un muchacho de cierto individuo; el dueño del muchacho consultaba, ¿contra quién debería él intentar la acción?: Respondí, que en el mismo caso habla sido planteado el derecho, porque si los carreteros que hablan sostenido el carro de arriba se hubiesen apartado, voluntariamente, y por esto hubiese sucedido que las mulas no pudieran contener el carro, y fueran arrastradas hacia atrás por la misma carga, no había ninguna acción contra el dueño de las mulas; que podía reclamarse por la ley Aquilia contra los hombres que sostuvieron el carro que dejó; porque no obstante causaba el daño el que voluntariamente soltara lo que sostenía, de suerte que esto hiriese a alguien, como si alguno no hubiese contenido a un asno cuando lo hubiese hostigado, e igualmente, si alguno hubiese arrojado de su mano un dardo u otra cualquier cosa, causaría daño con injuria. Pero si las mulas, porque se hubiesen espantado de alguna cosa, y los carreteros movidos de temor, para que no fuesen aplastados, hubiesen dejado el carro, no hay acción alguna contra los hombres, y la hay contra el dueño de las mulas. Mas si ni las mulas, ni los hombres estuviesen en falta, sino que las mulas no hubiesen podido retener la carga, o cuando

Adicionalmente, por mucho que nos hallemos en un escenario de pena pecuniaria para hipótesis de lesiones corporales, no debe olvidarse la naturaleza –precisamente– penal de la sanción, por cuanto ella no está ontológicamente dirigida a resarcir los perjuicios de la víctima¹⁰³. Si nuestros razonamientos no son equivocados, la naturaleza penal de la sanción pecuniaria recuerda aún el carácter vindicatorio del Talión y de la *nox*, tal y como se ha explicado previamente.

En el arco de este itinerario de sanciones, arribamos finalmente a un cuadro en que aparece perfilada su naturaleza: el *piaculum* es una sanción religiosa y a la vez jurídica, la *nox* es una sanción jurídica y a la vez vindicatoria, mientras que la *poena* de la *Lex Aquilia* impone un gravamen pecuniario al ofensor sin descuidar su carácter retributivo (*poenam dare*). Al decir de Biscardi: el *delictum* da lugar “desde los orígenes” a la venganza, de la que deriva posteriormente la *poena*¹⁰⁴. Esto, por lo demás, lo atestiguan incluso fuentes muy posteriores, como Ulpiano, que todavía homologa *poena* a reclamación o venganza: “*poena est noxae vindicta*”¹⁰⁵.

V. EL TRIFUNCIONALISMO INDOEUROPEO Y SUS PROYECCIONES JURÍDICAS

El examen de la naturaleza de estas sanciones y, en especial, aquel referido al *piaculum* nos ha forzado a llevar nuestra atención sobre el derecho predecenviral, de tan difícil conocimiento. A su vez, este derecho predecenviral y sus derivaciones posteriores no pueden, a nuestro juicio, ser bien entendidos si no lo es con relación a una cuestión de carácter antropológico-cultural: el trifuncionalismo indoeuropeo¹⁰⁶.

se esforzaban hubiesen resbalado y caído, y por esto hubiese vuelto atrás el carro, y porque hubiese retrocedido, no hubiesen podido aquellos sostener la carga, no hay acción ni contra el dueño de las mulas, ni contra los hombres. Pero de cualquier modo que la cosa sucediera, es verdaderamente lo cierto que no puede reclamarse contra el dueño de las mulas posteriores, porque no volvieron atrás voluntariamente, sino forzadas por el choque).

¹⁰³ En general esto es predicable para toda *poena* privada. Ferrini hace derivar su carácter retributivo del hecho de ser estas penas una atenuación o sustituto de la venganza privada. FERRINI (2017) p. 144; TALAMANCA (2008) p. 48, n. 8: “Senza dubbio, in vari illeciti privati, la pena può consistere nel pagamento a favore dell’offeso di una somma di denaro corrispondente al «danno» subito, o più frequentemente ad un multiplo di tale somma, ma essa non viene attribuita alla vittima stessa come risarcimento per quel danno”.

¹⁰⁴ BISCARDI (1990) p. 99.

¹⁰⁵ D. 50, 16, 131 (*Ulpianus 3 ad l. iul. et pap.*): “Aliud «fraus» est, aliud «poena»: fraus enim sine poena esse potest, poena sine fraude esse non potest. poena est noxae vindicta, fraus et ipsa noxa dicitur et quasi poenae quaedam praepraeparatio”. (“Una cosa es el «fraude» y otra es la «pena», porque puede haber fraude sin pena, pero no puede haber pena sin fraude. La pena es la vindicta del daño, y el mismo fraude es llamado daño, y como cierta preparación para la pena”).

¹⁰⁶ La necesidad de insertar el estudio de las reglas jurídicas en su contexto histórico y cultural ha sido defendida por De Francisci: “no es posible penetrar en el espíritu de un ordenamiento jurídico si no es considerándolo como expresión parcial de una más amplia totalidad histórica, en la que

Es bien conocida la diferenciación que Dumézil ha hecho del mecanismo de las tres funciones que habrían modelado las instituciones culturales indoeuropeas¹⁰⁷.

No podemos aquí resumir por completo los planteamientos del mitólogo y sus alcances, pero podemos reseñar que aquél identifica tres funciones: una primera, vinculada a lo espiritual-sagrado (y soberano), una segunda, vinculada a lo físico y, por ende, a la violencia y lo agonal (función combativa-guerrera) y, finalmente, una tercera función relacionada con la generación-producción (inicialmente agrícola), luego cívica-comercial¹⁰⁸.

La experiencia cultural romana no se ha escapado a dicha matriz indoeuropea¹⁰⁹, y con base en ella se ha explicado incluso el propio origen de la civilización:

i *Ramnes* garantissero la direzione politica e il culto (come i compagni di «Remo» in Properzio, 4, 1,9–26), i *Luceres* rappresentassero gli specialisti della guerra (come Lucumone nel medesimo testo di Properzio, 26–29), e i *Titienses* fossero caratterizzati dalla loro ricchezza di greggi (come il Tazio di Properzio, 30)¹¹⁰.

En palabras del propio Dumézil:

Rómulo y sus compañeros son, en su origen, los poseedores de la primera y segunda función, y los sabinos los depositarios de la tercera; en la variante de las tres razas, Rómulo y sus com-

actúan múltiples fuerzas de cuyo juego brota el alma de una comunidad, de una ciudad, de un Estado”. DE FRANCISCI (1954) p. 19.

¹⁰⁷ En un primer momento Dumézil explica la presencia de la tripartición en la división de castas de los antiguos pueblos indo-iranios: los *brahmanes* (sacerdotes) corresponden a la primera función; los *ksatriyas* (guerreros) a la segunda función, y los *vaisyas* (agricultores o ganaderos) a la tercera. DUMÉZIL (1930). Luego, para lo referido al trifuncionalismo indoeuropeo, algunos textos fundamentales son: DUMÉZIL (1956); DUMÉZIL (1958) y DUMÉZIL (2016a) Este mecanismo operó en dos ámbitos, el propiamente teleológico y el ideológico. Es este último ámbito donde el mecanismo de las tres funciones presenta formas múltiples, tanto en la historia como en las demás manifestaciones del espíritu romano. DUMÉZIL (2016b) p. 195.

¹⁰⁸ Una síntesis en la voz de Dumézil: “Ho proposto di chiamare tale struttura, per brevità, ideologia delle tre funzioni. I principali elementi e ingranaggi del mondo e della società vi sono ripartiti in tre ambiti armoniosamente connessi che sono, in ordine decrescente di dignità, la sovranità con i suoi aspetti magici e giuridici e una sorta di espressione massimale del sacro; la forza fisica e il valore, la cui manifestazione più vistosa è la guerra vittoriosa; la fecondità e la prosperità, con ogni specie di condizioni e di conseguenze, quasi sempre minuziosamente analizzate e rappresentate da un gran numero di divinità affini ma diverse, tra le quali l’una o l’altra riassume il complesso mediante enumerazioni divine dal valore di formula”. DUMÉZIL (1974) p. 154.

¹⁰⁹ DUMÉZIL (1941); también en DUMÉZIL (1974) pp. 143-166. Fiori reconoce: “la comune dipendenza delle strutture di pensiero arcaiche, greche e romane, dal passato indoeuropeo”; y señala que la cultura tradicional romana es “debitrice delle tradizioni indoeuropee”. FIORI (2011) pp. 62 y 97, respectivamente. Una visión crítica en MOMIGLIANO (1984) p. 328: “Let us admit that tripartition is a peculiarity of much Roman life. But it is not an exclusive and even less a profound feature of Rome”.

¹¹⁰ DUMÉZIL (1974) p. 156; DUMÉZIL (2016b) p. 203.

pañeros son caracterizados por la primera, los etruscos por la segunda y los sabinos por la tercera¹¹¹.

Toca, en lo que a nosotros interesa, considerar en qué medida esta misma matriz trifuncional habría servido para modelar la experiencia jurídica romana¹¹². Así, esta tripartición de funciones justificaría la existencia de tres tipos de testamentos¹¹³; los tres tipos de uniones heterosexuales¹¹⁴; las tres formas de manumisión¹¹⁵ y los tres tipos de *res divini iuris*¹¹⁶.

Como se vio, la expresión de las tres funciones indoeuropeas puede aplicarse a un mismo personaje (Rómulo) en distintas etapas; bajo nuestra consideración, también a una misma institución: la sanción por daños corporales involuntarios. Esta idea de que la sanción frente a un determinado hecho antijurídico está vinculada a las funciones indoeuropeas no es nuestra, aunque lo que hemos hecho aquí sea reconducirla específicamente al ámbito de la muerte involuntaria y las lesiones corporales. Esta conexión entre función–sanción se ha expresado en diferentes niveles; pero es especialmente clara en las formas en que se aplica la pena de muerte, dependiendo del tipo de ilícito: en aquellos ilícitos relacionados a la primera función es frecuente encontrar como sanción la pena de ahorcamiento. Es necesario recordar que el hecho de colgar o estar suspendido guarda relación con volar y se aproxima, de un modo simbólico, a lo celestial y espiritual, que caracteriza la primera función¹¹⁷. Los ilícitos vinculados a la segunda función son normalmente sancionados con una pena aplicada con un arma blanca (cuchillo, hacha, espada, etc.); al efec-

¹¹¹ Ahora, todo es una cuestión de grados, y no de clasificaciones absolutas, porque, como el mismo autor sostiene, no se puede atribuir la segunda función (el valor y el poder guerrero) exclusivamente a uno de los grupos involucrados, porque todos concluyen en la formación de Roma: “es necesario que los sabinos luchen, y luchan en efecto, tan bien, de forma tan competente, como los protorromanos y, eventualmente, los etruscos”. DUMÉZIL (2016a) p. 273. El mismo esquema trifuncional se puede predicar de los reyes fundadores: Rómulo y Numa encarnan la primera función; el militar Tulio Hostilio la segunda; y Anco Marcio, que abre las puertas a la riqueza y el comercio a gran distancia, la tercera. DUMÉZIL (2016b) pp. 202-203. Adicionalmente, no se ha de olvidar, según acabamos de ver, que este esquema trifuncional se puede presentar en un único “personaje”, pero de manera progresiva, así ocurre en “Rómulo pastor primero (asociado a Remo), luego guerrero (asociado a Lucumón) y, finalmente, soberano fundador de los cultos de Júpiter (asociado a Tacio)”. DUMÉZIL (2016a) p. 605.

¹¹² En este sentido, Alvarado señala: “los romanos, al igual que los pueblos indoeuropeos en general, han podido legitimar sus instituciones jurídicas recurriendo a viejos esquemas ideológicos o religiosos”, ALVARADO (2015) p. 16; ese esquema sería, precisamente, el trifuncionalismo propuesto por Dumézil.

¹¹³ *Calatis comitiis* (1ª función); *in procinctu* (2ª función) y *per aes et libram* (3ª función).

¹¹⁴ *Confarreatio* (1ª función); *usus* (2ª función) y *coemptio* (3ª función).

¹¹⁵ *Vindicta* (1ª función); *censu* (2ª función) y *testamento* (3ª función).

¹¹⁶ *Res sacrae* (1ª función); *res sanctae* (2ª función) y *res religiosas* (3ª función).

¹¹⁷ Delitos de traición o de quebrantamiento de la fe, juramentos, contratos, etc. (1ª función). ALVARADO (2015) p. 35.

to, la conexión entre este tipo de castigo y la naturaleza de la función guerrera es evidente¹¹⁸. Por su parte, los ilícitos que vulneran los ámbitos de la tercera función (especialmente los delitos contra la propiedad y aquellos de índole sexual)¹¹⁹ son originalmente sancionados con penas de enterramiento, ahogamiento o despeñamiento, también muerte en caldero, todo lo cual recuerda la función generativa, cual *regressus ad uterum*¹²⁰.

Nosotros, hacia el final de esta exposición, no podemos dejar de hipotetizar otro ámbito en que se manifiesta este trifuncionalismo: en la tríada largamente analizada *piaculum-noxa-poena* (pecuniaria) es posible identificar una aparente correspondencia con los tres niveles funcionales de la matriz cultural indoeuropea, tal y como ha sido planteada por Dumézil. El *piaculum* se corresponde con la primera función y tiene una naturaleza de sanción religiosa dirigida al restablecimiento de la *pax deorum*; la elección del carnero (*aries subicitur*) no es casual. Es este animal, y no otro, el asociado a Júpiter, dios representativo de la primera función¹²¹. Por su parte la *noxae deditio*, en su origen vindicativo, cumple la segunda función de orden militar combativo y, finalmente, cuando la sanción por los daños queda reducida a la imposición de una pena exclusivamente pecuniaria: con la *actio iniuriarum* para los daños voluntarios y con las *actio ex Lege Aquilia*, para los involuntarios –sea su naturaleza exclusivamente punitiva y/o compensatoria– a través de ellas se cumple la tercera función, generativa o fecundadora, luego, civil-comercial¹²².

¹¹⁸ De hecho, la ejecución *ad gladium* se considerada benigna (por poco dolorosa) y era exclusiva de los militares, al menos hasta los tiempos del Imperio. FERRINI (2017) p. 147.

¹¹⁹ El castigo era considerado una ofrenda de carácter expiatorio hacia el dios a quien se ha ofendido. ALVARADO (2015) p. 34.

¹²⁰ Para los crímenes sexuales, asociados a la fecundidad y reproducción (3ª función) la pena es el ahogamiento: “la muerte por ahogamiento se relaciona con las divinidades de la tercera función (fecundidad, riqueza, alimento)”, ALVARADO (2015), pp. 35-39. Solo a modo ejemplar: PLUTARCHUS, *Gracchi*, 15, 6, en que se señala como pena para el *incestum* de una Vestal el ser enterrado vivo. Su muerte, es, en este caso, una pena y, al mismo tiempo, una forma de expiación. CANTARELLA (1991) pp. 129-130; también se debe recordar Tab., 8, 9: quien durante la noche sustrae la cosecha ya recogida o usa como pastizal para las bestias un campo cultivado es condenado al ahorcamiento; pena que tiene el valor de un sacrificio en honor de Ceres.

¹²¹ Benveniste dedujo el valor ritual de los animales como sigue: 1ª función: carnero, víctima dedicada a Júpiter; 2ª función: toro, víctima dedicada a Marte; 3ª función: cerdo, víctima dedicada a Tellus. BENVENISTE (1945) pp. 12-15. Aunque desconectado de las hipótesis de Dumézil, lo mismo afirma Melis: “[...] *l'aries*, quale animale generatore, trovi la radice della sua simbologia nella concezione, nient'áffatto estranea alla civiltà romana arcaica, di autocreazione, di autogenerazione della natura, simbologia, almeno apparentemente, legata alla connessione fra funzioni materiali e sovranaturali della comunità”. MELIS (1988) p. 144.

¹²² Más allá de los paralelismos, que la pena pecuniaria pueda estar relacionada a la tercera función generadora o nutricia (luego comercial–civil), es plausible a partir de algunos antecedentes en que desprenderse del patrimonio o de objetos valiosos (joyas, botín) es impuesto como castigo. Especialmente ligado a la función generativa propia del matrimonio, PLUTARCHI, *Romulus*, 22, 3, en que al marido que repudió injustificadamente a su mujer debe como ofrenda (precisamente a Ceres) la mitad de su patrimonio (y el resto a la mujer repudiada). Otros ejemplos: OROSIUS, *Historiarum*

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AEDO BARRENA, Cristián (2015): “La cuestión causal en la *Lex Aquilia* y su solución mediante el mecanismo de la culpa”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, vol. 37: pp. 37-75.
- AEDO BARRENA, Cristián (2018): *Culpa aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos* (Santiago, Thomson Reuters).
- ALVARADO PLANAS, Javier (2015): “Derecho y trifuncionalismo indoeuropeo en la antigüedad”, en ALVARADO PLANAS y otros (edits.), *Nomos Ágraphos. Nomos Éngraphos. Estudios de Derecho griego y romano* (Madrid, Dykinson) pp. 11-48.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2010): “Las gentes y la propiedad colectiva”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 32: pp. 37-49.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2019): “Libertad y esclavitud en Roma arcaica”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 41: pp. 37-49.
- AULUS GELLIUS ([circa 130 d.C.] 2006): *Noctes atticae* (trad. Manuel Antonio Marcos Casquero, Avelino Domínguez García, León, Universidad de León).
- BENVENISTE, Emile (1945): “Symbolisme social dans les cultes gréco italiques”, *Revue de l'histoire des religions*, 129, 5: pp. 5-16.
- BISCARDI, Arnaldo (1990): *Noxae deditio sui*, en MILAZZO, Francesco (a cura di), *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Atti del convergno internazionale di diritto romano, Copagnello 4-7 giugno (Napoli, Edizione Scientifiche Italiane) pp. 99-102.
- CANTARELLA, Eva (1991): *I supplizi capitali in Grecia e Roma. Origini e funzioni della pena di morte nell'antichità classica* (Milano, Rizzoli).
- CARDILLI, Ricardo (2018): “Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII tavole”, en CURSI, Maria Floriana (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento* (Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli) pp. 817-870.
- CICERO ([55 a.C.] 2002): *De Oratore* (trad. José Javier Iso, Madrid, Gredos).
- CICERO ([52 a.C.] 2009): *De legibus* (trad. Carmen Teresa Pabón de Acuña, Madrid, Gredos).
- CICERO ([44 a.C.] 1908): *Topica* (trad. Marcelino Menendez Pelayo, Madrid, Imp. de Perlado, Páez y Cía, sucesores de Hernando).
- CARVAJAL, Patricio (2013): “La función de la pena por la «iniuria» en la Ley de las XII Tablas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 35: pp. 151-178.
- CARVAJAL, Patricio (2024): “La Iniuria en las XII Tablas y el fragmento de la obra Orígenes de Catón”, *Revista de Derecho Romano*, vol. 6: pp. 15-34.
- CURSI, Maria Floriana (2010): *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato* (Napoli, Jovene).
- CURSI, Maria Floriana (2011): “La formazione delle obbligazioni *ex delicto*”, *RIDA. Revue internationale des droits de l'antiquité*, N° 58: pp. 143-174.
- CURSI, Maria Floriana (a cura di) (2018): *XII Tabulae. Testo e commento* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane).
- CRAWFORD, Michael Hewson (1996): *Roman Statutes*, Vol. II (London, University of London).

adversus paganus, 5, 16 (arrojar al río plata y oro como ofrenda); PLINIUS, *Naturalis Historia*, 18, 3 y TACITUS, *Germania*, 40.

- DE FRANCISCI, Pietro (1954): *Síntesis histórica del derecho romano* (Madrid, Revista de Derecho Privado).
- DE VISSCHER, Fernánd (1947): *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle* (Bruxelles, Éditions A. De Visscher).
- DESANTI, Lucetta (2015): *La Legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale* (Torino, Giappichelli).
- DILIBERTO, Oliviero (2008): “La responsabilità nelle XII Tavole: profili palinogenetici”, en CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi y CURSI, Maria Floriana (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale* (Napoli, Jovene) pp. 1-20.
- DUMÉZIL, Georges (1930): “La préhistoire indo-iranienne des castes”, *Journal Asiatique*, N° 216: pp. 109-130.
- DUMÉZIL, Georges (1941): *Jupiter, Mars, Quirinus, essai sur la conception indo-européenne de la société et sur les origines de Rome* (París, Gallimard).
- DUMÉZIL, Georges (1956): *Aspects de la fonction guerrière chez les Indo-Européens* (París, Presses universitaires de France).
- DUMÉZIL, Georges ([1958] 2015): *L'ideologia tripartita degli Indoeuropei* (Trad. Andrea Piras, Rimini, Il Cerchio).
- DUMÉZIL, Georges ([1974] 2017): *La religione romana arcaica miti, leggende, realtà* (trad. Furio Jesi, Rizzoli, BUR, quinta edición).
- DUMÉZIL, Georges (2016a): *Mito y epopeya. I. La ideología de las tres funciones en las epopeyas de los pueblos indoeuropeos* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).
- DUMÉZIL, Georges (2016b): *Mito y epopeya. III. Historias romanas* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).
- EHLERAS, W. (1941): *Piaculum*, en *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (Stuttgart, J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung).
- FERRINI, Contardo (2017): *Derecho penal romano*, trad. Raquel Pérez Alonso, y otros (Madrid, Marcial Pons).
- FIORI, Roberto (2011): *Bonus vir. Política filosofía retórica e diritto nel de officiis di Cicerone* (Napoli, Jovene).
- FRANCHINI, Lorenzo (2024): “Le *leges regiae* e la loro applicazione in età repubblicana”, en VARVARO, Mario y DE SIMONE, Monica (a cura di), *Scritti con Raimondo Santoro*, Tomo II (Palermo, Palermo University Press) pp. 383-396.
- FRANCIOSI, Gennaro (2003): *La familia romana. Società e diritto* (Torino, Giappichelli).
- GAROFALO, Luigi (2022): “Nuove leggi in tema di omicidio”, en GAROFALO, Luigi (a cura di), *Numa. I culti, i confini, l'omicidio* (Bologna, Mulino) pp. 127-185.
- HUMBERT, Michel (2018): *La Loi des XII Tables* (Rome, Ecole française de Rome).
- KASER, Max, KNÜTEL, Rolf y LOHSSE, Sebastián (2022): *Derecho Privado Romano* (Madrid, Boletín Oficial del Estado).
- KOPTEV, Aleksandr (2014): “Principles of the *Nexum* and Debt Law in the Twelve Tables”, en REINOSO BARBERO, Fernando (Coord.), *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual* (Madrid, Thomson Reuters – Aranzadi) pp. 227-246.
- MACROBIUS ([circa 395 d.C.] 2010): *Saturnalia* (trad. Fernando Navarro Antolín, Madrid, Gredos).

- MANNI, Alessandro (2011): “*Noxae datio* del cadavere e responsabilità”, en URBANIK, Jakub (Ed.), *Culpa. Facets of Liability in Ancient Legal Theory and Practice* (Warsaw, University of Warsaw) pp. 89-132.
- MELIS, Carlo Augusto (1988): “*Arietem offerre*. Riflessioni attorno all’omicidio involontario in età arcaica”, *Labeo*, vol. 2, 34: pp. 135-178.
- MOMIGLIANO, Arnaldo (1984): “Georges Dumézil and the Trifunctional Approach to Roman Civilization”, *History and Theory*, vol. 23, N° 3: pp. 312-330.
- ONIDA, Pietro Paolo (2008): “Macellazione rituale e status giuridico dell’animale non umano”, *Lares*, vol. 74, N° 1: pp. 147-178.
- ORLIN, Eric (1997): *Temples, religion and politics in the Roman republic* (Leiden–New York–Köln, Brill).
- PLUTARCHI ([circa 130 d.C.] 1985): *Vitae parallelae* (trad. Aurelio Pérez Jiménez, Madrid, Gredos).
- RIBAS ALBA, José María (2015): *Génesis del derecho en Roma. Prolegómenos al estudio del derecho romano arcaico* (Madrid, Tecnos).
- RICCOBONO, Salvatore (1941): *Fontes iuris Romani antejustiniani*, FIRA, Tomo I (Firenze, Barbèra).
- TALAMANCA, Mario (1982): “Pena privata (Diritto romano)”, en MORTATI, Costantino y SANTORO, Francesco (Direzione), *Enciclopedia del Diritto*, Tomo 32 (Milano, Giuffrè) pp. 712-734.
- TALAMANCA, Mario (2008): “Delitti e pena privata nelle XII Tavole”, en CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi y CURSI, Maria Floriana (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale* (Napoli, Jovene) pp. 41-100.
- TELLEGEN–COUPERUS, Olga (2012): “Sacred Law and Civil Law”, en TELLEGEN–COUPERUS, Olga (edit.), *Law and Religion in the Roman Republic* (Leiden–Boston, Brill) pp. 147-165.
- THOME, Gabriele (1998): “Crime and punishment, guilt and expiation: Roman thought and vocabulary”, *Acta Classica*, N° 35: pp. 73-98.
- SABBATINI, Gianpaolo (2014): *Appunti di preistoria del Diritto Romano* (Torino, Giappichelli).
- SANTALUCIA, Bernardo (1982): “Pena criminale (Diritto romano)”, en MORTATI, Costantino y SANTORO, Francesco (Direzione), *Enciclopedia del Diritto*, Tomo 32 (Milano, Giuffrè) pp. 734-739.
- SCHEID, John (1999): “The Expiation of Impieties Committed without Intention and the Formation of Roman Theology”, en ASSMANN, Jan y STROUMSA, Guy (edits.), *Transformations of the Inner Self in Ancient Religions (Studies in the History of Religions)* (Leiden–Boston–Köln, Brill) pp. 331-347.
- SERRAO, Feliciano (2006): *Diritto privato economia e società nella storia di Roma. Dalla società gentilizia alle origini dell’economia schiavistica* (Napoli, Jovene).
- SINI, Francesco (2004): “Religione e sistema giuridico in roma repubblicana”, *Diritto@Storia*, N° 3. Disponible en: https://www.dirittoestoria.it/3/Memorie/Organizzare-ordinamento/Sini-Religione-e-sistema-giuridico.htm#_ftn5. Fecha de consulta: 21/09/2025.
- SINI, Francesco (2006): “Diritto e *pax deorum* in Roma antica”, *Diritto@Storia*, N° 5. Disponible en: <https://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Sini-Diritto-pax-deorum.htm>. Fecha de consulta: 21/09/2025.

- SINI, Francesco (2022): “Riflessioni ulteriori sulla santità in Roma antica: nella religione, nel diritto”, *Diritto@Storia*, N° 19. Disponible en: <https://www.dirittoestoria.it/19/tradizione/Sini-Santit%C3%A0-Roma-antica-religione-diritto.htm>. Fecha de consulta: 21/09/2025.
- TORRENT, Armando (2018): “La causalidad aquiliana. Conexión corpore suodamnum dare: Gayo 3,219; Ulp. (18 ad ed.) D. 9,1,1,7; IJ 4,3,1”, *RIDROM (Revista Internacional de Derecho Romano)*, N° 20: pp. 465-504.
- VALENZUELA ARÁNGUIZ, Francisco (2021): “La responsabilidad sin culpa en el vocabulario de los juristas romanos clásicos”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, vol. 43: pp. 81-105.
- VALENZUELA ARÁNGUIZ, Francisco (2022): “La *actio de pauperies* en cuanto hipótesis de responsabilidad sin culpa. Una aproximación a sus fundamentos y eventuales límites”, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia (BACH)*, N° 131, en homenaje al profesor Alejandro Guzmán: pp. 263-282.
- VARRO ([circa 47 a.C.] 1998): *De lingua latina* (trad. Luis Alfonso Hernández Miguel, Madrid, Gredos).
- VOCI, Pascuale (1953): “Diritto sacro romano in età arcaica”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, N° 19: pp. 38-103.
- WALDE, Alois y HOFMANN, Johan Baptist (1972): *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* (Heidelberg, C. Winter, quinta edición).
- WINIGER, Bénédicte (2023): *Klage wegen Sachbeschädigung (actio legis Aquiliae)*, en BABUSIAUX, Ulrike, y otros (edits.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Vol. 1 (München, Mohr Siebeck) pp. 2572-2594.
- ZUCCOTTI, Ferdinando (2016): *Sacramentum Civitatis. Diritto costituzionale e ius sacrum nell'arcaico ordinamento giuridico romano* (Milano, LED).