

*ACTIO DE PAUPERIE*: EL CASO DEL OSO ESCAPADO. UN  
 ANÁLISIS EN CLAVE FENOMENOLÓGICA

[*Actio de Pauperie*: The Case of the Runaway Bear. A Phenomenological  
 Approach to the Nature of Animals]

Nadja EL BEHEIRI\*  
 Universidad Católica Pázmány Péter, Hungría

RESUMEN

El capítulo primero del libro noveno del Digesto trata de la *actio de pauperie*, una acción que se remonta a la Ley de las XII Tablas y que trata de la responsabilidad por daños provocados por animales. El presente trabajo toma como punto de partida el caso recogido en D. 9, 1, 1, 10 de un oso que se ha escapado de su dueño y ha causado un daño. Como el texto ha sido tachado de incongruencia, se revisa la crítica textual del fragmento y su contexto palingénésico. También se comparan las reconstrucciones de la fórmula pretoria realizadas por Friedrich Rudorff y Otto Lenel respectivamente. Los juristas romanos clásicos mencionan dos factores a la hora de establecer la responsabilidad: que el animal haya causado el daño en contra de su naturaleza y la propiedad sobre el animal. El referimiento a la naturaleza del animal pertenece a las cuestiones todavía abiertas

ABSTRACT

The first chapter of the ninth book of the Digest deals with the *actio de pauperie*, an action dating back to the Law of the Twelfth Tables that deals with the liability for damages caused by animals. This present paper takes as its starting point the case mentioned in D. 9, 1, 1, 10 of a bear that has escaped from its owner and caused damage. As the text has been accused of incongruity, the article approaches some arguments emerging from textual criticism and refers to the palingenesis of the title. The study compares also the reconstructions of the praetorian formula made by Friedrich Rudorff and Otto Lenel respectively. Classical Roman jurists mention two factors in establishing liability: that the animal has caused the damage contrary to its nature and the ownership of the animal. The argument in regard to the nature of the animal belongs to the still open questions

---

\* Catedrática de Derecho Romano, Universidad Católica Pázmány Péter, Budapest (Hungría). ORCID: 0000-0002-1369-5169. Correo electrónico: beheiri.nadja@jak.ppke.hu Este artículo fue escrito bajo los auspicios del Ministerio de Justicia húngaro, en el marco del programa titulado “La elevación de los estándares de la educación jurídica”.

en relación con la acción. En el presente trabajo nos acercamos a la materia desde el punto de vista de la fenomenología realista.

in relation to the action. In this paper we approach the matter from the point of view of realist phenomenology.

## PALABRAS CLAVE

*Actio de pauperie – animales salvajes – naturaleza del animal – propiedad – fenomenología.*

## KEY WORDS

*Actio de pauperie – wild animals – nature of animals – ownership – phenomenology.*

RECIBIDO el 30 de abril de 2021 y ACEPTADO el 30 de junio de 2021

## INTRODUCCIÓN

La cuestión que nos ocupa en el presente artículo son los elementos que los juristas romanos consideraron constitutivos para la responsabilidad por daños causados por animales. El capítulo primero del libro noveno del Digesto recoge bajo el título “*Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*” a una serie de fragmentos que en su mayoría se atribuyen a Ulpiano, además dos textos de Paulo, uno de Gayo y otro de Alfeno. Los textos parten de la provisión de la Ley de las XII Tablas sobre la *actio de pauperie*, que comentan decisiones de Servio Sulpicio Rufo y de Quinto Mucio Scaevola y, por fin, la materia desembarca en un texto de las Instituciones de Justiniano. Casi todos los fragmentos son comentarios al edicto del pretor, menos el texto de Alfeno, que proviene de sus *Digesta*<sup>1</sup>. La secuencia de los textos lleva tanto la impronta del Derecho civil como la del Derecho pretorio y, precisamente, esta combinación de estratos jurídicos permite llegar al núcleo de las decisiones de los juristas. Las soluciones recogidas en el Digesto han ejercitado gran influencia tanto sobre las codificaciones continentales como sobre la jurisprudencia anglosajona<sup>2</sup>. Para el análisis partimos de un texto al que los estudios del tema suelen prestar escasa atención o, por lo menos, no consi-

<sup>1</sup> Otras referencias a la acción se encuentran en D. 9, 2, 37, 1 (Iav. 14 ex Cass.), D. 19, 5, 14, 3 (Ulp. 41 ad Sab.) y 11, 1, 7 pr. (Ulp. 18 ad ed.) y en Paul. Sent. 1, 15, 1.

<sup>2</sup> Cfr. POŁOJAC, Milena, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law* (Belgrade, 2003), p. 6. La autora (con referencia a Ferdinand F. Stone, *Liability for Damage Caused by Things*) menciona los Códigos de Suiza, Bélgica, España, Austria y Portugal. Asimismo nombra la legislación de Luisiana y de África del Sur. Cfr. también ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, 1996), p. 1096 ss. Para un enfoque histórico dogmático del derecho español cfr. CASINOS-MORA, FRANCISCO-JAVIER, *De la Actio de pauperie al artículo 1905 del Código Civil Español*, en *Revista de Historia del Derecho Privado* 6 (2003), 9-36. El Código Civil de Chile regula la responsabilidad para daños causados por animales en el art. 2326. En el contexto del presente trabajo parece interesante que el Código habla expresamente del caso de animales extraviados y animales fieros. Para animales extraviados el dueño responde también después de que este se haya soltado “*salvo que la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño [...]*”. Cabe por eso que el dueño acredite que el escape se produjo sin negligencia de su parte. El artículo 2327 establece una responsabilidad estricta para animales fieros si su “*tenencia no reporte utilidad para el inmueble en el que se le mantiene*”. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Mi mascota es un monstruo: una boa en el condominio*; disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/danos-causados-por-animales/> [consultado el 30-06-2021].

deran como emblemático para la comprensión de la materia<sup>3</sup>. En D. 9, 1, 1, 10, Ulpiano presenta el caso de un oso que se ha escapado de su dueño, causando un daño. El jurista sentencia que en el caso de animales salvajes no se aplica la *actio de pauperie*, pues con la huida del animal la propiedad se extingue. En nuestra opinión, el texto se presenta como punto de partida ya que en el fragmento se cuestionan precisamente los dos elementos que los juristas antiguos mencionaron como esenciales para la responsabilidad por daños causados por animales: la naturaleza del animal y la propiedad del dueño sobre este. El caso relatado por el jurista severiano dirige nuestra atención, por un lado, hacia el requisito (algo enigmático) que hace depender la aplicación de la acción de que el animal haya causado el daño —*contra naturam*— en contra de su naturaleza. Por otro lado, el fragmento trata de cuestiones límites de la adquisición y extinción de la propiedad. En los primeros apartados del trabajo nos fijaremos en el texto mismo y en su posición dentro de la lógica del primer título del libro noveno de Digesto. A continuación, haremos una lectura del fragmento a la luz de la fenomenología realista<sup>4</sup>, la cual es definida como una metodología filosófica cuya finalidad no consiste en proponer un sistema de principios, sino en mirar la realidad tratando de abarcarla en su totalidad más plena posible. Se trata de acercarse tanto a la esencia de las cosas examinadas como a los presupuestos ontológicos de las soluciones jurídicas. En ambos casos nos encontramos en una esfera que precede al derecho positivo. Pensamos que el esfuerzo por captar el ámbito prepositivo lleva a la mejor comprensión de las soluciones elaboradas por los juristas romanos, también desde un punto de vista dogmático<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. autores que mencionan el caso de D. 9, 1, 1, 10: HAYMANN, Franz, XV. *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, en ZSS., 42 (1921), p. 374; ASHTON-CROSS, D. J. C., *Liability in Roman Law for Damage Caused by Animals*, en *The Cambridge Law Journal*, 11/3 (1953), p. 397; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, 1996), p. 1102; GIANGRIECO PESSI, María Victoria, *Ricerche sull'actio de pauperie: dalle XII tavole ad Ulpiano* (Napoli, 1995), pp. 118 ss.; 326 s.; POLOJAC, Milena, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law* (Belgrade, 2003), p. 32; WACKE, Andreas, *Der Vogelstrauß als frühes Beispiel für Gesetzesanalogie: Ein Phantasma? Grenzfragen bei der römischen Tierhalterhaftung*, en *Fundamina*, 20/2 (2014), p. 1022; CURSI, Floriana, *Modelle objektiver Haftung im Deliktsrecht: Das schwerwiegende Erbe des römischen Rechts*, en *Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 133 (2015), pp. 368 ss.; KLAUSENBERGER, Philipp, *Vom Tierdelikt zur Gefährdungshaftung*, en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 4 (2011), p. 23 s.; ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco, *Los límites de la responsabilidad objetiva: análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno* (Ciudad de México, 2017), p. 107.

<sup>4</sup> Entre los representantes más destacados de esta escuela se cuentan a Adolf Reinach (1883-1917), Edith Stein (1891-1942), Dietrich von Hildebrand (1889-1977), Roman Ingarden (1893-1970) y Hedwig Conrad-Martius (1888-1966). Para el ámbito del derecho cabe destacar a Adolf Reinach para lo que concierne al derecho privado y el trabajo de Edith Stein sobre el estado. STEIN, Edith, *Eine Untersuchung über den Staat* (Freiburg im Breisgau, 2006).

<sup>5</sup> Entre los investigadores del derecho romano sobre todo Wolfgang Waldstein ha utilizado el método fenomenológico a la hora de acercarse a las fuentes romanas. Expresamente en WALDSTEIN, Wolfgang, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, en TEMPORINI, Hildegard (ed.), II, 15 (Berlín-New York, 1976), pp. 52 ss. Cfr. también su Lección inaugural en la Universidad de Salzburg (WALDSTEIN, Wolfgang, *Vorpositive Ordnungselemente im römischen Recht* (Salzburg, 1967). Cfr. en relación con el enfoque de Waldstein también ERDÓDY, János,

## I. EL CONTEXTO DE VIDA DETRÁS DE D. 9, 1, 1, 10

El Digesto no nos informa acerca de los detalles del caso, pero dirigiendo la mirada al entorno cultural de la época podemos añadir algunos detalles al escueto informe de Ulpiano. Los osos pertenecían al género de animales que se utilizaban en los anfiteatros para los espectáculos venatorios (*venationes*) y para la ejecución de la pena de muerte (*damnatio ad bestias*). En ocasiones se utilizaron varios cientos de estos animales, y una vez terminados los juegos, se les dejaba a la caza por parte del público (se utilizaban también guepardos, leones y toros). Los animales eran del dominio de los organizadores de los juegos, y no era infrecuente que fuera el mismo emperador el que los pusiera a disposición de los espectadores. Nuestro caso trata de un animal en propiedad privada, tal vez un oso bailarín<sup>6</sup>. Del siglo tercero conocemos además mosaicos en los que se ven a estas bestias cerca de un árbol, tratando de alcanzar sus frutos<sup>7</sup>. Estos osos de alguna forma se consideraban como animales domados, y a modo de señal distintiva llevaban una cadena en el cuello. El presente caso es el único que se refiere a una cuestión jurídica entre privados acerca de un úrsido. Nos podemos imaginar que nuestro *dominus* no tenía un gran número de animales ni tampoco mucha experiencia en su manejo, pues la criatura escapó y causó un daño. Parece que el que mató al animal fue la persona perjudicada que exige quedarse –tal vez a modo de trofeo o de indemnización– con los restos. Si al caso se podría aplicar el sistema noxal de la *actio de pauperie*, la respuesta a la pregunta acerca de si el cazador puede quedarse con el cuerpo del animal sería negativa<sup>8</sup>. Si aceptamos la solución de Ulpiano que con la fuga del animal se extingue la propiedad, el cazador hubiese adquirido el dominio según las reglas aplicadas a la caza<sup>9</sup>. Cabe la coyuntura que

---

*Intelleguntur in rerum natura esse*, en *Iustum Aequum Salutare*, 6/1 (2010), pp. 151-173. En el contexto de la fenomenología como método aplicable al derecho romano conviene indicar también el trabajo de Max Kaser sobre el método de los juristas romanos. KASER, Max, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962). En este ensayo, Kaser subraya el papel de la intuición como método empleado por los juristas romanos a la hora de formular sus decisiones. Waldstein aprueba esta observación (cfr. WALDSTEIN, Wolfgang, *Max Kasers Beitrag zur Erkenntnislehre*, en *ZSS.*, 115 (1998), pp. 203-213. Esta posición es criticada por Jan Dirk Harke. Harke entiende la intuición invocada por Kaser como un conocimiento situado a nivel de los sentimientos. HARKE, Jan Dirk, *Juristenmethode in Rom*, en RIESENHUBER, Karl (ed.), (3ª ed., Berlin-München-Boston, 2015), p. 7. Frente a malentendidos conviene recordar que la intuición en sentido fenomenológico esta dirigida al conocimiento de esencias necesarias y supremamente inteligibles abiertas al conocimiento. Con especial claridad lo explica Dietrich von Hildebrand. VON HILDEBRAND, Dietrich, *Was ist Philosophie?* (Stuttgart, 1976), cap. IV. En relación con los juristas romanos se puede decir que sobre todo dos elementos les llevaron de manera pragmática a un conocimiento profundo tanto de las situaciones de facto como de los elementos dogmáticos: su tradicionalismo que les dio una perspectiva de siglos y las características procesuales que compaginaban los formularios de las acciones pretorias con la sensibilidad para decisiones adaptas al caso concreto.

<sup>6</sup> Cfr. WACKE, Andreas, cit. (n. 3), p. 1022.

<sup>7</sup> STIEHLER-ALEGRÍA, Gisela, *Bär und Baum - Oso y Madroño Kulturhistorische Betrachtung einer Motivtypengruppe im Alten Orient und in der Spanischen Heraldik*, en *Isimu* 18/19 (2016), p. 430.

<sup>8</sup> D. 9, 1, 1, 13 (Ulp. 18 ad ed.): “Plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio”.

<sup>9</sup> Cfr. G. 2, 67: “Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, simul atque captum fuerit

fue precisamente esta condición singularizada del animal que hubiese llevado a la cuestión si el oso se podía tratar en el ámbito de la *actio de pauperie*.

## II. EL FRAGMENTO CONCERNIENTE A LOS ANIMALES SALVAJES Y LA CRÍTICA TEXTUAL

Los autores que se han ocupado del fragmento referente al oso escapado tacharon de incongruencia ya que la conexión de las frases del texto hecha con la conjunción “*et ideo*” no parece que fuese del todo lógica: D. 9, 1, 1, 10: “*In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet: et ideo si ursus fugit et sic nocuit, not potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi era evasit: et ideo et si eum occidi, meum corpus est*”.

A pesar de las dudas acerca de la modalidad de la relación, el pasaje pone en evidencia los dos criterios para la responsabilidad de un *dominus* para daños producidos por sus animales. Las conjeturas de la crítica textual se concentran sobre todo en la proposición acerca de la *naturalis feritas* de los animales salvajes. En clave de la atribución de daños a partir de elementos subjetivos u objetivos la naturaleza del animal, se integra en las teorías subjetivas, mientras que la propiedad se concibe como un factor de atribución objetivo. Franz Haymann, a principios del siglo XX, trató de explicar la paradoja del texto con una supuesta intervención de los compiladores bizantinos. Según este autor, la exclusión de la responsabilidad para animales salvajes se remonta solamente a la era justiniana y ha transformado el sistema de responsabilidad objetiva de la época arcaica y mantenido por la jurisprudencia de la edad clásica en una responsabilidad subjetiva introduciendo una idea de culpabilidad por parte del animal<sup>10</sup>. Tony Honoré sostiene que entre la regla general de la no-aplicabilidad de la *actio* a animales salvajes y la frase concerniente a la extinción de la propiedad debe haber figurado otra frase explicativa<sup>11</sup>. Milena Polojac, negando la aplicabilidad de la *actio de pauperie* a daños provocados por animales salvajes, supone en la misma línea como Honoré que el texto originario habría utilizado un argumento acumulativo. En el caso de un daño provocado por animales salvajes la *actio de pauperie* no se aplica primero, porque como regla general la acción no se aplica nunca a animales salvajes y segundo, porque en el caso de la fuga de un animal salvaje la propiedad se extingue<sup>12</sup>. Andreas Wacke también acepta la hipótesis de Honoré pero defiende la aplicabilidad de la acción a daños ocasionados por animales salvajes. El romanista alemán propone leer el texto libremente asumiendo que Ulpiano habrá querido decir que nadie responde de daños causados por animales mientras estos viven en libertad, al contrario de si éstos entran en propiedad privada —según Wacke—,

---

*boc animal, statim nostrum fit, et eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur; cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem se libertatem receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit: naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit*”.

<sup>10</sup> HAYMANN, Franz, cit. (n. 3), p. 377.

<sup>11</sup> HONORÉ, Tony, cit. (n. 3), p. 248.

<sup>12</sup> POLOJAC, Milena, cit. (n. 3), p. 33.

pues el *dominus* tiene entonces que responder<sup>13</sup>. Floriana Cursi también parte de una intervención de los compiladores, quienes erróneamente han reducido el texto ulpiano uniendo la regla general con el caso del oso y deduce, de manera similar como Polojac, que la acción en cuestión nunca se aplica a animales salvajes, agregando que la publicación del edicto *de feris* por los ediles a finales de la época republicana demuestra también que los pretores rechazaron la amplificación de la acción a daños provocados por animales salvajes<sup>14</sup>. Sí parece que, acerca de una posible interpolación, solamente Haymann defiende la hipótesis que la referencia a la naturaleza del animal como tal proviene de la época justiniana y autores más modernos, siguiendo en este punto a Honoré, reducen la intervención de los juristas bizantinos a la combinación de elementos de Haymann, quedando la idea de un cierto antropomorfismo a la hora de juzgar el comportamiento del animal. En esta línea, Polojac y Cursi dedicaron reflexiones a factores de atribución provenientes del ámbito subjetivo, razonamientos que las alusiones del Digesto a la naturaleza del animal parecen provocar fuertemente. Polojac considera que los romanos en un estado primitivo habrían tenido ideas antropomorfas acerca de los animales, y estas suposiciones habrán influido también en la ley decenviral. En tiempos posteriores, los pretores y los juristas ya defendían posiciones más racionales, sin llegar a eliminar las referencias a la naturaleza de los animales de los textos<sup>15</sup>. Cursi, alejándose de la teoría de Haymann, argumenta en contra de una visión que traza una línea de desarrollo desde una responsabilidad objetiva hacia una responsabilidad subjetiva. La autora defiende la convicción de un sistema de responsabilidad en el que se combinaban desde el inicio elementos subjetivos y objetivos. En el caso de la *actio de pauperie* el componente subjetivo se presenta en una culpabilidad del animal al actuar en contra de su naturaleza y la lógica del poder por parte del *dominus* como representante de la comunidad a la que pertenece también el animal<sup>16</sup>.

### III. EL ORDENAMIENTO DEL TÍTULO ACERCA DE LA *ACTIO DE PAUPERIE* Y LA FÓRMULA DE LA ACCIÓN

Otra perspectiva para acercarnos a la cuestión es el punto de vista palingénico y el procesal. Como ya se ha señalado en la introducción, los primeros 17 fragmentos provienen de Ulpiano, y constituyen el núcleo del título. Los siguientes pasajes tratan más bien de cuestiones particulares, como la extensión de la legitimidad activa a otras personas que no sean el propietario (Paulo D. 9, 1, 2 pr.), la aplicabilidad de la acción en el caso de la lesión de personas libres (Gayo D. 9, 1, 3), la concesión de una *actio utilis* en el caso de un daño provocado por un animal

<sup>13</sup> WACKE, Andreas, cit. (n. 3), p. 1023.

<sup>14</sup> CURSI, Floriana, cit. (n. 3), p. 369.

<sup>15</sup> POLOJAC, Milena, cit. (n. 3), p. 54. Cfr. también más detalladamente POLOJAC, Milena, *Actio de pauperie: anthropomorphism and rationalism*, en *Fundamina*, 18/2 (2012), pp. 119-144.

<sup>16</sup> CURSI, Floriana, cit. (n. 3), pp. 365-367. Sobre la combinación de elementos objetivos y subjetivos en el sistema romano de responsabilidad cfr. también CURSI, Floriana, *Iniuria cum damno, Antiginridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano* (Milano, 2002).

que fuera de la categoría de los *quadrupes* (Paulo D. 9, 1, 4) y un caso presentado por Alfenio referente a una mula olfateada por un caballo que provoca un daño en el conductor del caballo (D. 9, 1, 5). La disposición de los fragmentos deja entrever un proceder deliberado. La línea de pensamiento va desde los criterios generales para la aplicación de la acción tomados del comentario de Ulpiano al edicto, y desemboca en el análisis de situaciones específicas. Lenel, en su *palingenesia*, divide los textos en tres partes. La primera sirve de introducción y contiene los dos primeros fragmentos con las características arcaicas de la denominación del daño como *pauperies* y la noxalidad de la acción. La segunda, con el título “*Ad formulam*”, agrupa a los fragmentos 3 a 11. Estos fragmentos contienen la casuística referente a la otorgación de la fórmula. Dentro de la agrupación de los textos, el pasaje sobre el oso forma un punto final de la enumeración de casos pertinente a la acción pretoria seguido solamente por el fragmento referente a la lucha de dos carneros o bueyes en la que un animal mató al otro. Los dos últimos casos destacan de los demás: el primero por referirse a un animal salvaje, y el segundo por tratar de la lucha de animales entre sí. La tercera parte reúne los fragmentos 12 a 16 que están dedicados a cuestiones procesales con hincapié al carácter noxal de la acción. El fragmento 17 trata de la transmisión de la acción a los herederos<sup>17</sup>. En el contexto con la fórmula de la acción cabe la pregunta acerca de la relación entre la antigua acción de la Ley de las XII Tablas y de la acción proveniente del edicto del pretor. En relación con la fórmula disponemos de dos versiones, una proveniente de Friedrich Rudorff y otra posterior y más conocida de Otto Lenel. Contemplando las dos propuestas de reconstrucción para la fórmula se descubren planteamientos diferentes:

LENEL: *Si paret quadrupedem pauperiem fecisse qua de re agitur, quam ob rem Numerium Negidium Aulo Agerio aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnat, si non paret absolvet.*

RUDORFF: *Si paret quadrupedem Numeri Negidi Aulo Agerio pauperiem qua de re agitur fecisse, quanti eas res est tantum pecuniam aut noxae dedere iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnat, si non paret absolvetur.*

Lenel aboga con fuerza en favor de una acción civil con una fórmula *in ius concepta*, mientras que Rudorff arguye la concepción *in factum* de la acción. Lenel opina que la parte “*quam ob rem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere*” de la fórmula proviene directamente del fragmento 11, y da una reproducción de la fórmula pretoria con una *intentio* que contiene una facultad alternativa para el demandado de *noxam sarcire* o *noxam dedere*, y que se repite otra vez en la *condemnatio*. Lenel propone además trasladar lo que él considera el texto de la fórmula del fragmento 11 al 12, que inicia los pensamientos de los juristas acerca de la noxalidad de la acción<sup>18</sup>. Rudorff no ofrece ninguna explicación sobre su versión de la reconstrucción de la *actio de pauperie*, la cual concibe sen-

<sup>17</sup> LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis* (Lipsiae, MDCCCLXXXIX), II, col. 520 ss.

<sup>18</sup> Lenel, Otto, cit. (n. 18), pp. 195-197.

cillamente como una *actio in factum* con la alternativa de pagar la condena o de entregar el animal solamente en la *condemnatio*. Esta versión de la fórmula da pie a una serie de reflexiones fundamentales acerca de la índole de la acción. Una primera consideración se refiere a la cuestión de si el pretor —con la mención de la *actio de pauperie* en su edicto— ha creado una acción nueva. La definición de *pauperies* como “*damnum sine iniuria facientis datum*” en contraste con el “*damnum iniuria datum*” de la ley Aquiliana lo parece insinuar, ya que sugiere una reacción del pretor al sistema de responsabilidad ya existente y, por tanto, una ruptura con la tradición decenviral. Cabe también suponer que en tiempos de las XII Tablas la *actio de pauperie* tenía como contrapunto la *actio de pastu pecoris*, dirigida a la restitución de daños derivados del pastoreo. Si consideramos que la primitiva sociedad romana estaba caracterizada por tensiones entre la parte de la población dedicada a la agricultura y otra de carácter trashumante que vivía de sus ganados<sup>19</sup>, se deduce entonces que la *actio de pastu* protege claramente los intereses de la primera. Los ejemplos citados en el Digesto acerca de animales causantes de un daño provienen del entorno agrícola, con lo que se podría suponer que los perjudicados estaban fuera de este ambiente. Con esta conjetura estaría de acuerdo también el significado originario de la palabra *pauperies* propuesta por Alan Watson, quien sugiere traducir la expresión “*si quadrupes pauperiem fecisse*” con “*if the quadruped animal produces the state of being unproductive*”: si el cuadrúpedo produce una situación de improductividad<sup>20</sup>. No es difícil imaginarse que, en una sociedad nómada, un ataque de un animal a otro o a una persona crea una situación de improductividad. En todo caso, la acción de la Ley las XII Tablas se sitúa dentro de la lógica del *ius civile*, haciendo hincapié en la relación entre las personas *sui iuris*. Dentro de este ámbito los daños se miran desde una perspectiva de ofensa, mientras que en el derecho pretorio los aspectos de la compensación patrimonial del daño pasan al primer plano<sup>21</sup>. El aspecto penal de la acción civil queda reflejada en la noxalidad de la acción<sup>22</sup>. En este sentido, el Digesto llega a

<sup>19</sup> Cfr. con referencia al proceso arcaico ZLINSZKY, János, *Gedanken zur legis actio sacramento in rem*, en *ZSS.*, 106 (1989), pp. 106-151.

<sup>20</sup> WATSON, Alan, *The Original Meaning of Pauperies*, en *RIDA.*, 17 (1970), p. 133.

<sup>21</sup> D'ORS, Álvaro, *Personas-Cosas-Acciones en la experiencia jurídica romana*, en Él mismo, *Parerga histórica* (Pamplona, Eunsa, 1997), p. 288.

<sup>22</sup> Biondo Biondi considera que las *actiones noxales* debían entenderse originalmente como medios para realizar la venganza privada. Concibe estas acciones como *actiones in rem*. BIONDI, Biondo, *Actiones noxales* (Palermo, 1925), p. 224. En cambio, la mayoría de los autores caracteriza las acciones noxales como *actiones in personam*. Fernand de Visscher opina que debido a la responsabilidad noxal surge una *obligatio es litis contestatione*. VISSCHER, Fernand de, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective a la responsabilité individuelle* (Bruxelles, 1947), pp. 349-362. Manlio Sargentí también considera que la acción está dirigida contra el *pater familias*, que responde a base de una responsabilidad objetiva y estricta por las personas y cosas bajo su poder. El autor italiano también adopta el punto de vista original de que el *pater familias* tiene derecho a entregar la persona o animal que ha causado el daño en cualquier fase del proceso (antes de la *litis contestatio*, después de la *litis contestatio*, incluso después de la *sententia*). SARGENTÍ, Manlio, *Limit, fondamento e natura della responsabilità noxale in diritto romano* (Pavia, 1950), pp. 59-65. Giovanni Pugliese argumenta en contra de una facultas alternativa en la fórmula y habla en términos modernos de una *obligación propter rem*. PUGLIESE, Giovanni, *Obbligazione del capofamiglia*

igualar la noxa con el delito cometido<sup>23</sup>. Desde la perspectiva del derecho pretorio comienza a prevalecer desde el fragmento D. 9, 1, 1, 3 que comienza con la definición pretoria de *pauperies* como un daño *sine iniuria*. Vale la pena recordar que los juristas romanos concibieron la noción de *damnum* como una disminución en el patrimonio. Esta definición indica un cambio de postura que lleva también a la formulación nueva del criterio de atribución del daño que los juristas acabarán de encontrar en la naturaleza del animal. En segundo lugar, cabe decir que una fórmula *in factum* concuerda bien con la naturaleza compleja de la *actio de pauperie*, pues corresponde al origen penal de la acción, aunque su sanción en época clásica ya no tenga un carácter específicamente penal. Se conserva la reminiscencia a la acción civil, pero se concibe ya como reparación de un daño *sine iniuria datum*. En consecuencia, la fórmula en la reconstrucción de Rudorff no hace ninguna referencia a un fundamento en el derecho civil (en concreto, en el texto propuesto por este autor no aparece ninguna referencia a un *dare, facere oportere*).

#### IV. LOS DAÑOS CAUSADOS CONTRA NATURAM DEL ANIMAL

La primera mención de la naturaleza del animal como fundamento de la aplicabilidad de la *actio de pauperie* se encuentra en el texto D. 9, 1, 1, 4. En este fragmento Ulpiano, repitiendo el pensamiento de Servio, dicta que la acción se aplica si un cuadrúpedo “*cum commota feritate*”, esto es, excitada su ferocidad hizo un daño. Ulpiano lleva a cabo una abstracción y formula una regla general diciendo: “*Y en general, tiene lugar esta acción siempre que la bestia causó el daño movida contra su naturaleza*”, empleando una expresión semejante a la de Servio, “*quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit*”. Las Instituciones justinianas acogen la frase y la añaden un matiz restringido: la acción tiene lugar cuando un animal se mueve contra su naturaleza, pero cesa “*si genitilis sit feritas*” – si la ferocidad fuese congénita<sup>24</sup>. A este elenco de textos se podría añadir todavía el de los glosadores que explican el término haciendo uso de los ejemplos puestos por Servio. Los autores medievales también llegan a la conclusión de que si la crueldad es “*secundum naturam*”, la acción no se aplica<sup>25</sup>. Los glosadores parecen haber llegado a la conclusión de que el argumento “*contra naturam*” se refiere a la naturaleza del género, porque con referencia a los ejemplos de Servio, explican que, puesto que la mayoría de los caballos no cocean y la mayoría de los bueyes no acostumbran a acometer con los cuernos, estos animales se pueden considerar domesticados<sup>26</sup>.

---

*e responsabilità del colpevole nel regime della nossalità*, en EL MISMO (ed.), *Scritti Giuridici Scelti* (Milano, 1953), I, pp. 279-281. Cfr. también ZILINSKY, János, *Noxiam sarcire*, en *Publicationes Universitatis Miskolcensis. Sectio Juridica et Politica* 9 (1994), pp. 215-245 y para una visión general en relación con la *actio de pauperie* POLOJAC, Milena, cit (n. 3), pp. 76 ss.

<sup>23</sup> D. 9, 1, 1, 1 (Ulp. 18 ad ed.): “*Noxia autem est ipsum delictum*”.

<sup>24</sup> I. 4, 9: “[...] *haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet: ceterum si genitilis sit feritas, cessat. denique si ursus fugit a domino et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit*”.

<sup>25</sup> Glosa “*contra naturam*” referente al texto D. 9, 1, 1, 7: “*Id est crudelitate contra naturam generis, ut subicit in exemplis. Ceterum si secundum naturam est crudele animal, cessat haec actio, et habet locum utilis*”.

<sup>26</sup> Glosa “*contra naturam*” referente al texto I. 4, 9 pr.: “*id est contra consuetudinem generis illius*

Partiendo desde la explicación medieval, los autores modernos han interpretado el criterio “*contra naturam*” como la actuación de animales domesticados en contra de su naturaleza mansa. Por su parte, Theodor Mommsen aplica a los animales las mismas reglas que en el caso de daños causados por hombres: si el animal actúa en contra de la ley incurre en pena<sup>27</sup>. Esta comprensión de los textos antiguos no resulta del todo satisfactoria, por lo que tratamos de acercarnos a una lectura más diferenciada de los pasajes del Digesto. Como he anunciado en la introducción, queremos proponer una lectura aplicando la perspectiva de la escuela realista de fenomenología.

#### V. LECTURA FENOMENOLÓGICA DE LA NATURALEZA DE LOS ANIMALES

Como se ha visto en los apartados anteriores, el ingenio de los autores que han trabajado sobre el texto se ha concentrado en la valoración del comportamiento del animal que parece apuntar hacia un elemento subjetivo. En la presente sección queremos acercarnos a los textos referentes al primer título del libro noveno del Digesto, haciendo uso de algunas reflexiones de la escuela realista de fenomenología. El problema, en parte resultado del proceso de abstracción, iniciado por Ulpiano y proseguido por autores bizantinos y medievales. Como resultado del proceso de abstracción, las diferenciaciones según las distintas potencias han quedado menos claras. Sin embargo, se pueden describir a partir de sus expresiones que es lo que han hecho los juristas romanos al formular sus decisiones<sup>28</sup>. Mirando a hombres, animales y plantas, podemos constatar que los primeros y los segundos disponen de una interioridad. Desde un punto de vista filosófico, esta interioridad se define como un principio de vida que se designa también con el término alma, en la que reside la subjetividad capaz de experiencias y de moverse por cuenta propia. Los animales se rigen por leyes naturales determinadas como son la obtención de alimentos, la atracción con fines reproductivos y también la defensa propia. Estos movimientos se pueden designar como naturales en el sentido que corresponden al modo de ser específico de un ser viviente. En hombres y animales se distinguen movimientos procedentes de la interioridad, y otros que son reacciones causales a estímulos desde fuera. En el caso de las plantas, todos los movimientos son articulaciones causales (por ejemplo, moverse atraídas por la luz solar). El curso de los movimientos, según las leyes naturales, puede ser interrumpido por causas externas y también por causas internas: el hombre puede forzar a una mula a moverse, pero sigue siendo la misma mula que pone sus patas en movimiento<sup>29</sup>. La diferencia entre hombre y animal consiste en que el hombre no solamente siente y dirige sus movimientos,

---

*animalis, licet sit sua consuetudo ut calcitret [...] nam maior pars equorum non pessundat et maior pars bovum cornu non petit: quia equi et boves dicuntur mansueti?*

<sup>27</sup> MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht* (Leipzig, 1889), p. 834.

<sup>28</sup> Cfr. WALDSTEIN, Wolfgang, *Entscheidungsgrundlagen*, cit. (n. 5), pp. 37 s.

<sup>29</sup> El ejemplo está tomado de Hedwig Conrad-Martius (*Bios und Psyche*, p. 88) citado en PFEIFFER, Alexandra Elisabeth, *Hedwig Conrad-Martius: eine phänomenologische Sicht auf Natur und Welt* (Würzburg, 2005), p. 156.

sino que además es capaz de reflexionar sobre sus acciones y también de ir en contra de sus impulsos interiores, es decir, puede por diversas razones renunciar a complacer su apetito natural. Es precisamente esta reflexión y capacidad de elegir que fundamenta la responsabilidad<sup>30</sup>. Una responsabilidad que no se da en el caso de los animales ya que estos –con palabras del Digesto – “*sensu carent*” (cfr. D. 9, 1, 1, 2). Sin embargo, nos parece que los casos relativos a la *actio de pauperie* muestran que los juristas romanos también han aplicado la distinción de los movimientos a la hora de aplicar la acción. Es característica de la casuística jurídica que trata de casos en los que el curso natural de los movimientos se ha visto interrumpido y, en consecuencia, se ha verificado un daño. En este sentido, podemos distinguir tres grupos: i) los casos en los que la interrupción se debe a factores externos pero el movimiento sigue regido desde dentro; ii) los casos en los que el movimiento responde causalmente a estímulos externos (reflejos); y iii) las situaciones en los que el curso natural de los movimientos se interrumpe por elementos procedentes desde la interioridad. Partiendo de este esquema, trataremos de aplicarlo a los ejemplos relatados en el título del Digesto objeto de nuestro estudio.

#### 1. *Movimientos provenientes desde la interioridad resultantes de factores externos*

A esta categoría pertenecen los casos relatados por Servio en la segunda parte del pasaje D. 9, 1, 1, 4: Una mula tira la carga “*propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onos everterit*” –por lo malo del lugar, o por culpa del mulero, o si cargado más de lo justo echa la carga sobre alguien, cesa la acción–. Estos ejemplos recuerdan otra proposición de las XII Tablas para la que igual que en el caso de la *actio de pauperie* con un comentario de Cicerón que Behrends reconduce a Servio. El reglamento “*si aqua pluvia nocet*” (XII Tablas VII. 8a) de la que se derivó la *actio pluviae arcedae* tenía por finalidad prever alteraciones del flujo natural del agua pluvial por parte del vecino. En el caso de daños ocasionados por *aqua* pluvial, Cicerón en los *Topica* (probablemente con influencia de Servio) distingue entre daños que se deben al “*vitio loci*” y los debidos a una actuación humana (señalada con el término *manus*) por un lado, y por otro, los deterioros en los que no hay intervención fuera del agua cayendo del cielo (“*de caelo veniens*”). En los primeros dos casos se responde por los daños, y en el último no hay responsabilidad por parte del hombre. Fácilmente se puede descubrir un paralelismo con los daños causados por animales (llama la atención la analogía entre “*vitio loci*” y “*iniquitas loci*”). Las situaciones excluidas del ámbito de la responsabilidad se denominan en un pasaje de Ulpiano con “*quod si natura aqua noceret, ea actione non continetur*”<sup>31</sup>. A esta enunciación corresponde en un nivel argumentativo el requisito “*contra naturam*” de la *actio de pauperie*. En el nivel de las consecuencias jurídicas se dan dos diferencias. En el caso de la *actio de pauperie*, el

<sup>30</sup> Para lo expuesto en este párrafo nos apoyamos en STEIN, Edith, *Der Aufbau der menschlichen Person: Vorlesung zur Philosophischen Anthropologie. Neu bearbeitet und eingeleitet von Beate Beckmann-Zöller* (Freiburg-Basel-Wien, 2004), pp. 34 s.

<sup>31</sup> BEHREND, Okko, *Gesetz und Sprache*, en AVENARIUS, Martín *et al.* (eds.), (Göttingen, 2004), pp. 212-215.

acontecimiento perjudicial es “*contra naturam*” y no de acuerdo con la naturaleza y el daño causado en consecuencia fundamenta la acción y no la excluye (como en el caso de la *actio pluviae arrendae*). La segunda diferencia se debe a que, en el caso de la responsabilidad para los daños causados por los animales, esta tiene carácter de objetiva. El antagonismo entre “*contra naturam*” y “*secundum naturam*” contribuye a esclarecer el significado de “*contra naturam*”. Mientras el agua pluvial se sitúa claramente fuera del ámbito dominado por el hombre, el animal domesticado ha entrado a la comunidad humana, se ha adaptado a las expectativas humanas y se deja dominar. Frente a esta situación, los juristas no toman en consideración que un comportamiento “*secundum naturam*” por parte del animal pueda darse sin culpabilidad por parte del hombre. Un breve esquema sirve para ilustrar lo que se acaba de decir:

Vicio del lugar	Agua del cielo	Animal domesticado	Acción humana
Exclusión de la responsabilidad	Exclusión de la responsabilidad	Responsabilidad objetiva	Responsabilidad subjetiva

### 2. *Movimientos que responden de manera causal a estímulos externos*

Un movimiento a base de un reflejo se describe como una reacción que no brota del interior del animal, sino que es simplemente resultado de un estímulo exterior. En esta categoría se puede mencionar el episodio de D. 9, 1, 1, 7 en el que alguien excita a un caballo con un dolor. En este caso no hay lugar a la acción y se da una acción en contra de la persona actuante. Parecido también al caso anterior, en el que un animal es punzado por otro y así causa daño. En este caso no se aplica la *actio de pauperie* (D. 9, 1, 1, 6). En cambio, las situaciones en el que alguien solamente acaricia o pasa la mano a un caballo se califican como actuación “*contra naturam*” y la acción tiene lugar. A esta situación se parece el caso relatado por Alfeo en D. 9, 1, 5. Un conductor de caballos lleva uno de dichos animales a una hostería; el caballo olfatea a una mula, la que da una cox y quiebra una pierna al conductor del caballo. Alfeo responde que se puede ejercitar la acción. El caballo y su conductor pertenecen a la misma esfera. El simple olfateo no parece justificar la reacción (de reflejo) de la mula, se sitúa más bien en el mismo nivel que una caricia por parte de un hombre. El fragmento de Alfeo se injerta armónicamente en la lógica seguida en el título.

### 3. *Movimientos en los que el curso natural se interrumpe por causas internas*

En tercer lugar, hemos de ocuparnos de los ejemplos que constituyen como el núcleo del funcionamiento de la *actio de pauperie*. Los movimientos en los que se interrumpe el curso natural desde dentro son los actos que Servio señala con la expresión “*commota feritate*”. La misma palabra *commotus* apunta hacia un movimiento desde dentro. Como resultado del proceso de abstracción, Ulpiano ha sustituido esta expresión por la más general y menos precisa de “*contra naturam*”, con la cual se señalan, por tanto, movimientos procedentes de la interioridad del animal que no son resultado de ningún estímulo externo conocido por el hombre.

A esta categoría pertenecen, por antonomasia, el caballo coceador y el buey que acomete con los cuernos (D. 9, 1, 1, 4). En estos ejemplos los comportamientos de los animales se sitúan fuera del ámbito conocido y dominado por el hombre y en este sentido Servio habrá podido utilizar la expresión *—commota feritate—* que irrumpe la ferocidad del animal desde dentro. En el pasaje de D. 9, 1, 1, 5 en el que un perro es conducido por alguien y escapa y causa un daño, este comportamiento se considera natural en este perro en concreto, y probablemente, también en los restantes miembros de su género. La acción se da contra el que llevó el perro. El fragmento D. 9, 1, 1, 11 trata de la lucha de dos carneros o bueyes en la que un animal mata al otro. El ataque del animal, sin estímulo desde fuera, se puede considerar “*contra naturam*”, con lo cual el caso se puede situar dentro del ámbito de la *actio de pauperie*. Quinto Mucio distingue según cuál de los animales inicia la pelea. Si el animal que comenzó la lucha perece, no hay acción ya que la defensa del animal sobreviviente se puede considerar “*secundum naturam*”. Si, en cambio, el animal atacante sobrevive a la pelea, se aplica la acción. En el caso de animales salvajes el curso natural de sus movimientos es de tal índole que no se puede integrar a la vida dentro de la comunidad humana. La relación del hombre con la fiera está marcada por la potestad conseguida y mantenida a través de la aplicación de fuerza física. En el siguiente apartado consideramos por tanto el *dominium* sobre el animal salvaje desde una perspectiva fenomenológica.

## VI. EL *DOMINIUM* SOBRE EL ANIMAL

En el caso tomado como punto de partida, Ulpiano constata que si “*et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esset, ubi fera evasit*”. Como se ha mencionado, la literatura secundaria vio con sospecha la conexión de esta frase con la anterior, según la cual la *actio de pauperie* no se aplica a animales salvajes. Sin poder excluir la posibilidad que Ulpiano o los compiladores hayan omitido alguna parte explicativa, se puede tratar de conciliar los pensamientos contenidos en las dos frases. Nos parece que es precisamente el aspecto del *dominium* lo que impide la aplicación de la acción a daños causados por animales salvajes. La exposición de Adolf Reinach en su obra principal *Die apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts* puede ayudar a clarificar este punto. A nivel ontológico, el filósofo-jurista entiende bajo el concepto de propiedad la más plena relación entre la persona y una cosa<sup>32</sup>, relación que no se puede reconducir a ulteriores elementos ni puede dividirse. Reinach subraya la distinción entre la relación de pertenencia (*Gebörenverhältnis*) y la relación de potestad (*Genaltverhältnis*). La primera apunta hacia la propiedad, mientras la segunda expresa la posesión sobre las cosas. En cuanto a la adquisición de la propiedad, Reinach distingue en el derecho positivo entre modos derivativos y originarios de adquirir la propiedad. En el contexto del presente estudio interesa exclusivamente la adquisición de la propiedad sin intervención de un propietario anterior. Reinach menciona

<sup>32</sup> REINACH, Adolf, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (1913), en SCHUHMANN, Karl et al. (eds.), (München, 1989), p. 194.

la adquisición de la propiedad a través de la posesión a lo largo de un tiempo determinado que está en la base de la *usucapio* del derecho positivo. Del mero uso —de la posesión— no puede surgir propiedad. Puede sorprender que el fenomenólogo señala un solo modo de adquirir la propiedad de manera originaria: el caso en el que una persona crea una cosa de un material que anteriormente no haya pertenecido a nadie. El acto de la creación (no del trabajo) es lo que origina la propiedad<sup>33</sup>. Examinando la propiedad sobre animales salvajes a la luz de lo dicho, se ve que la relación del hombre con el animal salvaje está caracterizada por el elemento de la *potestas* y al mismo tiempo está situado muy lejos del acto de la creación. Así que, en un nivel que precede el derecho positivo, la relación entre persona y animal salvaje pertenece más al ámbito de la posesión que al de la propiedad. Al mismo tiempo —realizando el aspecto posesorio del dominio sobre animales salvajes— la conexión entre las dos primeras frases de nuestro fragmento parece menos contradictoria. El vínculo entre las dos frases es la propiedad sobre los animales salvajes. Este aspecto se presupone tácitamente en la primera frase (si se considera necesario agregar una frase al texto podría ser esta: “*Mas respecto a los animales salvajes, no tiene lugar esta acción [dado su naturaleza salvaje la propiedad sobre ellos sólo puede mantenerse por medio de coacción]; y por lo tanto, si huyó un oso y así hizo daño, no puede ser demandado el que fue su dueño, porque dejó de ser dueño [...]*”)<sup>34</sup>. En la segunda frase este aspecto se aborda explícitamente: con la huida del animal se extingue el dominio sobre el animal y con ello la propiedad. Así pues, la expresión “*propter naturalem feritatem*” no debe leerse en relación con D. 9, 1, 14 (la irrupción de la naturaleza salvaje que conduce a un acontecimiento de daño), sino en relación con la cuestión de la propiedad, que se aborda explícitamente en la segunda frase del presente texto. En este sentido la propiedad sobre animales domesticados al uso del hombre y animales salvajes se presenta con características diferentes. Los animales domesticados de algún modo forman parte de la comunidad humana y ese mismo hecho justifica también la aplicación de una responsabilidad objetiva a través de la *actio de pauperie*. Los animales salvajes, en cambio, no entran en este ámbito y por eso parece consecuente que Ulpiano excluya la responsabilidad objetiva de la acción del presente título. Una solución que no quita que se pueda proceder contra el dueño a base de otro remedio<sup>35</sup>. Sin embargo, si se admite la premisa de que el cazador del oso es la persona

<sup>33</sup> *Ibíd.*, p. 213.

<sup>34</sup> En la nueva traducción al alemán los autores optan por una solución diferente. *Cfr.* la traducción de la primera frase del fragmento al alemán: “*Bei wilden Tieren [die von Menschen gehalten werden] findet hingegen wegen ihrer natürlichen Wildheit diese Klage nicht statt*”. BEHREND, Okko, *Digesten 1-10: gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Okko Behrends [...]* (Heidelberg, C.F. Müller, 1995).

<sup>35</sup> Habrá que examinar especialmente la “*actio de feris*” que proviene del edicto de los ediles curules. Con referencia explícita a los osos, *cfr.* D. 21, 1, 40, 1 (Ulp. 2 ad ed. aedil. curul.): “*Deinde aiunt aediles: “ne quis canem, verrem vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem”*” y también D. 21, 1, 41 (Paul. 2 ad ed. aedil. curul.), D. 21, 1, 42 (Ulp. 2 ad ed. aedil. curul.). En un principio el edicto solamente se aplicaba si se tenía el animal cerca de una vía pública. *Cfr.* D. 21, 1, 42 (Ulp. 2 ad ed. aedil. curul.): “*qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit. si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dicitur, quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli?*”.

dañada, parece ser el que jurista opina que con el cuerpo muerto se ha logrado ya la recompensa del daño.

#### CONCLUSIONES

La *actio de pauperie* se remonta a la ley de las XII tablas. En estos tiempos remotos la acción se insertaba dentro de la lógica del derecho civil basada en la responsabilidad de las cabezas de familia para personas y animales pertenecientes a su ámbito. La acción cambió con el edicto del pretor y se convirtió en una acción para un comportamiento “*sine iniuria datum*”. Esta expresión que hace referencia al hecho de que los animales carecen de juicio. En el presente artículo nos inclinamos a aceptar la propuesta de Rudorff que a diferencia de Lenel sostiene que la acción pretoria haya tenido el carácter de una *actio in factum*. En cuanto al criterio *contra naturam* pensamos que se refiere a movimientos del animal en los cuales queda interrumpido su curso natural por causas interiores (no reconducibles a efectos externos) y no previsibles para el propietario. La acción no se aplica a animales salvajes ya que su relación con el hombre está caracterizada por el elemento de la coacción y se podría afirmar que no se dan movimientos que se pueden manejar y prever por parte del hombre. Por la misma razón, en cuanto la situación de dominio físico se termina y el animal se escapa, la propiedad sobre este también extingue. Como consecuencia, un cazador adquiere la propiedad sobre el cuerpo del animal. En Roma, por tanto, los animales salvajes estaban excluidos de la responsabilidad objetiva estricta de la *actio de pauperie* y, con esto se aplicaba precisamente la solución contraria al derecho actual chileno que en el art. 2327 prevé una responsabilidad estricta “*por daños causados por un animal fiero*”, bajo la condición de que “*no reporte utilidad para la guarda o servicio de predio*”.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ASHTON-CROSS, D. J. C., *Liability in Roman Law for Damage Caused by Animals*, en *The Cambridge Law Journal*, 11/3 (1953), pp. 395-403.
- BEHRENDTS, Okko, *Digesten 1-10: gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Okko Behrendts* [...] (Heidelberg, C.F. Müller, 1995).
- Gesetz und Sprache*, en AVENARIUS, Martin et al. (ed.), *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserlichen Rechtsschulen. Ausgewählte Aufsätze* Band (Göttingen, Wallstein Verlag, 2004), I, pp. 91-225.
- BIONDI, Biondo, *Actiones noxales* (Palermo, 1925).
- CASINOS-MORA, Francisco-Javier, *De la Actio de pauperie al artículo 1905 del Código Civil Español*, en *Revista de Historia del Derecho Privado*, 6 (2003), pp. 9-36.
- CURSI, Floriana, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano* (Milano, 2002).
- Modelle objektiver Haftung im Deliktsrecht: Das schwerwiegende Erbe des römischen Rechts*, en *Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 133 (2015), pp. 362-407.

- D'ORS, Álvaro, *Personas-Cosas-Acciones en la experiencia jurídica romana*, en D'ORS, Álvaro (ed.), *Parerga histórica* (Pamplona, EUNSA, 1997), pp. 287-292.
- DOMINGO, Rafael, *La Reconstrucción Edicto de Rudorff. Presentación* (Pamplona, EUNSA, 1997).
- ERDÓDY, János, *Intelleguntur in rerum natura esse*, en *Iustum Aequum Salutare*, 6/1 (2010), pp. 151-173.
- GIANGRIECO PESSI, Maria Victoria, *Ricerche sull'actio de pauperie: dalle XII tavole ad Ulpiano* (Napoli, 1995).
- HARKE, Jan Dirk, *Juristenmethode in Rom*, en RIESENHUBER, Karl (ed.), *Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis* (3<sup>e</sup> ed., Berlin-München-Boston, 2015), pp. 7-21.
- HAYMANN, Franz, *XV. Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, en *ZSS.*, 42 (1921), pp. 357-393.
- KASER, Max, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962).
- KLAUSENBERGER, Philipp, *Vom Tierdelikt zur Gefährdungshaftung*, en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 4 (2011), pp. 1-17.
- LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup> (1883, Leipzig, Tauchnitz, 1927).
- *Palingenesia Iuris Civilis* (Graz (Austria), Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1960).
- MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht* (Leipzig, 1889).
- PFEIFFER, Alexandra Elisabeth, *Hedwig Conrad-Martius: eine phänomenologische Sicht auf Natur und Welt* (Würzburg, 2005).
- POLOJAC, Milena, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law* (Belgrade, 2003).
- *Actio de pauperie: anthropomorphism and rationalism*, en *Fundamina*, 18/2 (2012), pp. 119-144.
- PUGLIESE, Giovanni, *Obbligazione del capofamiglia e responsabilità del colpevole nel regime della nossalità*, en *Studi Emilio Albertario* (Milano, 1953), I, pp. 235-272.
- REINACH, Adolf, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts (1913)*, en SCHUHMAN, Karl et al. (ed.), *Adolf Reinach. Sämtliche Werke, Textkritische Ausgabe in 2 Bänden* (München, 1989), pp. 141-278.
- ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco, *Los límites de la responsabilidad objetiva: análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno* (Ciudad de México, 2017).
- RUDORFF, Friedrich Adolf, *De iuris dictione edictum: Edicti perpetui quae reliqua sunt* (Leipzig, 1869).
- SARGENTI, Manlio, *Limite, fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano* (Pavia, 1950).
- STEIN, Edith, *Der Aufbau der menschlichen Person: Vorlesung zur Philosophischen Anthropologie. Neu bearbeitet und eingeleitet von Beate Beckmann-Zöller* (Freiburg-Basel-Wien, 2004).
- *Eine Untersuchung über den Staat* (Freiburg im Breisgau, 2006).
- STIEHLER-ALEGRÍA, Gisela, *Bär und Baum - Oso y Madroño Kulturhistorische Betrachtung einer Motivtypengruppe im Alten Orient und in der Spanischen Heraldik*, en *Isimu* 18/19 (2016), pp. 413-434.
- VISSCHER, Fernand de, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective a la responsabilité individuelle* (Bruxelles, 1947).
- VON HILDEBRAND, Dietrich, *Was ist Philosophie?* (Stuttgart, 1976).

- WACKE, Andreas, *Der Vogelstrauß als frühes Beispiel für Gesetzesanalogie: Ein Phantasma? Grenzfragen bei der römischen Tierhalterhaftung*, en *Fundamina*, 20/2 (2014), pp. 1015-1030.
- WALDSTEIN, Wolfgang, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, en TEMPORINI, Hildegard (ed.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt: (ANRW) Principat. 2. Bd. 15* (Berlin-New York [1976]), pp. 4-98.
- WALDSTEIN, Wolfgang, *Max Kasers Beitrag zur Erkenntnislehre*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 115 (1998), pp. 203-213.
- WALDSTEIN, Wolfgang, *Vorpositive Ordnungselemente im römischen Recht* (Salzburg, 1967).
- WATSON, Alan, *The Original Meaning of Pauperies*, en *RIDA.*, 17 (1970), 357-367.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, 1996).
- ZLINSZKY, János, *Gedanken zur legis actio sacramento in rem*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 106 (1989), pp. 106-151.
- ZLINSZKY, János, *Noxiam sarcire*, en *Publicationes Universitatis Miskolcensis. Sectio Juridica et Politica*, 9 (1994), pp. 215-245.