

La responsabilidad del maestro zapatero por las lesiones causadas a sus discipulos.

Algúnas consideraciones a D. 9,2,5,3 Ulp. 18 *ad ed.*; D. 19,2,13,4 Ulp. 32 *ad ed.* y PSI XIV, 1449 R. II 1-9 (*).

por Josep GINESTA-AMARGÓS

(Universitat Autònoma de Barcelona)

Es de gran interés para cualquier romanista acercarse a las fuentes que plantean casos en los que el grado de responsabilidad directa o indirecta de los sujetos intervinientes juega un papel

*) Texto de la ponencia presentada en el Congreso de la "45th. Session of the International Society 'Fernand de Visscher'" celebrado en Miskolc - Eger (Hungria) entre los días 14 y 22 de septiembre de 1991. Agradezco al Presidente de Sesión Prof. Dr. Arrigo-Diego MANFREDINI, así como a los restantes miembros que intervinieron en la discusión de la ponencia Profs. CERINI, CORREA, DIAZ BAUTISTA, MURGA, SANTALUCIA y TALAMANCA, entre otros, sus puntuales observaciones. Igualmente expreso mi gratitud al Prof. Andras FÖLDI por haberme remitido muy recientemente su trabajo "Sulla responsabilità per fatto altrui in diritto romano" publicado en las *Publ. Jur. et Pol. Miskolc*, tom. III/a. fasc. 4 (1988).

La responsabilidad del maestro zapatero por las lesiones causadas a sus discipulos.

Algúnas consideraciones a D. 9,2,5,3 Ulp. 18 *ad ed.*; D. 19,2,13,4 Ulp. 32 *ad ed.* y PSI XIV, 1449 R. II 1-9 (*).

por Josep GINESTA-AMARGÓS

(*Universitat Autònoma de Barcelona*)

Es de gran interés para cualquier romanista acercarse a las fuentes que plantean casos en los que el grado de responsabilidad directa o indirecta de los sujetos intervinientes juega un papel

*) Texto de la ponencia presentada en el Congreso de la "45th. Session of the International Society 'Fernand de Visscher'" celebrado en Miskolc - Eger (Hungria) entre los días 14 y 22 de septiembre de 1991. Agradezco al Presidente de Sesión Prof. Dr. Arrigo-Diego MANFREDINI, así como a los restantes miembros que intervinieron en la discusión de la ponencia Profs. CERINI, CORREA, DIAZ BAUTISTA, MURGA, SANTALUCIA y TALAMANCA, entre otros, sus puntuales observaciones. Igualmente expreso mi gratitud al Prof. Andras FÖLDI por haberme remitido muy recientemente su trabajo "Sulla responsabilità per fatto altrui in diritto romano" publicado en las *Publ. Jur. et Pol. Miskolc*, tom. III/a. fasc. 4 (1988).

La responsabilidad del maestro zapatero por las lesiones causadas a sus discípulos.

Algunas consideraciones a D. 9,2,5,3 Ulp. 18 *ad ed.*; D. 19,2,13,4 Ulp. 32 *ad ed.* y PSI XIV, 1449 R. II 1-9 (*).

por Josep GINESTA-AMARGÓS

(Universitat Autònoma de Barcelona)

Es de gran interés para cualquier romanista acercarse a las fuentes que plantean casos en los que el grado de responsabilidad

importante, por no decir decisivo, para la resolución de los mismos. En este sentido las fuentes romanas son prolijas al ofrecernos una amplia y variada casuística.

De entre esta abundancia de textos romanos que afrontan el tema de la responsabilidad ha suscitado en mí un interés especial el centrar mi investigación en la problemática que encierra el estudio de D. 9,2,5,3 Ulp. 18 *ad ed*, con sus textos paralelos que hallamos en D. 19,2,13,4 Ulp. 32 *ad ed*. y *PSI XIV*, 1449 R. II 1-9. Sin mayor dilación, y para una mayor comodidad del lector paso a transcribir los ya citados fragmentos sobre los que quiero basar mi investigación :

D. 9,2,5,3 (Ulp. 18 *ad Ed.*) :

Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit an Aquilia teneatur quasi damnum iniuria dederit ? Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverit discipulum in disciplina. Multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. Proponitur autem apud eum species talis : sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi gratia : an ex locato dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti. Sed lege Aquilia agi posse non dubito.

importante, por no decir decisivo, para la resolución de los mismos. En este sentido las fuentes romanas son prolijas al ofrecernos una amplia y variada casuística.

De entre esta abundancia de textos romanos que afrontan el tema de la responsabilidad ha suscitado en mi un interés especial el centrar mi investigación en la problemática que encierra el estudio de D. 9,2,5,3 Ulp. 18 *ad ed*, con sus textos paralelos que hallamos en D. 19,2,13,4 Ulp. 32 *ad ed*. y *PSI XIV*, 1449 R. II 1-9. Sin mayor dilación, y para una mayor comodidad del lector paso a transcribir los ya citados fragmentos sobre los que quiero basar mi investigación :

D. 9,2,5,3 (Ulp. 18 *ad Ed.*) :

Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit an Aquilia teneatur quasi damnum iniuria dederit? Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverit discipulum in disciplina. Multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. Proponitur autem apud eum species talis : sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi gratia : an ex locato dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti. Sed lege Aquilia agi posse non dubito.

D. 19,2,13,4 (Ulp. 32 *ad Ed.*) :

Item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius : quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse : sed et de Aquilia supra diximus. Iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praeciendi.

PSI XIV, 1449, recto II. 1-9 :

.....
g[*** esse actionem ex] locato pa[tri eius Iul(ianus)] dicit, iniu[riarum a(u)tem ne-] gat, quia no[n iniuriae fa-] ciendae c(ausa) id [fecerit,] sed praeci[piendi. Se-] d et de Aquil[ia quid sen-] tiamus alio [(com)m(en)tario tradi-]

dimus.

Si servum*[
s* fecero**[
rius scribit[
esse actio[nem
si cus[t]o[

Entre estos textos se aprecian innegables coincidencias tanto materiales como sustanciales a la par que ofrecen divergencias tan notables que nos ponen al descubierto la intervención de terceras manos que los modificaron o alteraron en buena parte. Habremos, pues, de proceder con cautela para llegar a fijar que parte de los textos pertenece a Juliano, y cual a Ulpiano a la vez que detectar las itp. existentes.

En D. 9,2,5,3 se le plantea a Ulpiano el interrogante de averiguar cual sería la responsabilidad que recairía sobre el maestro que en el ejercicio de su facultad disciplinar hubiera herido o matado a un esclavo durante la docencia: *Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit...* No se trata de que un maestro hubiera herido, lastimado o matado a un sujeto cualquiera sino a un *servus* que se hallaba *in disciplina*, es decir bajo su responsabilidad para educarlo, formarlo, instruirlo y enseñarlo. *An Aquilia teneatur quasi damnum iniuria dederit?* se pregunta Ulpiano, y la respuesta la halla en Juliano: *Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverit discipulum in disciplina.* Y Juliano escribe que es responsable por la *Aquilia* aquel que había sacado un ojo a un aprendiz durante la docencia. En esta especie de diálogo entre Juliano y Ulpiano sigue hablando este último jurista y añade: *Multo magis igitur in occiso idem erit dicendum.* Esta expresión *multo magis - occiso* nos hace suponer que se sometió al dictámen del eminente jurista de Tiro un supuesto de muerte de un *servum in disciplina*. Para apoyar mejor su razonamiento nos propone Ulpiano fijar nuestra atención en un supuesto aportado por el eminente Juliano:

Proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo, filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur.

Un zapatero, dice, a un niño aprendiz, libre de nacimiento e hijo de familia, que no hacía bien lo que el le había enseñado, golpeó en la cerviz con una horma de tal modo que sacó el ojo al

En D. 9,2,5,3 se le plantea a Ulpiano el interrogante de averiguar cual sería la responsabilidad que recaería sobre el maestro que en el ejercicio de su facultad disciplinar hubiera herido o matado a un esclavo durante la docencia: *Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit...* No se trata de que un maestro hubiera herido, lastimado o matado a un sujeto cualquiera sino a un *servus* que se hallaba *in disciplina*, es decir bajo su responsabilidad para educarlo, formarlo, instruirlo y enseñarlo. *An Aquilia teneatur quasi damnum iniuria dederit?* se pregunta Ulpiano, y la respuesta la halla en Juliano: *Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverit discipulum in disciplina.* Y Juliano escribe que es responsable por la *Aquilia* aquel que había sacado un ojo a un aprendiz durante la docencia. En esta especie de diálogo entre Juliano y Ulpiano sigue hablando este último jurista y añade: *Multo magis igitur in occiso idem erit dicendum.* Esta expresión *multo magis - occiso* nos hace suponer que se sometió al dictámen del eminente jurista de Tiro un supuesto de muerte de un *servum in disciplina*. Para apoyar mejor su razonamiento nos propone Ulpiano fijar nuestra atención en un supuesto aportado por el eminente Juliano:

Proponitur autem apud eum species talis : sutor, inquit, puero discenti ingenuo, filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur.

Un zapatero, dice, a un niño aprendiz, libre de nacimiento e hijo de familia, que no hacía bien lo que el le había enseñado, golpeó en la cerviz con una horma de tal modo que sacó el ojo al

niño. No nos ofrece Juliano ningún detalle que nos ilustre sobre el modo en que se produjeron los hechos, por ello cualquier conjetura es válida. Más en este relato de Juliano que podríamos calificar de imparcial, es decir, en el que se comenta un hecho sin tomar partido sobre el particular debemos destacar una circunstancia de enorme trascendencia y que cambia todo el razonamiento que pudiera haber realizado Ulpiano; aquí se trata de las lesiones causadas a un niño libre mientras que Ulpiano se refiere a las causadas a un esclavo.

Finaliza el fragmento propuesto por Ulpiano refiriéndose a tres posibles soluciones atribuidas a Juliano: *Dicit igitur Iulianus...* La primera se refiere a la procedencia o no de la *actio iniuriarum* que se rechaza de plano *iniuriarum quidem actionem non competere*; la segunda se cuestiona la posibilidad de que sea aplicada la *actio ex locato*, si bien parece dudar al respecto *an ex locato dubitat*; la tercera se plantea la aplicabilidad de la *actio legis Aquiliae*: *sed lege Aquilia agi posse non dubito.*

Los fragmentos paralelos D. 19,2,13,4 y *PSI* XIV 1449 R aluden también a estas acciones más no lo hacen siempre para corroborar lo dicho en D. 9,2,5,3.

La publicación por ARANGIO-RUIZ en 1.957⁽¹⁾ de un pequeño fragmento de pergamino (4,7 x 6,8 cm.) de una obra de

1) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum, in una pergamena di provenienza egiziana*, AG 153 (1957), p. 140 ss. Este trabajo, según se dice en la nota (*) es una reimpresión, para mayor comodidad de los juristas, y con amplias notas adjuntas del que en su día ya viera la luz en el vol. XIV de los *Papiri della Società Italiana (PSI)*, n. 1449.

Ulpiano conservado en la Biblioteca Medicea Laurenziana de Florencia (2) de procedencia egipcia y fechado, probablemente, en el s. IV, según parece resultar de su formato y escritura (3), fué el que desencadenó una amplia polémica doctrinal centrada, en su mayor parte, en la nueva crítica mediante el cotejo de textos (4). Este pergamino se conoce hoy con la nomenclatura *PSI XIV 1449*.

Su descubrimiento a primeros de siglo fué de notable interés y valor científico ya que vertía nueva luz sobre la historia de acciones tan importantes como son la *actio legis Aquiliae* y la *actio ex locato* a la vez que ilustraba sobre la suerte que corrieron los textos clásicos en época prejustiniana (5).

Por desgracia las primeras líneas del pergamino han desaparecido ignorando, en consecuencia, cual era su redacción exacta si bien es fácil deducir que en esta parte, bastante extensa según parece (6), se hacía mención al caso antes comentado, del *sutor* que con una actitud disciplinar, probablemente excesiva,

2) ARANGIO-RUIZ. A criterio de este autor el fragmento se hallaba en el lote adquirido a Ghizeh da VITELLI, SCIAPARELLI y BRECCIA en 1.903.

3) ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 140; GARCÍA GARRIDO, M., *Las actuales orientaciones romanísticas*, RDN, p. 9 ss (1963); WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen (1974), p. 256.

4) Véase la bibliografía citada por GARCÍA GARRIDO, *op. cit.* p. 54 nt. 134 a las que hay que añadir el trabajo de Theo MAYER-MALY, *Locatio - Conductio*, Viena 1.956, p. 186 ss.

5) GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, p. 55.

6) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, *op. cit.*, p. 140.

Ulpiano conservado en la Biblioteca Medicea Laurenziana de Florencia (2) de procedencia egipcia y fechado, probablemente, en el s. IV, según parece resultar de su formato y escritura (3), fué el que desencadenó una amplia polémica doctrinal centrada, en su mayor parte, en la nueva crítica mediante el cotejo de textos (4). Este pergamino se conoce hoy con la nomenclatura *PSI XIV 1449*.

Su descubrimiento a primeros de siglo fué de notable interés y valor científico ya que vertía nueva luz sobre la historia de acciones tan importantes como son la *actio legis Aquiliae* y la *actio ex locato* a la vez que ilustraba sobre la suerte que corrieron los textos clásicos en época prejustiniana (5).

Por desgracia las primeras líneas del pergamino han desaparecido ignorando, en consecuencia, cual era su redacción exacta si bien es fácil deducir que en esta parte, bastante extensa según parece (6), se hacía mención al caso antes comentado, del *sutor* que con una actitud disciplinar, probablemente excesiva,

2) ARANGIO-RUIZ. A criterio de este autor el fragmento se hallaba en el lote adquirido a Ghizeh da VITELLI, SCIAPARELLI y BRECCIA en 1.903.

3) ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 140; GARCÍA GARRIDO, M., *Las actuales orientaciones romanísticas, RDN*, p. 9 ss (1963); WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen (1974), p. 256.

4) Véase la bibliografía citada por GARCÍA GARRIDO, *op. cit.* p. 54 nt. 134 a las que hay que añadir el trabajo de Theo MAYER-MALY, *Locatio - Conductio*, Viena 1.956, p. 186 ss.

5) GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, p. 55.

6) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, *op. cit.*, p. 140.

había causado a su discípulo una lesión grave cual es la pérdida de un ojo.

El *recto* (R) del pergamino consta de 14 líneas (7), siendo las nueve primeras las que ofrecen un mayor interés a nuestros fines. En ellas se alude a la *actio ex locato*, a la *actio iniuriarum* y a la *actio legis Aquiliae* si bien lo más importante es que, según parece, todo el es genuino.

En D. 19,2,13,4, fragmento que posee una sorprendente similitud con *PSI XIV 1449 R*, se hace referencia igualmente a las tres acciones, más ambos fragmentos se hallan en contradicción con D. 9,2,5,3 en lo que a la aplicación de la *actio ex locato* hace referencia. Asimismo en D. 19,2,13,4, igual que en D. 9,2,5,3 se denota la existencia de *itp.* al contrario de lo que sucede en *PSI XIV 1449 R*.

Volviendo de nuevo al supuesto de hecho leemos que la lesión se produjo *forma calcei cervicem percussit, ut...* (D. 9,2,5,3) o *forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut...* (D. 19,2,13,4). Pues bien, la interpretación del modo en que sucedieron los hechos puede ser diversa. Así hay quien como SCHULZ (8), BESELER (9) y WIEACKER (10) -teoría

7) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, *op. cit.*, p. 140 y 141.

8) SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, (1916), p. 56, citado por GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, p. 55 nt. 136.

9) BESELER, *SZ* 65, p. 363, citado por GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, p. 55 nt. 136.

germanista- consideran que el golpe se dio con la mano en la nuca del aprendiz ocasionando que éste bajara rápida y bruscamente la cabeza provocando el lamentable accidente al clavarse la punta de la horma en el ojo ; mientras otros como ARANGIO-RUIZ (11), D'ORS (12) consideran que el golpe fué dado directamente con la horma causandose con ello la inmediata expulsión del ojo -teoría latinista- (13).

Más la diferente redacción de ambos textos no puede pasarnos desapercibida. En la redacción de D. 19,2,13,4 se pone el énfasis en la gravedad del golpe *tam vehementer*, lo cual podría hacernos sospechar que el golpe se dió en la cabeza con un objeto contundente.

ALBANESE (14) atribuye una particular importancia a la expresión *tam vehementer* en relación con la hipótesis que ve en ello fundamentada la solución más simple que nos ofrece Justiniano y que aparece en D. 19,2,13,4 eliminando la más

10) WIEACKER, *Textstufen...*, cit., p. 259.

11) ARANGIO-RUIZ, *Di nuovo sul frammento di Ulpiano in PSI. 1449 R.*, *BIDR* 63 (1960), p. 292, nt. 1.; SCHUBERT, *Der Schlag des Schusters*, *SZ* (1975), p. 267 ss.

12) D'ORS, *AHDE* 27-28 (1957-1958), p. 12.

13) GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, p. 55 nt. 136; SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della culpa*, (Torino) 1969, p. 287 ss.

14) ALBANESE, *PSI XIV, 1449 (Ulp. 32 ad Ed.) e le testimonianze ulpianee già note*, *Studi Biondi*, Milano 1965, I, p. 177 ss. ; *Studi sulla legge Aquilia II : Le estensioni della legittimazione attiva aquiliana*, en *Ann. Palermo XXI* (1950), p. 53 ss.

germanista- consideran que el golpe se dió con la mano en la nuca del aprendiz ocasionando que éste bajara rápida y bruscamente la cabeza provocando el lamentable accidente al clavarse la punta de la horma en el ojo ; mientras otros como ARANGIO-RUIZ (11), D'ORS (12) consideran que el golpe fué dado directamente con la horma causandose con ello la inmediata expulsión del ojo -teoría latinista- (13).

Más la diferente redacción de ambos textos no puede pasarnos desapercibida. En la redacción de D. 19,2,13,4 se pone el énfasis en la gravedad del golpe *tam vehementer*, lo cual podría hacernos sospechar que el golpe se dió en la cabeza con un objeto contundente.

ALBANESE (14) atribuye una particular importancia a la expresión *tam vehementer* en relación con la hipótesis que ve en ello fundamentada la solución más simple que nos ofrece Justiniano y que aparece en D. 19,2,13,4 eliminando la más

10) WIEACKER, *Textstufen...*, cit., p. 259.

11) ARANGIO-RUIZ, *Di nuovo sul frammento di Ulpiano in PSI. 1449 R.*, BIDR 63 (1960), p. 292, nt. 1.; SCHUBERT, *Der Schlag des Schusters*, SZ (1975), p. 267 ss.

12) D'ORS, *AHDE* 27-28 (1957-1958), p. 12.

13) GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, p. 55 nt. 136; SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della culpa*, (Torino) 1969, p. 287 ss.

14) ALBANESE, *PSI XIV, 1449 (Ulp. 32 ad Ed.) e le testimonianze ulpianee già note*, Studi Biondi, Milano 1965, I, p. 177 ss.; *Studi sulla legge Aquilia II: Le estensioni della legittimazione attiva aquiliana*, en *Ann. Palermo XXI* (1950), p. 53 ss.

alambicada de la época clásica y de la que quedaría aún rastro en el "dubbio" que se lee en D. 9,2,5,3.

ARANGIO-RUIZ (15), por su parte, niega a primera vista la importancia del *tam vehementer* más posteriormente al criticar la hipótesis de WIEACKER la valora nuevamente sin llegar a conclusiones concretas.

WIEACKER (16) sin hacer mención específica a la expresión *tam vehementer* se refiere a "Julian diskutierte also selbst, ob das Recht des Lehrherrn zu angemessener Züchtigung auch die schlimmen Folgen eines leichten Schlags entschuldige". *Tam vehementer* y "leichten Schlags" se hallan en abierta contradicción.

Por nuestra parte nos parece apreciar que de un lado Juliano se expresa de una forma imparcial comentando un hecho concreto mientras por el otro la aclaración *tam vehementer* se contradice con la supuesta duda, por ello debemos considerar *tam vehementer* como expresión añadida posteriormente y en consecuencia espúrea. La no claridad de *tam vehementer* la fundamentan la opinión de diversos autores (17).

15) ARANGIO-RUIZ, *Di nuovo...*, cit., p. 290 nt. 6 y 292.

16) WIEACKER, *Textstufen...*, cit., p. 260.

17) ALBANESE, *Le estensioni...*, *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 282; *PSI XIV, 1449 (Ulp. 32 ad ed.)...*, p. 177; MAYER-MALY, *Locatio...*, p. 187; THOMAS, *The Case of the Apprentice's Eye: An Aquilian Couplet*, *St. Biondi*, II, p. 174 ss.; SCHIPANI, *Responsabilità...*, cit., p. 288 nt. 42 y p. 289 nt. 43.

Sea cual fuere el *modus* en que se produjeron los hechos lo cierto es que nos hallamos ante una lesión gravísima de la que el padre del aprendiz podía reclamar la correspondiente responsabilidad a su autor.

Debo confesar no disponer de la suficiente osadía para rebatir las tesis sustentadas por tan egregios romanistas, estudiosos de este tema, como son ARANGIO-RUIZ (18), WOLFF (19), WIEACKER (20), ALBANESE (21), SCHIPANI (22) y D'ORS (23), entre otros, lo que me llevaría a tenerme que enfrentar con ellos en terreno tan resbaladizo para mí como es el de la crítica textual. Ciertamente, esto ni me lo propuse al iniciar este trabajo ni pasó nunca por ni mente. No se trata, pues, de recuperar la discusión sobre cada punto de los estudiados por tan preclaros romanistas sino tan solo reflexionar sobre algunos problemas que se plantean en relación con las conclusiones a las que han llegado dichos autores.

Entrando ya en la anunciada materia objeto de nuestro estudio apreciamos que las mismas fuentes plantean la cuestión de cual

18) ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*

19) WOLFF, *Zur Überlieferungsgeschichte von Ulpian's Libri ad Sabinum*, en *Festschr. Schulz II* (1951).

20) WIEACKER, *Textstufen...*, *cit.*

21) ALBANESE, *PSI XIV, 1449 (Ulp. 32 ad Ed.) e le testimonianze ulpianee già note*, en *Studi Biondi I*.

22) SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Torino 1969.

23) D'ORS, *rec. a WIEACKER, cit.*

Sea cual fuere el *modus* en que se produjeron los hechos lo cierto es que nos hallamos ante una lesión gravísima de la que el padre del aprendiz podía reclamar la correspondiente responsabilidad a su autor.

Debo confesar no disponer de la suficiente osadía para rebatir las tesis sustentadas por tan egregios romanistas, estudiosos de este tema, como son ARANGIO-RUIZ (18), WOLFF (19), WIEACKER (20), ALBANESE (21), SCHIPANI (22) y D'ORS (23), entre otros, lo que me llevaría a tenerme que enfrentar con ellos en terreno tan resbaladizo para mí como es el de la crítica textual. Ciertamente, esto ni me lo propuse al iniciar este trabajo ni pasó nunca por ni mente. No se trata, pues, de recuperar la discusión sobre cada punto de los estudiados por tan preclaros romanistas sino tan solo reflexionar sobre algunos problemas que se plantean en relación con las conclusiones a las que han llegado dichos autores.

Entrando ya en la anunciada materia objeto de nuestro estudio apreciamos que las mismas fuentes plantean la cuestión de cual

18) ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*

19) WOLFF, *Zur Überlieferungsgeschichte von Ulpian's Libri ad Sabinum*, en *Festschr. Schulz II* (1951).

20) WIEACKER, *Textstufen...*, *cit.*

21) ALBANESE, *PSI XIV, 1449 (Ulp. 32 ad Ed.) e le testimonianze ulpianee già note*, en *Studi Biondi I*.

22) SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Torino 1969.

23) D'ORS, *rec. a WIEACKER, cit.*

será la o las acciones que tendrá el padre del infortunado aprendiz para reclamar del *sutor* las responsabilidades del caso. Como ya deje dicho en su momento las tres acciones que centraron la atención de los juristas clásicos fueron la *actio iniuriarum*, la *actio ex locato* y la *actio legis Aquiliae*.

La *actio iniuriarum* se descarta de plano por cuanto el daño causado por el *sutor* lo fué de manera involuntaria como consecuencia del castigo impuesto pero sin que mediara una voluntad injuriosa.

Que el *magister* tiene una voluntad disciplinar es indudable según se refleja en los textos *levis dumtaxat castigatio concessa est docenti* (D. 9,2,5,3) o *magistris levis castigatio concessa sit* (D. 19,2,13,4), en ambos fragmentos se habla de *levis castigatio*, si bien en este caso es probable que se le hubiera ido la mano más en ningún momento se habla de que tuviera o se le pudiera adivinar una voluntad injuriosa.

En D. 9,2,5,3, Ulpiano siguiendo la opinión de Juliano nos comenta : *Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere* justificando, además, los motivos de tal negativa *quia non faciendae iniuriae causa percusserit*. El mismo Ulpiano se vuelve a expresar en similares términos en D. 19,2,13,4 al decir : *Iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat*. Finalmente el *PSI XIV 1449 R* corrobora ambas fuentes *Iul(ianus)] dicit iniu[riarum a(u)tem ne]gat quia no[n iniuriae fa]ciendae c(ausa) id [fecerit]*. La simetría, pues, y el acuerdo entre los tres textos es casi absoluta y de manera muy particular lo es entre D. 19,2,13,4 y *PSI XIV 1449 R* como afirmaba

ARANGIO-RUIZ (24) "la coincidenza è... sostanzialmente perfetta ... nella dichiarata spettanza dell'*actio ex locato*, nel rifiuto motivato dell'*actio iniuriarum*, nel rinvio circa l'*actio legis Aquiliae*".

D. 9,2,5,3

D. 19,2,13,4

PSI XIV 1449 R

<i>Dicit</i>	_____		
<i>igitur</i>	_____		
<i>Iulianus</i>	_____		
	_____		<i>Iulianus</i>
			<i>dicit</i>
<i>iniuriarum</i>	_____	<i>iniuriarum</i>	_____
<i>quidem</i>	_____	<i>autem</i>	_____
<i>actionem</i>	_____	<i>actionem</i>	_____
<i>non</i>	_____		
<i>competere</i>	_____		
	_____	<i>competere</i>	
		<i>negat</i>	_____
			<i>negat</i>
<i>quia</i>	_____		_____
			<i>quia</i>
<i>non</i>	_____		_____
			<i>non</i>
<i>faciendae</i>	_____		
<i>iniuriae</i>	_____		
	_____		<i>iniuriae</i>
			<i>faciendae</i>
<i>causa</i>	_____		_____
			<i>causa</i>
			<i>id</i>
			<i>fecerit.</i>
<i>percusserit</i>			

La negativa de la concesión de la *actio iniuriarum* no ofrece la menor duda en ninguno de los tres fragmentos.

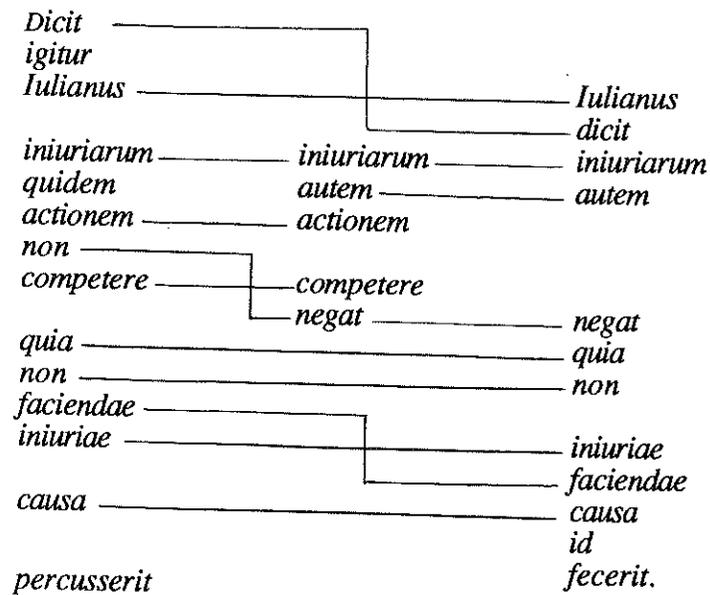
Con innegable acierto SCHIPANI (25) sostiene que el contenido de D. 9,2,5,3-7 pr. "costituisce nella Compilazione

24) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, p. 146.

25) SCHIPANI, *op. cit.*, p. 275.

ARANGIO-RUIZ (24) "la coincidenza è... sostanzialmente perfetta ... nella dichiarata spettanza dell'*actio ex locato*, nel rifiuto motivato dell'*actio iniuriarum*, nel rinvio circa l'*actio legis Aquiliae*".

D. 9,2,5,3 D. 19,2,13,4 PSI XIV 1449 R



La negativa de la concesión de la *actio iniuriarum* no ofrece la menor duda en ninguno de los tres fragmentos.

Con innegable acierto SCHIPANI (25) sostiene que el contenido de D. 9,2,5,3-7 pr. "costituisce nella Compilazione

24) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, p. 146.

25) SCHIPANI, *op. cit.*, p. 275.

uno sviluppo dell'analisi dell'iniuria e del suo rapporto con la culpa". Marginando, por el momento, cuanto nos dice Paulo en el l. XXII *ad ed.* en relación con la culpa D. 9,2,6 centraré mi atención en la aparente relación que parece existir entre la *iniuria* requerida para la aplicación de la *actio legis Aquiliae* y la que es menester exista para que proceda la aplicación de la *actio iniuriarum*.

Es evidente que cabe la posibilidad de causar *iniuria* sin que exista en el sujeto agente voluntad de dañar más para que responda personalmente de esta acción injuriosa es menester el *animus iniuriandi* que encierra una *capacitas damnosa* y, a la postre, un *dolo*. Así en D. 9,2,5,3 comentando a Pegaso, niega Ulpiano la *actio legis Aquiliae* a quienes están faltos de capacidad y, en consecuencia, de *animus* como es el caso del *furiosus* o del *infans* (D. 47,2,23). Por ello al no darse *sua mente* el *animus iniuriandi* sino que precisamente *in sua mente non esse* se excluye directamente la *iniuria*. Igualmente Ulpiano al aprobar el pensamiento de Pegaso se refiere al comportamiento de los animales y de los seres inanimados, p. ej. la *tegula*, los cuales caso de producir daño no debe entenderse como *iniuria datum* (D. 9,1,1,3 ; D. 39,2,2), ya que en ambos casos *sensu caret*. La *iniuria*, en consecuencia, debe considerarse como un elemento estrictamente subjetivo.

El fragmento, ciertamente, no nos plantea un supuesto de *iniuria* si en cambio, que nos presenta una conducta excesiva del maestro en su quehacer disciplinar ya que si en verdad le era dada una *castigatio concessa* con los *discipuli* que se hallaban *in*

disciplina, ésta tenía que ser *levis* y no de consecuencias tan gravosas de llegar al extremo de vaciarle un ojo.

La exclusión, pues, de la aplicabilidad de la *actio iniuriarum* se apoya por una parte en el hecho de que la *in disciplina percutere* del *magister* se halla plenamente justificada en las fuentes *monendi et docendi causa* y, por otra, en la ya dicha falta de *animus iniuriandi* ya que cualquier conducta realizada dentro del campo de la actividad disciplinar por grave y nociva que resulte si no se apoya en un *animus* consciente y premeditado de dañar no puede ser considerado como *iniuria*. Consecuentemente deben darse dos circunstancias : la primera es una causa que justifique el comportamiento, el *animus docendi* ; la segunda, la ausencia del elemento subjetivo requerido : el *animus iniuriandi*.

Excluida la responsabilidad por *iniuria* debemos averiguar que acción correspondería al padre del infortunado muchacho, la *actio ex locato*, o la *actio legis Aquiliae* y las razones que argüieron los juristas para su concesión.

Por lo que a la *a. ex locato* se refiere hallamos entre los textos coincidencias y divergencias notables, pues mientras en D. 19,2,13,4 y *PSI XIV 1449 R* parece ser admitida por Juliano, sin la menor sospecha de duda, en D. 9,2,5,3 se nos plantea una duda desconcertante *an ex locato dubitat, quia...*

disciplina, ésta tenía que ser *levis* y no de consecuencias tan gravosas de llegar al extremo de vaciarle un ojo.

La exclusión, pues, de la aplicabilidad de la *actio iniuriarum* se apoya por una parte en el hecho de que la *in disciplina percutere* del *magister* se halla plenamente justificada en las fuentes *monendi et docendi causa* y, por otra, en la ya dicha falta de *animus iniuriandi* ya que cualquier conducta realizada dentro del campo de la actividad disciplinar por grave y nociva que resulte si no se apoya en un *animus* consciente y premeditado de dañar no puede ser considerado como *iniuria*. Consecuentemente deben darse dos circunstancias: la primera es una causa que justifique el comportamiento, el *animus docendi*; la segunda, la ausencia del elemento subjetivo requerido: el *animus iniuriandi*.

Excluida la responsabilidad por *iniuria* debemos averiguar que acción correspondería al padre del infortunado muchacho, la *actio ex locato*, o la *actio legis Aquiliae* y las razones que argüieron los juristas para su concesión.

Por lo que a la *a. ex locato* se refiere hallamos entre los textos coincidencias y divergencias notables, pues mientras en D. 19,2,13,4 y *PSI XIV 1449 R* parece ser admitida por Juliano, sin la menor sospecha de duda, en D. 9,2,5,3 se nos plantea una duda desconcertante *an ex locato dubitat, quia...*

D. 9,2,5,3

*Dicit igitur**Iulianus.....*

.....

*an ex locato**dubitat, quia*

D. 19,2,13,4

*Item Iulianus l. 86**dig. scripsit**ex locato esse**actionem patri**an ex locato eius, quamvis**dubitat, quia**PSI XIV 1449 R*

g[***esse

*actionem ex locato**p a [tri eius**Iul(ianus)] dicit,...*

En D. 9,2,5,3 la frase *an ex locato dubitat - docenti* ha sido objeto de críticas atentas y sutiles por parte de los autores que han evidenciado la existencia de alteraciones de diverso tipo y época, nos dice SCHIPANI (26). La incoherencia que se aprecia entre las dos partes de la frase puesta de relieve por la mayoría de los autores, nos hace sospechar seriamente de la existencia de alteraciones en el fragmento (27).

Dubito conlleva evidentemente un titubeo, una vacilación por parte de quien se plantea un interrogante; si a esta indecisión se le añade la interrogante indirecta *an*, "*dubito an*" aparece como una interrogante afirmativa, es decir, es la expresión de una

26) SCHIPANI, *op. cit.*, p. 280.

27) SCHIPANI, *op. cit.*, p. 280 nt. 29; ALBANESE, *Ann. Palermo* 21 (1950), p. 272 ss; *St. Biondi* I, p. 179 ss; ARANGIO-RUIZ, *AG* 153 (1957), p. 147 y n. 12; WOLFF, *IURA* 10 (1959), p. 7; WIEACKER, *Textstufen...*, p. 259; THOMAS, *RIDA* III, 8 (1961), p. 360 ss.

opinión personal de carácter afirmativo. Más en este supuesto a diferencia de lo que sucede en otros casos, la solución afirmativa sólo puede deducirse ya que el jurista explica únicamente los motivos de su duda *quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti* sin llegar a desvanecer el interrogante ni dar la solución. Se detecta, pues, una preferencia aunque la duda queda en pié.

Por el contrario, como se ha visto, tanto en D. 19,2,13,4 como en *PSI XIV 1449 R* Juliano admite la responsabilidad *ex locato*, contractual, sin el menor género de duda. Las frases de D. 19,2,13,4 *...ex locato esse actionem...* y *...esse actionem ex locato...dicit...* de *PSI XIV 1449 R* son contundentes. Debemos, en consecuencia, afirmar categóricamente la concesión por parte de Juliano de la *actio ex locato* en el caso propuesto.

Hay, pues, que distinguir entre el criterio de Juliano en relación con la *actio ex locato* que hemos visto en los dos fragmentos recién citados y el que se le atribuye en D. 9,2,5,3. En consecuencia resulta, pues, que este texto ha sido alterado por los compiladores.

Para SCHIPANI (28), sosteniendo un criterio diferente del mantenido por ARANGIO-RUIZ (29) y D'ORS (30), la ausencia en *PSI XIV 1449 R* de la frase *quamvis - tenuisse* que hallamos en

28) SCHIPANI, *op. cit.*, p. 283.

29) ARANGIO-RUIZ, *A.G.* 153 (1957), p. 152; *BIDR* 63 (1960), p. 281 ss.

30) D'ORS, *AHDE* 27-28 (1957-1958), p. 12 ss.

opinión personal de carácter afirmativo. Más en este supuesto a diferencia de lo que sucede en otros casos, la solución afirmativa sólo puede deducirse ya que el jurista explica únicamente los motivos de su duda *quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti* sin llegar a desvanecer el interrogante ni dar la solución. Se detecta, pues, una preferencia aunque la duda queda en pie.

Por el contrario, como se ha visto, tanto en D. 19,2,13,4 como en *PSI XIV 1449 R* Juliano admite la responsabilidad *ex locato*, contractual, sin el menor género de duda. Las frases de D. 19,2,13,4 *...ex locato esse actionem...* y *...esse actionem ex locato...dicit...* de *PSI XIV 1449 R* son contundentes. Debemos, en consecuencia, afirmar categóricamente la concesión por parte de Juliano de la *actio ex locato* en el caso propuesto.

Hay, pues, que distinguir entre el criterio de Juliano en relación con la *actio ex locato* que hemos visto en los dos fragmentos recién citados y el que se le atribuye en D. 9,2,5,3. En consecuencia resulta, pues, que este texto ha sido alterado por los compiladores.

Para SCHIPANI (28), sosteniendo un criterio diferente del mantenido por ARANGIO-RUIZ (29) y D'ORS (30), la ausencia en *PSI XIV 1449 R* de la frase *quamvis - tenuisse* que hallamos en

28) SCHIPANI, *op. cit.*, p. 283.

29) ARANGIO-RUIZ, *A.G.* 153 (1957), p. 152; *BIDR* 63 (1960), p. 281 ss.

30) D'ORS, *AHDE* 27-28 (1957-1958), p. 12 ss.

D. 19,2,13,4 no lleva necesariamente a sostener que esta sea sustancialmente postclásica.

Sostiene SCHIPANI que, con independencia de que el fragmento que se lee en el pergamino que nos ha llegado a las manos sea una refundición del original ulpiniano, hay que tener en cuenta que la falta de la primera parte abre la posibilidad de que en ella se desarrollara un examen de los hechos acaecidos en la que se hubieran introducido aquellos elementos de análisis que precisamente hallamos en la frase *quamvis - tenuisse*. Esta frase podría tratarse de una refundición simplificada de una más amplia discusión que originariamente precedía al reconocimiento de la acción. Por otra parte, nada se opone a que la frase *quia - docenti* pudiera tratarse del residuo de un más amplio comentario como, por ejemplo, la justificación del pensamiento afirmativo, lo cual no podemos tirar en saco roto.

Volviendo al *ius castigandi* ya comentado en relación con la *actio iniuriarum*, es evidente que esta facultad es reconocida de manera indiscutible por las fuentes en favor del enseñante (31), más el problema se plantea cuando dicha actividad provoca un daño grave. En este caso surge el interrogante de si esta facultad que le es atribuida implica una exoneración de la responsabilidad o, en todo caso, de una atenuación de la misma. Comparto la

31) SCHIPANI, *op. cit.*, p. 286 nt. 39; MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'antiquité*, Paris (1948), reimp. (1965), passim p. 240 y 367 de la reimpresión.

opinión de THOMAS (32) cuando comenta que la extracción de un ojo dista mucho de ser una *levis castigatio* que es la facultad atribuida al enseñante. "As already urged, a blow directed to the destruction of the eye would be incompatible with any reference to *levis castigatio*...". Por todo ello debemos estar en cada caso pendientes de ver la manera en que se han producido los hechos y las circunstancias que sobre los mismos han pesado. La posibilidad de una atenuación de la responsabilidad deberíamos considerarla postclásica, clásico sería, en cambio, un razonamiento que se centrase en el instrumento que se ha usado para saber si hubo o no exceso en el modo de infligir la *castigatio* (33).

En la motivación que enlaza evento y conducta en relación con la conducta afirmativa de la concesión de la *actio ex locato* se halla la frase *quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti*. Especial importancia reviste la palabra *dumtaxat*. Entendido este término como lo hace HEUMANN-SECKEL (34), es decir, como sinónimo de *dummodo* con valor significativo de *minimum*, si el maestro *por lo menos* tiene la posibilidad de aplicar una *levis castigatio* vendría a significar que a partir de ahí sus facultades son absolutas con lo cual se justificaría no sólo el *dubitat* sino también la posibilidad de una exoneración de responsabilidad. Tendremos, pues, que ver como interpretamos el término

32) THOMAS, *The Case of the Apprentice's Eye : An Aquilian Couplet*, *St. Biondi II*, p. 175.

33) SCHIPANI, *op. cit.*, p. 287 nt. 40.

34) HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*, voz *dumtaxat*.

opinión de THOMAS (32) cuando comenta que la extracción de un ojo dista mucho de ser una *levis castigatio* que es la facultad atribuida al enseñante. "As already urged, a blow directed to the destruction of the eye would be incompatible with any reference to *levis castigatio*...". Por todo ello debemos estar en cada caso pendientes de ver la manera en que se han producido los hechos y las circunstancias que sobre los mismos han pesado. La posibilidad de una atenuación de la responsabilidad deberíamos considerarla postclásica, clásico sería, en cambio, un razonamiento que se centrara en el instrumento que se ha usado para saber si hubo o no exceso en el modo de infligir la *castigatio* (33).

En la motivación que enlaza evento y conducta en relación con la conducta afirmativa de la concesión de la *actio ex locato* se halla la frase *quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti*. Especial importancia reviste la palabra *dumtaxat*. Entendido este término como lo hace HEUMANN-SECKEL (34), es decir, como sinónimo de *dummodo* con valor significativo de *minimum*, si el maestro *por lo menos* tiene la posibilidad de aplicar una *levis castigatio* vendría a significar que a partir de ahí sus facultades son absolutas con lo cual se justificaría no sólo el *dubitat* sino también la posibilidad de una exoneración de responsabilidad. Tendremos, pues, que ver como interpretamos el término

32) THOMAS, *The Case of the Apprentice's Eye: An Aquilian Couplet*, *St. Biondi* II, p. 175.

33) SCHIPANI, *op. cit.*, p. 287 nt. 40.

34) HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*, voz *dumtaxat*.

dumtaxat ya que de ello dependerá o no la aplicación de la *actio ex locato*.

PERNICE (35) que ya había visto esta posibilidad la descartó acentuando el contraste evidente que existe entre esta frase de D. 9,2,5,3 y la motivación que se da en D. 19,2,13,4. Tanto en *quia levis* como en *quamvis - tenuisse* encontramos la motivación de la concesión de la *actio ex locato* y con independencia del valor semántico que se le de a *dumtaxat* el problema debemos centrarlo no en el uso del poder, en este caso el poder de castigar, sino en el abuso de dicho poder, o sea, en el exceso del que ha sido objeto. El gran problema radica en enmarcar exactamente los límites dentro de los cuales es lícito y permitido el ejercicio de una facultad o de un poder. Deberemos, en consecuencia, penetrar en la problemática que encierra el exceso que queda determinado en razón a la gravedad que el hecho ha producido en cada supuesto.

En estas consideraciones exegéticas que vengo realizando no puedo por menos que tener bien presente la contribución que con sus valiosos estudios sobre esta materia realizaron insignes romanistas como es el caso de ARANGIO-RUIZ (36). El estudio llevado a cabo por el profesor de Nápoles del pergamino de la Sociedad italiana hizo que se percatara que el único fragmento que tenemos en nuestro poder y que se adapta perfectamente a él es precisamente D. 19,2,13,4 lo cual constituyó un adelanto

35) PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, p. 91 y nt. 25.

36) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, p. 140 ss; ALBANESE, *op. cit.*, p. 170.

decisivo. De ahí ARANGIO-RUIZ extrajo su aguda propuesta de integración, seguida por todos aquellos que se han ocupado del documento.

La manifestación que más sorprende de su estudio es la que hace en relación con la concesión de la *actio ex locato*, que atribuida por D. 19,2,13,4 a Juliano declara no ser auténtica. "Con ciò -nos dice- siamo in grado di respingere definitivamente, nei riguardi dell'età classica, il dubbio circa la spettanza dell'*actio ex locato*, messo in bocca a Giuliano - Ulpiano nel D. 9,2,5,3, e ancora da alcuni scrittori considerato come genuina espressione del pensiero antico" (37).

Pocas líneas antes, en el mismo trabajo el eminente romanista expresaba: "Preziosa è la dichiarazione recisa della spettanza dell'*actio ex locato*, tanto più recisa in quanto non appoggiata ad una motivazione...". De ello extrajo el autor una doble consecuencia: "la frase destinada a motivare la spettanza dell'azione contrattuale (*quamvis enim ... non tenuisse*) -que aparece en D. 19,2,13,4- risulterebbe aggiunta posteriormente", lo mismo que sucedería con la parte correspondiente en D. 9,2,5,3 an *ex locato - docenti* que no correspondería a Ulpiano, sino a los postclásicos, pero no ya a los Compiladores Justinianeos sino a los maestros de las escuelas orientales. "Insomma...dobbiamo concludere -afirma- que la sola fra le interpolazioni sofferte dai nostri due passi della quale non possano esser chiamati responsabili i compilatori di Giustiniano

37) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, p. 147.

decisivo. De ahí ARANGIO-RUIZ extrajo su aguda propuesta de integración, seguida por todos aquellos que se han ocupado del documento.

La manifestación que más sorprende de su estudio es la que hace en relación con la concesión de la *actio ex locato*, que atribuida por D. 19,2,13,4 a Juliano declara no ser auténtica. "Con ciò -nos dice- siamo in grado di respingere definitivamente, nei riguardi dell'età classica, il dubbio circa la spettanza dell'*actio ex locato*, messo in bocca a Giuliano - Ulpiano nel D. 9,2,5,3, e ancora da alcuni scrittori considerato come genuina espressione del pensiero antico" (37).

Pocas líneas antes, en el mismo trabajo el eminente romanista expresaba: "Preziosa è la dichiarazione recisa della spettanza dell'*actio ex locato*, tanto più recisa in quanto non appoggiata ad una motivazione...". De ello extrajo el autor una doble consecuencia: "la frase destinada a motivare la spettanza dell'azione contrattuale (*quamvis enim ... non tenuisse*) -que aparece en D. 19,2,13,4- risulterebbe aggiunta posteriormente", lo mismo que sucedería con la parte correspondiente en D. 9,2,5,3 *an ex locato - docenti* que no correspondería a Ulpiano, sino a los postclásicos, pero no ya a los Compiladores Justinianeos sino a los maestros de las escuelas orientales. "Insomma...dobbiamo concludere -afirma- que la sola fra le interpolazioni sofferte dai nostri due passi della quale non possano esser chiamati responsabili i compilatori di Giustiniano

37) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, p. 147.

... è da ritenersi molto tardiva, e da attribuirsi per conseguenza ai maestri delle scuole orientali" (38).

Las conclusiones a las que llega ARANGIO-RUIZ serían válidas -aunque en base a la reconstrucción por el propuesta- si se admitiera su razonamiento en torno a la existencia de una declaración que de forma inmotivada cercenara al padre del infortunado muchacho las expectativas de la *actio ex locato* en el pensamiento de Juliano y Ulpiano.

Se pregunta ARANGIO-RUIZ como puede llegarse a entender la contradicción existente entre los dos fragmentos en orden a la concesión o no de la *actio ex locato* ya que no puede negarse que al menos en el título *locatio conductio* de la *pars de rebus creditis*, es decir, *in sede materiae*, Ulpiano la concedía, mientras en la *pars de iudiciis* la habría cuestionado, llegando a sugerir una solución negativa.

Que Ulpiano inadvertidamente se contradijera es impensable. Aunque, como nos dice, la hipótesis fuera audaz hay que descartarla decididamente, refiriéndose Ulpiano en ambos casos a una decisión de Juliano planteada en un caso práctico concreto examinado en el libro 86 del Digesto que Ulpiano citaba expresamente en el libro 32 del comentario *ad edictum*.

Que Juliano hubiera concedido la *actio ex locato* se desprende tanto del libro 32 como del 18 en el que Ulpiano aludía a la autoridad de aquel jurista, por ello la frase *an ex locato dubitat*

38) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, p. 157.

-concluye ARANGIO-RUIZ- es fruto de una interpolación, no atribuible a los compiladores, dado el contraste con la opuesta solución por ellos conservada en el fragmento paralelo.

WOLFF (39), a raíz de sus investigaciones y a pesar de mantener in cierto consenso de fondo con su colega italiano, le hizo serias objeciones a sus razonamientos. El que fué profesor de Friburgo pensaba de la siguiente manera : el pergamino nos ofrece sólo y únicamente las últimas líneas del relato de Ulpiano al pensamiento de Juliano, y observa, como ya lo hicieran otros, que en la parte del fragmento desaparecida Ulpiano, con seguridad casi absoluta, planteo el caso y citó a Juliano aludiendo igualmente a la obra y el libro a que hacía referencia tal como tenía por costumbre. Para WOLFF la cita del l. 86 del Digesto de Juliano en D. 19,2,13,4 no puede atribuirse, ciertamente, a la intervención postclásica, de suerte que la parte del pergamino que no nos ha llegado debería contener una explicación suficientemente extensa. Otra de las preguntas que se formulaba el romanista alemán era el porqué el pergamino cita una sólo vez a Juliano (*Julianus dicit*) y no lo vuelve a citar en ninguna otra ocasión a lo que contesta que ello se debe a que Ulpiano, en la parte del fragmento que se ha perdido planteó una seria disputa jurisprudencial a proposito de la *actio ex locato*. El debate debía centrarse en la procedencia o no de aquella acción en favor del padre del malogrado aprendiz para resarcirse del perjuicio irreversible causado por el maestro a su pupilo en el supuesto de

39) WOLFF, *Zur Palingenesie und Textgeschichte von Ulpian's libri ad Edictum*, en *IURA X* (1959), p. 1 ss ; ALBANESE, *op. cit.*, p. 172 ss.

-concluye ARANGIO-RUIZ- es fruto de una interpolación, no atribuible a los compiladores, dado el contraste con la opuesta solución por ellos conservada en el fragmento paralelo.

WOLFF (39), a raíz de sus investigaciones y a pesar de mantener in cierto consenso de fondo con su colega italiano, le hizo serias objeciones a sus razonamientos. El que fué profesor de Friburgo pensaba de la siguiente manera: el pergamino nos ofrece sólo y únicamente las últimas líneas del relato de Ulpiano al pensamiento de Juliano, y observa, como ya lo hicieran otros, que en la parte del fragmento desaparecida Ulpiano, con seguridad casi absoluta, planteo el caso y citó a Juliano aludiendo igualmente a la obra y el libro a que hacía referencia tal como tenía por costumbre. Para WOLFF la cita del l. 86 del Digesto de Juliano en D. 19,2,13,4 no puede atribuirse, ciertamente, a la intervención postclásica, de suerte que la parte del pergamino que no nos ha llegado debería contener una explicación suficientemente extensa. Otra de las preguntas que se formulaba el romanista alemán era el porqué el pergamino cita una sólo vez a Juliano (*Julianus dicit*) y no lo vuelve a citar en ninguna otra ocasión a lo que contesta que ello se debe a que Ulpiano, en la parte del fragmento que se ha perdido planteó una seria disputa jurisprudencial a proposito de la *actio ex locato*. El debate debía centrarse en la procedencia o no de aquella acción en favor del padre del malogrado aprendiz para resarcirse del perjuicio irreversible causado por el maestro a su pupilo en el supuesto de

39) WOLFF, *Zur Palingenesie und Textgeschichte von Ulpian's libri ad Edictum*, en *IURA* X (1959), p. 1 ss; ALBANESE, *op. cit.*, p. 172 ss.

que no se le pudiera atribuir un comportamiento desordenado en relación con su normal potestad disciplinar. En consecuencia WOLFF no duda en valorar la clasicidad del fragmento que hallamos en D. 19,2,13,4 en lo que se refiere a la explicación *quamvis - tenuisse*.

Para WOLFF, igual que sucede con otros autores como p. ej. ARANGIO-RUIZ, queda claro e incuestionable el que Juliano concediera la *actio ex locato*, quedando ello probado con el cotejo que puede realizarse con *PSI XIV 1449 R*.

WOLFF se aproxima mucho a ALBANESE en lo que a la autenticidad de D. 19,2,13,4 hace referencia. El estudioso italiano nos exponía ya en su trabajo (40) "la sostanziale genuinità del frammento, ed in particolare, classicità del dubbio in ordine alla *facultas castigandi* del maestro per l'applicabilità dell'*actio ex locato* nella fattispecie". Ambos romanistas se hallan de acuerdo en atribuir a la época clásica las dudas sobre la concesión de la *actio ex locato*, sin que la aportación vertida por *PSI XIV 1449 R* represente ningún obstaculo en contra a pesar de su amputación inicial; sin embargo divergen cuando se trata de atribuir el origen de dichas dudas, pues mientras WOLFF considera que eran atribuibles a un jurista clásico distinto de Juliano, -quizas Ulpiano- ALBANESE disiente de esta opinión.

Admitida de forma indubitada la existencia en el pergamino de una parte inicial que no ha llegado hasta nosotros, la tesis sostenida al unísono por ARANGIO-RUIZ y WOLFF sobre la

40) ALBANESE, *PSI XIV, 1449...*, *op. cit.*, p. 173.

quebrada e inmotivada declaración de Juliano sobre la *actio ex locato* no puede argumentarse con visos de veracidad según es fácilmente demostrable.

En el estudio realizado por ALBANESE (41) en torno a D. 19,2,13,4 y D. 9,2,5,3 concluye este autor en el sentido de considerar auténtica la duda propuesta por Juliano, duda que surge claramente de la lectura del segundo texto ...*an ex locato, dubitat...*, mientras que en el primero se concede de plano dicha acción *ex locato esse actionem*; también considera espúrea dicho autor la aclaración *tam vehementer* pues se halla en contradicción con el *dubitat* y se disipa con el *quamvis*.

Para ALBANESE (42) la opinión de WOLFF en relación con la base sustancial de la duda, a saber: la naturaleza *ex fide bona* de la acción y supuesta accidentalidad del evento dañoso como consecuencia de un acto que *per se* no desborda los límites de la conducta del maestro con su aprendiz, justifica, según su opinión, lo antes dicho.

Una opinión que me parece convincente en orden a la consideración de posibles alteraciones de los textos estudiados me la ofrece ALBANESE (43) el cual explica que con independencia de la estructura de D. 19,2,13,4 la autenticidad de la duda juliana se sostiene por considerar inverosímil el poder atribuir a los compiladores una alteración dubitativa, entre

41) ALBANESE, *op. cit.*, p. 174-175.

42) ALBANESE, *op. cit.*, p. 174.

43) ALBANESE, *op. cit.*, p. 175.

quebrada e inmotivada declaración de Juliano sobre la *actio ex locato* no puede argumentarse con visos de veracidad según es fácilmente demostrable.

En el estudio realizado por ALBANESE (41) en torno a D. 19,2,13,4 y D. 9,2,5,3 concluye este autor en el sentido de considerar auténtica la duda propuesta por Juliano, duda que surge claramente de la lectura del segundo texto ...*an ex locato, dubitat...*, mientras que en el primero se concede de plano dicha acción *ex locato esse actionem*; también considera espúrea dicho autor la aclaración *tam vehementer* pues se halla en contradicción con el *dubitat* y se disipa con el *quamvis*.

Para ALBANESE (42) la opinión de WOLFF en relación con la base sustancial de la duda, a saber: la naturaleza *ex fide bona* de la acción y supuesta accidentalidad del evento dañoso como consecuencia de un acto que *per se* no desborda los límites de la conducta del maestro con su aprendiz, justifica, según su opinión, lo antes dicho.

Una opinión que me parece convincente en orden a la consideración de posibles alteraciones de los textos estudiados me la ofrece ALBANESE (43) el cual explica que con independencia de la estructura de D. 19,2,13,4 la autenticidad de la duda juliana se sostiene por considerar inverosímil el poder atribuir a los compiladores una alteración dubitativa, entre

41) ALBANESE, *op. cit.*, p. 174-175.

42) ALBANESE, *op. cit.*, p. 174.

43) ALBANESE, *op. cit.*, p. 175.

muchas otras cosas, por el hecho de que estos eran legisladores y no estudiosos, y a mayor abundamiento añade otro argumento de peso extraído de las respectivas *sedes materiae* de los dos fragmentos: que los compiladores hubieran olvidado la presunta duda juliana en el fr. 5,3 se explica perfectamente con el comentario del fragmento y por su preocupación por los problemas aquilianos; que aquella duda, en cambio, se hubiera sometido a particular atención en el fr. 13,4 también tiene para ALBANESE explicación dado el contenido del fragmento y su particular atención a los problemas de la *locatio*. Por todo ello ni *PSI XIV 1449 R* ni los estudios sobre él realizados deben justificar ningún cambio en sus conclusiones.

En el fondo tanto WOLFF como ARANGIO-RUIZ consideran que Juliano nunca dudó de la concesión de la *actio ex locato* llegando a este convencimiento en base a las primeras líneas del fragmento. Sin embargo, la reconstrucción ofrecida por ARANGIO-RUIZ y hecha suya por WOLFF tiene muchos visos de verosimilitud, más que la frase *esse actionem ex locato patri eius Iulianus dicit* deba atribuirse sin más a Juliano es lo que no le parece tan claro a ALBANESE (44).

Este romanista considera que bajo un punto de vista lógico y corroborando la afirmación ya hecha por WOLFF se debe sostener la tesis de una explicación previa por parte de Ulpiano -que es la que no nos ha llegado- en la que se exponía el caso propuesto por Juliano y por ello nada más natural que suponer un análisis del

44) ALBANESE, *op. cit.*, p. 175.

pensamiento de Juliano en el que se hiciera distinción entre la hipótesis de una disminución del aprendiz ocasionada por *nimia saevitia* (D. 9,2,6, Paul. 22 *ad ed.*) y la hipótesis de una idéntica disminución ocasionada por el fatal accidente y todo ello en relación con la naturaleza *ex fide bona* del *iudicium locati*.

ALBANESE, por no ser menos, hace también una conjetura de lo que, según parece, pudiera haber dicho la parte desconcida del fragmento y a tal fin propone la siguiente reconstrucción: El fragmento reproduciría D. 19,2,13,4 en el tramo: *Item Iulianus l. 86 digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei cervicem [-] percussit, ut ei oculus effunderetur*, distinguiendo Juliano entre el caso de una lesión debida a una normal *castigatio* de aquella que produce una lesión *supra modum* y sugiere en esta segunda hipótesis *igitur competere actionem ex locato patri eius Iulianus dicit*. La *g* aislada, según parece, bien podría decir **igitur**; *competere* y *actionem* aparece tanto en D. 9,2,5,3 como en D. 19,2,13,4 relacionados con la *actio iniuriarum* y con la *actio ex locato*. Existe, como puede apreciarse, una gran similitud entre la conjetura propuesta y la redacción del fragmento D. 9,2,5,3.

En este fragmento, nos dice ALBANESE, debe destacarse un doble aspecto. En primer lugar la posición por así llamarla, *n e u t r a l* de Juliano frente al caso propuesto. No se aprecia en él el más mínimo rastro de sevicia por parte del maestro ni tampoco la supuesta vehemencia: en segundo lugar el *igitur* ulpiniano. Lo primero nos hace suponer el origen espúreo de *tam vehementer* en D. 19,2,13,4 locución que se halla en

pensamiento de Juliano en el que se hiciera distinción entre la hipótesis de una disminución del aprendiz ocasionada por *nimia saevitia* (D. 9,2,6, Paul. 22 *ad ed.*) y la hipótesis de una idéntica disminución ocasionada por el fatal accidente y todo ello en relación con la naturaleza *ex fide bona* del *iudicium locati*.

ALBANESE, por no ser menos, hace también una conjetura de lo que, según parece, pudiera haber dicho la parte desconocida del fragmento y a tal fin propone la siguiente reconstrucción: El fragmento reproduciría D. 19,2,13,4 en el tramo: *Item Iulianus l. 86 digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei cervicem [-] percussit, ut ei oculus effunderetur*, distinguiendo Juliano entre el caso de una lesión debida a una normal *castigatio* de aquella que produce una lesión *supra modum* y sugiere en esta segunda hipótesis *igitur competere actionem ex locato patri eius Iulianus dicit*. La *g* aislada, según parece, bien podría decir *igitur*; *competere* y *actionem* aparece tanto en D. 9,2,5,3 como en D. 19,2,13,4 relacionados con la *actio iniuriarum* y con la *actio ex locato*. Existe, como puede apreciarse, una gran similitud entre la conjetura propuesta y la redacción del fragmento D. 9,2,5,3.

En este fragmento, nos dice ALBANESE, debe destacarse un doble aspecto. En primer lugar la posición por así llamarla, *neutra* de Juliano frente al caso propuesto. No se aprecia en él el más mínimo rastro de sevicia por parte del maestro ni tampoco la supuesta vehemencia: en segundo lugar el *igitur* ulpiniano. Lo primero nos hace suponer el origen espúreo de *tam vehementer* en D. 19,2,13,4 locución que se halla en

estrecha conexión con la resolución legislativa del *dubbio* juliano por parte de los compiladores. Y, por consiguiente, un indicio en favor de la suposición de una redacción original diferente del fragmento *tam vehementer - tenuisse* en D. 19,2,13,4.

De seguir a WOLFF en alguna de sus conclusiones defenderíamos también la no autenticidad en D. 9,2,5,3 del fragmento *Dicit igitur - docenti* el cual ALBANESE, por su parte, considera como un argumento de cierto peso a los fines de su demostración, más WOLFF en su juicio se basa en la presunta necesidad de excluir, en base al nuevo documento, la autenticidad de la duda juliana sobre la *actio ex locato*.

ALBANESE rebate a WOLFF argumentando y a tal fin expone: *Primero*: A criterio de WOLFF no es posible atribuir a Ulpiano en esta parte de D. 9,2,5,3 el *igitur* que considera se hallaría fuera de lugar. Tampoco, según el estudioso alemán correspondería este término a los Compiladores. ALBANESE, por su parte, quiere destacar como el *igitur* se encuadra en el texto como elemento imprescindible en el esquema de la argumentación ulpiniana, sobresaliendo del entero contexto como un elemento precioso del *iter* lógico de Ulpiano confirmado por el otro *igitur* precedente de la proposición *Multa - dicendum*, también injustamente condenada por WOLFF lo cual demuestra un claro desconocimiento del pensamiento ulpiniano.

Segundo: Destaca WOLFF la incongruencia que representa en D. 9,2,5,3 la frase *quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti* colocada como justificación de la duda juliana. RICCOBONO y con él ALBANESE atribuían el *dumtaxat* a los

compiladores con lo cual ahorran a Ulpiano una evidente incongruencia expresiva.

Con el propósito de explicar dicha incongruencia los compiladores dieron su solución a la duda de Juliano alterando D. 19,2,13,4. A fin de acoplar su pensamiento con el fragmento D. 9,2,5,3 atribuye WOLFF a la época postclásica la motivación *quia - docenti*. Esta motivación a criterio de ALBANESE, exceptuados pequeños retoques, bien podría ser genuina. En realidad, como nos dice este autor (45), el único argumento para considerarla espúrea lo compone la premisa defendida por WOLFF y ARANGIO-RUIZ de la no autenticidad de la duda juliana sobre la *actio ex locato*, lo cual constituye el punto central de nuestro estudio.

En resumen, los argumentos propuestos por WOLFF no nos parecen convincentes para considerar sospechoso el fragmento *Dicit igitur - docenti* que se halla en D. 9,2,5,3.

Uno de los grandes problemas que se les plantearon a ARANGIO-RUIZ y a WOLFF fué el de poder explicar como la duda atribuida a Juliano sobre la concesión de la *actio ex locato* se vuelve a reproducir, aunque veladamente en D. 19,2,13,4. Para ello nada mejor que estudiar separadamente el pensamiento de cada uno de los romanístas que lo han tratado.

ARANGIO-RUIZ piensa en un origen postclásico de la tan comentada duda lo que le lleva a sospechar de la intervención de tres manos postclásicas en las partes correspondientes de los

45) ALBANESE, *op. cit.*, p. 180.

compiladores con lo cual ahorran a Ulpiano una evidente incongruencia expresiva.

Con el propósito de explicar dicha incongruencia los compiladores dieron su solución a la duda de Juliano alterando D. 19,2,13,4. A fin de acoplar su pensamiento con el fragmento D. 9,2,5,3 atribuye WOLFF a la época postclásica la motivación *quia - docenti*. Esta motivación a criterio de ALBANESE, exceptuados pequeños retoques, bien podría ser genuina. En realidad, como nos dice este autor (45), el único argumento para considerarla espúrea lo compone la premisa defendida por WOLFF y ARANGIO-RUIZ de la no autenticidad de la duda juliana sobre la *actio ex locato*, lo cual constituye el punto central de nuestro estudio.

En resumen, los argumentos propuestos por WOLFF no nos parecen convincentes para considerar sospechoso el fragmento *Dicit igitur - docenti* que se halla en D. 9,2,5,3.

Uno de los grandes problemas que se les plantearon a ARANGIO-RUIZ y a WOLFF fué el de poder explicar como la duda atribuida a Juliano sobre la concesión de la *actio ex locato* se vuelve a reproducir, aunque veladamente en D. 19,2,13,4. Para ello nada mejor que estudiar separadamente el pensamiento de cada uno de los romanístas que lo han tratado.

ARANGIO-RUIZ piensa en un origen postclásico de la tan comentada duda lo que le lleva a sospechar de la intervención de tres manos postclásicas en las partes correspondientes de los

45) ALBANESE, *op. cit.*, p. 180.

textos (46). Hay que recordar que en época postclásica se dió un vivo debate entre defensores y detractores de la *actio ex locato*, basado, según conjetura ARANGIO-RUIZ en concesiones totalitarias de las relaciones laborales.

En D. 19,2,13,4, pues, se apreciaría la mano de un defensor postclásico de la responsabilidad *ex locato* que habría interpolado *quamvis - tenuisse*.

En D. 9,2,5,3, en cambio, un opositor a la responsabilidad *ex locato* del maestro, habría expresado una duda personal atribuyéndola a Juliano con las palabras *an ex locato dubitat, quia castigatio concessa est docenti*. Posteriormente una tercera mano habría determinado un cambio de la situación: un tercer glosador partidario de la concesión de la *actio ex locato* habría añadido la aclaración *levis dumtaxat*. A pesar de la evidente imposibilidad lógica que existe de atribuir la alteración a los compiladores la hipótesis de ARANGIO-RUIZ resulta muy forzada, pues estos, que duda cabe hubieran evitado el contrasentido que supone la concesión de la acción en D. 19,2,13,4 y la simple duda al respecto que hallamos en D. 9,2,5,3, nos dice ALBANESE (47).

A ALBANESE le plantea serias dudas el pensamiento de ARANGIO-RUIZ. En primer lugar no le parece probable que las supuestas alteraciones se haya podido desarrollar en base a textos que atrajeron especialmente la atención de los compiladores en relación con los problemas aquilianos, sin que estos hayan

46) ARANGIO-RUIZ, *Di nuovo...*, p. 282 ss.

47) ALBANESE, *op. cit.*, p. 180.

La parte *quamvis - tenuisse* ausente en *PSI XIV 1449 R* deriva sustancialmente para él o de D. 9,2,5,3 -en donde las palabras: *an ex locato, dubitat* son tanto para él como para ALBANESE genuinas, a diferencia de lo que sucede con ARANGIO-RUIZ y con WOLFF- o de la parte inicial del pergamino que no ha llegado a nosotros.

La inserción en D. 19,2,13,4 del trozo *quamvis - tenuisse* es atribuida por WIEACKER a los compiladores, o bien, a glosadores de la tarda edad prejustiniana con valor meramente formal. "Danach bleibt nur die (für unser Gesamtthema) entscheidende Frage, ob D *quamvis - tenuisse*, von einem anderen (vielleicht späteren) vorjustinianischen Bearbeiter stammt oder erst von den Kompilatoren", nos dice (51).

En cambio la hipótesis de una laguna en D. 9,2,5,3 entre *dubitat* y *quia* no le parece persuasiva a ALBANESE ; "Dann gibt es aber für den jetzt unsinnigen Text von D. 9,2,5,3 *dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti* nur eine Erklärung : hinter *dubitat* ist Text ausgefallen, der den Einwand des *ius castigandi* und die Zurückweisung dieses Arguments durch Julian enthielt" (52).

Suponer tal laguna parece necesario a WIEACKER para explicar el contraste que le parece existir entre la duda juliana sobre la concesión de la *actio ex locato* en D. 9,2,5,3 -*an ex locato dubitat - docenti-* y la incondicional concesión de la misma

51) WIEACKER, *Textstufen...*, cit., p. 259.

52) WIEACKER, *Textstufen...*, cit., p. 261.

La parte *quamvis - tenuisse* ausente en *PSI XIV 1449 R* deriva sustancialmente para él o de *D. 9,2,5,3* -en donde las palabras: *an ex locato, dubitat* son tanto para él como para ALBANESE genuinas, a diferencia de lo que sucede con ARANGIO-RUIZ y con WOLFF- o de la parte inicial del pergamino que no ha llegado a nosotros.

La inserción en *D. 19,2,13,4* del trozo *quamvis - tenuisse* es atribuida por WIEACKER a los compiladores, o bien, a glosadores de la tarda edad prejustiniana con valor meramente formal. "Danach bleibt nur die (für unser Gesamtthema) entscheidende Frage, ob *D. quamvis - tenuisse*, von einem anderen (vielleicht späteren) vorjustinianischen Bearbeiter stammt oder erst von den Kompilatoren", nos dice (51).

En cambio la hipótesis de una laguna en *D. 9,2,5,3* entre *dubitat* y *quia* no le parece persuasiva a ALBANESE; "Dann gibt es aber für den jetzt unsinnigen Text von *D. 9,2,5,3 dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti* nur eine Erklärung: hinter *dubitat* ist Text ausgefallen, der den Einwand des *ius castigandi* und die Zurückweisung dieses Arguments durch Julian enthielt" (52).

Suponer tal laguna parece necesario a WIEACKER para explicar el contraste que le parece existir entre la duda juliana sobre la concesión de la *actio ex locato* en *D. 9,2,5,3 -an ex locato dubitat - docenti-* y la incondicional concesión de la misma

51) WIEACKER, *Textstufen...*, cit., p. 259.

52) WIEACKER, *Textstufen...*, cit., p. 261.

acción por parte del mismo jurista que le parece surgir del pergamino hallado -*esse actionem ex locato patri eius Iulianus dicit-*.

Más para ALBANESE, si se admite la laguna inicial en *PSI XIV 1449 R* y la genuinidad sustancial del trozo *quamvis - tenuisse* en *D. 19,2,13,4*, la hipótesis más verosímil es la de suponer en *D. 9,2,5,3* la interpolación compilatoria de *dumtaxat* o de *levis dumtaxat*.

La hipótesis de la laguna que nos plantea WIEACKER más que de ideas formales parece que le nace de la idea de una presunta e incondicional concesión de la *actio ex locato* que aflora en *PSI XIV 1449 R*.

De la misma idea ARANGIO-RUIZ ha deducido el origen postclásico tardío de toda duda existente sobre la *actio ex locato* tanto en *D. 19,2,13,4* como en *D. 9,2,5,3*. WOLFF llegó igualmente a la conclusión de un origen no juliano, si bien clásico de la duda en ambos fragmentos. WIEACKER asume su particular punto de vista y considera que Juliano no había dudado nunca de la concesión de la *actio ex locato*, si bien no nos cabe la menos duda de que se le planteó el obstáculo de la *facultas castigandi*. Más es fácil observar que se arriesgó a caer en la trampa de un juego de palabras: dudar, sustancialmente no puede considerarse otra cosa que ponerse un obstáculo (53).

53) ALBANESE, *op. cit.*, p. 184 nt. 27; 185.

WIEACKER admite la existencia de una duda juliana, ya que defiende el *an ex locato, dubitat* de D. 9,2,5,3 y el *quamvis tenuisse* de D. 19,2,13,4 ; excluye la existencia de la duda para defender la presunta concesión segura e incondicional que resulta de *PSI XIV 1449 R*.

Para ALBANESE la hipótesis tiene que ser más sencilla. Que Ulpiano hubiera podido narrar en D. 9,2,5,3 -*sedes materiae* de la *lex Aquilia* y no de la *actio ex locato*- el pensamiento de Juliano sobre la acción contractual con la expresión sintética : *an ex locato, dubitat, quia [-] castigatio concessa est docenti*, le parece perfectamente compatible : a) con la concesión originaria más verosímil de Juliano que distingue entre la hipótesis del encegamiento seguido, desgraciadamente, de un gesto de normal *castigatio* y la hipótesis de un encegamiento seguido de un bestial e inadmisibile comportamiento represivo del *magister* ; b) con la parte equivalente en D.19,2,13,4 -*ex locato - tenuisse*-, que claramente contiene *in se* la duda que se puede plantear y la *ratio*, el motivo de ambas decisiones según se configurasen los hechos ; y c) con *PSI XIV 1449 R* ampliamente mutilado en su principio.

Sea como fuere el punto más importante a destacar es el consenso con WIEACKER, junto con otros romanistas, respecto al origen juliano de los fragmentos injustamente sospechosos para otros que se hallan en D. 9,2,5,3 y D. 19,2,13,4.

WIEACKER admite la existencia de una duda juliana, ya que defiende el *an ex locato, dubitat* de D. 9,2,5,3 y el *quamvis tenuisse* de D. 19,2,13,4; excluye la existencia de la duda para defender la presunta concesión segura e incondicional que resulta de *PSI XIV 1449 R*.

Para ALBANESE la hipótesis tiene que ser más sencilla. Que Ulpiano hubiera podido narrar en D. 9,2,5,3 *-sedes materiae* de la *lex Aquilia* y no de la *actio ex locato*- el pensamiento de Juliano sobre la acción contractual con la expresión sintética: *an ex locato, dubitat, quia [-] castigatio concessa est docenti*, le parece perfectamente compatible: a) con la concesión originaria más verosímil de Juliano que distingue entre la hipótesis del encegamiento seguido, desgraciadamente, de un gesto de normal *castigatio* y la hipótesis de un encegamiento seguido de un bestial e inadmisilbe comportamiento represivo del *magister*; b) con la parte equivalente en D.19,2,13,4 *-ex locato - tenuisse-*, que claramente contiene *in se* la duda que se puede plantear y la *ratio*, el motivo de ambas decisiones según se configurasen los hechos; y c) con *PSI XIV 1449 R* ampliamente mutilado en su principio.

Sea como fuere el punto más importante a destacar es el consenso con WIEACKER, junto con otros romanistas, respecto al origen juliano de los fragmentos injustamente sospechosos para otros que se hallan en D. 9,2,5,3 y D. 19,2,13,4.

Nos resta por comentar las posibilidades de aplicación de la *actio legis Aquiliae*, ya sea directa o útil, al caso que nos ocupa.

Para ello, como ya hemos hecho en los otros casos traeremos a colación los tres fragmentos estudiados.

D. 9,2,5,3	D. 19,2,13,4	<i>PSI XIV 1449 R</i>
<i>Si...vulnerabit servum vel occiderit... an Aquilia teneatur quasi damnum iniuria dederit?</i>	<i>Item Iulianus l. 86 dig. scripsit.</i>	
<i>Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverit discipulum in disciplina.</i>	<i>sed et de Aquilia supra diximus.</i>	<i>se-] d et de Aquil[ia quid sen-] tiamus alio [(com)- m(en)tario tradi-] dimus.</i>
<i>Sed lege Aquilia agi posse non dubito.</i>		

En el primero de los tres fragmentos, es decir, en D. 9,2,5,3 se cita por tres veces la *lex Aquilia*. Las dos primeras citas se relacionan estrechamente entre si, la tercera tiene un alcance totalmente diferente.

Quien dañara o matara un esclavo, se pregunta Ulpiano, ¿responderá por la *lex Aquilia*, como si *quasi damnum iniuria*

dederit ? Ciertamente, así respondería quien procediera en la forma prevista en el texto, pues no olvidemos que se trata de un esclavo. Ulpiano halla una respuesta a su pregunta en Juliano, quien había resuelto el problema con su habitual maestría. Más ¿cual es el exácto significado y valor que encierra este *quasi* ? La doctrina se ha planteado seriamente la cuestión para poder adivinar con precisión su alcance. Para SCHIPANI no se trata en este supuesto precisamente de un *damnum iniuria* el que se causo, antes bien, de un daño por el cual el sujeto agente queda obligado *Aquilia teneatur, quasi* (54).

La frase *sed - non dubito*, que tiene todas las trazas de no ser ulpiniana, sino fruto de una brusca interrupción por parte de los compiladores, los cuales sustituyeron las conclusiones ulpinianas con este horrible final (55), se refiere no a las circunstancias antes vistas de un esclavo, sino que lo hace extensible al caso de un muchacho ingenuo y *filius familiae* con lo cual la *actio legis Aquiliae directa* no es de aplicación, siéndolo, en cambio, una *actio legis Aquiliae utilis* que sería una acción con formula *in factum* inspirada en principios aquilianos : *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*.

El problema de la extensión de la *actio utilis legis Aquiliae* para las lesiones sufridas por un *filius familiae* se reavivó con la aparición del *PSI XIV 1449 R* ya que este nos ofrece mayor valor por las orientaciones que nos facilita sobre la clasicidad de

54) SCHIPANI, *op. cit.*, p. 295.

55) ALBANESE, *op. cit.*, p. 179 ; SCHIPANI, *op. cit.*, p. 281 ; 288 nt. 37 ; ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, pp. 148 ; 149.

dederit? Ciertamente, así respondería quien procediera en la forma prevista en el texto, pues no olvidemos que se trata de un esclavo. Ulpiano halla una respuesta a su pregunta en Juliano, quien había resuelto el problema con su habitual maestría. Más ¿cual es el exácto significado y valor que encierra este *quasi*? La doctrina se ha planteado seriamente la cuestión para poder adivinar con precisión su alcance. Para SCHIPANI no se trata en este supuesto precisamente de un *damnum iniuria* el que se causo, antes bien, de un daño por el cual el sujeto agente queda obligado *Aquilia teneatur, quasi* (54).

La frase *sed - non dubito*, que tiene todas las trazas de no ser ulpiniana, sino fruto de una brusca interrupción por parte de los compiladores, los cuales sustituyeron las conclusiones ulpinianas con este horrible final (55), se refiere no a las circunstancias antes vistas de un esclavo, sino que lo hace extensible al caso de un muchacho ingenuo y *filius familiae* con lo cual la *actio legis Aquiliae directa* no es de aplicación, siéndolo, en cambio, una *actio legis Aquiliae utilis* que sería una acción con formula *in factum* inspirada en principios aquilianos: *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*.

El problema de la extensión de la *actio utilis legis Aquiliae* para las lesiones sufridas por un *filius familiae* se reavivó con la aparición del PSI XIV 1449 R ya que este nos ofrece mayor valor por las orientaciones que nos facilita sobre la clasicidad de

54) SCHIPANI, *op. cit.*, p. 295.

55) ALBANESE, *op. cit.*, p. 179; SCHIPANI, *op. cit.*, p. 281; 288 nt. 37; ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, pp. 148; 149.

la *actio utilis legis Aquiliae* (56) que por las hipótesis y conjeturas de todo orden a que ha dado lugar.

En D. 19,2,13,4 hallamos una frase que por si sola carece de sentido. Me refiero a la expresión *sed et de Aquilia supra diximus*. ¿Supra? ¿Donde? Evidentemente en el mismo fragmento no. Para TALAMANCA (57) este *supra* se refiere a D. 9,2,5,3 y el *diximus* lo constituye, lógicamente, el contenido de dicho último fragmento. Pues bien, para WIEACKER la supresión en D. 9,2,5,3 de la parte del fragmento que se hallaba entre *dubitat* y *quia levis* se debe a la desafortunada supresión que de él realizaron los compiladores. La misma alteración se produjo en D. 19,2,13,4 perdiendo de esta manera ambos textos paralelos su coherencia interna, de tal manera que la frase *sed et de Aquilia supra diximus*, la cual, como vengo diciendo, aisladamente no tiene sentido ni razón de ser, se justifica, según WIEACKER por referirse a una frase de la que dispusieron los compiladores pero que suprimieron posteriormente en la reelaboración de los textos. Al parecer de WIEACKER esta expresión *sed - diximus* que hallamos en D. 19,2,13,4 no corresponde a Ulpiano.

En el tercero de los fragmentos estudiados nos aparece la locución *de Aquilia quid sentiamus*. Esta expresión que resulta de la reconstrucción -integración- llevada a cabo por ARANGIO-RUIZ de la línea 8 presupone atribuir a Ulpiano una opinión

56) ALBANESE, *op. cit.*, p. 186.

57) TALAMANCA, Observación hecha en el coloquio posterior a la exposición de mi ponencia en el Congreso de la SIHDA, antes referido.

propia respecto a lo que en verdad resulta ser una originalísima innovación juliana en materia aquiliana. La importancia que daba Ulpiano en los dos lugares distintos de su comentario al Edicto a la discusión juliana, junto a la transcripción de sus citas casi literales a la par que la innegable categoría del jurisconsulto adrianeo, nos garantizan, dice ALBANESE (58), la particular originalidad de la solución propuesta por Juliano. Que la solución se refiera precisamente a la *lex Aquilia* es indudable aunque solamente fuere por el hecho de que el caso proviene del *liber* 86 de su Digesto. Que la solución de Juliano consistió en la aplicación a los libres de la *actio legis Aquiliae utilis* resulta de entre muchas otras cosas del segundo escolio que hallamos en *PSI XIV 1449 R*: [Ἐ]ν τῷ *Aqui-llio* τῶν *de liud(iciis)*. Ἐδέξα-ιτο δὲ ἐκ ἰτοῦ(του) εἶναι *A-lquil(ιον)* οὐτ(ίλιον)] (59). Resulta paradójico apreciar que el segundo escolio se refiere a la primera parte del fragmento conocido y no a la segunda como hubiera sido lo normal.

Mientras al parecer de ARANGIO-RUIZ (60) la frase *sed - diximus* de D. 19,2,13,4 se acopla bastante bien a la *non - dubito* del fragmento D. 9,2,5,3 la mayor complejidad de la frase elaborada efectivamente por Ulpiano *se]d et de Aquil[ia quid sen]tiamus alio [(com)m(en)tario tradi]dimus* demanda en el *alius commentarius* un examen más minucioso.

58) ALBANESE, *op. cit.*, p. 170.

59) ALBANESE, *op. cit.*, p. 169 nt. 8.

60) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, p. 148 y nt. 15.

propia respecto a lo que en verdad resulta ser una originalísima innovación juliana en materia aquiliana. La importancia que daba Ulpiano en los dos lugares distintos de su comentario al Edicto a la discusión juliana, junto a la transcripción de sus citas casi literales a la par que la innegable categoría del juriconsulto adrianeo, nos garantizan, dice ALBANESE (58), la particular originalidad de la solución propuesta por Juliano. Que la solución se refiera precisamente a la *lex Aquilia* es indudable aunque solamente fuere por el hecho de que el caso proviene del *liber* 86 de su Digesto. Que la solución de Juliano consistió en la aplicación a los libres de la *actio legis Aquiliae utilis* resulta de entre muchas otras cosas del segundo escolio que hallamos en PSI XIV 1449 R: [Ἐ]ν τῷ *Aqui-llio* τῶν *de Iud(i)ciis*. Ἐδέξα-ιτο δὲ ἐκ τοῦ(του) εἶναι *A-liquil(i)ov* οὐτ(λίov)] (59). Resulta paradójico apreciar que el segundo escolio se refiere a la primera parte del fragmento conocido y no a la segunda como hubiera sido lo normal.

Mientras al parecer de ARANGIO-RUIZ (60) la frase *sed diximus* de D. 19,2,13,4 se acopla bastante bien a la *non dubito* del fragmento D. 9,2,5,3 la mayor complejidad de la frase elaborada efectivamente por Ulpiano *se]d et de Aquil[ia quid sen]tiamus alio [(com)m(en)tario tradi]dimus* demanda en el *alius commentarius* un examen más minucioso.

58) ALBANESE, *op. cit.*, p. 170.

59) ALBANESE, *op. cit.*, p. 169 nt. 8.

60) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, p. 148 y nt. 15.

Es indudable que hoy día son prácticamente inexistentes los romanistas que frente al problema dogmático planteado por Ulpiano admiten la tesis de la aplicación en nuestro supuesto de la *actio legis Aquiliae directa* (61), muchos, en cambio, son los que no ven viable la concesión de esta acción en favor del padre de familia por las lesiones causadas a su hijo ingénuo, ya que su aplicación procede únicamente en el caso de daños a las *res in patrimonio* y particularmente a los *servi* y *pecudes*.

La tesis sustentada por la gran mayoría de la doctrina actual y que podemos considerar como *communis opinio*, consiste en negar la *actio legis Aquiliae directa* facultando, sin embargo, al Pretor para elaborar una fórmula que persiga la misma finalidad como es el caso de una *actio utilis* o *ad exemplum legis Aquiliae* como ya indique en líneas anteriores.

Por todo ello apoyamos nosotros también la tesis de que ya Ulpiano negó la *actio legis Aquiliae directa* reconociendo, en cambio, la aplicabilidad de la *actio legis Aquiliae utilis*. Mientras MAYER-MALY sostiene que "die herrschende Lehre hält alle *actiones legis Aquiliae* wegen Verletzung oder Tötung freier Menschen für nachklassisch" (62), WIEACKER admite una "in hochklassische Zeit früh einsetzende Erstreckung einer *actio legis Aquiliae (utilis)* auf die Verletzung freien Personals" (63).

61) ARANGIO-RUIZ, *Frammenti...*, p. 148 nt. 14.

62) MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, p. 188 y nt. 55; SANFILIPPO, *Ann. Catania* 5 (1951).

63) WIEACKER, *Textstufen...*, *cit.*, p. 262.

La concurrencia de la *actio legis Aquiliae* con la *actio ex locato* se debe a que con la primera por tratarse de una acción penal y reipersecutoria, como nos recordaba CORREA, son reclamables del maestro agresor tanto los daños por la pérdida del ojo como la compensación económica de los gastos de curación mientras que con la segunda se reclamaran las responsabilidades personales por los daños causados.