

LA ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDADES EX DELICTO EN EL CÓDIGO DE LAS «SIETE PARTIDAS»*

ANTONIO DÍAZ BAUTISTA**

Como es sabido, las acciones penales en Derecho Romano eran acumulables en un doble sentido: en primer lugar, se acumulaban libre o alternativamente, con las acciones reipersecutorias de resarcimiento¹, en segundo lugar, cuando el delito era cometido por varios co-delincuentes, cada uno de ellos debía pagar la pena por

* Este trabajo fue presentado por su autor en la XLVème Session de la Société Internationale «Fernand de Visscher» pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité, celebrada en Miskolc (Hungría) en septiembre de 1991, y se publicará en las Actas de este Congreso.

** Facultad de Derecho, Universidad de Murcia.

1 Así, la *actio furti* con la *rei vindicatio* y la *condictio furtiva*, Gai. 4,8; Ulp. 42 Sab. D. 47,2,48 pr.; Iul 22 dig. D. 47,2,55,3; CJ. 6,2,12,1 (Diocl. 293); Ulp. 38 ed. D. 47,4,1,17. La *actio legis Aquiliae*, y sus complementarias, con la *reivindicatoria*, Ulp. 16 ed. D. 6,1,13; con la *condictio furtiva*, Ulp. 43 Sab. D. 47,1,2,3; con las acciones contractuales derivadas del arrendamiento, Gai. 10, ed. prov. D. 19,2,25,5; Paul. 18 ed. D. 12,2,28,6; Herm. 2 iur. epit. D. 44,7,32; Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 19,2,30,2; Paul. 21 ed. D. 19,2,43; Ulp. 18 ed. D. 9,2,7,8; Gai. 7 ed. prov. D. 9,2,8 pr.; Ulp. 18 ed. D. 9,2,27,29; Ulp. 18 ed. D. 9,2,27,35; Ulp. 32 ed. D. 19,2,13; Ulp. 5 ed. D. 19,2,41; Ulp. 18 ed. D. 9,2,27,9; Ulp. 18 ed. D. 9,2,27,11=Coll. 12,7,9; Ulp. 18 ed. 19,2,27,14; Ulp. 18 ed. D. 9,2,27,34; con la *actio commodati*, Gai. 9 ed. prov. D. 13,6,18,1; Ulp. 28 ed. D. 13,6,7,1; Paul. lib. sing. de conc. act. D. 44,7,34,2; con la *actio depositi*, Gai. 9 ed. prov. D. 13,6,18,1; con la *actio pro socio* Ulp. 30 Sab. D. 17,2,47,1; Paul. 6 Sab. D. 17,2,48; Ulp. 31 ed. D. 17,2,49; Paul. 6 Sab. D. 17,2,50; con *actio pignoratitia*, Paul. 10 Sab. D. 9,2,18. Vid LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen* 1, 1918, pp. 416 y ss. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel Diritto romano classico*, 1939, pp. 121 y ss. DÍAZ BAUTISTA, *Acciones penales de daño en la locatio-conductio*, en el libro *Derecho y Proceso*, 1980, pp. 69 a 90.

entero², lo que no sucedía, evidentemente, en las acciones reipersecutorias ya que el resarcimiento del daño no se podía realizar más que una vez.

Pero el carácter pecuniario de las penas establecidas en Roma para los delitos privados favorecía la confusión entre pena y resarcimiento ya que ambos consistían en el pago de una suma de dinero. Esta confusión era aún más fácil en el caso de la *actio legis Aquiliae* y sus complementarias, puesto que la pena pecuniaria era una estimación del valor máximo de la cosa dañada durante el período establecido (un año o tres meses)³. Evidentemente, la condena derivada de la *actio legis Aquiliae* era una pena y no un resarcimiento del daño, porque el valor máximo de la cosa en el período establecido podía ser superior a la estimación del perjuicio patrimonial realmente causado⁴, pero, en la práctica, debía ser frecuente que ambas magnitudes fuesen bastante próximas, y por ello

2 La regla de la cumulatividad de la pena entre co-delinquentes no aparece enunciada con carácter general en las fuentes, la formulación más genérica se puede encontrar a propósito de la responsabilidad noxal en *Ulp. 3 ed. D. 9,4,5 pr.* cuando todos los conductores del esclavo delincente eran sabedores del delito, cualquiera de ellos será responsable sin posibilidad de entrega noxal, del mismo modo que si varios delinquieren y se mandara a uno no se libera el otro ...*quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur*. Son muy abundantes las aplicaciones de la cumulatividad en cada una de las concretas acciones penales. Así para la *actio iniuriarum* *Gai. 13 ed. prov. D. 47,10,34; Ulp. 57 ed. D. 47,10,3-6*. Para la *actio iniuriarum* y la de *albo corrupto* *Paul. 3 ed. D. 2,1,9*. Para la de *albo corrupto* *Ulp. 3 ed. D. 2,1,7,5; Gai. 1 ed. prov. D. 2,1,8*. Para la *actio furti* *Pomp. 38 ad. Q. Muc. D. 47,2,77,1 in fine; Jul. 86, dig. D. 9,2,51,2 in fine; Paul. 40 Sab. D. 47,2,21,9; Ulp. 38 ed. 47,4,1,19, C.J. 4,8,1 (Diocl. 294); Ulp. 38 ed. D. 47,6,1 pr.-2* señala el régimen especial para el hurto cometido por varios esclavos del mismo dueño, vid. texto *infra* n. 30. Para la *actio legis Aquiliae* *Ulp. 18 ed. D. 9,2,11,2-3 y Iul. 86 dig. D. 9,2,51*, que se comentarán más adelante; *Ulp. 18 ed. D. 9,2,11,4*. Para la *actio arborum furtim caesarum* *Pomp. 20 Sab. D. 47,7,6 pr.* Aunque no se trate de una acción penal stricto sensu, la cumulatividad se da también en el interdicto *quod vi aut clam*, *Ulp. 71 ed. D. 43,24,15,2*. Para la acción *in factum* contra el que impide por la fuerza que el llamado a juicio comparezca *Ulp. 5 ed. D. 4,7,5,3*. En cambio, cuando se impide con dolo que comparezca el demandado se establece la solidaridad y no la cumulatividad *Ulp. 7 ed. D. 2,10,1,4*. También se da solidaridad pasiva pero no cumulatividad en la acción por el cobro ilícito de varios publicanos *Mod. 2 de poen. D. 39,4,6*. Vid. LEVY, *op. cit.*, pp. 476 a 501; LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, 1972, p. 239.

3 *Gai. 3,210; 217; Inst. 4,3,13; Gai. 7 ed. prov. D. 9,2,2*.

4 *Gai. 4,6* habla de acciones que persiguen *rem et poenam*, pero en 4,9 considera que estas acciones, entre las que incluye la *actio legis Aquiliae* son las que crecen al *duplum* contra el *infittians*, argumento inaceptable porque parece concebir que la misma acción sea reipersecutoria cuando el demandado admitiera la comisión del delito y penal cuando lo negara. El carácter penal de la *actio legis Aquiliae* no deriva de la eventual litisescrescencia por *infittatio* que no depende del delito cometido sino de la mala conducta del demandado en el proceso, es una sanción procesal que no modifica la naturaleza de la acción. Vid. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, 1971, pp. 26 y ss. Que la acción de la ley Aquilia es penal y no reipersecutoria se justifica, entre otras varias razones porque la condena alcanza al valor máximo

se consideró que la pena de la ley Aquilia comprendía también el resarcimiento. De ahí que se diera la acción penal en concurrencia alternativa, a elección del actor, con las reipersecutorias⁵, aunque no han faltado opiniones aisladas, pero tan respetables como las de SCHULZ y VON LÜBTOW, que han supuesto una acumulación libre para la época clásica y han considerado post-clásicas todas las referencias a la alternatividad o concurrencia electiva⁶.

La confusión entre la pena de la Ley Aquilia y el resarcimiento del daño hacía incomprensible la acumulación de responsabilidades penales entre los varios co-delinquentes. Mientras la condena aquiliana se consideraba pena, resultaba muy claro que cada uno de los varios co-delinquentes debía pagarla por entero, ya que cada uno cumplía «su» castigo por «su» delito. Pero en cuanto se empezó a pensar que la condena *ex actione legis Aquiliae* era un resarcimiento del daño causado, la acumulación carecía de sentido, pues la reaparición del daño no se puede realizar varias veces. Por eso en la Recepción medieval, cuando la confusión se había consumado, se cambió el principio de acumulación por el contrario: si uno pagaba la pena los demás se liberaban de ella.

Analizaremos un ejemplo muy significativo de cómo operó esta confusión entre pena y resarcimiento en el desarrollo romano y en la transmisión medieval española, a partir de uno de los temas tópicos de la jurisprudencia: la muerte de un esclavo a manos de varios co-delinquentes cuando no se puede determinar exactamente cuál de ellos causó la muerte.

La cuestión se había planteado también para el crimen de homicidio de un hombre libre en la *lex Cornelia de sicaris et veneficiis*, según un texto que aparece en Paul. Sent. 5,23,4 = Coll. 1,7,2:

de la cosa dañada en el período establecido lo cual puede ser superior al daño realmente causado; no se obliga, pues, al juez a hacer una estimación del perjuicio patrimonial causado a la víctima, como habría sido normal en una acción de resarcimiento. La doctrina correcta se encuentra en las Instituciones de Justiniano (4,6,18-19) donde al considerar estas acciones «mixtas», que persiguen la pena y la reparación, incluye entre ellas la *actio legis Aquiliae non solum si adversus infitiantem in duplum agatur sed interdum et si in simplum quisque agit*, reconociendo que la condena puede alcanzar a una cantidad mayor que el daño producido *veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit*.

5 Se enuncia este principio con carácter general para la concurrencia con las acciones derivadas de la prenda, el comodato y el depósito en *Gai. 9 ed. prov. D. 13,6,18,1*, las aplicaciones concretas son abundantes. Algunos autores antiguos creyeron que la prestación por el delincuente de la responsabilidad contractual impedía la acción de la ley Aquilia, posición rebatida por CASTELLARI, Della *lex Aquilia ossia del danno dato*, en *Archivio Giuridico*, 22 (1879), 342 y ss.

6 SCHULZ, *Derecho romano Clásico*, trad. esp. 1960, pp. 41 y 564-565; VON LÜBTOW, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

Quod si in rixa percussus homo perierit, quoniam ictus quoque ipsos contra unumquemque contemplari oportet, ideo humiliores in ludum aut in metallum damnantur, honestiores dimidia parte bonorum multati relegantur.

parcialmente recogido en Paul. 5 sent. D. 48,8,17:

Si in rixa percussus homo perierit, ictus unius cuiusque in hoc collectorum contemplari oportet.

En estos textos se señala cómo se han de tomar en consideración (*contemplari*) las heridas sufridas por los propios agresores, posiblemente para averiguar si actuaron en defensa propia, pero el fragmento de las *Sententiae* y la *Collatio*, al señalar el castigo público, el circo o las minas para los *humiliores* y la confiscación de la mitad de los bienes para los *honestiores*, parece evidente que lo refieren a cada uno de los culpables por separado. En materia de crimen no hay la menor duda sobre el carácter punitivo del castigo.

Cuando el delito consistía en la muerte de un esclavo ajeno a manos de varios agresores, no era ya un *crimen* sino un *delictum privatum*, que engendraba la obligación de pagar una pena pecuniaria al dueño del esclavo muerto, con arreglo al capítulo primero de la *lex Aquilia*: el valor máximo que el esclavo hubiese alcanzado durante el año anterior. Esta estimación podría ser superior al perjuicio patrimonial realmente causado al dueño, como acertadamente puntualizan las Instituciones de Justiniano⁷ pero era muy fácil para los no juristas confundir la condena penal con el resarcimiento del daño. Pero, naturalmente, una condena penal recaía por entero sobre cada uno de los co-delincuentes mientras que la reparación del daño no se podría acumular entre ellos. Por esto los textos del Digesto relativos a esta cuestión muestran con cierta insistencia la necesidad de subrayar el carácter punitivo de la pena y su acumulación cuando eran varios los co-delincuentes.

Iul. 86 dig. D. 9,2,5 se plantea el problema. Comienza el principio del fragmento con el caso, evidentemente algo rebuscado, de un esclavo herido de tal manera que se sabe con certeza que va a morir. Antes de su muerte es instituido heredero por un testador, que no era su dueño, con lo cual el dueño adquiriría una expectativa de recibir para él la herencia que correspondía a su esclavo. Pero, después de haber sido instituido heredero, otro agresor hería de nuevo al infortunado esclavo causando su muerte. Se pregunta si el *dominus* del esclavo podría demandar con la *actio legis Aquiliae* por la muerte del esclavo a

⁷ Vid. *supra* n. 4.

ambos delincuentes. Juliano responde descartando la opinión vulgar de que mata el que produce la causa de la muerte, y puntualiza que, con arreglo a la interpretación de la Ley Aquilia, mata quien emplea la fuerza y por su mano produce la causa de la muerte, y que, además son responsables, no sólo los que producen heridas que privan de la vida inmediatamente, sino también aquellos que producen heridas a consecuencia de las cuales la víctima perderá la vida. Por tanto, continúa, cuando uno hirió al esclavo con una herida mortal y en el intervalo antes de su muerte otro lo volvió a herir de manera que muriese antes de lo que habría tardado en morir por la primera herida, uno y otro serán responsables con arreglo a la Lex Aquilia.

Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum; medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit, respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede, rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum; igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri.

Pero Juliano se da cuenta de que esta solución, que entraña un doble pago del valor del esclavo muerto, puede resultar sorprendente, y comienza en el parágrafo 1 una larga justificación acudiendo a la autoridad de los *veteres* quienes establecieron que, cuando entre varios habían herido a un esclavo y no se sabía de qué herida había muerto, todos serían responsables por la ley Aquilia.

Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt.

Pero, además de este argumento de autoridad, Juliano apoya aún más el carácter penal, y por tanto cumulativo, de la condena precisando en el parágrafo 2 que la suma que ha de pagar cada uno de los co-delincuentes es distinta, puesto que se trata de distintas penas. El que primero hirió mortalmente al esclavo tendrá que pagar el valor máximo del mismo durante el año anterior al

día en que causó la herida, mientras que el segundo pagará también el valor máximo del esclavo durante el año anterior a su muerte, con lo que este precio estará aumentado por el valor de la herencia que el esclavo instituido heredero podría haber adquirido para su dueño. Luego por la muerte del mismo esclavo uno pagará una estimación mayor y otro menor.

Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit; eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minores aestimationem praestabit, ...

Saliendo Juliano al paso de posibles críticas continúa diciendo que nadie se asombre porque se entienda que uno y otro mataron al mismo esclavo en distintos momentos y por distinta causa, y, si alguien considera esto absurdo, piense que resultaría más absurdo que ni el uno ni el otro respondieran por la ley Aquilia, o que uno quedase más obligado que otro, no debiendo quedar impunes los delitos ni determinar cuál de ellos sería más responsable.

...nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur; quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur...

Juliano llega él mismo a pensar que esta solución va *contra rationem* y lo justifica por la *communis utilitas* como sucede en Derecho Civil en innumerables casos:

...multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilite communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest:...

Y cierra la larga argumentación con un ejemplo: cuando varios ladrones sustrajeron una viga ajena, que uno solo no podía transportar, todos están obligados por la *actio furti* aunque, si sutilmente se agotase el razonamiento, se podría decir que ninguno la sustrajo.

*...unum interim posuisse contentus ero, cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possente, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse*⁸.

En suma, para Juliano está muy clara la doctrina clásica de la libre acumulación de responsabilidades *ex lege Aquilia* entre los co-delinquentes, pero pone demasiado empeño en justificarla. Este esfuerzo hace pensar que ya en el siglo II esta acumulación no era bien entendida por la sociedad romana que tendía a confundir la pena con el resarcimiento del daño.

El caso propuesto por Juliano reaparece en *Ulp. 18 ed. D. 9,2,11,2-3* con una formulación más generalizante, propia de la Jurisprudencia clásica tardía. Cuando varios hubieran causado la muerte de un esclavo, si se puede saber quien produjo la herida mortal, éste será responsable de la muerte, pero si no se puede saber, sigue la opinión de Juliano decidiendo que cada uno de ellos deberá pagar la pena de la ley *Aquilia* por entero:

Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus, et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait, ...

Ulpiano se aparta de la opinión de Juliano en el párrafo 3, acogiendo las de Celso y Marcelo, en el sentido de que, si uno produjo la herida mortal y otro remató al esclavo, el primero será responsable por la herida y el segundo por la muerte:

Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit, quod et Marcello videtur et est probabilius.

La consecuencia práctica de seguir la opinión de Juliano o la de Celso-Marcelo-Ulpiano será que, para el primer jurisconsulto ambos agresores pagarán como pena el valor máximo del esclavo durante el año anterior al momento en que lo hirieron, por el contrario, según la opinión de los otros tres juristas, el segundo agresor, que produjo directamente la muerte, pagaría, *ex capite I legis Aquiliae*, el valor máximo durante el año anterior a la muerte, mientras que el primer agresor, sólo responsable de la herida, aunque ésta fuese mortal, pagaría

8 Cfr. *Paul. 40 Sab. D. 47,2,21,9*.

ex capite III legis Aquiliae, el valor máximo del esclavo durante el mes anterior.

Pero Ulpiano, como un siglo antes Juliano, parece verse en la necesidad de subrayar el carácter punitivo de la condena y su libre acumulatividad entre los co-delincuentes y termina el parágrafo 2 con una *regula*:

...et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam et lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

La frase final, *cum sit poena*, insiste en que es pena y no resarcimiento. Evidentemente tiene el aire de un añadido que no aporta una nueva argumentación sino que refuerza lo anterior. Se explica que la literatura romanística de la época hipercrítica sospechara de esta frase como de un tribonianismo⁹. Pero, dejemos a un lado la cuestión, hoy *demodée*, de si esta frase final es genuina o alterada. Parece que, en todo caso, esta frase nos está advirtiendo, otra vez, de que se dudaba sobre el carácter penal, es decir punitivo, de la condena pecuniaria de la ley Aquilia, tendiéndose a confundirlo con el resarcimiento del daño, y, por eso, el jurista tiene que subrayar que no es resarcimiento sino pena.

Si la tendencia a la confusión entre pena y resarcimiento apuntaba ya en la época clásica del Derecho Romano, era inevitable que se consumase en la Edad Media y que se adoptase el principio contrario: si uno de los co-delincuentes paga por la muerte del esclavo ajeno, los otros quedan libres porque el daño ya había sido resarcido. Glosadores y Comentaristas intentaron conciliar la tradición romana, para ellos inadmisibles, con la nueva solución.

Un ejemplo muy patente de esta confusión medieval lo encontramos en el Código de las Siete Partidas, la más importante obra jurídica de la Recepción en España, redactada, según la opinión tradicional bajo la dirección del rey de Castilla Alfonso X el Sabio entre los años 1256 y 1265¹⁰. En el título 15 de la

9 Vid. literatura crítica en el *Index Interpolationum*.

10 Principales ediciones: Alonso Díaz de Montalvo, Sevilla 1491; Gregorio López, Salamanca 1555; Real Academia de la Historia, Madrid 1807. Bibliografía: GARCÍA Y GARCÍA, La tradición manuscrita de las Siete Partidas, en PÉREZ MARTÍN, *España y Europa, un pasado jurídico común*, Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común, Murcia 1986; MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla, especialmente sobre el código de Don Alfonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas*, Madrid, 1808; GARCÍA GALLO, *El libro de las Leyes de Alfonso X el Sabio. Del Espéculo a las Partidas*, AHDE 21-22 (1951-52) 345-528; *Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X*, AHDE 46 (1976) 609-670; *La obra legislativa de Alfonso X, Hechos e hipótesis*, AHDE 54 (1984) 97-161; IGLESIA FERREIROS, *Alfonso X el Sabio y su obra legislativa: algunas reflexiones*, AHDE 50 (1980) 531-561; Alfonso X, su labor legislativa y los historiadores, *Historia Instituciones Documentos* 9

Partida 7 se siguen con bastante fidelidad los principios romanos relativos al delito de daños, incluso recogiendo expresamente el sistema de los capítulos I y III de la Ley Aquilia para la estimación de la pena¹¹. Pero hay que advertir que el Rey Sabio emplea siempre la palabra española «emienda» y no «pena». «Emienda» o, como se dice actualmente, «enmienda» tiene en nuestra lengua un sentido más próximo a la reparación que al castigo. La propia terminología, pues, puede indicar ya que la condena se está mirando más desde la perspectiva indemnizatoria que desde la punitiva. Sin embargo donde la vacilación se muestra más patente es en el tópico tema del esclavo muerto por varios agresores, ignorándose cuál causó la herida mortal. La ley Part. 7,15,15 es un reflejo de los textos de Ulpiano recogidos en D. 9,2,11,2-3 aunque con una importante variación:

Como quando muchos omes se aciertan en fazer daño, matando un sieruo, o bestia, puede ser demandada emienda a caba vno dellos.

(1982) 9-112; *Cuestiones alfonsinas*, AHDE 55 (1985) 95-149; La labor legislativa de Alfonso X el Sabio, en *España y Europa*, cit.; R. CRADDOCK, *La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio* AHDE 51 (1981) 365-418; *The Legislative Works of Alfonso X, el Sabio: a critical bibliography*, Valencia 1986, A. MACDONALD, *Problemas políticos y Derecho alfonsino considerados desde tres puntos de vista* AHDE 54 (1984) 25-53. GARCÍA-BADELL ARIAS, *Bibliografía sobre la obra jurídica de Alfonso X el Sabio y su época (1800-1985)*, *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense (Madrid)* 9 (1985) 287-319. Tomo estos datos de PÉREZ MARTÍN, *Glosas medievales a textos jurídicos hispánicos. Inventario y tipos*, *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, 14-15 (1989-90) 21-22 n. 10.

11 Part. 7,15,18: *Que departimiento ha entre las cosas de que es fecho el daño, e del apreciamiento dellas. Querellandose alguno delante del Judgador, del daño quel fue fecho, por razon de algund sieruo, o de cauallo, quel ouiesse muerto, o de rocin, o de mula, o de asno, o yegua, o de elefante, o de vaca, o de nouillo por domar, o de buey, o de puerco, o de carnero, o de morueco, o de oueja, o de cabron, o de los fijos de alguna destas sobredichas; estonce el Juez deue mandar fazer emienda sobre cada vna dellas, de manera que peche por ella aquel que fizo el daño, tanto, quanto mas podiera valer aquella cosa, desde vn año en ante fasta aquel dia que la mato. E si por auentura el daño que fiziesse en alguna destas bestias, non fuesse de muerte, mas de ferida que rescibiesse alguna, por que se empeorase; o si matassen. o firiessen otras bestias, que non son destas sobredichas; o quemassen, o derribassen, o destruyessen, o fiziesen daño en otra cosa qualquier; estonce, el empeoramiento o la muerte, o el daño, que fuesse fecho en alguna destas cosas, deuelo el Judgador apreciar, e mandar pechar tanto, quanto mas pudiera valer la cosa que rescibio el daño, desde treynta dias ante fasta en aquel dia que fizieron el empeoramiento, o el daño en ella. Ca la emienda de tal daño como este es de tal natura, que siempre cata atras, quanto pudiera valer la cosa en el tiempo pasado, assi como sobredicho es. E la ley que manda este daño assi judgar, es llamada en latin, Lex Aquilia. E este apreciamiento se deue fazer con la jura del que demanda enmienda del daño, luego que fuere prouado delante del Judgador.*

Acertandose muchos omes en matar algund sieruo, o alguna bestia, de guisa, que la fieran todos, e que non sepan ciertamente de qual ferida murio, estonce puede demandar a todos, o a cada vno dellos, qual mas quisiere, que le fagan emienda, pechando la estimación de aquella cosa que le mataron. Pero si emienda recibiere del vno, dende en adelante non la puede demandar a los otros. Mas si pudieren saber ciertamente, de qual ferida murio, e quien fue aquel que gela dio, estonce, puede demandar a aquel que lo mato, que le faga emienda de la muerte el solo; e todos los otros deuen fazer emienda de las feridas.

La última parte del texto, referida al caso en que se conociese exactamente, quién produjo la herida mortal se acoge al argumento de Celso-Marcelo-Ulpiano de D. 9,2,11,3: quién causó la muerte pagará por ella, es decir, el valor máximo en el año, y todos los demás pagarán por las heridas, o sea, el valor máximo durante el mes anterior. En este caso el Monarca castellano mantiene la acumulatividad de responsabilidades entre co-delincuentes, como en la doctrina romana clásica. Pero en la primera parte del texto se aparta de la doctrina clásica de la acumulatividad y establece una solidaridad pasiva entre los co-delincuentes cuando no se puede saber quién produjo la herida mortal. El dueño del esclavo o animal muerto puede demandar a todos o a cada uno de los agresores, pero, si obtiene la condena de uno, los otros quedan liberados. Se produce así en el mismo texto legal una curiosa antinomia: si se sabe quién causó la muerte, la condena tendrá un inequívoco carácter penal y se acumulará con las condenas de los otros delincuentes que hirieron sin matar, por el contrario, si no se llegó a saber quién causó la muerte uno solo pagará la condena y los otros quedarán liberados, como si la condena fuese un resarcimiento y no una pena. Se da el contrasentido de que, si no se conoce al autor de la muerte, el dueño del esclavo o el animal recibirá una sola cantidad, mientras que, si se sabe, recibirá varias: la que pagará el autor de la muerte y las que pagarán todos los demás por las heridas.

La discrepancia entre la Jurisprudencia Romana y la Ley de Partidas no pasó inadvertida al más importante comentarista del Código alfonsino, el Licenciado Gregorio López que redactó en 1555 una extensa glosa latina a las Partidas¹² y

12 SÁNCHEZ ROMÁN, Gregorio López de Tovar († 1560), *Jurisconsultos españoles. Biografías de los ex-Presidentes de la Academia y de los jurisconsultos anteriores inscritos en sus lápidas*, I, Madrid 1911, pp. 31-42. RIAZA, *El primer impugnador de Vitoria: Gregorio López*. Conferencias pronunciadas los días 27 y 28 de enero de 1932, Madrid 1932. GIBERT Y SÁNCHEZ DE LAVEGA, *IV Centenario de Gregorio López, glosador de las Partidas*, Cáceres 1960. MARTÍNEZ CARDOS, *Gregorio López, Consejero de Indias, glosador de las Partidas (1496-1560)*, Oviedo 1960.

señala sobre esta norma que en el texto *sed si plures servum*, (D. 9,2,11,2) de donde está tomada esta ley se dispone lo contrario, que si uno paga los otros no se liberan:

Contrarium videtur disponi in dict. §. sed si plures servum, de quo lex ista sumpta est; imo quod uno solvente, alii non liberantur.

Inmediatamente Gregorio López inserta en su comentario la explicación de la Glosa: para los glosadores la acumulación se da respecto a la pena, es decir, «sólo» respecto a la pena, pues la acción de la Ley Aquilia es «en parte» penal:

Glossa ibi dicit, quod illud procedit respectu poenae, nam et actio legis Aquiliae in aliquo poenalis est;

pero este fragmento, dice Gregorio López, habla del pago del perjuicio patrimonial, es decir de la estimación de la cosa

...ista vero lex loquitur in solutione interesse, seu aestimationis rei, unde ab ea, uno solvente, alii liberantur;

y se apoya en el fragmento *qui servum*:

...et vide quae habentur in l. qui servum, § fin. de action. et obligation.

El aludido fragmento *qui servum* no es otro que *Paul. de conc. act.* D. 44.7.34 pr. y se refiere a la concurrencia de la *actio legis Aquiliae* y de la *actio iniuriarum* cuando se golpeó a un esclavo ajeno; este texto decide que una acción excluye a la otra salvo en la diferencia entre la condena, pues el exceso de la una respecto a la otra se considera pena y, se sobreentiende, la cantidad concurrente se considera indemnización¹³.

La argumentación de Gregorio López no parece admisible. El comentarista de las Partidas estaba sin duda convencido del carácter resarcitorio de la *actio*

13 *Qui servum alienum iniurose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum: iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraeque competere; sed quidam altera electa alteram consumi; alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit: sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia; sed haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur; rationabilium itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi.*

legis Aquiliae y para fundamentar su opinión acudió a un texto que sólo aparentemente servía como apoyo. En primer lugar, no se trata en él de la concurrencia entre una acción penal y una reipersecutoria, sino entre dos acciones penales: la *actio legis Aquiliae* y la *actio iniuriarum*, la primera, según la opinión casi unánime, llevaba en la pena englobado el resarcimiento, la segunda no. Era un concurso entre una acción penal «mixta» y una «pura» en la terminología tradicional. Parece entonces lógica la solución de no acumular las penas contra el mismo delincuente por un solo hecho. Pero, sobre todo, lo que presenta Paulo no es un delito cometido por varios co-delincuentes, como en los ya examinados D. 9,2,5 y 9,2,11,2-3, sino un solo delincuente que ha cometido un hecho constitutivo de dos delitos distintos, en cuyo caso se aplica la pena mayor¹⁴, y si se hubiese ejercitado la acción que conducía a la condena mayor, cabría aún demandar con la otra acción por la diferencia. Deducir de ese fragmento, como hace Gregorio López, que la condena *ex lege Aquilia* es un resarcimiento del daño no acumulable entre los co-delincuentes es inadmisibile en Derecho Romano.

En el comentario de Gregorio López la opinión de Azón¹⁵ en su *Summa Codicis* aporta otro matiz: el valor máximo del esclavo o del animal durante el año o el mes anterior no es pena, sino reparación, la pena es el *duplum* de litiscrescencia que ha de pagar el *infitians* y esta litiscrescencia es la única que sería acumulable entre los co-delincuentes. No, en cambio, lo que se paga por el daño, que no es acumulable: el pago por uno libera a los demás.

Azon. tamen in summa, C. eod. col. 4. vers. est autem poena, aliter videtur intelligere praedicta, quae habentur in dict. § sed si plures servum, quam Glossa ibi intelligit, videlicet quod uno solvente id quod est in poena, caeteri non liberantur; et intelligit poenam, illud quod est praestitum ratione inficiationis (sic), scilicet unum simplum, non id quod praestatur ratione repetitionis anni vel triginta dierum, de quo infra eod. l. 18. unde secundum eum, si unus solvit damnum habita ratione dictae repetitionis, caeteri liberantur.

14 Se trata de lo que la doctrina del Derecho penal moderno llama «concurso ideal (o formal) de delitos», pues una misma acción, la *verberatio* del esclavo ajeno, supone la comisión de dos delitos distintos, *damnum* e *iniuriae*, que atacan a diferentes bienes jurídicos: en el primer caso el patrimonio, y en el segundo la dignidad del *dominus*. El texto se inclina por la solución que los penalistas modernos llaman de «la absorción», aplicando solamente la pena mayor. Por eso, ejercitada una de las dos acciones sólo se permite utilizar la otra para conseguir la diferencia, probablemente mediante una *taxatio*.

15 Mitad s. XII-1230.

Como se observa, «resucita» en el pensamiento de Azón la vieja opinión de *Gai.* 4,9 al considerar que la *actio legis Aquiliae* es reipersecutoria respecto al valor máximo de la cosa dañada y penal en cuanto al otro *simplum* que se podría reclamar por una eventual *infinitio*. Resulta curiosa esta opinión de Azón, por lo demás tan inexacta como la de Gayo, si se piensa que las Instituciones gyanas no eran conocidas en su época ni en la de Gregorio López.

El glosador español, siguiendo a Azón, apoya su argumento en el fragmento 18 del mismo título, es decir, *Paul. 10 Sab. D. 9,2,18*, que se refiere a la concurrencia entre *actio pigneraticia* y *actio legis Aquiliae*: si el acreedor pignoraticio mata o hiere al esclavo pignorado se pueden ejercitar contra él las dos acciones, pero el actor debe contentarse con una de las dos¹⁶. Tampoco parece que este texto sea aplicable al caso porque se trata de la concurrencia entre dos acciones distintas, una penal, la de la ley Aquilia, y otra reipersecutoria, la *pigneraticia*, con la tradicional elección del actor entre ambas. Pero el supuesto que nos ocupa es el de la concurrencia de la misma acción penal contra varios co-delincuentes.

A continuación, la glosa de Gregorio López, refiriendo la opinión de Azón, realiza un salto lógico, extrapolando la concurrencia electiva entre la pena y el resarcimiento a la concurrencia entre penas aplicables a diversos co-delincuentes. Entiende que si una vez pagado el resarcimiento por medio de la acción reipersecutoria, se impide la aplicación de la pena, mucho más cesará la pena contra los otros co-delincuentes cuando uno de ellos haya resarcido el daño por medio de la acción penal ejercitada contra él, puesto que la condena penal lleva incluido también el resarcimiento. Interpretación que, evidentemente, no estaba en el pensamiento de los juristas romanos clásicos:

nam si tollitur propter rei persecutionem praestitum illud, quod erat poena ratione dictae repetitionis, ut habetur in dict. l. qui servum, § fin. prout est littera non, multo magis cessabit haec poena contra alios, si ab uno sit damnum restitutum, et repetitionis habita ratio;

Como apoyo para esta concurrencia electiva se cita la *l. qui servum § fin.* donde aparece la palabra *non*; el texto es *Paul. lib. sing. de conc. act. D. 44.7.34,2* en su parte final¹⁷. Este fragmento es especialmente enigmático en sus frases

16 *Sed et si is qui pignori servum accepit occidit vel vulneravit, lege Aquilia et pigneraticia conveniri potest, sed alterutra contentus esse debet actor.*

17 *et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei persecutionem continent, et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere, quia simple accedit: et simple subducto locum non habet.*

finales, pues comienza diciendo que, ejercitada la *actio commodati*, cabe todavía la *actio legis Aquiliae* por el posible exceso del valor máximo de los vestidos dañados en los treinta días anteriores, pero, a continuación, afirma que el simple importe se agrega y que no tiene lugar deducido este *simplum*. Sin embargo no es ahora el momento de intentar la exégesis de este texto, que nos llevaría a diversas interpretaciones posibles, sino de señalar que su alusión por los Glosadores en este punto también parece rechazable. En todo caso resulta claro que esta parte final del fragmento se refiere a la concurrencia alternativa de una acción reipersecutoria, la *actio commodati*, con una acción penal, la *actio legis Aquiliae*, lo cual es muy diferente de la acumulación de las penas contra los co-delincuentes por el mismo hecho.

Esta argumentación de Azón es la que acepta Gregorio López para justificar la mutación que establecen las Siete Partidas respecto a la doctrina romana clásica:

...et forte stante ista lege Partitarum, hoc dictum Azonis est verius, et in practica videtur deberi servari.

Gregorio López concluye su glosa con una doble remisión: a la distinción establecida por Alberico¹⁸, y a su propia glosa a la ley de Partidas 7,14,20.

...et vide in materia distinctionem Alberici in l. si quis id quod, col. fin. D. de jurisd. omn. jud. et quae dixi in l. 20 tit. supra proxim. ead. Partit.

Examinaremos separadamente ambas remisiones. El texto glosado por Alberico es *Ulp. 3 ed. D. 2,1,7,5*, que refiere la acción penal y popular de *albo corrupto* contra todos los que con dolo mandaron alterar, o alteraron por sí, el Edicto pretorio¹⁹ y que supone una pena de quinientos áureos. El fragmento decide que está obligado también el que quita el edicto aunque no lo altere; tanto el que lo hizo con sus manos como el que lo mandó hacer a otro, pero si uno lo hizo sin dolo malo y el otro lo mandó con dolo malo, el que lo mandó será responsable; si uno y otro actuaron con dolo malo, ambos responderán; pues si muchos lo hicieran o alteraran o mandaran, todos ellos estarán obligados. Alberico de Rosate²⁰ glosa el

18 *Fin. s. XIII-1354*.

19 *Hoc vero Edicto tenetur et qui tollit, quamvis non corruperit: item et qui suis manibus facit et qui alii mandat. sed si alius sine dolo malo fecit, alius dolo malo mandavit, qui mandavit tenebitur: si uterque dolo malo fecerit, ambo tenebitur: nam et si plures fecerint vel corruperint vel mandaverint, omnes tenebuntur.*

20 Alberici de Rosate, *In Primam ff. Veter. Part. Comentarij*, Edición Venecia 1585, p. 98, 1ª columna, nº 9.

texto planteando la cuestión, que «a veces» (*saepe*) se alega sobre si en las penas al pagar uno de los co-delincuentes no se libera el otro²¹ y añade la regla general distinguiendo entre resarcimiento y pena. En el primer caso, habiendo pagado uno, los otros se liberan, es decir que cualquiera de ellos está obligado solidariamente y la razón es que la buena fe no soporta que se exija dos veces la misma cosa²². Inicia Alberico a continuación una sutil argumentación para el caso en que los co-delincuentes no estén obligados al resarcimiento (*ad rem*) sino a la pena (*ad poenam*): es la *distinctio* a la que alude Gregorio López en su glosa. Diferencia Alberico entre: a) lo que es pena tanto para el que paga como para el que cobra y b) lo que es pena sólo para el que paga y no para el que cobra. La distinción no es, en suma, más que una reiteración retórica de la tradicional diferenciación entre acciones penales «puras» y «mixtas». Entiende Alberico que la pena lo es tanto para el que la paga como para el que la recibe cuando el que cobra no recibe «lo que le falta» (*recipienti nihil abest*) y el que paga «no se queda con nada» (*solventi nihil adest*), es decir que el receptor de la suma pagada percibe un *plus*, un aumento patrimonial, no una reparación del perjuicio sufrido. Así sucede cuando se paga la pena de quinientos áureos establecida por el edicto de *albo corrupto*. También ocurre así con la *actio furti* y similares: la pena del múltiplo establecido es independiente de la satisfacción del perjuicio patrimonial que se resarcirá mediante la devolución de la cosa, o su estimación sobrevalorada por el *iusiurandum* de la cláusula arbitraria (*actio reivindicatoria*), o bien por la estimación del valor de la cosa cuya reivindicación se ha hecho imposible (*condictio furtiva*). En estos casos de acciones penales «puras» se da la cumulatividad y el pago de la pena por un co-delincuente no libera a los otros²³. Pero, entiende Alberico, hay otros casos en que la pena es pena respecto al que paga y no respecto al que cobra, porque el receptor ingresa «lo que a él le falta» (*quod sibi abest*), es decir, la estimación o resarcimiento del perjuicio patrimonial experimentado (*interesse suum*), entonces habiendo pagado uno de los co-delincuentes, los otros se liberan²⁴. La razón es que, cuando es pena respecto al que paga y no respecto al que cobra, no es propiamente

21 *De eo quod saepe allegatur, quod in poenis unus solvendo non liberat alium,...*

22 *Unde breviter dicam, aut plures sunt obligati ad rem, aut ad poenam (sic), primo casu uno solvente omnes liberantur, licet quilibet sit obligatus in solidum, ... ratio est quia bona fides non patitur, quod bis idem exigitur,...*

23 *Si autem obligati sunt ad poenam (sic) dic, quod quandoque est poena respectu solventis et recipientis, ut quia recipienti nihil abest et solventi nihil adest, ut est quando quis consequitur poenam ex isto edicto vel in poena furti, et similibus et tunc unus non liberat alium, ut hac lege cum concordantibus.*

24 *Quandoque est poena respectu solventis tamen non recipientis, ut quia recipiens recipit quod sibi abest vel aestimationem seu interesse suum et solventi nihil adest, tunc uno solvente caeteri liberantur,...*

pena porque por parte del demandante se evalúa el derecho mientras que, cuando no repara el perjuicio económico del actor, entonces es solamente pena: cualquiera está obligado a ella y habiendo pagado uno, los otros no se liberan²⁵. Alberico no llega a decir cuál es este caso en que la pena es pena para el que paga y no para el que recibe; no precisa cuándo es pena para el demandado y resarcimiento para el actor, no siendo propiamente pena. Pero no hay que meditar mucho para deducir que tiene en su mente la acción penal «mixta» por antonomasia: la *actio legis Aquiliae*.

Como bien se comprende, la opinión de Alberico, aducida por Gregorio López para apoyar su posición, tampoco es aceptable a la luz de los textos romanos. El carácter «mixto», punitivo y resarcitorio de la acción podía llevar consigo la acumulación alternativa con las acciones reipersecutorias, pero jamás la concurrencia alternativa de responsabilidades entre co-delinquentes. En el *Corpus Iuris* estaba muy clara la acumulatividad de penas por daño entre los co-autores del acto dañoso, y los esfuerzos de los glosadores por hacer ver que los textos romanos decían lo contrario, nos resultan ridículos: lo que sucedía es que en su tiempo se había consagrado la confusión entre pena y resarcimiento respecto a la acción de la ley Aquilia, y los comentaristas se veían en la obligación de justificarla, intentando conciliarla con la venerable tradición de la herencia romana.

La segunda remisión que hace Gregorio López es a su propia glosa a la ley de Part. 7,14,20. Esta ley en su parte final sigue fielmente la tradición romana: establece la solidaridad pasiva entre los co-delinquentes que hurtaron una cosa respecto a la restitución de la misma o el pago de su estimación, de modo que el resarcimiento por uno extingue la responsabilidad de los demás, mientras que la pena puede ser demandada a cada uno de ellos por entero sin que el cumplimiento por uno extinga la de los otros²⁶. Aunque hay que notar que en las Siete Partidas la pena por *furtum* es doble: de una parte el pago de un múltiplo del valor de lo hurtado, y además, si se reclama en el juicio, se impondrá al ladrón la pena de flagelación u otra similar que suponga afrenta, pero no la muerte ni la mutilación²⁷.

La glosa de Gregorio López a las palabras «e non se pueden escusar», es

25 ...*et est ratio, quia quando est pena respectu solventis, et non respectu recipientis non est proprie poena, quia ex parte actoris ius metimur... Sed quando nihil abest actori, tunc est mere poena... quia quilibet est obligatus ad poenam uno solvente alii non liberant.*

26 *E aun dezimos, que acertandose muchos omes en furtrar vna cosa, cada vno dellos es tenuto de la pechar a su dueño. Mas si el vno dellos la entregasse, o pechasse a su dueño la estimacion della, non la podria despues demandar a los otros; como quier que la pena puede ser demandada a cada vno dellos enteramente, e non se pueden escusar los vnos por los otros.*

27 Part. 7,14,18.

decir, a la acumulación de penas entre los co-delincuentes dice así:

Concordat cum dict. l. l. C. de cond. furtiv, et ibi Gloss. et hoc quando plures, ut plures furtum fecerunt; si vero ut unum corpus tunc uno solvente poenam, caeteri liberantur, l. si familia, D. de jurisd. omn. judic. et hoc quando publica vindicta non tractatur, ut ibi habetur, et notant ibi Doctores.

Comienza señalando que concuerda con *l. l. C. de cond. furtiv.* que es una const. de Diocleciano del año 294 recogida en C. 4,8,1²⁸. Efectivamente aquí la concordancia entre el texto romano y la ley de Partidas es exacta, pues el rescripto diocleciano, como es habitual, reafirma la doctrina clásica, seguramente en contra de tendencias vulgarizantes, y mantiene la acumulatividad de las penas por *furtum* entre co-delincuentes mientras que para la *condictio furtiva*, única acción reipersecutoria posible cuando la cosa sustraída es dinero, afirma la concurrencia alternativa.

La glosa de Gregorio López continúa apuntando que esta solución se da cuando los co-delincuentes actuaron cada uno por sí, *ut plures*, pero cuando obraron como uno solo, *ut unum corpus*, la pena es única para todos y no se acumula: si uno la paga los demás se liberan. ¿Cuándo se puede pensar que los diversos ladrones hurtaran *ut unum corpus*? cuando se trata del *furtum* cometido por varios esclavos como se dispone en *Ulp. 38 ed. D. 47,6,1 pr.*-²⁹ por el cual el dueño de varios esclavos que hubiesen hurtado conjuntamente puede asumir la responsabilidad noxal, o bien pagar la estimación del litigio correspondiente al caso de que el hurto hubiese sido cometido por un solo hombre libre, lo que sólo es posible cuando el dueño ignorase el hurto. Pero Gregorio López, en lugar de citar este fragmento, que sería el más adecuado, acude a la *l. si familia*,

28 *Praeses provinciae, sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, conditionis vero nummorum furtim subtractorum electionem esse ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari, iure proferre sententiam curabit.*

29 *Utilissimum id edictum praetor proposuit, quo dominis prospiceret adversus maleficia servorum, videlicet ne, cum plures furtum admittunt, evertant domini patrimonium, si omnes dedere aut pro singulis aestimationem litis offerre cogatur; datur igitur arbitrium hoc edicto, ut, si quidem velit dicere noxios servos, possit omnes dedere, qui participaverunt furtum: enimvero si maluerit aestimationem offerre, tantum offerat, quantum, si unus liber furtum fecisset, et retineat familiam suam. 1.- Haec autem facultas domino tribuitur totiens, quotiens ignorante eo furtum factum est: ceterum si sciente, facultas ei non erit data: nam et suo nomine et singulorum nomine conveniri potest noxali iudicio, nec una aestimatione, quam homo liber sufferet, defungi poterit; is autem accipitur scire, qui et potuit prohibere: scientiam enim spectare debemus, quae habet et voluntatem: ceterum si scit, prohibuit tamen, dicendum est usurum edicti beneficio. 2.- Si plures servi damnum culpa dederint, aequissimum est eandem facultatem domino dari.*

D. de jurisd. omn. judic., esto es, *Paul. 3 ed. D. 2,1,9* que simplemente recuerda esta excepción a la cumulatividad en caso de *furtum*, para señalar que no juega para la *actio de albo corrupto*³⁰. Y concluye su glosa advirtiendo que este régimen excepcional no se aplica respecto a la pena pública (*publica vindicta*).

De esta doble remisión que hace Gregorio López no se deducen, pues, nuevos argumentos que permitan justificar la discrepancia entre la ley de Partidas y la tradición romana en materia de daño aquiliano. Los denodados esfuerzos del glosador español por justificar que la pena por daño no se acumule por entero sobre cada uno de los co-delincuentes no revelan más que lo siguiente: Gregorio López en el siglo XVI veía la acción de la ley Aquilia como una acción de resarcimiento y no como una acción propiamente penal, pero en el siglo XIII los juristas del Rey Sabio también lo habían entendido así, y seguramente ya en los siglos II y III había muchos que la miraban de este modo, por eso Juliano y Ulpiano tenían que insistir tanto en afirmar lo contrario. No es extraño, a la luz de esta evolución histórica, que los civilistas actuales llamen culpa «aquiliana» o «extracontractual» a la que conduce a la indemnización del daño patrimonial injustamente causado.

30 *Si familia alicuius album corruperit, non similiter hic edicitur ut in furto, ne in reliquos actio detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, unius nomine praestiterit, quantum liber praestaret: fortasse quia hic et contempta maiestas praetoris vindicatur et plura facta intelleguntur: quemadmodum cum plures servi iniuriam fecerunt vel damnum dederunt, quia plura facta sunt, non ut in furto unum. Octavenus hic quoque domino succurrendum ait: sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur, quia tunc unum consilium sit, non plura facta. idem Pomponius libro decimo notat.*