

ACCIDENTES EN DEPORTE Y JUEGO SEGUN EL DERECHO ROMANO Y EL VIGENTE DERECHO ALEMAN

I. INTRODUCCION

1. La relevancia jurídica de los accidentes deportivos queda ya de manifiesto por su elevado número: sólo en la República Federal de Alemania acaecen cada año más de cien mil accidentes. Las cuestiones jurídicas que de aquí se derivan cristalizan en numerosas sentencias de los tribunales. Un considerable número de obras de la literatura dogmática del Derecho civil se ocupa de su estudio¹. Los congresos sobre Derecho del deporte despiertan

* Texto de conferencias, ilustradas por proyecciones de diapositivas, y mantenidas en los años 1985 y 1987 en las Universidades de Barcelona, Madrid y Zaragoza y además en la Casa de les Valls, Andorra la Vella. Agradezco especialmente a mi colega y amigo, profesor Juan Miquel González de Audicana, por su invitación y su importante ayuda en la traducción de mi texto original alemán. Agradezco también a mi colaborador, Lic. Jur. Guillermo Carbó, por la revisión general del texto. Para todas las referencias bibliográficas, véase mi publicación: «Unfälle bei Sport und Spiel nach römischem und geltendem Recht», en la revista *Stadion, Zeitschrift für Geschichte des Sports und der Körperkultur*, vol. 3 (Köln/Leiden 1979), pp. 4-43. No toco aquí los problemas tratados en otro artículo «Athleten als Darlehensnehmer nach römischem Recht», en *Studia et Documenta historiae et juris* 44 (Roma 1978), 439-452, también en: *Gymnasium* 86 (Heidelberg 1979), 149-164.

1. Autores varios, *Il rapporto di lavoro nello sport* (Milano 1965); F. Chr. SCHRODER/A. KAUFFMANN (edd.), *Sport und Recht* (Berlin/New York 1972); M. KUMMER, *Spielregel und Rechtsregel* (Bern 1973); I. e A. MARINI TORO, *Gli ordinamenti sportivi* (Milano 1977); W. GRUNSKY, *Haftungsrechtliche Probleme der Sportregeln* (Karlsruhe 1979); D. CHAZAUD, *Sport, accidents et securité* (Paris 1981); Chr. KRAHE, *Die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche von*

además, un gran interés, por ejemplo, los congresos de Derecho de la práctica del esquí en los países alpinos².

Sobre la historia del deporte en general, existen también en la actualidad múltiples investigaciones científicas³. Motivados por la resurrección de los antiguos juegos olímpicos desde 1896 con el barón francés Pierre de Coubertin, los historiadores de la Antigüedad se sienten especialmente atraídos por el desarrollo histórico del deporte en aquel tiempo⁴. No obstante, la investigación de la historia jurídica del deporte se encuentra aún en sus comienzos⁵. Los textos del Digesto de contenido jurídico-deportivo no han sido investigados aún por nadie desde este punto de vista específico.

Dos motivos me han empujado a la elección de este tema concreto: por una parte, el hecho de que dispongamos de una importante cantidad de material arqueológico en forma de imágenes, lo que a su vez es debido a la fascinación que las pugnas

Amateur- und Berufssportlern, beim Fussballspiel (Bern/Frankfurt M. 1981; reseñado por GRUNSKY, *Juristenzeitung* 1981, 679); U. WESEMANN, *Sport, Spiel und Recht* (München 1983); V. FRATTALORO, *La responsabilità civile per le attività sportive* (Milano 1984); Württembergischer Fußballverband (edd.), *Beweisprobleme in der Sportrechtsprechung* (Referate eines Richter-Seminars, Stuttgart 1984); J. BORNER, *Sportstätten-Haftungsrecht* (Berlin 1985).

Además, las siguientes tesis doctorales: R. EICHENBERGER, *Zivilrechtliche Haftung des Veranstalters sportlicher Wettkämpfe* (Diss. Zurich 1973); K. HELMGART, *Die Haftung für Sportverletzungen* (Diss. Köln 1973); Fr MEINERS, *Die Haftung des organisierten Mannschaftssportlers für Wettkampfverletzungen* (Diss. Göttingen 1977).

2. R. SPRUNG/B. KONIG, *Das Österreichische Skirecht* (Innsbruck 1977).

3. Véase la bibliografía por Th. S. SCANLON, *Greek and Roman Athletics, a Bibliography* (Chicago 1984); en especial, por ejemplo, W. RUDOLPH, *Olympischer Kampfsport in der Antike: Faustkampf, Ringkampf und Pankration* (Berlin Ost 1965); J. JÜTHNER (ed. Fr. BREIN), *Die athletischen Leibesübungen der Griechen*, vols. I y II 1 (Wien 1965-68); H. A. HARRIS, *Sport in Greece and Rome* (London 1972); E. N. GARDINER, *Athletics of the Ancient World* (Oxford 1930, reprint 1971); I. WEILER, *Der Sport bei den Völkern der Alten Welt* (Darmstadt 1981); R. M. MANDELL, *Sport: a cultural history* (Columbia Univ. Press 1984) = *Storia culturale dello Sport* (Laterza 1989).

4. H. BENGSTON, *Die olympischen Spiele in der Antike* (Zürich/Stuttgart 1972); M. J. FINLEY/H. W. PLEKET, *The Olympic Games: The first thousand years* (London 1976).

5. U. GUALAZZINI, *Premesse storiche al diritto sportivo* (Milano 1965).

deportivas ejercían en la vida pública de la Antigüedad. Estos testimonios permiten ilustrar con viveza y de manera plástica la enseñanza de la historia del Derecho. En segundo lugar tener la oportunidad de poder demostrar cómo los juristas romanos, «intuitivamente» encontraron una solución más acertada que algunos Tribunales alemanes de segunda instancia para la cuestión —especialmente controvertida durante los últimos años— de la *carga de la prueba* en el caso de una infracción de reglamentos deportivos que ocasiona una lesión corporal.

2. No se ha sabido valorar suficientemente el significado político que en la Antigüedad tenían los acontecimientos deportivos. En los múltiples días festivos, los soberanos se veían obligados a mantener satisfecho al proletariado desocupado con «pan y juegos». Cualquier persona ilustrada conoce el dicho burlón de Juvenal «panem et circenses». La organización de los juegos suponía una pesada carga financiera para el organizador (*munus, liturgia*). La publicidad de los espectáculos de masas ofrecía también a los emperadores y gobernadores un oportuno instrumento de propaganda. Se pueden encontrar imágenes de todo ello en exposiciones de la representación en el mundo antiguo tardío⁶.

Sin embargo, esta publicidad no estaba exenta de riesgos. El emperador Justiniano, a cuya iniciativa debemos la colección de las fuentes jurídicas en el *Corpus Iuris Civilis*, estuvo a punto de ser víctima de una sublevación en el año 532 d.J., poco después de su subida al trono. Cuando los bandos del circo que tradicionalmente estaban enfrentados, los azules y los verdes, se pusieron de acuerdo inesperadamente y con el grito de guerra «nikavence» —en la llamada revuelta de Nika— salieron del hipódromo en llamas y se situaron en las cercanías del palacio real y en las calles de Constantinopla, exigieron la abdicación de Justiniano y de su odiado ministro de guerra. El emperador Justiniano quiso huir del populacho enfurecido. Sólo el valiente dicho de su valiente esposa Teodora pudo decidir que se quedara: «¡Un emperador no huye nunca —profería Teodora— y yo no puedo vivir ya más sin esta púrpura!». Al valor heroico de la emperadora Teodora la Historia del Derecho ha de agradecer así que se diera

6 H GABELMANN, *Der Tribunaltypus der Consulardiptychen*, en *Festschrift E Diez* (Graz 1978), 51 y ss.

cima al *Corpus Iuris Civilis*, obra que —junto con la Biblia— queda preñado de destino para la historia occidental de la Humanidad.

3. Los romanos desconocieron el concepto moderno de deporte. La expresión se deriva del latín medieval «*disportare*» (términos análogos en castellano serían «disiparse» o «distrarse»). El anglicismo «sport» tomó carta de naturaleza entre nosotros hace algo más de cien años. Hacia 1830 se consideró que el término inglés «sportsman» era tan intraducible como «gentleman». Los romanos hablaban de *certamen* con relación a los contendientes, de *ludus*, *spectaculum* o *circences* en atención al público, de *munus* (propiamente la carga financiera del órgano oficial competente para la organización) con referencia al organizador, en especial de las luchas de gladiadores.

II. LA LESION DE TRANSEUNTES Y ESPECTADORES POR PARTE DEL DEPORTISTA

En el ámbito de la responsabilidad derivada de una actividad deportiva hay que distinguir entre la responsabilidad del que practica el deporte frente a un tercero —especialmente frente al espectador—, de la responsabilidad recíproca de los deportistas entre ellos mismos. Trataré ahora del primer círculo de problemas, para pasar a ocuparme después del segundo. Los juristas romanos exponen ambos supuestos en conexión con la *lex Aquilia*. Esta ley del año 280 aproximadamente a. J. constituye el origen de la norma fundamental del Derecho de delitos alemán (parágrafo 823, sección I del BGB), así como del Código civil español (artículo 1.902).

1. *El caso del lanzador de jabalinas.*

A mediados de octubre de 1987, justo cuando expuse el tema contenido de este trabajo en distintas universidades españolas y como si de una fatal coincidencia del destino se tratase, murió un atleta en el estadio del INEF de Madrid, alcanzado por la jabalina de un compañero⁷. Este trágico accidente confirma la

⁷ «El País», 15 de octubre de 1987, p. 60, y 16 de octubre 1987, p. 55.

importancia actual del Derecho romano. Es sorprendente que ya Ulpiano hace dos mil años, diera con la solución de esta importante cuestión de responsabilidad:

D. 9,2,9,4 (Ulpianus libro 18. ad edictum): Si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est. sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere, qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur,

D. 9,2,10 (Paulus libro 22. ad edictum): nam lusus quoque noxius in culpa est.

Si lanzando jabalinas por diversión hubiese sido muerto un esclavo, tiene lugar la ley Aquilia. Pero si cuando otros están lanzando jabalinas en el campo, hubiera cruzado un esclavo por aquel lugar, cesa la Aquilia, porque no debió pasar intempestivamente por un campo en el que se arrojaban jabalinas. Sin embargo, quien lanzó deliberadamente contra él queda obligado por la Aquilia:

pues la culpa incluye también el tomar parte en un juego peligroso.

Aquí Ulpiano hace una distinción en lo que respecta al lugar en que acaece el accidente mortal: afirmando la primera frase la responsabilidad del lanzador, se refiere probablemente a las personas que juegan en un sitio *público* con jabalinas. En tal lugar, accesible a todos, no es lícito ejercitar un deporte tan peligroso, ya que con ello se infringe la diligencia a preservar en el tráfico. «Pues también un juego pleno de riesgos implica culpa», advierte Paulo, jurista contemporáneo de Ulpiano, al final del texto reproducido. En este caso el lanzador no se puede exonerar con el reproche de la propia imprudencia de la persona que resultó muerta. El lanzamiento de jabalina se desarrolló a partir del entrenamiento militar, al igual que el resto de las prácticas deportivas de la Antigüedad. En el texto paralelo Inst. 4,3,4 el propio Justiniano piensa en el lanzamiento de jabalinas por los soldados. Pese a que en el plano deportivo se utilizarán jabalinas de punta roma, con frecuencia nos llegan noticias de diversos accidentes. Un anillo colocado alrededor de la jabalina (el llamado "*ankyle*" o "*amentum*") reforzaba la fuerza arrojadora del brazo y provocaba

un movimiento de rotación de la jabalina (de modo parecido al curso de un disparo en un arma de fuego moderno). Con esta técnica tan refinada de lanzamiento, parece que se podía lograr una fuerza y alcance mayor de lo que se pueda suponer hoy día sin ella. En la mano inexperta de un principiante, tal juego resultaba tanto más imprevisible, pudiendo ocurrir que sin pretenderlo se desviara hacia una fatal dirección. En calzadas públicas los transeúntes indudablemente no tienen que contar con tales ejercicios de lanzamiento.

Distinto es, si el lugar resulta destinado a tales ejercicios de modo reconocible por todos: allí es necesario mantenerse en algún punto seguro. Pues el que ama el peligro perecerá en él; quien de manera imprudente y a destiempo pasea por el campo de juego, tiene él mismo la culpa, si de ello resulta herido. Y cuando prepondera la propia imprevisión del lesionado, hay que excluir la responsabilidad del lanzador: *«Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire»*, así suena la regla (D. 50, 17,203).

Por eso Ulpiano decide según el principio de la confianza, tal como rige también hoy día el Derecho de circulación. Cualquiera participe en el tráfico puede esperar que los otros se comporten diligentemente y de acuerdo con las reglas. En el tráfico no se debe de poner en peligro a los demás (parágrafo 1 del Código de la circulación alemán). No obstante, allí donde son propios del lugar determinados riesgos, el que crea la fuente de peligro puede contar con que los demás la eviten (por ejemplo: metales de rebordes cortantes, que se hallan almacenados en un lugar destinado a tal efecto).

En la responsabilidad del que coloca *cepos*, los romanos siguen igualmente este principio: el que coloca en camino público trampas para capturar animales, responde en el caso de que alguien resulte aprisionado y dañado; el que excava agujeros, tal como es costumbre en terrenos donde se caza, sólo responde si el dañado ni fue avisado ni podía saberlo ni, por tanto, prevenirlo. «Y se encuentran muchos casos de este tipo —dice Paulo D. 9, 2,28— donde se rechaza al actor, si él hubiera podido evitar el peligro». Para la protección de niños e impedidos, en especial los

ciegos, sin embargo, el principio de confianza requiere una limitación.

Encontramos una ulterior limitación al final del texto de la jabalina: si uno arrojó la jabalina intencionadamente (*opera data*) hacia la víctima, entonces prepondera, una vez más, la culpa del lanzador sobre el hecho de que el dañado se haya puesto en peligro. *Opera data* no quiere decir necesariamente que el lanzador quería acertar, esto es causar una muerte dolosamente. También en el caso de que lanzara en broma, para asustarle, quizás precisamente para demostrar su destreza de que no le iba a acertar, tendrá que responder por el daño. Aquí nos encontramos de nuevo ante un *lusus noxius* o *lusus perniciosus* (D. 9,2,10 y 47,2,50,4).

El caso del lanzador de jabalina, al igual que el caso del barbero que analizaremos después, adquirió una relevancia especial para la doctrina de la cooperación en la culpa⁸. La aplicación del parágrafo 254 del BGB alemán lleva hoy regularmente a repartir el daño en proporción en la cual han contribuido el que causa el daño y el dañado respectivamente a la causación y de su correspondiente culpa. No obstante, esta división del daño en cuotas es, en la larga evolución histórica del problema de la compensación de culpas, relativamente reciente: el primero en fundamentarla científicamente fue Christian Wolff hacia la mitad del siglo XVIII; aún en el siglo pasado no era pacífica. Otra solución del problema sería negar en absoluto la pretensión al perjudicado, cuando se diera cualquier tipo de culpa por su parte, incluso ínfima. En este sentido —ciertamente inicuo— se han interpretado las fuentes romanas ocasionalmente. Sin embargo, según la opinión dominante, los romanos lo que hicieron fue preguntarse, cuál de las partes había cometido el error *decisivo*, para fijar así a quién correspondía preponderantemente la culpa en la causación del accidente.

Los maestros del Derecho canónico medieval reproducían de modo sustancialmente correcto este punto de vista de los clásicos, en tanto en cuanto separaban (de manera parecida a como hacen

8. K. LUIG, *Ius commune* 2 (1969), 187-238; Chr. WOLLSCHLAGER, *Savigny-Zeitschrift* 93 (1976), 115-137, Th. MAYER-MALY, *Festschrift Kaser* (München 1976) 229-264, Th. HONSELL, *Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht* (München 1977).

los ingleses hoy día) la causa más inmediata del hecho, la *causa próxima* o (*causa propinqua*), de la *causa remota*: el lesionado obtenía resarcimiento total, si el demandado era el causante próximo del daño; no obtenía en cambio ningún tipo de compensación, si era él mismo el que había provocado la *causa próxima*. Posteriormente se puso el acento en la *maior* o *gravior culpa*, esto es, en la culpa preponderante. El causante del daño voluntario o, incluso doloso, tiene que responder, por tanto, del daño íntegramente —tal como en el caso de la jabalina—, a pesar de que el perjudicado se haya puesto por su negligencia en peligro. En cambio, el juez romano del Derecho clásico, debido a la estructura alternativa de la fórmula procesal con su «todo o nada», no podía realizar una minoración cuantitativa del deber de resarcir, mediante una repartición del daño. La disyunción «*si paret, condemna, si non paret, absolve*» no dejaba margen alguno para una *media sententia*. Y así siguió siendo hasta la revolucionaria teoría de Christian Wolff.

2. *El juego de pelota fatal o el afeitado peligroso.*

La formulación en condicional del deber de resarcimiento expresado con ese «*si paret...*» depende también de las circunstancias en el célebre caso del barbero:

D. 9,2,11 pr. (Ulpianus libro 18. ad edictum):

Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiceret et sic servi, quem tonsor habebat (corr. radebat), gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam; et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur; quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

Escribe Mela que si varios jugasen a la pelota y uno, habiendo golpeado la pelota con más fuerza, la hubiese lanzado sobre la mano de un barbero de tal modo que a un esclavo al que el barbero estaba afeitando le fuera cortada la garganta con la navaja, queda obligado por la ley Aquilia cualquiera de los

que fueran culpables. Próculo dice que la culpa está en el barbero; y ciertamente, si afeitaba allí donde era costumbre jugar o donde el tránsito era frecuente, hay motivo para imputarle la responsabilidad; aunque también se dice acertadamente que si alguien se confía a un barbero que tiene colocada la silla en un lugar peligroso, sólo él tiene la culpa.

Un barbero había colocado su silla de afeitar al aire libre, en las inmediaciones de un lugar, donde otros jugaban a la pelota. Como César y Augusto se hacían afeitar a diario, el pueblo imitaba a los emperadores. Aquél que se lo podía permitir, buscaba un elegante salón de peluquería (también con el objeto de poder distraerse charlando). Los menos potentados se hacían embellecer al aire libre, que era menos costoso. Debido al cálido clima meridional, los barberos sencillos colocaban un asiento en la calle, frente a su pequeña tienda; o, al igual que lo hacen hoy los limpiabotas ambulantes, rondaban con la silla a cuestas (tal como el texto sugiere) en algún lugar donde la posibilidad de encontrar clientes era alta, como por ejemplo, entre los espectadores de acontecimientos deportivos.

La clientela de nuestro barbero no era la más distinguida. Precisamente cuando se encontraba afeitando a un esclavo (la espuma de afeitar no se utilizaba aún), la pelota lanzada con furia por un jugador golpeó inopinadamente la mano del barbero, de tal modo que seccionó la yugular al infeliz esclavo. Este juego de pelota puede que fuera algo así como un *hockey* con bastones, pues la *pila percussa* es propiamente la «pelota golpeada». El jurista Fabio Mela, que ejerció su profesión en vida de Augusto, estableció la regla siguiente: debe responder por la muerte del esclavo el que tuviera la culpa de ella. Si la culpa corresponde al jugador o al barbero es algo que probablemente Mela no se atrevió a decidir. El hecho de que el jugador golpeará la pelota *vehementius*, esto es (un poco) más violentamente, es algo que no se le puede reprochar, pues en el transcurso normal del juego, la pelota a menudo vuela fuera del campo de juego. Los espectadores tienen que contar con ello, como con una jabalina perdida en las cercanías de un campo de lanzamiento de jabalinas. Sólo se le podrá hacer un reproche al jugador de pelota (al igual que en el caso del lanzador de jabalina) cuando apunte intencionadamente a un no partícipe.

Según el jurista Próculo, que es algo más reciente (aunque aún pertenece a primera época clásica, y además es el inspirador de la escuela de los proculeyanos que lleva su nombre) la culpa hay que atribuírsela al barbero. Ulpiano, jurista de la época clásica tardía, coincide con él en tanto en cuanto hay que reprochar al barbero que no hubiera previsto el riesgo, suponiendo que soliera afeitarse en las inmediaciones de campos de juego o en lugares muy frecuentados. Sin embargo, se ha objetado no sin razón *contra* un deber de resarcir del barbero, que quien se encomienda a un barbero que trabaja en un lugar tan peligroso, tiene que cargar *él mismo* las consecuencias perjudiciales de ello, conforme al aforismo latino: *de se queri debet*. Con ello Ulpiano *niega* en la duda, un derecho de resarcimiento de daños al dueño del esclavo muerto: es decir, si era previsible el riesgo para el barbero, también lo era en esencia para el esclavo. De este modo, si la culpa ajena no supera la culpa propia del perjudicado, hay que rechazar la demanda. Sin embargo, en último término, esto era una cuestión de hecho, es decir una *quaestio facti* dependiente de las circunstancias, a decidir por el juez. El jurista da en su dictamen únicamente los criterios relevantes para enjuiciar.

A tenor de los resultados coincidentes de ambos textos, un jugador *no* responde por daños a transeúntes y espectadores, si no rebasa el marco de la práctica normal del deporte. Sólo responde por las lesiones inferidas voluntariamente o por poner a alguien intencionadamente en peligro, esto es, si la culpa del deportista predomina sobre el hecho de que haya sido el espectador quien se haya puesto en peligro⁹.

III. LA LESION DE UN COMPAÑERO DE JUEGO

1. Otro juego de pelota (harpastum).

Ya el jurista republicano Alfeno Varo se pronunció sobre la lesión de otro jugador.

9. Análogamente decidía recientemente el Landgericht Trier, citado por Fr. EBEL, *Der Versicherungsfall in der Sportversicherung*, en Wuttembergischer Fußballverband (edd.), *Versicherungsfragen im Fussballsport* (1981), 27 y ss., 35 y s.

D. 9,2,52,4 (Alfenus libro 2. digestorum):

Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pila percipere conaretur, impulit; servus cecidit et cruz fregit: quae rebatur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cuius impulsu ceciderat, agere potest. respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum.

Jugando unos cuantos a la pelota, uno de ellos, al intentar hacerse con la pelota, empujó a un esclavito, que cayó y se rompió una pierna. Se preguntaba si el dueño del esclavito puede demandar por la ley Aquilia contra aquél por cuyo empujón había caído. Respondí que no, porque parecía que lo sucedido fue más bien por casualidad que por culpa.

Un joven esclavo, al disputar una pelota, recibió un golpe de otro jugador, rompiéndose una pierna. Alfeno niega igualmente la responsabilidad del otro jugador, pues la lesión, en caso de duda, hay que atribuírsela más a una desgracia, que a la culpa. Esta presunción de exención de culpabilidad es tanto más notable, por cuanto que en el marco de la *lex Aquilia* normalmente se responde por una diligencia extrema, por *culpa levissima* (Ulp. D. 9, 2,44 pr.). Esta presunción de exención de culpa admite tan sólo la prueba en contrario de un golpe intencional o voluntario.

El juego de pelota debió de ser algo parecido al *rugby*, en que hay que agarrar la pelota (*harpastum*). Al parecer los jugadores lo practicaban aquí con una finalidad de recreo en el tiempo libre. En una competición organizada para adultos es muy posible que no se hubiera admitido a un joven esclavo. Sin embargo, en tema de responsabilidad esta circunstancia carece de importancia. En el Derecho vigente existe unanimidad de que la responsabilidad delictual obedece a las mismas reglas: tanto en la competición seria o profesional, como en los entrenamientos, en las distracciones entre adultos así como en los «partidillos» de los jóvenes.

Conforme al estilo de los juristas romanos, expone Alfeno del modo más sucinto los motivos de su repulsa. Si se hubiera golpeado o lesionado al esclavo durante un consueto paseo por la calle —por ejemplo, mediante un carruaje que circula a velocidad excesiva—, el jurista habría afirmado sin titubeos la responsabilidad del causante del daño. Pero en el juego, cada uno de los participantes trata de evitar, en la medida de lo posible, que el contrario

atrape la pelota y la retenga; aquí son inevitables los golpes y las caídas. Todo jugador lo sabe por experiencia y acepta mediante su participación en el juego esos riesgos. El que el esclavo se ponga en peligro se debe imputar aquí a su propio dueño, tal como sucedía en el caso de la jabalina o en el del barbero.

Alfeno contrapone culpa y caso fortuito. No se pronuncia sobre la *iniuria*. En el Derecho vigente se discute si una lesión en el deporte en la que no quede demostrado que viola el reglamento, es de por sí antijurídica. El enjuiciamiento de esta cuestión controvertida, más teórica que práctica, depende de si orienta la antijuridicidad al resultado o hacia la conducta. El patrón objetivado de la negligencia en el Derecho civil apenas permite una separación convincente entre antijuridicidad y culpa. A través de la teoría moderna —pero aún no dominante— del injusto en la conducta, la firme pared divisoria entre injusto y culpabilidad se hizo porosa, y en este punto comenzó a tambalearse la estructura clásica del delito. Los romanos no desarrollaron ni una dogmática de la estructura del delito, ni un sistema de causas de justificación. La culpa que faltaba en el tenor de la *lex Aquilia*, la introdujeron en el concepto legal de *iniuria*. Aquí no se separaron las causas de exclusión del injusto y las de la culpabilidad. Parece casi como si nosotros estuviéramos ahora llegando de nuevo al lugar de donde partieron los juristas romanos.

2. *El caso de la hoguera.*

De gran importancia práctica es el hecho de que Alfeno, en el caso del juego de pelota, traslada la *carga de la prueba* al lesionado, esto es, a su dueño. Así sucede también en el caso de la hoguera:

D. 9,2,45,3 (Paulus libro 10. ad Sabinum):

Cum stramenta ardentia transilirent duo (servi), concurrerunt amboque ceciderunt et alter flamma consumptus est: nihil eo nomine agi, si non intellegitur, uter ab utro eversus sit.

Como dos esclavos estuvieran saltando montones de paja en llamas, chocaron y cayeron ambos, y uno fue consumido por el fuego. Nada puede reclamarse por tal motivo, si no se entiende que el uno fue derribado por el otro.

El día 21 de abril —día que la tradición romana señala como el de la fundación de Roma—, los pastores celebraban con hogueras la fiesta de la purificación de las Parilias en honor de Pales, la divinidad del Palatino, tal y como nos lo explica de manera plástica Ovidio. El punto culminante de la fiesta popular, que se desarrollaba en un ambiente relajado y distendido, lo constituía el saltar sobre las llamas de las hogueras purificadoras. Infortunadamente, dos esclavos de distinto amo chocaron entre sí sobre las llamas y uno de ellos cayó al fuego y se quemó. El dueño del esclavo muerto sólo puede demandar al otro, si prueba que el superviviente le empujó al fuego.

En este sentido ya se había pronunciado el jurista republicano Quinto Mucio (D. 9,1,1,11) en el caso de que dos machos cabríos o toros se lanzaran el uno contra el otro, resultando uno de ambos muerto. Si muere el animal que ataca, desaparece la responsabilidad del tenedor de éste. En cambio, si muere el animal atacado, se afirma esta responsabilidad. Por tanto, el propietario del animal muerto tiene que probar que el superviviente le ha atacado. Esta prueba es difícil de realizar. La regla que se desprende de los tres textos para una situación de *non liquet* es muy notable, por cuanto hace poco tiempo que Levy y Sturm dudaron que los juristas romanos conocieran siquiera reglas de la carga de la prueba¹⁰.

Los casos aquí tratados coinciden exactamente con la situación que se da al lesionar a un contrario en el juego por equipos moderno. Su resultado depende decisivamente de la distribución de la carga de la prueba. La centelleante rapidez de los movimientos en el deporte normalmente no deja huella accesible al testimonio de los sentidos. Las declaraciones testificales de los espectadores son poco fiables, pues muchas veces están predeterminadas por la pertenencia o simpatía por uno de los equipos. El árbitro a menudo, dada la distancia, no puede observar el incidente con exactitud o no le otorga la debida importancia. En la mayoría de los accidentes que llegan a los tribunales no se puede aportar pruebas ni afirmativas ni negativas de una infracción de las reglas

10. LEVY, *Iura* 3 (Nápoli 1952), 155 y ss. = *Gesammelte Schriften* I (Köln/Graz 1963), 407 y ss.; STURM, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 9 (Bruxelles 1962), 371 y ss. La cuestión es discutida, véase KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966), 278 y ss.

del juego. Por esa razón pierde el proceso el que soporta la carga de la prueba sobre la observancia o infracción de las reglas del juego.

Como ejemplo elijo la descripción de los hechos de una sentencia pronunciada hace quince años por la Corte Suprema Federal¹¹: El demandante, que sufrió la rotura de una pierna, afirma que, cuando se encontraba avanzando con la pelota, un contrario le derribó antirreglamentariamente con el pie. Según la declaración opuesta del demandado, en cambio, el demandante se lesionó él mismo, cuando, al intentar el disparo, falló la pelota y vino a tropezar con el pie del contrario que se hallaba en este momento firme sobre la tierra. Si se acepta aquí el esquema clásico de la estructura del delito, a tenor del cual la antijuridicidad viene indicada por el hecho de la lesión, entonces el *demandado* tendría que justificarse así: por consentimiento del lesionado, por asunción de responsabilidad a causa de una actuación a riesgo propio, o mediante una conducta concorde con las reglas del juego deportivo. Si el acusado no pudiera probar los presupuestos fácticos de su causa de justificación, tendría que ser condenado. Así decidieron algunos tribunales alemanes inferiores con la consiguiente aprobación de parte de la doctrina¹².

Mediante este modo de aplicar la teoría de la indicación, a tenor de la cual una lesión corporal es, en la duda, antijurídica, en tanto en cuanto excepcionalmente no se dé una causa de justificación, se otorga, sin embargo, al demandante lesionado una ventaja probatoria injustificada. No hay ninguna máxima de la experiencia según la cual las lesiones en el deporte procedan, en caso de duda, de una infracción de reglamentos por el contrario demandado. El demandante puede haberse lesionado *él solo*, como lo pone de manifiesto el caso de la Corte Suprema Federal. Mientras no se pueda descartar la posibilidad de una autolesión, no está

11. *Entscheidungen des BGH in Zivilsachen*, vol. 63, 104 y ss. La decisión fue comentada por GRUNSKY, *Juristenzeitung* 1975, 109 y ss. Muy importante también E. DEUTSCH, en la revista *Versicherungsrecht*, 25 (Karlsruhe 1974), 1045-51

12. *Oberlandesgerichte München, Neue Jurist. Wochenschrift* 1970, 2279, y *Nunberg* (citado por DEUTSCH, p. 1045); adherente M. HEINTZE, *Juristische Rundschau* (Berlín 1975), 285 y ss.

justificado demandar al contrario. Según la máxima suprema de nuestro Derecho de daños, cada uno debe soportar los propios daños (*casum sentit dominus*)¹³, en tanto no se den los presupuestos de una norma especial de traslación del daño. Ante esta norma (no escrita en el BGB alemán, pero sí en el ABGB austriaco, párrafo 1311, y en el Código civil español, art. 1.105) tiene que sucumbir la teoría del valor indicativo del injusto de la agresión a un bien jurídico. La teoría de la indicación se basa en la máxima formulada ya por los juristas romanos: *alterum non laedere*¹⁴. Todos los ordenamientos jurídicos modernos la reconocen como raíz de la responsabilidad delictual. La máxima implica para todos la carga de distanciarse de actividades que puedan suponer un riesgo para otros. Aplicada al ámbito deportivo, esta máxima supondría que hay que omitir cualquier tipo de práctica del deporte; lo que es ajeno a la realidad de la vida, pues si atendemos a la voz de la experiencia, la lucha por la pelota acarrea accidentes. Si en el fútbol se pretendiera de un delantero que frene su ataque, cuando el guardameta se acerque a la pelota con intención de atraparla, para evitar que el delantero ponga en peligro al portero, el juego perdería todo su atractivo y sentido. Por el contrario (como ya explicaba con razón la Corte Suprema Federal), la misión del delantero es ser más rápido y hábil que el guardameta.

Con respecto a daños derivados de la colisión de *buques* el Código de comercio alemán formula muy claramente reglas parecidas. Según este Código se excluyen pretensiones de resarcimiento, si la colisión se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o si falta certeza sobre sus causas (párrafo 734 del HGB alemán). Sólo en caso de que se demuestre que hay culpa mutua de las tripulaciones implicadas surge, sobre la base de su gravedad (y en caso necesario a partes iguales) una obligación proporcional de resarcimiento de daños. Colisión de buques en alta mar y encontronazo de esclavos sobre el fuego son también casos comparables.

13. = *Res perit domino*. Codex Just. 4,24,9; Dig. 24,1,28pr.; WACKE, *Festschrift Heinz Hübner* (Berlín 1984), 669 y ss., 689 y s.; K. KOETZ, *Deliktsrecht*, 2. ed. (Frankfurt 1979), 17, 34.

14. Ulpiano D. 1,1,10,1; DEUTSCH, *Haftungsrecht*, vol. I: *Allg. Lehren* (Köln 1976), 3 y s.

En el deporte de lucha de hombre contra hombre, por tanto, no se responde en caso de duda. Para demandar al contrario debe de estar excluida cualquier posibilidad de autolesión. Conforme a varias decisiones de la Corte Suprema Federal parece que la cuestión ya está decidida en este sentido. Para formularla en pocas palabras diríamos que el riesgo en el deporte de lucha se basa sólo en sufrir heridas propias, pero no en la responsabilidad por lesiones ajenas inexplicables.

Lo notable es que ya los romanos llegaron —tanto en el caso del juego de pelota como en el de la hoguera— al mismo resultado, aunque ciertamente de modo más intuitivo, con un arsenal muchísimo menor en cuanto al método y un esfuerzo dogmático inferior. La primera apariencia de trivialidad de ambas decisiones desaparece al compararlas con las serias dificultades, que el problema de las lesiones en el deporte depara a los juristas modernos. La compleja estructura moderna del delito impide, ocasionalmente, la visión del resultado justo. Pero *simplex est sigillum veri*. Hoy las decisiones de Alfenio y Ulpiano han caído en el olvido. Si hubieran sido conocidas a su debido tiempo, se hubieran evitado muchas sentencias erróneas de las instancias alemanas inferiores.

La jurisprudencia más reciente limita aún más la responsabilidad¹⁵. Según ésta, no toda infracción de reglamentos por parte del demandado lleva, sin más, a una obligación de resarcir daños, pues el perjudicado hubiera podido incurrir también en esos pequeños descuidos. Pequeñas infracciones del reglamento, debidas a la pasión que se pone en el juego, o al agotamiento físico, pertenecen a los riesgos del juego, que acepta cualquier jugador de antemano con su participación, al igual que acepta eventuales lesiones por un juego deportivamente correcto y conforme con el reglamento. Así, asegurarse por accidentes es más imperioso para un deportista en activo que el seguro por responsabilidad civil.

IV. PUGILATO Y LUCHA

Los accidentes en lucha libre, pugilato y *pancratio* que se mencionan en el texto de Ulpiano que sigue, constituyen un caso

15. BGH, *Neue Jurist. Wochenschrift* 1976, 2161 y s.

especial, pues tales contiendas entre atletas constituyen la forma más acentuada de los tipos de lucha deportiva cuerpo a cuerpo.

D. 9,2,7,4 (Ulpianus libro 18. ad edictum):

Si in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniurnae gratia videtur domnum datum. hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.

Si en una lucha o en el pugilato libre uno de los dos luchadores hubiese matado al otro, si lo hubiese matado en un certamen público, cesa la Aquilia porque el daño no se considera hecho con mala intención sino a causa de la gloria y el valor. Si bien esto no procede en el caso del esclavo, porque suelen hacer estas luchas los libres de nacimiento. Pero sí procede si es herido un hijo de familia. Claro que si uno hubiese herido al que se rendía, tendrá lugar la ley Aquilia, o si mató a un esclavo en lucha privada, excepto cuando luchó por orden de su dueño, porque entonces cesa la Aquilia.

La *pancratio* (literalmente: «lucha total»), en cierta medida una combinación de lucha libre y yudo con algunos golpes de boxeo, era el tipo de deporte olímpico preferido por el público, por ser también el más rápido. Los luchadores se golpeaban o se acometían mutuamente con los puños desnudos, con la mano plana o con los pies, y se agarraban (muchas veces ya sobre el suelo). Se permitía el entrangulamiento, llaves de piernas, torsión de miembros y luxación de articulaciones. Prohibido estaba sólo morder y meter los dedos en los ojos. Aún más peligrosa era la lucha entre púgiles, para la cual los luchadores se vendaban las manos con correas de cuero de tres metros de largo, que se reforzaban también con trozos de metal. De esta manera se podía infligir al contrario un severo castigo con graves heridas sangrantes, y no pocos pugilatos acababan con la muerte de uno de los contrincantes.

Como resultado de los actuales combates de boxeo se cuentan más de 550 víctimas mortales. No obstante, la cifra es probable-

mente mayor si tenemos en cuenta los casos desconocidos. Tres campeones del mundo fallecieron como consecuencia de un golpe mortal en el ring. Homero ya describe la triste situación de un púgil vencido¹⁶: la cabeza ladeada, las piernas le flaquean, la sangre mana de su boca, ha perdido prácticamente el conocimiento y la capacidad de raciocinio. Además de las graves heridas y la desfiguración del rostro, el atleta había de soportar las chanzas de los burlones. Según una sátira un púgil perdió incluso una herencia: su rostro estaba tan desfigurado por los golpes que resultaba imposible reconocer su imagen primitiva¹⁷. La violencia y falta de reglamento en el deporte antiguo llama poderosamente la atención, si lo comparamos con el moderno. La lucha, increíblemente dura, apenas dejaba margen al *fair play*. Sí, existían árbitros, pero no había ni categorías de pesos, ni asaltos. Un peso mosca sólo podía afrontar a un peso pesado si era mucho más ágil y astuto; a no ser que optara por ceder el triunfo al contrincante sin luchar a la vista del elevado riesgo de lesiones, lo que para éste último suponía un alto honor, ya que vencía «sin quedar polvoriento». Caso de optar por la lucha, ésta se llevaría a cabo sin tregua, hasta que uno de ambos era vencido o se rendía. Parece que la lucha libre era la disciplina menos peligrosa.

La meta común de estos tres tipos de lucha era, como lo es hoy en el boxeo, hacer morder el polvo al contrario, noquearlo para hacerle incapaz de seguir luchando. En la antigüedad ni siquiera existía una «victoria por puntos». El que se mete en este tipo de luchas consiente en las lesiones corporales que casi necesariamente se le infieren. Tales lesiones no son por tanto antijurídicas. Al igual que en la legítima defensa, desaparece aquí el injusto, pues ambos contendientes son a la vez agresores y defensores. La paridad de los contendientes en la lucha deroga (dentro del marco de una lucha reglamentaria) la máxima del *alterum non laedere*. Ulpiano niega la antijuridicidad de la lesión debido a la ausencia de intención de dañar: «Pues el daño parece que se

16. Ilias 23, 694-698; véase E. Ch. WELSKOPF, «Die Krise des Sports», etc., en su obra *Hellenische Poleis*, vol. III (Darmstadt 1974), 1484 y ss.

17. B. SCHRODER, *Der Sport im Altertum* (Berlín 1927), 73 y s. Además JÜTHNER (arriba n. 3), 76, 79.

infiere por mor de la gloria y del valor, y no por una causa anti-jurídica». A primera vista estas palabras no convencen, pues el castigo se inflige al contrario intencionadamente. Pero la finalidad de vencer que se halla por encima, justifica el medio empleado. Si el vencedor en las contiendas olímpicas era señalado con honores gloriosos, colmándosele en su patria con premios en dinero y especie, su lucha difícilmente puede aparecer como marcada por la antijuridicidad. Falta, por tanto, la intención de ocasionar un daño antijurídico, el *animus iniuriandi*¹⁸, al igual que el derecho de corrección justifica (según el Derecho romano) lesiones corporales leves.

En los primeros cuatro textos el muerto o herido era siempre un esclavo. Y la *lex Aquilia*, en relación con su responsabilidad, se refería sólo a la muerte y heridas infligidas a esclavos. En las luchas entre atletas, sin embargo, los esclavos no podían participar, pues tal privilegio le correspondía sólo a los ciudadanos nacidos libres. Los ejercicios físicos eran en su origen una antesala de servicio en la guerra. Puesto que los esclavos estaban excluidos del servicio militar con armas, no les permitía consecuentemente participar en las competiciones olímpicas. En los combates por la *gloria et virtus* los jóvenes miembros de la nobleza no habrían luchado nunca contra los esclavos para evitar el riesgo de ser vencidos por éstos. La justificación que aporta Ulpiano en la primera frase del fragmento 7,4 sobre una muerte en la lucha «*gloriae et virtutis causa*» parece así carecer de sentido práctico. Ulpiano niega la responsabilidad sobre la base de la *lex Aquilia*, para la que la muerte de ciudadanos libres de todas maneras carecía de vigencia. Por eso dice Ulpiano: *hoc autem in servo non precedit, quoniam ingenui solent certare*.

No obstante, para las heridas causadas a un *filius familias* en la competición, la justificación de Ulpiano adquiere importancia práctica. Por ello, el jurista añade: (*hoc*) *in filio familias vulnerato procedit*. En este caso, correspondería una aplicación analógica

18. D. 47,10,3,3 (Ulpianus libro 56. ad edictum): *Si quis per iocum percutiat aut dum certat, iniuriarum (actione) non tenetur*. «Por lo que, si uno golpea a otro jugando o en alguna lucha deportiva, no responde por injurias».

de la *lex Aquilia*. Las heridas¹⁹ infligidas al *filius* serían equivalentes, por la igualdad de intereses en juego, a las heridas infligidas a un esclavo, puesto que ambas perjudican de igual modo al *pater familias* por los gastos de curación y pérdidas ocasionados. Sobre la base de esta analogía la jurisprudencia clásica reconocía una aplicación analógica de la *lex Aquilia*, reconociendo una *actio utilis*. No obstante, para el *filius* herido en un torneo regular la meta del combate «*gloriae et virtutis causa*» excluía también una *actio legis Aquiliae utilis*.

Sólo en el caso de que el *filius* herido haya abandonado ya el torneo (*si cedentem vulneraverit*) se aplica la *lex Aquilia* (es decir como *actio utilis*). La señal para interrumpir el combate consistía en alzar el brazo o en golpear el hombro del contrario. Aquél que hiere al que de esta forma se rinde, no lo hace con objeto de lograr la victoria que ya ha obtenido. Su acción lesiva ya no se halla cubierta por las reglas del combate, obligando a la indemnización asimismo que en exceso de la legítima defensa²⁰. Se incluiría aquí también las heridas en los ojos en la *pancratio*. Las crasas infracciones de las reglas del juego se sancionaban también por los árbitros de la lucha o por el antiguo consejo olímpico con penas de tipo disciplinario: o bien con castigos con la vara que ostentaba cada árbitro o con penas pecuniarias o incluso con la descualificación.

La muerte (y probablemente también una herida) producida a un esclavo «*non in (público) certamine*» conduce conforme a la última frase del texto de Ulpiano— asimismo a la *lex Aquilia* (y en concreto a la *actio directa*), en el caso de que aquella ocurra sin la autorización del *dominus*. Si un atleta libre lucha contra un esclavo, pero «*non en un torneo*», sólo se podrá tratar de un ejercicio de lucha de entrenamiento. De entre los atletas que se entrenaban en el boxeo simulado con sacos de arena, los más potentados lo hacían con esclavos como «*sparrings*». En los tiem-

19. No en el caso de muerte, porque hijos no tenían como esclavos un valor comercial: *liberum corpus nullam recipit aestimationem* (Gaius Dig. 9,3,7); WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im römischen Recht* (München 1972), 95 y ss.

20. Comp. Alf. D. 9,2,52 I; WACKE, *Estudios Iglesias*, I (1988), 530 ss.; *Savigny-Zeitschrift*, 106 (1989), 470 ss.

pos helénicos los esclavos gozaban de acceso a los gimnasios. Si un atleta exhorta a un esclavo ajeno no se aplicará la causa de justificación «*gloriae et virtutis causa*» aludida por Ulpiano: el entrenamiento en sí no aportaba ni pena ni gloria. En vez de ello, Ulpiano recurre a otra causa de justificación, esto es, la autorización del dueño (*si domino committente hoc factum sit*). El consentimiento del dueño era necesario precisamente por el riesgo de ser herido también durante el entrenamiento. El desarrollo absolutamente lógico de la reflexión contenida en el texto confirma la pureza clásica de la idea, inatacable en su conjunto.

Así, los esclavos podían participar en el inofensivo juego de pelota, recogido en el texto de Alfeno (supra III 1) sin mediar autorización de su dueño, lo que quedaba excluido, sin embargo, en los combates peligrosos, y aún incluso en los combates de entrenamiento. Caso de que la autorización se diera contra pago de una cantidad, nos hallaríamos ante un contrato de arrendamiento, lo que conduce a la temática siguiente.

V. EL ARRENDAMIENTO DE GLADIADORES

Aquí podemos hacer tan sólo unas breves alusiones a los múltiples aspectos políticos y sociales, sobre todo de psicología de masas, de la institución de las luchas de gladiadores. Me limitaré a las cuestiones jurídicas más importantes. El atletismo genuinamente griego y los juegos de gladiadores etruscos y romanos no tienen nada en común. Para las competiciones atléticas sólo se admitía a los ingenuos. Los gladiadores en cambio eran *esclavos*, que luchaban a vida o muerte unos contra otros en la arena, armados de espada o mazo y escudo o con tridente y red. Excepcionalmente se enrolaban también como gladiadores personas *libres*, que solían ser aventureros fracasados, los llamados *auctorati*²¹. Tenían que jurar al maestro de gladiadores que «se dejarían quemar, encadenar, y golpear y matar con la espada». De aquí viene

21. W. KUNKEL, «Auctoratus», en *Symbolae Taubenschlag*, III (Eos 48, 1956), 207 y ss.; SANFILIPPO, *Studi Biscardi*, I (1982), 181-192; DILIBERTI, *Ricerche sull'auctoramentum e sulla condizione d'egli auctorati* (Milano 1982); comp. LEMOSSE, RHD 61 (1983), 239-241.

la expresión «*iurare in verba magistri*». Casi tan peligroso como este juramento (el llamado *auctoramentum*) es —según Horacio— emprender una relación amorosa con una mujer casada ajena²². Pues el marido burlado puede matar al adúltero sorprendido *in flagranti*, al igual que un gladiador puede matar al *auctoratus* que lucha contra él.

En la ciudad de Roma sostenía escuelas de gladiadores el Estado romano, mientras que en las provincias era el empresario provincial, el llamado *lanista*. Gayo, como jurista provincial, contempla esta situación en provincias y describe la relación entre el lanista y el organizador de los juegos.

Gaius, inst. 3, 146: Si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum qui integri exierint locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse, idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditionem an locationem. Iam enim non dubitatur quin sub condicione res veniri aut locari possit.

Cuando te entrego unos gladiadores para que me des veinte denarios por el trabajo de cada uno de los que salgan sanos, y mil denarios por cada uno de los que mueran o salgan lisiados, se discute si hay compraventa o arrendamiento. Y es opinión dominante que, respecto a los que salen sanos, hay arrendamiento, y respecto a los muertos o lisiados, contrato de compraventa. Y así depende de lo que les ocurra, como si se hubiese hecho venta y arrendamiento de cada uno de ellos bajo condición. Pues es indudable que se puede vender o arrendar cosas bajo condición.

El lanista cuidaba del sustento y formación de los gladiadores. La organización de los juegos correspondía a un funcionario estatal, ocasionalmente a un promotor privado. El sueldo era diferente a tenor del contrato entre lanista y organizador de los juegos. Por los gladiadores que resultaran ilesos había que pagar veinte denarios y por los que resultasen heridos o muertos mil, es decir,

22. KUNKEL, p. 218.

cincuenta veces más. En relación al tipo de contrato se da aquí una dificultad de subsunción, con la que se encuentran los romanos, debido al íntimo parentesco entre compraventa y arrendamiento (comp. D. 19,2,2pr.). Para Gayo este negocio sobre los gladiadores es un tipo contractual mixto, más concretamente, una combinación alternativa de compraventa y arrendamiento: los gladiadores que salgan ilesos es como si hubieran sido arrendados por el promotor, los lisiados o muertos en cambio se consideran como comprados. Qué gladiadores concretos han sido arrendados y cuáles comprados se determina conforme al resultado de la lucha. El evento decide así como condición sobre la existencia de uno u otro tipo contractual. Hasta ese momento el vínculo jurídico sobre cada uno de los gladiadores está en un estado de pendencia.

El texto dio lugar a profundas disputas entre los especialistas en la dogmática romana de las condiciones²³. Quisiera no entrar en esta polémica y plantearé solamente las siguientes cuestiones. Primero: ¿Tiene sentido el contrato de compraventa sobre un esclavo muerto? ¿Cuál es la relación existente con el principio *impossibilium nulla obligatio est*? Conforme al parágrafo 306 del BGB alemán es nulo un contrato dirigido a una prestación imposible. Según el parágrafo 323 el vendedor pierde su pretensión a obtener el precio cuando se da una imposibilidad sobrevenida.

Aquí hay que aclarar que la muerte es un impedimento de la prestación suponiendo que un comprador trata de adquirir esclavos vivos. Pero en el contrato de gladiadores excepcionalmente no es obligación del lanista suministrar esclavos sanos y capaces de trabajar. La prestación debida consiste más bien en la participación del esclavo en el combate; y esta prestación no deviene en absoluto imposible, sino que es más, ésta ya ha sido cumplida, aún cuando el esclavo muere o es herido. Así la lesión o muerte es una condición contemplada por ambas partes, que transforma el alquiler de esclavos en una compraventa. Puesto que el *pericu-*

23. Por último, entre otros: A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano* (Milano 1966), 151 y ss.; A. THOMAS, en: *Homenaje a Sánchez del Río y Peguero* (= *Themis* 21, 1967), 151 y ss.; A. CALONGE, en: *Studi Volterra*, III (1971), 161 y ss.

lum del promotor de los juegos se convirtió en contenido del contrato, no queda perjudicado si se realiza.

La segunda cuestión (que tiene relación con la primera) se refiere a la compatibilidad de esta solución con la regla romana, según la cual el comprador tiene que soportar el riesgo a partir de la perfección del contrato, «*perfecta emptio periculum ad emptorem respicit*». Una compraventa condicional (tal como parece darse aquí) generalmente no es perfecta, en tanto esté pendiente el cumplimiento de la condición. Esto parece que está en contradicción con el caso expuesto. No obstante, nuestra condición lo es tan solo en apariencia, es decir, se trata de una condición impropia. Sólo se refiere a lo que ya dispone de por sí el Derecho objetivo, es decir, que el comprador soporta el riesgo. Si la compraventa sólo tiene vigencia para los gladiadores para los que se realice el supuesto del riesgo, es porque las partes han aprovechado la regla de que el comprador soporta el riesgo. Se presupone así la vigencia de la regla *periculum est emptoris*, y con una interpretación progresiva se utiliza para la solución de un caso atípico. Este caso es, por así decir, la otra cara de la moneda de esta regla. En el caso usual el comprador es el titular del riesgo, aún sin pretenderlo. Se deduce de aquí, que como de conformidad con la voluntad de las partes él ha de soportar el riesgo, nos hallaríamos consecuentemente ante un contrato de compraventa. Pero en realidad el organizador no quiere comprar los combatientes muertos o heridos: ello conllevaría la sufragación de los costes de entierro de los muertos y de la asistencia médica a los heridos. Ambas obligaciones correspondían, sin embargo, al *lanista*. El organizador compra de este modo sólo los sacrificios realizados por los gladiadores. Con el precio le indemniza por la muerte, o en su caso por las heridas. Esto tendría el mismo valor que un contrato de seguro por daños. De ahí que haya que admirar el ingenio constructivo de los juristas romanos, que —extraordinariamente parcos en el desarrollo de nuevas instituciones— prefieren utilizar la elasticidad de las acciones de la compraventa, para resolver de manera adecuada nuevas situaciones casuísticas.

VI. UN ACCIDENTE AL MANTEAR

El caso del accidente mortal en un manteo descrito en el texto que sigue de manera muy viva, acaeció en la Bética, provincia de la España meridional, en la época del emperador Adriano (siglo segundo d. J. C.).

Collatio 1,11 (Ulpianus libro 7. de officio proconsulis):

§ 1. Cum quidam per lasciciam causam mortis praebuisset, comprobatum est factum Taurini Egnatii proconsulis Baeticae a divo Hadriano quod eum in quinquennium relegasset.

§ 2. Verba consultationis et rescripti ita se habent: «Inter Claudium, optime imperator, et Evaristum cognovi, quod Claudius Lupi filius in convivio, dum sago iactatur, culpa Marii Evaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur. Atque apparebat, nullam inimicitiam cum eo Evaristi fuisse. Sed cupiditatis culpam coercendum credidi, ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur. Ideoque Mario Evaristo urbe, Italia et provincia Baetica in quinquennium interdixi, et decrevi, ut impendi causa HS. duo milia patri iuvenis persolveret Evaristus, quod manifesta erat eius paupertas. Velis rescribere.»

§ 3. Verba rescripti: «Poenam Marii Evaristi recte, Taurine, moderatus es ad modum culpae: refert enim et in maioribus delictis, consulte aliquid admittatur, an casu.»

§ 4. Et sanc in omnibus ciminibus distinctio haec poenam aut iustam provocare debet aut temperamentum admittere.

§ 1. Como alguien hubiera ocasionado una muerte por descuido, referendó Adriano, de consagrada memoria, la sentencia del procónsul de la Bética, Ignacio Taurino, que había condenado a relegación por cinco años.

§ 2. Las palabras de la consulta y del rescripto suenan así en su tenor literal: «Óptimo Emperador: He establecido entre Claudio y Evaristo, que Claudio, el hijo de Lupo, en una boda, mientras era manteado sobre una capa, fue recogido tan mal por culpa de Mario Evaristo, que murió cuatro días después. Se ha demostrado que entre él y Evaristo no existía enemistad. Sin embargo he creído deber castigar la culpa, fruto de una alegría desmesurada, con el fin de que se enmiende la gente joven de la misma edad. Por todo lo cual he desterrado a Mario Evaristo durante cinco años fuera de la ciudad de Roma, fuera de Italia y fuera de la provincia Bética, y he decretado

que Evaristo pague 2.000 sextercios con la finalidad de cubrir los gastos, al padre del joven, puesto que se ha probado su pobreza. Ten a bien contestar.»

§ 3. Las palabras del rescripto: «Tú, Taurino, has medido exactamente la pena de Mario Evaristo según el grado de culpa. Pues lo que importa distinguir en caso de delitos más graves es que se hayan cometido voluntariamente o por casualidad.»

§ 4. Y en todos los crímenes esta distinción debe llevar a imponer la pena o bien a mitigarla.

El proceso nos muestra una escena típica de la historia popular española. Esto ya es perceptible por el tinte hispánico de los nombres de los implicados: El gobernador en funciones de juez se llama Ignacio Taurinus, es decir, «de los toros»²⁴. El acusado se llama Mario Evaristo, nombres que se utilizan aún hoy día a menudo en España.

En una boda un grupo de gente joven manteó a un compañero con la capa de un soldado (*sagum*). Fue arrojado repetidas veces al aire, impulsado con una manta de lana agarrada por los bordes²⁵. Francisco de Goya pintó tal escena como modelo para un tapiz. En su cuadro un grupo de muchachas ataviadas al estilo rococó mantean a un muñeco. De este modo las chicas pretenden vengarse simbólicamente de los mozos maliciosos, que a su vez disfrutaban lanzando al aire a las jóvenes atractivas (con una finalidad bien clara). Que el manteo estaba extendido por España se desprende además del cuadro de Goya, del «Don Quijote» de Cervantes, cuyo escudero Sancho Panza fue manteado por un iracundo ventero y sus huéspedes al ir a marchar de la venta sin pagar lo consumido por un descuido. Fue manteado tan despiadadamente que no podía ni ver ni oír. Los esquimales, por puro placer, aún se mantean en la actualidad unos a otros con pieles de

24. No obstante, pese a lo dicho, los *Taurini* eran una tribu perteneciente al pueblo Ligur, a las orillas del Po. Su capital fue *Augusta Taurinorum*, la actual Turin.

25. Véase también mi artículo: «Ein Unfall beim Prellen, Kulturgeschichte eines Volksbrauchs und Rechtsgeschichte der fahrlässigen Tötung», en: *Rheinisches Museum für Philologie*, 123 (Bonn 1980), 68-95, más breve en: *Juristische Schulung* (Frankfurt 1980), 202-210. Además, mi otra publicación: «Eine Nachlese zum Volksmißbrauch des Prellens», en: *Osterreichische Zeitschrift für Volkskunde*, 82 (n.S. 33, 1979), 151-166.

focas cosidas unas a otras y sujetadas entre muchos: es como si fuera un precedente del trampolín moderno.

En el caso romano el manteado Claudio Lupo, debido a un error del acusado Mario Evaristo, fue recogido tan mal que cayó al suelo, golpeándose y falleciendo cuatro días después. El gobernador Taurinus celebró un juicio para aclarar este caso penal. Es notable lo cuidadosamente que expone el caso. Teóricamente la caída puede deberse al azar o a intencionalidad. Sin embargo, el juez determina que no había enemistad entre el muerto y el acusado. De ahí deduce la ausencia de dolo, con respecto tanto a las lesiones corporales como a la posterior muerte.

Para la muerte de hombres libres ocasionada culposamente²⁶, las leyes penales romanas no contenían sanción alguna. La ley de Sila sobre el asesinato, en conexión con la cual Ulpiano explica el caso, perseguía sólo crímenes dolosos. La persecución de hechos meramente culposos quedaba al arbitrio del magistrado. El principio fundamental *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ese bastión de la libertad ciudadana, la Magna Carta del delincuente (tal como la llamó patéticamente *Franz von List*), no regía ni en esa formulación latina de *Anselm von Feuerbach*, ni a tenor de su sentido para la persecución de delitos culposos (quizás sí para los crímenes capitales). No era prohibida así una analogía en perjuicio del acusado (*in malam partem*). El arbitrio del magistrado no era arbitrariedad, sino cumplimiento del deber de ejercicio de su potestad de coerción (véase la palabra *coercendum* en el texto).

Al gobernador le pareciera procedente «castigar la imprudencia cometida por exceso de alegría, para corregir a los demás jóvenes de esta generación». Por tanto, el gobernador no quiso practicar la represión ni corregir al culpable, sino advertir a los demás. Por esa razón castigaba al joven culpable con cinco años de destierro moderado —interdicto—, es decir, con una pena más suave que en el homicidio doloso. Pero antes de ejecutar esta sentencia el gobernador pide su confirmación al emperador a modo de instancia suprema. Es notable el tono coloquial, seguro de sí mismo a la vez que franco: *optime imperator velis rescribere*, es decir, «óptimo emperador espero tu respuesta»; tono éste exento de todo

26. Más amplio v. WACKE, «Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht». *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 26 (1979), 505-566.

tipo de ceremonial. Adriano emite un breve rescripto: «Has medido la pena exactamente conforme al grado de culpa. También en los delitos graves hay que atender a si el hecho se cometió intencionadamente, o todo sucedió por azar». El rescripto contrapone dolo y caso. Dolo y ausencia de dolo es el tenor de la alternativa; la imprudencia criminal no es aún para los romanos una categoría fija, sino una parte de las desgracias que acaecen por mor del azar.

La prevención general, elaborada por el gobernador, permite inferir la amplia difusión del manteo, juego peligroso, que se practica cuando el buen humor y la alegría se desbordan más de la cuenta. El propio emperador Otón, que reinó unos sesenta años antes que Adriano, solía circular de noche con otros por las calles de Roma (según cuenta Suetonio, Otho n.º 2) y se divertía atacando a desvalidos y borrachos para lanzarlos al aire sobre la capa tensa de sus soldados.

A Justiniano más tarde le da tanto pánico el manteo, que lo prohíbe tajantemente a sus estudiantes de Derecho y ni siquiera se atreve a mencionarlo por su nombre²⁷.

Nuestro gobernador de la Bética romana condenó al culpable además de a la relegación, a satisfacer una indemnización de dos mil sextercios al padre del joven fallecido, ya que eran pobres. Como resarcimiento de daños es una cantidad demasiado pequeña; pues a la sazón no eran raras penas convencionales de diez mil sextercios (por ejemplo D. 19,2,54,1). La indemnización se refiere según mi opinión únicamente a los gastos de entierro. Según el parágrafo 844 del BGB alemán estos gastos los debe satisfacer el causante del mal. A este reconocimiento en el proceso penal corresponde también nuestro procedimiento de adhesión de los parágrafos 403 y ss. de la Ordenación Procesal Penal alemana (Strafprozessordnung), procedimiento que, dicho sea de paso, apenas se practica. El proceso provincial de cognición no conocía límites fijos entre el procedimiento civil y el penal. El texto contiene el único caso que me es conocido en que por la muerte de un hombre libre se conceda a un tercero indemnización en forma de gastos de entierro y de los inútiles gastos en medicamentos. Parece que

27. Constitutio Omnem, § 9; D. 8,4,1 y 48,19,5,2, donde falta el característico § 2 del texto de la *collatio*.

la *actio legis Aquiliae utilis* fue el modelo de esta sentencia (véase supra IV). Verdad es que según la concepción romana los *esclavos* tienen un valor de mercado, sin embargo, la vida del hombre libre es inestimable.

VII. FINAL

El accidente del manto de la Bética antigua nos proporciona claves sobre el tratamiento de los delitos culposos en el Derecho romano penal. Este último texto contiene naturalmente sólo un aspecto muy parcial de las importantes aportaciones de España al desarrollo de la ciencia jurídica europea. Con la interpretación de su intuitivo contenido me inclino con agradecimiento a mis anfitriones, oyentes y lectores españoles. El Derecho romano no es un depósito de curiosidades, ni un gabinete de objetos raros, cubiertos por el polvo de los siglos; se trata, al contrario, de problemas fundamentales de la dogmática jurídica, que rebasan una época concreta con su carácter atemporal y tienen su base en la historia de la cultura.

Prof. Dr. ANDREAS WACKE

Catedrático de Derecho romano y Derecho civil
Universidad de Köln