

del candidato francés. El epílogo de su muerte (catorce años de guerra), es sobradamente conocido, y por eso no entramos a detallar las páginas finales del libro referidas a este acontecimiento.

Aunque, como anunciábamos al principio, en esta obra se tocan aspectos no jurídicos —así, la política exterior francesa, o las incidencias de la Guerra de Sucesión—, no existe en el tratamiento de los mismos originalidad ni profundidad alguna. El núcleo, y así se titula el capítulo fundamental del libro, corresponde al análisis de la «cuestión legal» en la sucesión del último Austria; más concretamente, se hace gravitar el problema alrededor de la validez o invalidez de las sucesivas renunciaciones de las dos infantas cónyuges de monarcas franceses, renunciaciones que cobraron sentido en la medida que matizaban y restringían la ley II XV, II de las Partidas (norma sucesoria por excelencia), indudablemente vigentes entonces y que Jaime del Burgo no menciona. Incluso desde este punto de vista, de atención preferente a la estricta legalidad, se perciben cierta falta de perspectiva y pobreza. En el capítulo final se formulan afirmaciones y se polemiza con Polo (autor de *¿Quién es el Rey? La actual sucesión dinástica en la Monarquía española*), en un tono claramente expresivo de que la mayor preocupación de Jaime del Burgo ha consistido en atribuir exclusiva virtualidad en la materia al principio legitimista, utilizando documentación ya conocida y argumentos excluyentes que tampoco ofrecen novedad.

B. GONZÁLEZ ALONSO

CANNATA, C. A.: *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel Diritto Romano*. I. Giuffrè. Milán, 1966, pág. XII, 150.

Pocos temas han sido tan estudiados por los romanistas, ni han sido objeto de tantas discusiones, como este de la responsabilidad contractual romana y más concretamente el de la responsabilidad por custodia, al cual dedica Cannata esta primera parte de su obra.

Precisamente comienza el autor antes de entrar en el tema, estudiando las diversas directrices doctrinales seguidas en este último siglo y ello, porque la responsabilidad por custodia ha sido el escollo y piedra angular para poder construir la teoría general de la responsabilidad contractual.

Mucho ha cambiado la orientación doctrinal desde la antigua Pandectística de Hasse, en 1838, hasta la moderna interpretación, cuya posición histórica ha hecho de la *custodia*, no un módulo intemporal de responsabilidad, sino una estructura viva y por tanto, variable de responder un deudor, comprometido a un *reddere* (el caso del vendedor aparecerá siempre como excepcional) de *res certa*.

Una gran parte de la monografía, tal vez demasiadas páginas (páginas 1 a 38), las dedica el autor a un examen de los diversos estadios por los que la doctrina romanística ha ido pasando en la determinación de

esta responsabilidad. Por supuesto, que la ciencia interpolacionista, marcó, ya en este siglo, toda una exactísima visión panorámica en la evolución de esta interesante figura de la *custodia*.

Después de hacer una breve referencia a la universalización del nuevo enfoque histórico, que por lo que a la doctrina italiana respecta, fue obra de Arangio-Ruiz, entra Cannata en sus capítulos segundo y tercero (páginas 39 a 84) al estudio exegético de los textos principales sobre la *custodia* romana.

La gran dificultad de estos textos —como ya tuvimos ocasión de repetir en la recensión de la recientísima obra de Metro: *L'obbligazione de custodiri nel Diritto romano*— está en que, además de una labor previa de purificación y eliminación de todas las adiciones y manipulaciones postclásicas o justinianeas, en las que una tremenda corriente subjetivista transformó radicalmente su significado originario, hay que contar con otro peligroso inconveniente: el hecho de que, en las mismas fuentes, la palabra *custodia*, presenta muchas veces un carácter anfibológico en una duplicidad de significados. Así sucede, por ejemplo, en el texto de Ulpiano (28 *ad ed.*) contenido en D.13.6.5.6, en el que, por una parte, se nos habla de *custodiam praestare*, como una terminología técnica de responsabilidad del deudor, y un poco después, parece basar esa misma responsabilidad en una necesidad de vigilancia —otra vez *custodia*—, ya que hay casos, esclavos en el supuesto contemplado por Ulpiano en los que las cosas deben ser vigiladas con más atención —*ut custodia indigeret*— por parte del deudor. Emplea, pues, el jurista clásico dos veces la misma palabra, indicándonos dos cosas distintas: la responsabilidad típica de un deudor determinado y, al parecer, la actividad que ese mismo deudor debe desarrollar.

En otros textos, examinados minuciosamente por Cannata, la *custodia* tiene el aspecto de una auténtica prestación contractual, como sucede en el caso de los *nautae*, *caupones*, *stabularii*, cuya responsabilidad presenta unas características tales, que más que un grado más perfilado de responder, se configura como el contenido de la conducta exigible al deudor (D.4.9.5.pr. Gai., 5 *ed prov.*).

A veces la responsabilidad por *custodia* aparece emparejada con el dolo —*dolum praestare, custodiam praestare*— como si el jurista quisiera darnos a entender una cierta contraposición. Entre todos los textos examinados, dentro de este grupo, quizá sean los más significativos los contenidos en D.16.3.1.35 (Ulp. 30 *ed*) y en D.13.6.10.1 (Ulp. 29 *Sab.*). En ellos parece configurarse la responsabilidad por dolo, como la obligación de abstenerse de un cierto comportamiento poco honrado, mientras que la *custodia* implicaría, por el contrario, una cierta actuación positiva exigible al deudor.

Pero son dos fundamentalmente los textos claves para Cannata. Dos textos donde va a fundamentar todo su trabajo de investigación: el pasaje de Juliano, en su primer libro de *Digesta* (D.13.6.19) y el de Ulpiano

(5 ed.) en D.19.2.41. Ambos textos han sido discutidísimos por la doctrina tanto en su significado, como en sus posibles aspectos formales de interpolaciones.

En realidad los pasajes son aparentemente contradictorios. Al leer el texto juliano, da la impresión que tan sólo el *furtum* da lugar a la responsabilidad por custodia y que nunca el *damnum iniuria datum* produciría las mismas consecuencias gravosas sobre el custodiante. Sin embargo, en el texto de Ulpiano, que recoge y hace suya una vieja opinión de Marcelo, parece admitir la responsabilidad en algún supuesto de *damnum*, dando, para mayor confusión, una razón subjetiva: la posibilidad de haber evitado el perjuicio, con un mayor cuidado o vigilancia del deudor, *sive custodiri, ne damnum daretur*.

No es, pues, de extrañar, que se haya dado en la doctrina muy distintas interpretaciones de estos textos. Mientras Ferrini, Haymann y Albanese lo consideraron falsos, hubo otros que los defendieron como genuinos, siguiendo a Schulz, que intenta salvar la aparente contradicción, tratando de descubrir una distinta manera de entender el concepto de *perire*, que imposibilita al deudor devolver la cosa que mantenía en su poder.

Cannata entra, tras el prolongado recuento de las opiniones abundantisimas, en el núcleo más personal de su trabajo (págs. 86 a 118), procurando dar sobre los discutidos textos una explicación histórica armonizante. Comienza el autor su estudio a partir del siglo II, es decir, prescindiendo de una etapa previa, que aunque quizá más conjetural, pudiera ser muy decisiva para interpretar la figura de la *custodia*. Con todo, algo de esto tiene Cannata, al final de su obra (págs. 119 a 122) en donde hace algunas consideraciones sobre la posible conformación de esta responsabilidad, *apud veteres*, es decir, entre los juristas de la república.

La explicación histórica de Cannata, como la de Schulz, es rigurosamente exacta. Todas las figuras jurídicas marcan una línea clara de desarrollo. Parten siempre de una etapa pobre, casi rudimentaria, al igual que todas las estructuras sociales, y con el transcurso del tiempo, la complicación progresiva de la misma vida, va suponiendo paralelamente una mayor riqueza en la vida del Derecho, no sólo en número, sino también en la extensión de las propias figuras jurídicas existentes.

En esta primera fase originaria, la responsabilidad se dió tan sólo en el *furtum* y ello por dos razones, una de tipo axiomático, por el rigor de un principio que ya encontramos formulado en Neracio (D. 19.1.31.pr.): *custodia adversus vim parum proficit*, la violencia como algo irremediable. Por ello, la responsabilidad por *damnum*, ha de quedar forzosamente excluida, por mantener siempre el daño un contenido violento. La segunda razón es de índole procesal y resulta extraordinariamente lógica: estamos en una época en la que la *actio legis Aquiliae* sólo se concede al *dominus*. Como una de las características de la *custodia* es precisamente la posibilidad de permitir al responsable la legitimación activa, a modo de compensación económica, en la acción ejercitada contra el autor del

daño, aquella no extensión de la acción aquiliana, por las razones que fuesen, tendría que originar una lógica retracción de la responsabilidad en estos casos.

Este panorama simple y aun primitivo de la época de Juliano, va a ser superado más tarde, en los años de Marcelo, con una cierta corrección del criterio de Juliano. No se puede rechazar de plano la responsabilidad del custodiante en todos los casos de *damnum*, porque en muchos de ellos —dirá Marcelo, dejándonos un cierto sabor de subjetividad—, el daño hubiera podido ser evitado: *sive custodiri potuit, ne damnum daretur*.

Cree Cannata, que no se trata de un criterio subjetivo, aunque a primera vista pudiera parecerlo, sino una ampliación del mismo criterio de Juliano, basado en la *vis*. Si el *damnum iniuria datum* quedaba eliminado por su contenido de violencia, lo que hace ahora Marcelo es sencillamente distinguir algunos casos de daño, en que por no darse propiamente la *vis*, no deberán ser excluidos.

La nueva orientación de la *custodia* en el pensamiento de Marcelo es ya moderna, con el signo de los nuevos tiempos e iniciando un progresivo crecimiento del instituto, que cada vez se irá nutriendo de nuevos supuestos. Así, poco después, tal vez en tiempos del jurista Paulo, la responsabilidad por custodia se extiende a otros daños producidos en las cosas, como el caso de la *pauperies*, tan cercana —al menos en su aspecto material— al *damnum iniuria datum*. Todo ello, repercutirá necesariamente en una revisión del concepto de *vis*, si admitimos con Paulo (22 *ed.*; D. 9.1.2.pr.) que se ha de responder por la custodia aun en los daños producidos por un animal enfurecido o desmandado. También el posible contenido de la vigilancia originaria cambiará, porque, para evitar los daños en la *pauperies*, no bastará normalmente un tranquilo y pacífico vigilar, sino bastante más.

La evolución está, pues, ya marcada con lo cual, la custodia, tras su progresivo crecimiento, se va pareciendo cada día más a los *recepta*, es decir, a un tipo de responsabilidad-prestación, cuyo único límite es la *vis maior*.

*Recepta*, como responsabilidad máxima y estructurada así por voluntad de las partes, y *custodia*, como elemento natural nunca llegan, sin embargo, a ser idénticos porque partieron de puntos distintos. El criterio de los *recepta* es imponer una responsabilidad en todo evento a excepción hecha de la fuerza mayor, mientras que en la *custodia*, no obstante su extensiva aproximación, es más bien al revés y de carácter casuístico, incorporando a la responsabilidad nuevos supuestos.

También desde el punto de vista litigioso hay una gran diferencia en la manera de defenderse el deudor. Mientras que en los *recepta*, se defiende por una *exceptio* en todos los casos de fuerza mayor, ya que la formulación de su responsabilidad es universal, en los supuestos de *custodia*, no sería necesario la excepción y operaría la defensa *ad casum*, dentro de la amplitud de los *iudicia* de buena fe.

Con los años, sin embargo, la aproximación llegará a ser casi absoluta, no sólo por el contenido, ya que no quedará fuera de la responsabilidad por custodia más que —al igual que en los *recepta*— los supuestos de *vis maior*, sino también en su aspecto procesal, ya que al desaparecer el procedimiento formulario, aquella pequeña diferencia del régimen de la *exceptio* también desaparecerá.

Termina el autor su monografía con un capítulo final (págs. 119 a 145) quizá algo amplio, ya que muchos temas en él tratados o bien pudieron ser incluidos antes, como el breve examen de la responsabilidad por custodia en los juristas más antiguos, o bien pudieron ser tratados más rápidamente, ya que se trata de temas doctrinales más o menos relacionados con la primera parte del libro.

Todo el trabajo es sistemático y claro, con una labor seria, tanto exegética como interpretativa de los textos. Por otra parte, tiene Cannata el mérito de una exposición muy original, detalle mucho más de admirar en el estudio de un tema ya tan tratado.

Santiago de Compostela.

JOSÉ LUIS MURGA.

CANTARELLA, Eva: *La fideiussione reciproca. Ἀλληλεγγύη e mutua fideiussio*. Giuffrè, Milano 1965, 180 págs.

Numerosos han sido los estudios que a lo largo de este siglo se han dedicado a la ἀλληλεγγύη y a intentar una nueva reconstrucción de este instituto ha dedicado sus esfuerzos la autora, notable papirologa de la Universidad de Milán, que ha recogido 253 papiros, muchos más de los que en su día recogió Bortolucci (BIDR 17, 1903, 265 y sigs.) documentos que clasifica cronológicamente, siendo del 260 a. C. los dos primeros documentos en los que se encuentra una declaración de ἀλληλεγγύη para volver a encontrar documentos similares un siglo más tarde. Como es sabido, las circunstancias que daban lugar a la declaración de ser ἀλληλέγγυοι eran hipótesis en las que a causa de una relación que variaba en cada caso, varias personas asumían en común frente a una o varias personas una obligación. Observa la autora de las fuentes papirologicas que las deudas que con mayor frecuencia venían asumidas ἐξ ἀλληλεγγύης eran las nacidas en los contratos de mutuo (99 casos), y arrendamiento (85 papiros), lo que no es de extrañar por cuanto que la mayor parte de los contratos contenidos en los papiros son de estos tipos (que por otra parte, eran los contratos estipulados con mayor frecuencia), aunque también se da en casos de depósito, constitución dotal, mandato, compraventa, y en otros varios casos. Esta ἀλληλεγγύη vino siempre concluída por las partes con una simple declaración de querer prestar garantía recíproca, sin una interrogación formal a este propósito (pág. 23).