PROBLEMAS DE RESPONSABILIDAD CUASIDELICTUAL ENTRE EL PATERFAMILIAS Y EL FILIUS-IUDEX QUI LITEM SUAM FACIT

Aránzazu Calzada
Universidad de Alicante

La responsabilidad cuasi delictual es uno de los temas más debatidos entre la ciencia romanística, sirva como ejemplo la propia categoría de los cuasi delitos cuya primera configuración teórica se encuentra en los *Libri rerum cottidianarum sive aureorum* de Gayo recogidos en el Digesto y la conocida discusión suscitada sobre su autoría clásica, postclásica o justiniana¹; en la literatura romanística encontramos tales atribuciones para explicar la evolución del *quasi ex maleficio teneri* de las *Res cott.* (expresión que aparece por primera vez en D. 44,7,5,4-6) al *quasi ex delicto teneri* de las fuentes justinianas.

Otro problema importante que también ha provocado interesantes discusiones es si la responsabilidad cuasi delictual puede enfocarse como responsabilidad subjetiva u objetiva². Como es sabido, las cuatro figuras de cuasidelitos apuntadas por Gayo en las *Res cott.* han suscitado notables controversias: *iudex qui litem suam fecit, effusum vel deiectum; positum aut suspensum* y *actiones damni et furti in factum adversus nautas caupones et stabularios*; desde un primer momento parece claro que tales agrupaciones no pueden encajar en la categoría de delitos, en realidad se trata de ilícitos pretorios, no siendo por ello verdadera fuente de obligaciones civiles.

Una primera aproximación a los cuasidelitos lleva a la conclusión de que nacieron de ilícitos pretorios, y las últimas investigaciones romanísticas han revelado su conexión originaria con las previsiones de la *lex Aquilia*. En esta sede tan sólo trataremos algunos textos de responsabilidad cuasi delictual de los que surge la solidaridad familiar, como la atribución al paterfamilias de responsabilidad por hechos dañosos causados por los *fili*, examinando si en tales casos hay comunicación de la responsabilidad por la reparación de los hechos dañosos causados por *liberi aut servi*.

El tema es complejo porque las cuatro figuras cuasi delictuales tienen su origen en la jurisprudencia de los dos últimos siglos de la República, lo que hace complicado perfilar claramente su evolución y extraer las características genéricas de la categoría de forma verosímil. Sirva como ejemplo la figura del *iudex*

1 La bibliografía sobre el tema es abundante; nos remitimos a la aportada cuidadosamente por Fabiana MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, (Bologna 2010) (en adelante *Quasi delitti*) para cada problema cuasidelictual; cfr. la rec. a Mattioli de A. TORRENT, pendiente de aparición en *SDHI* 76 (2011) que el autor amablemente nos ha permitido consultar

2 Un error de algunos romanistas que quieren ver reproducidas en derecho romano las categorías modernas de responsabilidad, bien por hecho propio (fundamentalmente el *litem suam facere*) bien por hecho ajeno (*effusio vel deiectio*); el *positum et suspensum* y la *actio adversus nautas caupones stabularios* admiten distintos grados de responsabilidad en función de la atribución del hecho dañoso. Aquel enfoque tiene el peligro de un uso acrítico de las nociones modernas de responsabilidad referidas a los textos romanos y supone una metodología no exenta de riesgos como ha puesto de relieve C. A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I (Milano 1966) 17 ss. En el mismo sentido, para Betti estas ejercitaciones de dogmática moderna sobre el derecho romano traen mas confusión que claridad en el análisis de los textos; cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, en *AG* 99 (1928) 129 ss.; 100 (1928) 28 ss., *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano*, en *BIDR* 39 (1931) 33 ss.; *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica*, en *RISG* 3ª serie, V (1941) 94 ss. = *Studi Arangio-Ruiz*, IV (Napoli 1953) 81 ss.

qui litem suam fecit, figura de origen civil a la que, según Mantovani³, se superpuso posteriormente la tutela pretoria, remontándose a las XII Tablas su encuadre primigenio⁴ hasta devenir en figura pretoria a finales del s. II a. C., como señala Mattioli⁵ basándose en fuentes literarias y en el Pap. Antinoopolis 22. Ciertamente, el problema se agrava al entrar en juego tres tipos de acciones que asumen rasgos del derecho de familia, como la *actio de peculio*, o de lo que podemos denominar derecho penal familiar, como la *actio noxalis*, y de responsabilidad aquiliana, con el vínculo *lex Aquilia-quasi ex maleficio teneri*, que nos sitúa esencialmente en el campo de los ilícitos pretorios.

Nuestro punto de partida es lo que designamos genéricamente comunicación de responsabilidad extra delictual (D. 9,3,6,2) y traemos a colación este texto porque en el caso del *effusum vel deiectum*, como veremos más adelante, la responsabilidad primaria es del *paterfamilias-habitor* que responde por los *sui* (excepto si vivieran independientemente del padre); asimismo, en el caso de la *actio adversus iudex qui litem suam facit* -al final de la época clásica- parece estar sujeto a una responsabilidad independiente aunque continúe *in potestate patris*.

La rúbrica I. 4,5 de *obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*, a propósito de la *effusio vel deiectio* no parece contener un criterio de valoración subjetivo, sino que fundamentalmente basa la responsabilidad en el hecho objetivo del daño causado por el que debe responder el *habitor suam suorumque culpam*, lo que lleva a averiguar quienes eran estos *sui* que, en nuestra opinión, relacionándolo con otros textos, eran fundamentalmente los parientes más cercanos: *liberi, filii in potestate*; esta responsabilidad era encuadrada por la doctrina antigua dentro de la *culpa in vigilando* y, en el caso de los *nautas, caupones et stabularios*, los auxiliares del empresario, en la *culpa in eligendo*⁶. En principio ambos tipos de culpa eran considerados postclásicos o justinianeos, tesis errónea porque tenemos constancia de tales modalidades de culpa en los textos clásicos⁷, si bien plantean el problema su valor descriptivo o propiamente dogmático⁸.

Frente a la doctrina antigua, la posterior a la segunda mitad del siglo pasado

3 D. MANTOVANI, La "diei diffissio" nella lex irnitana. Contributo all'interpretazione e alla critica testuale del capitolo LXXXI, en "Iuris Vincula". Studi Talamanca, V (Napoli (2001) 234 ss.

4 R. SCEVOLA, La responsabilità del "iudex privatus", (Milano 2004) 108 ss., (en adelante *iudex privatus*) se ha preocupado de aclarar los precedentes decemvirales del *litem suam facere*.

5 F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 74.

6 Vid. bib. en G. MACORMACK, *Culpa in eligendo*, en *RIDA* 3ª serie 18 (1971) 525-526 nt. 1.

7 En este sentido P. VOCI, "Diligentia", "custodia", "culpa: i dati fondamentali", en *SDHI* 56 (1990) 204 ss. = *Ultimi studi di diritto romano*, (Napoli 2007) 142.

8 Sobre el tema vid. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, en *IVRA* 43 (1992) 24, 77.

percibe la cuestión de diverso modo, insistiendo en la distinción entre *culpa in eligendo*, *in habendo*, *in utendo*, *in adhibendo*, que no se corresponde con una elaboración dogmática completa y coherente de las fuentes clásicas⁹; se distinguen diversas nociones de *culpa* que no parecen conceptualizaciones clásicas; aunque defiende Mattioli que los comentarios al edicto de los juristas severianos dejan entrever la posibilidad de remontar la noción de *culpa* a la jurisprudencia tardo-republicana que la configuró con referencia a la culpa aquiliana de la que derivó posteriormente la noción de culpa contractual, como han sostenido Cannata¹⁰ y Cursi¹¹.

Prescindimos aquí del análisis de las diferencias entre *culpa in eligendo* y *culpa in habendo/utendo/adhibendo* que, como afirma Mattioli¹², es mucha veces etérea y se expresa esencialmente en la distinción entre una responsabilidad susceptible de averiguación por el juez y una responsabilidad análoga sustraída por el contrario a prueba específica y por tanto asimilable a una moderna presunción de culpa¹³. En la *actio de effusis vel deiectionis* la asunción de responsabilidad recae íntegramente sobre el *habitor* y, por tanto, sobre el hijo que vive independientemente del padre; más adelante advertiremos el *ius controversum*: la responsabilidad recae sobre el *paterfamilias* (o es compartida), en el caso de *actio adversus iudex qui litem suam fecit* o, por el contrario, deben ejercitarse alternativamente la *actio de peculio* o la *actio noxalis* contra el *filius-iudex* que permanece *in potestate patris*.

D. 9.3,6,2 (Paul. 19 ad Ed.) *Habitor suam suorumque culpam praestare debet*.

El texto ha sido considerado generalmente de origen glosemático¹⁴, si

9 F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 239, sostiene que no parecen teorizaciones de época clásica.

10 C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, (Milano 1969) 304 ss.; Id., *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, en L. VACCA (cur.), *La responsabilità civile nella prospettiva storico-comparatistica*, (Torino 1995) 41; Id., *Sul problema della responsabilità*, cit. 136 ss.

11 F. CURSI, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta "exceptio nosalis"*, en *Φιλία. Scritti Franciosi*, I (Napoli 2007) 671 nt. 46.

12 F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 239.

13 En este sentido R. FERCIA, *Criteri di responsabilità*, cit., 83.

14 Para la bibliografía antigua vid. *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Suppl. I, (Weimar 1929) c. 185. Más recientemente defienden su carácter manipulado, entre otros, W. GORDON, *The roman Class of Quasi-delicts*, en *Estudios Sánchez del Río*, (Zaragoza 1967) 304; R. WITMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, (München 1972) 64; E. VALIÑO, *Actiones útiles*, (Pamplona 1974) 345; L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, en ANRW II, 14 (Berlin-New York 1982) 719; T. GIMENEZ CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, (Madrid 1990) 77 (en adelante *Cuasidelitos*); R. ZIMMERMANN, *Effusum vel deiectionum*, en *Festschrift Lange*, (Stuttgart-Berlin-Köln 1992) 306; T. PALMIRSKI, *Effusum vel deiectionum*, en *Mélanges Wolodkiewicz*, II (Warszawa 2000) 676 nt. 46; H. ANKUM, *L'édit du prêteur "de his qui deiecerint vel effuderint"*, en *Studia Juridica* 41 (2003) 11 nt. 37.

bien entiende Mattioli¹⁵ que no se puede excluir que represente sustancialmente la naturaleza de la responsabilidad por *effusum vel deiectum* tal como iba caracterizándose por obra de la jurisprudencia severiana tiñéndose del elemento “subjetivo” de la culpa a fin de suministrar la justificación de la responsabilidad automática prevista en el edicto generalmente por hecho ajeno, opinión que ella misma entiende minoritaria en la doctrina¹⁶. Mattioli¹⁷ indica que la individualización del criterio de la culpa, aunque sólo sea como mera justificación de la atribución del riesgo, ocurrió no tanto en la época clásica tardía sino en una fase anterior, la de los grandes juristas republicanos.

Parece que en D. 9,3,6,2 el pretor en su edicto configura la responsabilidad del *haborator* como responsabilidad objetiva dado que a propósito de la sanción por la *effusio vel deiectio* omite cualquier referencia a la averiguación de la culpabilidad del que efectivamente hubiera causado el daño y, por tanto, responde de los causados por los *sui* siguiendo la doctrina republicana originaria que centraba en el titular de la *potestas* la responsabilidad por los daños causados por éstos; así se demuestra con la construcción de las *actiones adiecticiae qualitatis*, aunque Gayo en otro texto - D. 44,7,5,5, muy relacionado con I.4,5,2 - desliga esta responsabilidad cuando el hijo vive independientemente del padre o ejerce la función de *iudex*.

D. 44,7,5,5 (Gayo III Aur.) *Is quoque, ex cuius cenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitabat, deiectum effusum aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur; ideo autem non proprie ex maleficia obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Qui simile est is, qui ea parte, qua vulgo fieri solet, ita positum aut suspensum habent, quod potest, si cederit, alicui nocere. Ideo si filiusfamilias seorsum a patre habitaverit, et quid ex cenaculo deiectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit, in patrem neque de peculio, neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum.*

I. 4,5,2. *Si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum quod et in filio familias iudice observandum est, qui litem suam fecerit.*

El vínculo entre las *Res cott.* e I. 4,5,2 plantea numerosas incógnitas como el añadido del *litem suam facere*¹⁸ que junto a la supresión juliana de la

¹⁵ F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 95-96.
¹⁶ Se pueden ver atisbos de esta tesis en L. RODRIGUEZ ENNES, *Notas sobre el elemento subjetivo del “edictum de effusis vel deiectis”*, en *IVRA* 35 (1984) 93-94.

¹⁷ F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 238.

¹⁸ Vid. A. D'ORS, *Litem suam facere*, en *SDHI* 48 (1982) 381 ss.; T. GIMENEZ CANDELA, *Quasidelitos* 53.58; R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 391 ss. y F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 70 ss.

actio de peculio y *actio noxalis*, exoneran al padre de responsabilidad en el caso que el *filiusfamilias seorum a patre habitaverit*; es decir, el pretor concede a los perjudicados una acción directa contra el hijo aunque permanezca in *potestate patris*¹⁹. El problema debió ser materia de *ius controversum* entre los juristas del primer período clásico y probablemente también entre los últimos juristas republicanos, porque Gayo duda de la doctrina de Juliano supresora de la *actio noxalis* y de *peculio* que introduce con un *placuit* que no aclara si Gayo compartía la doctrina de Juliano, asumida sin embargo por los comisarios justinianos.

En el texto de Gayo se recogen dos hipótesis: en primer lugar, en el caso de que el hijo habitara con el padre, el *paterfamilias* respondía de la *effusio vel deiectio*, aunque Gayo entiende que éste *non proprie ex maleficio intellegitur*, sino que muchas veces - *id quod plerumque accidit* - el daño ha sido causado por hijos o esclavos, si bien el resultado final es el mismo: responde el padre o el *dominus* porque el daño ha sido causado *ex cuius cenaculo*, lo que ha sido visto como un caso claro de responsabilidad por *culpa in vigilando*, que refuerza la satisfacción del dañado en base a esta responsabilidad familiar, denominada por algunos autores responsabilidad subsidiaria o culpa presunta del *paterfamilias*²⁰.

La otra hipótesis aparece recogida en la segunda parte del texto gayano y en el institucional justiniano: el hijo que vive independientemente del padre (*seorsum a patre habitaverit*); Gayo introduce la opinión de Juliano de que en este supuesto no cabe la *actio de peculio* ni la *noxalis* contra el padre²¹;

las IJ no citan estas acciones y dan por supuesta la posibilidad de reclamación directa contra el hijo como si fuera *iudex qui litem suam fecit*. El problema es importante, porque se prevenían tres tipos de acciones por los daños causados *quasi ex maleficio*: una *actio in duplum* en el caso de daño o destrucción de cosas, y éstos son los términos del edicto citado por Ulp. (23 ad Ed.) D. 9,3,1 pr. y 4; una sanción pecuniaria fijada en 50 *aurei* en época justiniana en caso de muerte de un hombre libre²² como también cita Ulp. D. 9,3,5 y una *actio in quantum*

19 F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 70 nt. 107, duda sobre si el añadido de l. 4,5,2 sea de mano compilatoria o mutuada de una fuente diversa del texto gayano, no dando importancia a una u otra procedencia; pero aunque pudiera acogerse la primera solución no deja de ser una cuestión puramente formal en cuanto hay que considerar que la posibilidad de dirigir la acción directamente contra el *filiusfamilias* ya estaba prevista en el derecho clásico, de modo que el añadido justiniano puede ser debido a la exigencia de ofrecer una regulación lo más completa posible, solución metodológicamente preferida por los bizantinos preocupados por conferir homogeneidad al título relativo a las *obligationes quasi ex delicto nascuntur*.

20 Por ejemplo L. RODRIGUEZ ENNES, *Notas*, cit. 91 ss., que defendiendo con preferencia la naturaleza objetiva de la responsabilidad, intenta conciliarla con la noción de culpa en los textos clásicos hablando de una culpa presunta.

21 Sobre esta eliminación por los comisarios justinianos vid. C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, en *BIDR* 13 (1901) 190 = *Opere* II (Milano 1929) 404. Niega las sospechas de interpolación de la parte final del texto gayano R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 432-433 nt. 41

22 Según testimonio de Ulp. (23 ad Ed.) que reproduce el texto edictal en D. 9,3,1 pr.: *Praetor ait*

*bonum et aequum*²³ cuando el daño consistiese en heridas, en cuyo caso era competencia del juez la cuantía de la indemnización (D. 9,3,1 pr.) que incluye los gastos de curación, médico y lucro cesante durante el tiempo en que el herido no podía atender su actividad económica habitual²⁴.

En todo caso, Ulp. D. 5,1,15 pr. introduce una restricción a lo que podría ser una responsabilidad ilimitada del *filius*, porque en el caso de que éste *litem suam fecerit*, sólo se le podrá demandar en la medida del montante del *peculium* en el momento de pronunciamiento de la sentencia; en nuestra opinión, se plantea la duda de si el *paterfamilias* tuviera que cubrir la diferencia cuando la condena excediera del valor del peculio, reviviendo entonces la responsabilidad del *pater* por los daños causados por los que se encuentran *in potestate*; a priori parece que esto no ocurriría dado el tenor de D. 44,7,5,5 que cita la opinión de Juliano excluyendo la acción noxal y la *actio de peculio*; ello implica una exoneración de lo que tuvo que ser la primitiva responsabilidad del *pater* por los actos *quasi ex maleficio* cometidos por sus *fili* y, a sensu contrario, un intento de la jurisprudencia severiana de hacer recaer la responsabilidad patrimonial por el *quasi delictum* sobre el *filius* autónomo aunque continuara *in potestate patris*.

D. 5,1,15 pr. (Ulp. 21 ad Ed.): *Filius familias iudex si litem suam faciat, in tantum quantitatem tenetur, quae tunc ex peculio fuit, cum sententiam dicebat.*

Este fragmento es muy interesante porque D. eod. 1 Ulp. aporta lo que entendía el edicto *por litem suam facere*, problema debatido en la ciencia romanística que alcanza desde poner de relieve las dificultades de incluir *litem suam facere* entre los supuestos de *quasi ex maleficio teneri*²⁵, y ésta es la tesis de Földi²⁶ que considera una manipulación justiniana su inserción en las *Res cott.* (D. 44,7,5,4), hasta la argumentación de Stein²⁷ que, por el contrario, consideró *litem suam facere* como prototipo de *obligatio quasi ex delicto*; este ámbito de estudio

de his, qui deciecerint vel effuderint: "Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum <sestertium quinquaginta millia nummorum> iudicium dabo, si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quod cogatur condemnari, tanti iudicium dabo, si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut {noxam} <noxae> dedere.

23 M. GIUSTO, *Per una storia del litem suam facere*, en SDHI 71 (2005) 470; Id. *Litem suam facere. A proposito di una recente monografia*, en SDHI 72 (2006) 411, plantea algunas dudas sobre la *condemnatio in bonum et aequum*. Cfr. R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 515 ss.; F. MATTIOLI, 78 ss.

24 D. 9,2,7 pr. (Ulp. 18 ad Ed.) que se refiere a la *lex Aquilia*, pero ya hemos tenido ocasión de comentar la estrecha relación *lex Aquilia-obligationes quasi ex maleficio*.

25 Vid. lit. en F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 11-13 nts. 1 y 2.

26 A. FÖLDI, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, en *Studi Talamanca, III* (Napoli 2001) 421, 423, 432.

27 P. STEIN, *The nature of quasi-delictual obligations in Roman Law*, en RIDA 5 (1958) 369 ss. = *La natura delle obbligazioni quasi ex delicto*, en Ius 9 (1958) 369 ss.

se vio favorecido por el descubrimiento de la *lex Irnitana*²⁸ en 1981, publicada en 1986, que estimuló los estudios sobre el *litem suam facere*²⁹, planteando una controversia entre los partidarios de una doctrina subjetivista en el examen de la conducta del causante del daño, y la teoría objetivista que prescinde de cualquier elemento psicológico³⁰.

Hemos de prescindir de la revisión dogmática del *litem suam facere* que entendemos suficiente y adecuadamente expuesta en los documentados y exhaustivos estudios de Scevola y Mattioli.

Esta última³¹, a propósito del examen de la responsabilidad *quasi ex maleficio*, considera “fuorviante” la utilización de estas categorías (subjetiva-objetiva) estrechando en un esquema artificial una realidad más compleja y articulada, artificialidad que ya había sido puesto de manifiesto por Cannata³².

D. eod. I. *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, et evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.*

Prescindimos en esta sede de los problemas que tienen por objeto la conducta del *iudex qui litem suam fecerit*: si se debiera a imprudencias procesales, a una *diffisio* injusta, a no haber pronunciado la sentencia en los plazos legales, a las apreciaciones subjetivas que le llevaran a pronunciar una sentencia injusta; debemos tomar como modelo el fragmento que inicia el título 4,5 de las Instituciones justinianas

28 F. LAMBERTI, “*Tabulae Irnitanae*”. *Municipalità e “ius Romanorum”*, (Nápoli 1993); cfr. también A. TORRENT, *Municipium Latinum Flavium Irnitanae*, (Madrid 2010).

29 A. D’ORS, *Litem suam facere*, en SDHI 48 (1982) 381 ss. planteó desde nuevas perspectivas el tema concretando frente a la doctrina anterior el *litem suam facere* exclusivamente como omisión por parte del juez de actuaciones procesales regladas o el no pronunciamiento de la sentencia, en definitiva apuntando a una cierta conducta subjetivista, contestado por la llamada teoría objetivista que defiende para la época clásica la ausencia de cualquier análisis psicológico del causante del daño, expuesta con anterioridad a D’Ors por H. HÜBNER, *Zur Haftung der “iudex qui litem suam fecit”*, en IVRA 5 (1954) 200 ss., posteriormente por P. STEIN, *Obbl. quasi ex delicto*, cit. 371-372 y F. GALLO, *Per la ricostruzione e l’utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, en BDR 76 (1973) 195 y nt. 72.

30 F. MATTIOLI, *Quasi delitti 74-75*, no aclara exactamente su postura subjetivista u objetivista, cuando expone que la figura pretoria del *litem suam facere* se iba delineando desde el s. II a. C. como figura caracterizada “dal comportamento del iudice” que incumpliese sus deberes (parece pensar en un matiz subjetivista: “comportamiento”) circunstancia que ocurría cuando no se hubiera presentado en juicio o hubiese omitido pronunciar sentencia en los términos establecidos por la ley o no hubiera señalado la *diffisio* cuando le hubiese sido requerida. A juicio de Mattioli parece que en su configuración originaria el *litem suam facere* consistía en la omisión por parte del juez de actividades procesales o en no respetar las reglas inherentes al proceso, circunstancias que le hacían responsable en relación a la naturaleza particular del *officium iudicis*. Seguidamente, Mattioli parece seguir un criterio objetivista cuando añade que la responsabilidad del juez negligente es sancionada “indipendentemente dalla qualificazione dell’elemento “soggettivo” che avesse eventualmente caratterizzato tali comportamenti”.

31 F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 13 nt. 3.

32 C.A. CANNATA, *Ricerche sulla respons. contr. cit.*, I, 13 ss.

*De obligationibus quo quasi ex delicto nascuntur*³³, de indudables raíces gayanas (D. 44,7,5,4) y el reiterativo D. 50,13,6, ambos extraídos del libro III de las *Res cott*³⁴.

IJ. 4,5, pr.: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religionis iudicanti videbitur, poenam sustinebit.*

D. 44,7,5,4 (Gayo 3 aur.) = D. 50,13,6: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasset aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.*

Compartimos la opinión de Torrent³⁵ sobre los esfuerzos de sistematización que se advierten en los textos. Según Torrent, Gayo - si se admite su paternidad de las *Res cott.*- ya había realizado esta tarea de sistematización de las obligaciones *quasi ex maleficio* ampliando las fuentes de las obligaciones hasta entonces concentradas en *el contractus* y *el delictum (maleficium)* y Justiniano entiende asumida en su época la cuatripartición de las fuentes de las obligaciones en la rúbrica de I. 4,5 sin cuestionar la normalidad de esta categoría.

No insistiremos sobre el problema de las fuentes de las obligaciones, pero sí hay que ponderar el significado de *imprudentia*³⁶ en el texto gayano que introducida con un *licet* puede dar lugar a la consideración de otras conductas subjetivas distintas de las enunciadas en relación con el *dolo malo in fraudem legis* de Ulp. D. 5,1,15,1, porque, como dice Mattioli³⁷, podrían caracterizarse eventualmente por la presencia de un elemento subjetivo de intensidad mayor. En nuestra opinión, la expresión *peccasse aliquid*, en relación con *imprudentia*, podría llevar a una valoración más profunda de la conducta subjetiva del *iudex* en aquellos casos que entrañan responsabilidad cuasi delictual³⁸.

33 Para la composición de este título vid. C. FERRINI, *Sulle fonti delle Ist. di Giust.*, cit. en *Opere*, II, 404.

34 Para un análisis comparativo del título de las IJ y de las fuentes utilizadas por los comisarios bizantinos (esencialmente las *Res cott.*) vid. W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, en *RISG*, 3ª serie, 24 (1970) 161 ss.

35 A. TORRENT, *Rec. a F. MATTIOLI, Quasi delitti*, cit.

36 Podría entenderse como conducta negligente del juez en el ejercicio del *officium iudicis*, aunque esta afirmación puede parecer demasiado genérica, vid. D. 12,6,11 (Ulp. 35 *ad Sab.*); D. 12,6,32, 1 (Jul. 10 *dig.*); D. 35,1,32 (Afric. 9 *quaest.*); D. 44,4,4,3 (Ulp. 76 *ad Ed.*).

37 F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 16.

38 Sobre la relación *imprudentia-peccasse aliquid* vid. R. FERCIÀ, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e "regime" della noionalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, (Torino 2002) 40-41 nt. 38.

Entendemos que si se admite el carácter dogmático de D. 5,1,15 pr., podría deducirse que el *filiusfamilias* vería limitada su responsabilidad al *peculium*, solución anómala que ha suscitado una notable incertidumbre en la doctrina³⁹ porque a primera vista introduce un régimen especial de responsabilidad del *filius in potestate*⁴⁰, quizá por la posibilidad que en siglo III d. C. se reconociese plena subjetividad jurídica a los *filiii familias*, como pretende Scevola⁴¹, o porque la acción directa contra el hijo ya se conocía en época clásica para algunos ilícitos pretorios, como sostienen De Visscher⁴², Pugliese⁴³ y Serrao⁴⁴.

En todo caso, D. 5,1,15 pr. no ha estado exento de críticas tanto por la doctrina antigua⁴⁵ como por la del siglo XX. En un primer momento se consideró el texto alterado en el sentido de que en derecho clásico la acción concedida era noxal, y así lo entendió Biondi⁴⁶, aunque desde entonces la doctrina comenzó a ser más precavida⁴⁷, negando implícitamente la interpolación De Martino⁴⁸ y rotundamente, Lamberti⁴⁹ y Scevola⁵⁰. D'Ors⁵¹ y Giménez Candela⁵² hacen

39 Vid. A. D'ORS, *Litem suam facere* 381 ss; T. GIMENEZ CANDELA, *Cuasi delitos* 53-58; la extensa exposición de R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 391 ss. y F. MATTIOILI, *Quasi delitti* 70 ss.

40 Cfr. W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum figuris*, cit., 200 nt. 48.

41 R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 414 ss.

42 F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, (Bruxelles 1947) 512 nt. 51.

43 G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II. Il processo formulare*, II.1 (Milano 1963) 285.

44 F. SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e noxalità*, en BIDR 73 (1970) 231 = *Imprese e responsabilità nell'età commerciale*, (Pisa 1989) 191.

45 Vid. una referencia exhaustiva de las reconstrucciones históricas del texto a partir de Pothier en R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 392 s

46 B. BIONDI, *Actiones noxales* (Cortona 1925) 63 nt. 8.

47 Cfr. G. PUGLIESE, *Processo formulare*, II.1, 285 nt. 19.

48 F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, en BIDR 91 (1988) 12.

49 F. LAMBERTI, *Riflessioni in tema di "litem suam facere"*, en *Labeo* 36 (1990) 250.

50 R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 399-400.

51 Realmente fue D'Ors quien con su trabajo sobre *litem suam facere* de 1982, recién descubierta la *lex Irnitana*, suscitó la controversia sobre el juez negligente; cfr. P. H. B. BIRKS, *A new argument for a narrow view of litem suam facere*, en TR 52 (1984) 373 ss.; F. DE MARTINO, *Litem suam facere*, cit., 1 ss.; F. LAMBERTI, *Riflessioni*, cit. 218 ss.; A. BURDESE, *Sulla responsabilità del "iudex privatus" nel processo formulare*, en *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti in mem. di G. Provera*, (Napoli 1994) 77 ss.; Id. *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*, en *Fraterna Munera. Studi Amirante*, (Ferrara-Salerno 1998) 53 ss.; P. VOGLI, *Azioni penali e azioni miste*, en SDHI 64 (1998) 24 ss. = *Ultimi studi*, cit. 219 ss.; O. F. ROBINSON, *The "iudex qui litem suam fecerit" explained*, en ZSS 116 (1999) 195 ss.; C. DE KONINCK, *Iudex qui litem suam fecit. La responsabilité quasi-délictuelle du iudex privatus dans la procédure formulaire*, en *Viva vox iuris Romani, Essays in honour of J. E. Spruit*, (Amsterdam 2002) 70 ss.

52 A. D'ORS, *Litem suam facere* 381-383; T. GIMENEZ CANDELA, *Cuasi delitos* 56-58.

otra interpretación al considerar el texto alterado por los compiladores, pero en coherencia con la distinta posición patrimonial de los filii familias en época bizantina se podía actuar directamente contra éstos⁵³, no aclarando debidamente que si esto fue debido a que los compiladores no suprimieron la referencia a la *taxatio de peculio*. Estos autores consideran que los compiladores dejaron intacta la huella clásica de la *actio de peculio* y, en definitiva, que el texto permite considerar la subsistencia de la *actio de peculio* contra el titular de la *patria potestas*.

Entendemos que tiene razón la crítica a D'Ors realizada por Mattioli⁵⁴ no sólo por el hecho de que la mención de la *taxatio* con referencia a la consistencia del peculio sólo podía aparecer en derecho justiniano como algo del pasado, sino sobre todo porque en derecho clásico la responsabilidad de peculio presupone generalmente una actividad comercial que en modo alguno puede enterearse en el comportamiento cuasidelictual del *iudex filiusfamilias*. En este mismo sentido crítico, Scevola⁵⁵ no ve posible ni sobre el plano dogmático ni el sistemático atribuir responsabilidad de *peculio* al *paterfamilias* en relación con la responsabilidad del hijo *qui litem suam facit*.

Por su parte, Lucchetti⁵⁶ no aprecia distorsiones en el régimen de responsabilidad personal del *filius* entre el derecho clásico y el justiniano por lo que la apelación a la *taxatio* no parece admisible.

También Mattioli⁵⁷ considera que el texto es sustancialmente de Ulpiano y representa la solución elaborada por la jurisprudencia del Principado, pero se pregunta por qué los juristas de época clásica (al menos desde Juliano a Ulpiano) hubieran excluido la posibilidad de conceder la acción noxal, como si el haber previsto una responsabilidad directa del *filius familias* pudiese en realidad comprometer la eficacia de la protección de la parte lesionada. El tema es muy complejo, más aún con las variantes que introduce Mattioli: quien negocia con un *filius familias* sabe que puede contar únicamente con su peculio pero, por lo general, no se puede decir lo mismo contra quien lo tiene como juez; podía suceder que las partes ignorasen el *status* jurídico de *filius familias* del *iudex* elegido de entre las listas pretorias, aunque el mecanismo de las recusaciones garantizaba en cualquier caso que fuera aceptado por todos los intervinientes en la causa, de modo que al haber aceptado al juez no se pudiera posteriormente reclamar contra éste.

53 E. VALIÑO, *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, en *AHDE* 38 (1968) 463-464, duda sobre si la acción contra el *filiusfamilias* dentro de los límites del peculio sea clásica o justiniana.

54 F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 71-72.

55 R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 399 ss., 453 ss.

56 G. LUCCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, (Milano 2004) 234.

57 F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 72-73.

Por otra parte, entendemos exagerada la opinión de Mattioli al afirmar que la facultad de elección reconocida a las partes respecto a la designación del juez de algún modo las hacía partícipes de los riesgos consiguientes a las situaciones personales y patrimoniales que caracterizan la posición del *filius familias*, en el sentido que la aceptación como juez de un *alieni iuris* comportaba la consciente y necesaria aceptación del riesgo de poderse satisfacer –en caso de *iudex qui litem suam fecit*- dentro de la cuantía de su peculium. También parece demasiado sencilla la explicación de Scevola⁵⁸, al exponer que todo esto se evitaba eligiendo como juez a un *sui iuris* y no pretendiendo el reconocimiento de una eventual acción de responsabilidad contra el *paterfamilias* del *iudex*.

Para nosotros resulta complicado relacionar D. 5, 1, 15 pr. y el inmediato fragmento I que Lamberti⁵⁹ considera estrechamente conectados y que, según Scevola⁶⁰, han sido extraídos de partes distintas de una misma matriz reunidas en consideración a las exigencias de racionalización y con la intención de conferir uniformidad a la regulación relativa a un mismo instituto para poder ofrecer una visión lo más homogénea posible.

Ciertamente, no parece coherente el principio en que se enuncia la acción en la medida del peculio con el fragmento que delinea la responsabilidad del *iudex* que con dolo malo hubiese pronunciado una sentencia *in fraudem legis*. En nuestra opinión, es preciso considerar *ius controversum* la *imprudencia* gayana y el *dolus malus ulpiano*, como veremos más adelante.

Otro tema discutible es si en época clásica pudiera intentarse la acción noxal, que si bien fue aceptada por la doctrina antigua, las más cercana a nuestro tiempo lo percibe de manera diversa, rechazando la interpolación del texto⁶¹; no obstante, D'Ors⁶² y Giménez Candela⁶³ entienden que en la versión original debía aparecer la *actio de peculio* ejercitable contra el titular de la *patria potestas*, acercándola de algún modo a la noxalidad.

El problema también puede orientarse desde el punto de vista de la transmisibilidad pasiva y, en último término, desde la óptica de la *natura actionis* – tal como hace Talamanca⁶⁴ –, en el sentido de que una vez excluida la noxalidad por

58 R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 462-463.

59 F. LAMBERTI, *Rifless.* 250.

60 R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 280-281.

61 Vid. con bibliografía R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 392.

62 A. D'ORS, *Litem suam facere* 381-383.

63 T. GIMENEZ CANDELA, *Cuasidelitos* 56-58.

64 M. TALAMANCA, rec. a V. SCARANO USANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvo Giuliano*, en *BIDR* 91 (1988) 867.

Juliano, éste daba mayor preponderancia a los aspectos resarcitorios del remedio pretorio; en definitiva que la controversia⁶⁵ versaba sobre la naturaleza penal o no de la acción, y en un contexto de despenalización Juliano ponía mayor énfasis en el interés de la persona ofendida en obtener el resarcimiento no sólo por el *iudex* sino también por sus herederos⁶⁶, con lo que se soslayaba el problema de las acciones penales que eran intransmisibles pasivamente.

Por su parte, Talamanca destaca, sobre todo en las acciones pretorias, la complejidad de la relación entre la naturaleza de la acción y su régimen, lo que permite observar que la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit* podía ser considerada penal en la jurisprudencia posterior a Juliano, si bien ha de advertirse que esto choca con la noxalidad, característica propia de las acciones penales.

Esa conexión con la noxalidad que tuvo que existir en épocas anteriores, ha suscitado dudas importantes a propósito del *iudex* que actúa con *dolo malo in fraudem legis* (Ulp. D. 5, 1, 15, 1), que ante tal ilegalidad no permite colocar en el mismo plano la imprudencia⁶⁷ de Gayo D. 44, 7, 5, 4 (que en nuestra opinión refleja el pensamiento clásico⁶⁸) y el *dolus ulpiano*⁶⁹ con un extraño enlace con el pr. que sólo habla de una acción in tantam quantitatem <*peculii*> tenetur; de ahí que el fragmento I se haya considerado interpolado⁷⁰, habiendo cancelado los compiladores la mención de la *actio noxalis* que debía ser lo normal en

65 Tenemos noticia de las controversias entre los juristas romanos desde el s. II a. C.; cfr. P. CANTATORE, *Ius controversum e controversie giurisprudenziali nel II secolo a. C.*, en *Scritti Franciosi*, I (Napoli 2007) 405 ss.

66 Cfr. M. TALAMANCA, rec. a T. GIMENEZ CANDELA, *Cuasidelitos*, en *BIDR* 94-95 (1992) 617.

67 Según F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 76, la *imprudencia* que se desprende de Gayo 4,52: *Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum est; alias enim similiter litem suam facit*, indica que no estamos tanto ante una conducta que sea impugnable por factores subjetivos, sino en términos de previsibilidad.

68 En contra M. GIUSTO, *Litem suam facere* cit., 407, que reconduce el supuesto de hecho gayano al derecho postclásico.

69 Las hipótesis contempladas en Gayo 4,52 y Ulpiano D. 5, 1, 15, 1 tratan indudablemente de una conducta consciente del *iudex*; en este sentido hay una clara conexión entre ambos textos y así piensa A. BURDESE, *Sulla responsabilità del iudex privatus*, cit. 177-178. Pero a juicio de F. MATTIOLI, *Quasi delitti* 75 nt. 121, esto no excluye la presencia de diferencias, en particular en el caso enunciado por Gayo (*iudex* que no se atiene a la *condemnatio* requerida por el actor) no entraba en juego en la construcción dogmática del supuesto la subsistencia del elemento "subjetivo", lo que no compartimos debido a las noticias que tenemos de la construcción de la *actio doli* desde Aquilio Galo; la propia Autora (p. 76) reconoce el elemento psicológico del dolo, como también lo reconoce con cierta ambigüedad en la *imprudencia* gayana, porque visto así resulta que Gayo amplía la responsabilidad del *iudex* desde el supuesto concreto del dolo al carácter más genérico de la *imprudencia*, y en este sentido tiene razón Mattioli (p. 77 nt. 123) cuando afirma que D. 44, 7, 5, 4 debe insertarse en el cuadro de emersión del elemento "subjetivo" que califica el comportamiento del juez. Cfr. R. SCEVOLA, *Iudex privatus* 310 ss. Por el contrario, M. GIUSTO, *Per una storia del litem suam facere*, cit., 466-467, respecto de la conexión entre D. 5, 1, 15, 1 y D. 44, 7, 5, 4 entiende que desde una perspectiva evolutiva es más simple el texto de Ulpiano que hace responder al juez primero por dolo y sucesivamente por imprudencia.

70 *Vid. Index Interpol.* s. h. l.

derecho clásico. Este fragmento, tal como lo conocemos, demuestra superada la responsabilidad del *paterfamilias* por los hechos dañosos causados por los *sui in potestate*, y así la interpolación de una *actio noxalis* ha sido rebatida por la doctrina moderna (Lamberti, Scevola); aunque algunos autores sostienen la alteración del texto sobre la base de la interpolación de una *actio de peculio* (D'Ors, Giménez Candela; en contra Mattioli).

En nuestra opinión las *actiones noxalis* y *de peculio* son clásicas - siendo, en todo caso, materia de *ius controversum* -, por lo que debemos afirmar que al final de la época clásica el *filius* había adquirido un protagonismo económico (Wolodkiewicz, Scevola) que había quebrado la anterior unidad económica familiar centrada exclusivamente en el *paterfamilias*, previendo por tanto una responsabilidad directa del *filius-iudex*, lo cual fue asumido por el derecho justinianeo que comprometía el *peculium* al pago del daño causado por el juez negligente.

Nuestra incertidumbre se manifiesta, como ya se ha adelantado, en aquellos supuestos en que la cuantía del *peculium* no resulta suficiente para satisfacer la indemnización, con lo que se perjudica el interés de la parte lesionada. ¿Hemos de entender que revive la *actio de peculio*? ¿deberíamos recurrir nuevamente a la antigua solidaridad familiar en virtud de la cual el *paterfamilias* se hace cargo del pago de los actos cuasi delictuales de los que están bajo su *potestas*?

En nuestra opinión, la respuesta ha de ser afirmativa y en este sentido, entendemos que la alusión a una *taxatio de peculio* podría valer como expediente previo para conocer su cuantía y saber si es preciso traer en causa al titular de la *potestas* para completar la parte de indemnización no satisfecha por el peculio. Los textos omiten referencias al respecto, limitándose a señalar que los ofendidos sólo deben reclamar el peculio del *filius* sin plantearse ulteriores problemas; sin embargo, la solución apuntada tiene su fundamento en la razón y en la *antiquitatis reverentia* justiniana.