EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

JESÚS DAZA MARTÍNEZ
Alicante - España

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO.

1.- Los juristas clásicos han examinado y resuelto en numerosas decisiones de casos concretos problemas jurídicos relacionados con el incumplimiento de las obligaciones, pero, de acuerdo con su metodología, nunca formularon los principios teóricos en que se apoyaban.

La amplia casuística que presenta el Digesto y el Código justinianeo, fue tomada como base por los juristas medievales[1] y posteriores, sobre todo por los pandectistas[2], en sus intentos por elaborar un sistema que regulara el riesgo contractual y la imputabilidad por incumplimiento de la obligación.

En las fuentes romanas se habla en varias relaciones[3] del criterio de la *custodia*, para la valoración de la imputabilidad por incumplimiento, criterio que parece diferenciarse del que es propio de la *culpa*. *Praestare custodiam*, en el sentido de ser responsable por la no existencia de *custodia* de una *res*, y *suspicere custodiam*, igualmente en sentido convencional, son expresiones que se repiten muchas veces en las fuentes.

Como afirma VOLTERRA, la reconstrucción del concepto *custodia*, de su significado exacto y de sus límites constituye un problema que es ampliamente discutido todavía entre los romanistas. El significado del término *custodia* en los textos romanos no es unívoco. Algunas veces es usado, con significado no técnico, para indicar de forma genérica la actividad dirigida a preservar una cosa de daños externos, sin referirse a un grado de responsabilidad. Otras veces, con un significado técnico, en algunas relaciones contractuales indica un grado de responsabilidad objetiva, en el sentido de que el deudor está obligado a responder por el incumplimiento de la obligación causado por algunos acontecimientos que serían clasificados como casos fortuitos y que en otro tipo de relaciones le liberarían del vínculo obligatorio. Así, Gayo (3, 205 – 206) y otros juristas afirman que el comodatario, el *fullo*, el *sarcinator*, pueden actuar directamente con la *actio furti* contra el ladrón que ha robado las cosas que les fueron confiadas por otros, de lo cual se deduce que ellos respondían, en relación con el propietario, también por el robo cometido por terceros, a juz-

---

[1] Cf. La interesante monografía de D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori. Saggi,* Milán, 1957, así como las observaciones formuladas por Luzzatto en "IURA", 1958, p. 169 ss.

[2] Cf. G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, Milán, 1938, pp. 7 – 16.

[3] En el comodato, en la *locatio operis*, del *fullo* y del *sarcinator*, del *caupo*, del *nauta*, del *stabularius*; en la compraventa, por lo que se refiere a la obligación del vendedor de conservar la cosa hasta la transferencia al comprador; en el *pignus*, en lo que se refiere a la obligación del acreedor pignoraticio de conservar la cosa, y en otros casos.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

gar por las Instituciones de Gayo, originariamente parecería que fue éste el criterio de la responsabilidad por *custodia*. Y esto como en contraposición al incumplimiento causado por otros sucesos (como inundaciones, rayos, etc.) considerados como fuerza mayor (*vis maior cui resisti non potest*) y que, en cambio, liberaban a los mismos deudores[4].

Es un hecho cierto – ampliamente estudiado por la romanística y analizado en sus diversos aspectos – que en la Compilación justinianea se sobreponen dos criterios diferentes de responsabilidad contractual. Los pandectistas alemanes intentaron encontrar una solución unitaria al problema que este hecho planteaba, apoyándose ya en uno ya en otro de estos dos criterios: criterio subjetivo de la responsabilidad por *culpa – diligentia*, o criterio objetivo, esto es, responsabilidad objetiva por *custodia*.

En el primer caso, se entiende por *custodia* solamente un aspecto de la *diligentia*, a saber, la actividad general de vigilancia y defensa de la cosa, sin reconocerle un significado "técnico"; la única excepción a este criterio subjetivo sería el llamado *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*, en la que la *custodia* va más allá de los límites de la *culpa* para venir a ser una parte del *casus*.

Según la otra tendencia, en cambio, la *custodia* lleva consigo una responsabilidad técnica, absoluta; los *recepta* a que acabamos de aludir constituían un prototipo de la misma. Actualmente no se considera sólidamente fundada la solución intermedia intentada por PERNICE, que se basaba en el supuesto de que la jurisprudencia de la época de ADRIANO habría efectuado el paso a una valoración subjetiva del comportamiento del deudor, de modo que los conceptos de *custodia* y *diligentia* terminaron por fundirse en una noción única, prolongándose esta situación hasta la compilación de JUSTINIANO; en ésta, el término *custodia* tendría un contenido variable, según los grados de *diligentia* a que correspondiera en cada caso.

LUZZATTO ha observado, tras aludir a la falta de consistencia de la posición de PERNICE, que la romanística posterior se ha ido orientando en una de estas dos direcciones señaladas por la pandectística, pero destacando el hecho de que el problema de la superposición de los dos criterios de responsabilidad es planteado y resuelto en el plano histórico, no en el dogmático.

Una doctrina surgida entre los romanistas alemanes (SECKEL, KÜBLER, KUNKEL, RABEL, SCHULZ) sostenía que en el Derecho clásico con el término *custodia* se indicaba un criterio de responsabilidad objetiva por algunos acontecimientos; los compiladores justinianeos lo habrían sustituido por un criterio de responsabilidad subjetiva (excepto por lo que se refiere a la responsabilidad del *nauta*, del *caupo*, del *stabularius*, asumida *ex recepto*, es decir, por pacto expreso); los compiladores habrían introducido, en cambio, el criterio de responsabilidad objetiva. Tal tesis es seguida, con algunas diferencias, por MITTEIS, DE MEDIO, FERRINI y, parcialmente, por ROSENTHAL, VISKY, PFLÜGER y DE ROBERTIS, el cual ha expuesto puntos de vista personales sobre diversos aspectos.

ARANGIO-RUIZ y LUZZATTO, a los que se aproximan VAN OVEN, CARRELLI, PARIS y otros, vuelven a defender la tesis de la responsabilidad objeti-

[4] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado romano (traducción, prólogo y notas a la edición española de J. Daza Martínez)*, Madrid, 1986.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

va en el Derecho clásico, en el sentido de que en algunas relaciones contractuales se habría atribuido al deudor una porción de riesgo, independientemente de su comportamiento subjetivo; en el Derecho justinianeo esta responsabilidad se habría configurado como una *diligentia in custodiendo*.

En conexión con la última tesis está la de DE MEDIO, a propósito de la distinción que habrían hecho los compiladores entre los diferentes *eventus*, clasificando entre los *maiores* los que habrían excluido la responsabilidad del deudor y entre los *minores* los que, en cambio, habrían llevado consigo la responsabilidad por custodia.

Un intento aislado es el de VÁZNY, el cual sostiene que los clásicos habrían aplicado el criterio de la responsabilidad por *custodia* en un número limitado de casos; los justinianeos lo habrían extendido a otros casos, elaborándolo de forma más completa[5].

LUZZATTO afirma que, para la doctrina dominante, el criterio principal, aunque no siempre exclusivo, en el ámbito de la responsabilidad contractual clásica, habría sido el de responsabilidad por *custodia* técnica, ésta, por una parte, (ya sola, ya acompañada de otros criterios de valoración objetiva como el *factum debitoris*, la *imperitia*, o el *vitium operis*) y la responsabilidad por *dolo*, habrían cubierto todo el campo de la responsabilidad contractual sin necesidad de que – en el Derecho clásico – fuera necesario recurrir a cualquier tipo de criterio de investigación subjetiva sobre el comportamiento del deudor. La introducción y la generalización de un criterio subjetivo de responsabilidad, valorable a través de los distintos grados de *diligentia* sería obra de los compiladores justinianeos, o directamente, según la doctrina más antigua, o mediatamente (KUNKEL, PARIS, ARANGIO-RUIZ, LUZZATTO) a través del paso a una responsabilidad genérica subjetiva por *culpa – negligentia*, en edad postclásica.

Existe un grave desacuerdo a propósito de la identificación de las relaciones en las que se aplica, en el Derecho clásico, el criterio de la *custodia*. Parecen seguras las del *fullo*, del *sarcinator*, del *horrearius*, del comodatario, del *inspector* en interés propio, del precarista y del depositario que se ha ofrecido espontáneamente. Son menos seguros otros casos de *locatio conductio operis* (en los que la responsabilidad es considerada por los clásicos bajo el punto de vista de la *imperitia* o del *vitium operis*) y de la *locatio conductio rei*. Son inciertas y discutidas también las del acreedor pignoraticio y del vendedor. El contenido de la *custodia* clásica (es decir, los eventos que no excluyen la responsabilidad del deudor sobre quien pesa la *custodia*) son el robo, el *damnum iniuria datum* (D. 13, 6, 19 y D. 19, 2, 41, demuestran que los clásicos no estaban de acuerdo entre sí en este punto) y, según parece, la fuga de los esclavos (de D. 13, 6, 18 pr.; 50, 17, 23, se deduce que tal *eventus* no era considerado de forma unívoca en orden a la responsabilidad del deudor).

[5] Una breve e interesante síntesis de los autores citados en el texto puede verse en G. I. LUZZATTO, *Spunti critici en tema di responsabilità contrattuale*, BIDR, 63 (1960), especialmente pp. 47 – 95. En la p. 51 el autor afirma: "la dottrina romanistica, di gran lunga prevalente ancora oggi, e addiritura esclusiva fino a quest'ultimo ventennio, si è invece orientato secondo l'una o l'altra delle due soluzioni prospettate dalla pandettistica: della custodia intesa come responsabilità obiettiva, o identificantesi invece col criterio subiettivo della *diligentia*; ma, naturalmente, tentando di risolvere il problema sul piano storico anzichè dogmatico, e attribuendo, rispettivamente, al diritto clasico un criterio generale di responsabilità obiettiva, e al diritto giustinianeo la creazione di una responsabilità subiettiva o viceversa".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

En el Derecho justinianeo, cuando se abandona el concepto originario de *custodia*, reconduciéndolo al ámbito de la *culpa*, pero atribuyendo al deudor una responsabilidad mayor que la de la *culpa levis* y de la *culpa in concreto*, en lugar de *custodia* se habla de *exacta diligentia custodiendae rei*, de *diligentia qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet*. Como se ve, el criterio seguido por los compiladores bizantinos es el de valorar el comportamiento del deudor, tomando como base de comparación la conducta de la figura abstracta de un hombre que tiene unas dotes muy especiales de cautela y prudencia, comportamiento que es, por tanto, más cuidadoso y diligente que el del tipo abstracto del *bonus paterfamilias* que se tiene presente para la determinación de la *culpa levis*, lo cual lleva consigo lógicamente, en el deudor, un grado de mayor responsabilidad.

2. ARANGIO – RUIZ, al estudiar la forma en que se introdujo y generalizó el criterio subjetivo de responsabilidad, por parte de los compiladores justinianeos, ha puesto de manifiesto que éstos lo hicieron mediatamente, a través del paso a una genérica responsabilidad subjetiva por *culpa – negligentia*, en la edad postclásica. Su demostración se apoya en el análisis de los textos que nos han llegado al margen de la compilación, en particular de GAYO auténtico, y de los pertenecientes al otro GAYO, esto es, al de las *Res Cottidianae*. En esta confrontación descubre las diferencias existentes entre el pensamiento clásico y el bizantino[6]

Efectivamente, una lectura atenta del tratado de las obligaciones *quae ex contractu nascuntur*, tal como se expone en las instituciones genuinas de GAYO (III, 89 – 162), pone de manifiesto que allí queda a un lado el problema de los límites de la responsabilidad contractual, a excepción de una alusión a la *actio furti*[7], a la que aludiremos inmediatamente.

> En Inst. III, 205 se lee: *"Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vesmenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non perlisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae per se sufficiat: nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse".*

En este pasaje se trata, pues, de casos *locationes operis*. Ciñéndonos a uno, el del lavandero a quien se entregan unos vestidos para lavarlos, tras la entrega de una *merces*, ocurre – según el texto -, que si tales vestidos son robados mientras están en poder de él, la *actio furti* no corresponde al *dominus* (ya que mediante la *actio locati* contra el lavandero puede conseguir lo que es suyo); pero sí puede actuar contra el

[6] Recuerda en efecto, ARANGIO – RUIZ que "fra le Istituzioni classiche e le imperiali, punto di partenza e punto d'arrivo, la mediazione è data da quelle *Res Cottidianae*, o *libri aureorum*, larga parte delle quali (specie in materia di obbligazioni) è ripprodotta nei Digesti e nelle Istituzioni medessime...". *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*. Nápoles, 1958, p. 63.

[7] La doctrina de las *Inst.* a este propósito es clara; cuando se ha cometido un *furtum*, la acción penal contra el ladrón no corresponde al propietario de la cosa en cuanto tal, sino a aquel *"cuius interest rem salvam esse"* (III, 203), y, por tanto, al *dominus* solamente en el caso en que el interés prevalente a la conservación de la cosa sea el suyo. Cf. lo que decimos a continuación en el texto.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

ladrón en el caso de que demuestre que las condiciones financieras del contrayente no garantizan el pago del *id quod interest*. La razón que se señala es que sólo entonces se podrá decir que el propietario tenía un interés propio en que no le fueran robados los vestidos (..."*quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse*").

En el párrafo siguiente (III, 206) se hace una aplicación idéntica a propósito del *commodatum*, explicando cuál es la responsabilidad que pesa sobre los contrayentes (en cuanto que *custodiam praestant*) y justificando tal responsabilidad por el provecho que sacan del contrato (en un caso, "*mercedem capiendo*"; en otro, "*utendi commodum percipiendo*").

El texto completo es:

> "*Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare*".

Por último, el párrafo siguiente señala con claridad que esta responsabilidad de que se habla no tiene lugar en cualquier contrato que lleve consigo la entrega de una cosa de uno a otro de los contrayentes. Explícitamente se dice: "*Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit*". Consiguientemente, al no tener un interés personal en que la cosa no sea robada, la *actio furti* corresponderá al propietario ("*... sed ea actio domino competit*").

Teniendo pues, en cuenta los pasajes citados, cabe afirmar que lo que dice GAYO es, en sustancia, que existe una responsabilidad por custodia, limitada a un cierto número de negocios y que aquel que responde de la *custodia* está obligado a la restitución de la cosa, o de su valor, aunque haya sido otro el que la ha robado estando en su poder. Quedan por precisar los negocios a que se aplica la responsabilidad (a excepción de los dos casos de *locatio operis* que hemos visto y del *commodatum*) y, sobre todo, faltan los criterios concretos "per potere esattamente descrivere i confini della responsabilità per custodia"[8], al contrario de lo que ocurre en los pasajes de las *Res cottidianae* que se citan en el Digesto y en las Instituciones de JUSTINIANO.

En efecto, ahora el problema de la responsabilidad contractual pasa a ocupar un lugar central y, superada la alternativa entre responsabilidad por dolo y por custodia, se nos presenta la responsabilidad del deudor de forma sistemática recurriendo al criterio de la *diligentia*, en sus diversas graduaciones (desde la simple *diligentia* a la *exactissima diligentia*). El problema es contemplado en las Instituciones en el caso del acreedor pignoraticio con estas palabras:

> *praestiterit et aliquo fortuito caso rem amiserit, securum esse nec impedi"Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restuenda tenetur actio-*

[8] ARANGIO – RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, p. 66; poco antes observa que lo que nos dice GAYO es todo lo que podemos afirmar con certeza acerca de la responsabilidad *ultra dolum* en el derecho clásico (ib., 65).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

> *ne pigneraticia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si ri creditum petere"* (III, 14,4).

También se alude en las Instituciones al caso del "*conductor*" de cosas[9] y del "*negotiorum gestor*"[10]. Por su parte, el Digesto examina también diversos casos relativos a la *societas*[11], a la compraventa[12], al depósito[13] y al *commodatum*; a propósito de este último, por ejemplo, se citan las siguientes palabras de las *Res Cottidianae*;

> *"... Et ille qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet; is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruina, naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. Alias tamen exactissimam diligentiam custodienae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet si alius diligentior custodire poterit. Sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum..."* (D. 44, 7, 1, 4).

Esta comparación entre los textos del GAYO genuino y del GAYO de las *Res cottidianae* no constituye el único argumento con fuerza para demostrar que a los compiladores justinaneos se debe la introducción y la generalización de un criterio subjetivo de responsabilidad, ni la única explicación válida de las causas que condujeron a este paso, a partir de la época postclásica. Pero sí son el argumento de más fuerza.

Con todo, aun aquellos que sostienen, para el derecho clásico, una responsabilidad objetiva por custodia técnica, tienden a atribuir ya, para este periodo, un cierto relieve al criterio subjetivo de la *diligentia*. LUZZATTO, por ejemplo, admite claramente que es posible encontrar en el derecho clásico "i primi addentellati" del paso a un criterio subjetivo de responsabilidad[14], si bien es preciso determinar cuáles eran los límites de tal valoración subjetiva y a qué relaciones se transfería. No es suficiente recurrir a soluciones de compromiso que consistan simplemente en acoger indiscriminadamente criterios subjetivos y objetivos, sin dejar bien perfilados el fundamento y los límites de unos y otros.

---

[9] Inst. III, 24, 5.

[10] Ib., III, 27, 1: en este pasaje se contienen las conocidas palabras "... *ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret...*".

[11] D. 17, 2, 72.

[12] Ib., 18, 6, 2, 1.

[13] Ib., 44, 7, 1, 5; para todos estos textos del Dig., cfr. DE ROBERTIS, *Exactissima diligentia*, SDHI, 1957, pp. 122 ss. y ARANGIO – RUIZ, *Responsabilità...*, op. cit., p. 67 ss., donde resume las diversas gradaciones de la responsabilidad que se deducen de los textos.

[14] *Spunti critici...*, p 73.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

LUZZATTO en la primera parte de su estudio "Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale", intenta poner en claro las dificultades con que chocan los intentos de superar, ya en el derecho clásico, la antítesis *dolo – custodia*, mostrando cómo tales intentos son inconciliables con la aceptación de los resultados de la crítica interpolacionística. Esto sentado, expone los indicios positivos en favor del paso de una noción de responsabilidad objetiva clásica, a una subjetiva, propia de los compiladores, observando que le parecen "che nessuno degli elementi addotti dalla critica tradizionale sia, fino ad oggi, rimasto acosso dalle più recenti revisioni"[15]. De hecho, el autor dirá más adelante que, tras un análisis concienzudo de los estudios que fueron apareciendo a partir de la publicación de su investigación "Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia" (del año 1938), no encuentra motivos que justifiquen un cambio sustancial en sus conclusiones.

3.- Dejando a un lado el estudio y análisis de otros aspectos que plantea esta problemática, interesa aquí, en orden a los propósitos del presente estudio, aludir más concretamente al tema particular de la llamada *culpa Aquiliana*.

La *lex Aquilia* es un plebiscito con fuerza de ley rogada[16]que regula la responsabilidad por los daños causados en las cosas de otros. Según el texto que nos transmite Gayo, en el capítulo I se establecía que[17]

> *"... si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur"*
>
> *(GAYO, III, 210).*

El capítulo siguiente se ocupa de la responsabilidad del ***adstipulator:***

> *"Capite secundo* – dice GAYO – *adversus adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur" (III, 215).*

El capítulo III contempla otras formas de daño: lesiones a esclavos, deterioro de cosas corporales[18]:

> *"Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum numero est, vulneraverit, sive eam quadrupedem quae pecudum numero non est, velut canem, aut feram bestiam, velut ursum, leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum aut freactum fuerit, actio hoc capite constituitur..." (III, 217).*

---

[15] G. I. LUZZATTO, *Spunti critici...*, cit., p. 97.

[16] Según F. PRINSHEIM, *The origin of lex Aquilia*, Mélanges Lévy – Bruhl, p. 234, esta ley supone necesariamente la existencia de otra serie de plebiscitos anteriores: "a careful reading of the text at once reveals the impossibility of his entitely having been formed at one and the same time".

[17] GAYO, *Instituciones* (edición bilingüe, bajo la coordinación general de F. HERNÁNDEZ – TEJERO), Madrid, 1985.

[18] Un amplio estudio sobre las vicisitudes de la elaboración de la culpa extracontractual, puede verse en S. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Turín, 1969.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

Antes de proceder al análisis de algunos temas concretos relacionados con la *culpa Aquiliana*, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad contractual es una creación pandectística que parte de la noción de *contractus* y su responsabilidad, dejando a un lado la responsabilidad extracontractual (*aquiliana*). La distinción entre ambos tipos de responsabilidad no es, sin embargo, evidente desde un principio.

En efecto, la idea de *contractus* se elaboró de forma lenta, y en paralelismo con la idea de *delictum*. El joven GAYO pone a ambas cosas como fuentes de *obligatio*. La responsabilidad, pues, ha de ser estudiada siempre en relación con la historia y la noción de *obligatio*.

Por otra parte, los módulos de responsabilidad que establece la *lex Aquilia* hacen referencia también a una *obligatio*: en este sentido, podrían ser vistos como responsabilidad contractual. Al menos, debe afirmarse que los delitos privados no constituyen claramente casos "extracontractuales" de responsabilidad; por esto, es preferible hablar simplemente de responsabilidad *Aquiliana*[19].

El mismo GAYO, que transmitió el texto de la ley, expone también los presupuestos necesarios para que la *actio legis* pueda ser ejercitada: el *damnum* o lesión del patrimonio de otro, y la *iniuria* o ilicitud del acto lesivo. A propósito de esta última se dice:

> *"Iniuria autem occidere intelligitur cuius dolo aut culpa id acciderit;... itaque impunitus est qui sine culpa et dolo malo, casu quodam damnum committit"* (IB., III, 211).

Algunos autores piensan que puesto que la *culpa* es tomada en consideración, como criterio de responsabilidad, debe admitirse que se introduce ya aquí un criterio de responsabilidad *subjetiva*. K. VISKY, en concreto, defiende la tesis de que el esclarecimiento conceptual de la *culpa*, como uno de los grados de responsabilidad, estaba ya muy avanzado a finales de la República. Esto ocurre, sobre todo, para la esfera de los delitos. Los fragmentos que provienen de la esfera de la *lex Aquilia* (D. 9, 2) muestran claramente como los "*veteres*" habían examinado a fondo el problema de la negligencia, a fin de dar solución a los casos que les eran propuestos. La decisión de Q. MUCIO que se recogen en D. 9, 2, 31 es particularmente significativa:

> *"Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur... Sed Mucius dixit, etiam si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit; secundum quam rationem non multum refert, per publicum aut per privatum iter fieret..."* (cf. también D. 9, 2, 52 a propósito de otra decisión de ALFENO).

[19] De este modo, la *culpa aquiliana* sería un concepto de culpa idéntico, por ejemplo, a la *culpa debitoris* en el caso de la *stipulatio*; lo mismo cabría admitir respecto al *dolus* que nace en materia de *homicidium*, etc.; cf., entre otros, ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, Ann. Palermo, 1950, esp., p. 15 ss., con amplia bibliografía, y en particular LEONHARD, *culpa*, en "Realencyclopädie...", IV, p. 1748 ss.; en las páginas que siguen, tendremos ocasión de constatar las dificultades que plantea el término *culpa* en las diferentes épocas de la historia del derecho romano y aplicada a supuestos distintos.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

Según el mismo autor[20], la *culpa* tomada en un sentido más restringido, técnico, se presentó probablemente por primera vez en el ámbito de los delitos, más precisamente de la *lex Aquilia*. En el curso de la aplicación de ésta, el análisis de los diferentes hechos concretos habría conducido a la jurisprudencia a hacer una distinción:

a) por una parte, están el *dolus* y el *casus*

b) por otro lado, la causación negligente que se encuentra entre los dos[21].

De este modo, se hace valer la *culpa* como "degré medial" de la responsabilidad. El hecho de que el concepto de *culpa*, que había tomado forma en el terreno de los delitos, hubiera sido aceptado en el mundo de las relaciones contractuales se hace comprensible por este mismo hecho: en efecto, el derecho romano tomaba esencialmente por idéntica la responsabilidad basada sobre el delito y la basada sobre la no ejecución del un contrato.

Tal desarrollo ya estaba bastante adelantado en el último siglo de la República, haciéndose incluso valer más allá de la responsabilidad extracontractual. Los testimonios de las fuentes demostrarían que la jurisprudencia de este periodo examina y aprecia en las relaciones contractuales – además del *dolus* – la *culpa*, como un grado independiente de responsabilidad, siendo equivalente a una falta cometida sin intencionalidad. Algunos testimonios que se presentan como ilustrativos de la forma de entender la responsabilidad contractual por parte de los "*veteres*", son estos:

a) un ejemplo relativo al *commodatum* es ofrecido en D. 13, 6, 5, 3, donde se lee:

> *"Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Q. MUCII sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo qui aestimatione se prestaturum recipit"*[22].

b) a propósito de la *actio pigneraticia*:

> *"Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit, si invito ratiario detinuisset, eius periculo ratem fuisset respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandam, non vin maiorem"* (D. 13, 7, 30).

---

[20] K. VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République,* RIDA, 3 (1949) pp. 437 – 484 (esp. p. 441 ss.)

[21] Un ejemplo típico podría ser D. 9, 2, 52, 4, que alude a una decisión de ALFENO: Durante un juego de pelota un esclavo es empujado y se rompe una pierna. ¿puede actuar su dueño en virtud de la *lex Aquilia*?: *"Respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum"*.

[22] Acerca de las dificultades que ofrece este texto según la crítica de las interpolaciones, cf. KUBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertagshaftung im klass. Römischen Recht,* Festgabe für GIRKE, p. 257.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

c) en relación con el contrato de venta:

> *"Si venta insula combusta esset, cum incedium sine culpa fieri non possit, quid iuris erit? respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum negligentia factum continuo dominus in culpa erit..."* (D. 18, 6, 12 (11)).

En cualquier caso, puede decirse que hay *culpa* en aquellos casos en que falta por parte del deudor el cuidado necesario, la *diligentia*. Durante la República, los jurisconsultos, mediante el análisis de los casos prácticos y sus decisiones, colaboraron eficazmente a la formación del concepto de *diligentia*, lo mismo que a la elaboración de la *culpa*. La *custodia* aparecía como el tercer grado de responsabilidad (además del *dolus* y la *culpa*); tal obligación de *custodia*, pues, era ya conocida por los *veteres*, como demuestra este pasaje:

> *"Usque autem adeo diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt"* (D. 13, 6, 5, 9).

VISKY concluye su estudio sobre la responsabilidad en el derecho romano a finales de la República diciendo que ya en esta época había tomado la triple articulación del sistema de responsabilidad: *dolus – culpa – casus*, y que en ciertas relaciones se presentaba ya también la *custodia*[23]. Esto no significa que la casuística de los diferentes grados de responsabilidad tuviera ya unos contornos perfectamente definidos. Pero gracias a las decisiones de los "*veteres*" la jurisprudencia clásica pudo construir el sistema romano de responsabilidad.

Es importante tener presente también la posición de MARTON que, partiendo de una noción de responsabilidad absoluta sostiene que ya la jurisprudencia republicana dio importancia a una valoración subjetiva de la responsabilidad del deudor, desarrollando la noción de la *bona fides debitoris*: según él, esta concepción de la *fides* que es exigida a quien hace un contrato, se enturbió en el curso de la evolución cuando la noción de *culpa* (en sentido técnico) se desarrolló en el dominio de la responsabilidad Aquiliana.

Ciertamente, la *lex Aquilia* no conocía aún este sentido técnico, por lo que se expresa en términos netamente objetivos (*si... iniuria occiderit..., urerit, ruperit, fregerit*); pero hay que suponer que la interpretación de los jurisconsultos tuvo que aplicarse, desde el principio, a la distición de las XII TABLAS *sciens dolo malo* y *casu*, al menos en los casos en que allí se admitía esa distinción. Luego, al multiplicarse los casos típicos de las decisiones, se vieron obligados a hacer nuevas distinciones.

Así se extendió la responsabilidad (penal) de la *lex Aquilia* a un nuevo grupo de casos, intermedio entre los otros dos citados; el término *culpa* vendría a distinguir ese nuevo grupo (se trata de casos en que si bien el autor del daño no ha obrado *sciens dolo malo*, el efecto dañoso que ha provocado no puede ser atribuido a un sim-

[23] Hay que notar que para VISKY la *custodia* es concebida como una responsabilidad *objetiva*, pese a definirla como una valoración más rígida de la culpa o, según sus palabras como una articulación interior de la culpa (art. cit., p. 483).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

ple *casus*, por estar estrechamente ligado a una actividad reprochable del hombre inculpado: actividad imprudente, frívola, no refleja). Esto supuesto, intenta demostrar cómo, por la fuerza de dos motivos poderosos (la tradición romana y la necesidad práctica), los jurisconsultos romanos - ciertamente ya los *veteres* – interpretaron el mismo elemento legal (la *iniuria*) en sentido de dolo subjetivo (malicia), cuando se trataba de una injuria contra la persona, y en el sentido de un reproche objetivo, cuando se trataba de una *iniuria* contra los bienes[24].

Sea cual fuere el momento en que surge la noción de *culpa*[25], lo importante es destacar, dice MARTON, que la aparición de esta nueva noción, con un sentido técnico y, por tanto, la restricción del sentido del término *dolus* a los casos del daño voluntario (cambio que se efectuaba en el dominio del *delictum*), llevó consigo una disonancia con la práctica que, en el dominio de la responsabilidad contractual, enroló bajo la noción de *perfidia* los casos más graves de la falta involuntaria, lo cual tuvo por consecuencia necesaria la escisión de la *culpa* en una falta contraria a la *fides* (falta grave) y en otra no contraria a ella (falta leve). Por último, MARTON llega incluso a admitir que ya la *culpa lata* habría sido concebida por los juristas de la edad clásica como extensión del *dolus* y que la *diligentia quam suis* se remonta también al derecho clásico[26].

Refiriéndose, a su vez, a la *lex Aquilia*, ARANGIO–RUIZ, tras sostener que ni siquiera cuando fue votado este plebiscito se exigió el *dolus* como elemento subjetivo indispensable para la punibilidad de todo delito público y privado, señala que ni siquiera aparece en la palabra *iniuria* que allí se usa (*damnum iniuria datum*) un elemento subjetivo diferente del dolo; sólo más tarde, por exigencias prácticas muy concretas, fue elaborado por la jurisprudencia el principio de que la punibilidad del daño aquiliano "debba essere commisurata al criterio della culpa"[27]. Entonces *iniuria* continuó considerándose como la antítesis de *iure*, pero se hicieron esfuerzos para hacer creer que en aquella misma palabra se encerraba el elemento subjetivo del delito.

LUZZATTO, por su parte, advierte que la conocida regla *in lege Aquilia et levissima culpa venit*, no debe ser entendida en el sentido de una valoración cualquiera del comportamiento subjetivo del culpable, y de una gradación de la responsabilidad, tal como encontramos en el ámbito de las relaciones contractuales, sino sólo en el sentido de una advertencia que hace la jurisprudencia clásica a fin de no poner limitaciones subjetivas o valoraciones técnicas del comportamiento del sujeto agente, por ser cuestiones que no tendrían sentido en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (recordar el pasaje de ULPIANO en D. 9, 2, 44 pr. 1:

---

[24] G. ,MARTON, *Un éssai de reconstruction du développement probable du système classique romain de résponsabilité civile*, RIDA, 3 (1949) pp. 177 – 191 (cf. espec. p. 182 ss.).

[25] Aunque ULPIANO pone en boca de Q. MUCIO una definición de *culpa*, quizás no conocía esta noción. El texto en cuestión, muy corrompido, es D. 9, 2, 31: *"Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decitat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius dixit, etiam si in privato id accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit..."*.

[26] G. MARTON, *Un éssai...*, (el autor interpreta la *diligentia quam suis* como una medida especial de la *culpa lata* (la falta de honradez), no como subespecie de la *culpa levis*), p. 186.

[27] *Responsabilità contrattuale...*, p. 227.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

> *"In lege Aquilia et levissima culpa venit. Quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est"*).

Según esto, la responsabilidad *ex lege Aquilia* nace en todo caso en que es posible establecer un nexo de causalidad entre el hecho voluntario de una persona y el hecho dañoso, con independencia de todo tipo de valoración del comportamiento de la persona misma. A su vez, la *culpa Aquiliana* parece consistir exclusivamente en la posibilidad de referir el evento dañoso al hecho de una persona[28]. No parece encontrarse en el derecho clásico una legitimación activa a la *actio legis Aquiliae*, fuera el daño *corpore corpori illatum* y de un hecho positivo del agente que lo haya provocado. El encuadramiento de la responsabilidad *ex lege Aquilia* en las categorías de *culpa* y de *diligentia*, formuladas ya en la edad postclásica, es obra de los compiladores. En la edad clásica se habrían introducido la *actio utilis* y la *actio in factum legis Aquiliae* para algunos casos de daño indirecto y para aquellas relaciones que no entraban en el ámbito originario de la *lex Aquilia*. Un caso concreto sería la responsabilidad del *creditor pignotaticius*; he aquí el texto de PAULO:

> *"Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. Sed id iniquum est et domino et creditori eum teneri nisi quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei debiti quantitatem et eo quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio"* (D. 9, 2, 30, 1-2)[29].

Hay que reconocer también que ya la jurisprudencia clásica introdujo, para algunos casos, la noción de daño indirecto, estableciendo la distinción entre el daño y el *causam mortis* o *damni praestare*. Veamos algún caso concreto en que esto ocurre:

a) D. 9, 2, 7, 6 (ULPIANUS *libro octavo decimo ad Ed.*): recuerda la afirmación de CELSO de que hay diferencia entre matar a un esclavo o dar sólo ocasión a la muerte (*an mortis causam praestiterit*) porque el que ha dado ocasión a la muerte no está sujeto a la ley Aquilia (*non Aquilia, sed in factum actione teneatur*), sino a la acción por el hecho. También se menciona el caso de quien

[28] Cf. su colaboración *colpa penale*, en "Encicl. Del Diritto", VII, 615; ID., *Spunti critici...*, p. 82 – 83; según lo que se expone arriba, en la culpa Aquiliana se excluye toda responsabilidad que nace de omisión, o la referencia a la falta de diligencia, etc.

[29] Para el daño no *corpore corpori illatum*, así como para la omisión culpable, era posible el recurso a otros medios, como la *actio doli*, o bien no existían remedios. ALBANESE piensa que la reforma justinianea extendió a la *lex Aquilia* la tutela de daños provocados *non corpore*, por lo que se desnaturalizó la concepción original (ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, "Ann. Palermo", 1950, p.1, ss).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

dio un veneno en vez de una medicina, señalándose que dio pie a una causa de muerte, lo mismo que el que proporciona una espada a un loco, y concluye: *"nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum"*.

b) D. 9,2,9 pr. (*Ulp. 18 ad Ed.*): se dice que si una comadrona hubiera dado una medicina y a consecuencia de ella hubiera perecido la mujer, Labeón distingue de este modo: si la administró con sus manos, se considera que mató; pero si la dio a la mujer para que ésta la tomase, debe darse una acción por el hecho (*in factum actionem dandam*). Esta solución es justificada diciendo: *"quae sententia vera est, magis enim causam mortis praestitit, quam occidit"*.

c) Otro caso se ofrece en D. 9, 2, 29, 2:

> *"Si navis tua impacta in meam scapham damnum mihi dedit, quaesitum est, quae actio mihi competeret? Et ait Proculus, si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, et culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis; quia parvi refert navem immittendo, aut servaculum ad navem ducendo, an tua manu damnum dederis, quia omnibus his modis per te damno afficior. Sed si fune rupto, aut quum a nullo regeretur, navis incurrisset, cum domino agendum non esse"*[30].

Al proceder así, se abría sin duda la puerta a una valoración del *comportamiento subjetivo* y, por tanto, a una superación de la noción objetiva de *culpa*, tal como era considerada en el ámbito originario de aplicación de la *actio legis Aquiliae*. Más aún, LUZZATTO piensa que puede afirmarse que justamente a través de la interpretación jurisprudencial de la casuística de la *lex Aquilia* se introdujo en el derecho romano el criterio subjetivo de una responsabilidad por *culpa*. Pero precisa que se trata de una valoración considerada objetivamente, siempre en referencia al caso particular concreto. Cualquier generalización, y cualquier nexo con las diversas gradaciones de responsabilidad subjetiva, que encuentran su expresión en la *diligentia* de los compiladores, parece que deba ser excluida; también hay que excluir, según él, para todo el derecho clásico, la noción de culpa por omisión con referencia al daño extracontractual[31].

Talamanca ha afirmado recientemente que si la determinación del concepto de *culpa* en Derecho justinianeo es bastante difícil, sobre todo a causa de las estratificaciones históricas, bastante más arduo es delinear la evolución histórica mediante la cual se llegó al sistema propio de la compilación. Anteriormente hemos visto que

---

[30] Inmediatamente se alude a otro caso: LABEON dice que si la nave hubiese sido impelida por la fuerza de los vientos contra cuerdas de las anclas de la otra los marineros hubieran cortado las cuerdas, si sólo haciendo así pudo desenredarse aquella nave, no hay que dar acción alguna. Pero si ello hubiera ocurrido por culpa de los marineros, entonces *"lege Aquilia agendum"* (D. 9, 2, 29, 3).

[31] *"colpa penale"*, art. Cit., p. 616; en *Spunti critici* resume así su posición: "ritengo che, anche nell'ambito della responsabilità Aquiliana, la giurisprudenza classica abbia posto soltanto la premesse per il superamento della responsabilità obiettiva, ma che, anche qui, l'inquadramento sistematico della colpa extracontrattuale sotto il profilo di una responsabilità subiettiva sia opera dei compilatori" (p. 84). Hay que notar que la tesis de que la jurisprudencia clásica habría realizado, en el ámbito de la responsabilidad contractual, el paso a una noción de responsabilidad subjetiva, ha sido defendida, entre otros, por PERRIN, *Le caractére subjectif de l'iniuria Aqulienne*, Studi DE FRANCISCI, IV, 265 ss.; BEINART, *The relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia*, Studi ARANGIO-RUIZ, I, 278 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

también aquellos romanistas que sostienen que los criterios de responsabilidad reconocidos por los juristas clásicos se habrían siempre limitado al *dolus* y a la *custodia*, admiten desde el punto de vista sustancial una superación de los restringidos límites de la responsabilidad dolosa a través de una interpretación extensiva del concepto de *dolus*. No parece que esta extensión, por lo que se refiere a los *bonae fidei iudicia* (porque en los *iudicia stricti iuris* está en vigor el *factum debitoris*) pueda considerarse solamente restringida al aspecto sustancial; también desde el punto de vista terminológico los juristas romanos señalaban aquellos casos en los que el comportamiento del deudor le era imputado a éste, fuera del *dolus*, y, eventualmente, de la *custodia*, sobre la base de una falta de *diligentia*, y alcanzaban un concepto de *culpa*[32]. Opinar en sentido contrario obligaría a prescindir, como espúreos, a una gran cantidad de pasajes, que serían sospechosos sólo en base a un preconcepto.

En aquél que se considera el campo originario de aplicación de la responsabilidad por *culpa* – la *actio ex lege Aquilia* – piensa Talamanca que no aparece fundado el intento de asignar al término un valor diferente de aquél de criterio subjetivo de responsabilidad, distinto del *dolus*, es decir, sobre la base del simple nexo causal. A parte de la dificultad que presenta, desde el punto de vista conceptual, la determinación del concepto de nexo causal, la casuística romana no se detiene en determinar ese nexo solamente; ateniéndose a los hechos concretos, los juristas buscan un aspecto particular de tal conducta que no puede ser sino subjetivo, y que permite imputar el hecho al autor[33].

4.- En el año 1969, C.A. CANNATA publicó una monografía, en la que al estudiar la responsabilidad por culpa en el Derecho romano clásico, orienta su investigación en la dirección que señala aquella corriente romanística para la que el origen de la noción de *culpa* contractual debe buscarse en "una sorta di estrapolazione della nozione di colpa aquiliana"[34]. A propósito de la antigüedad de la misma es, sobre todo, el hecho de que las soluciones contenidas en las fuentes parecen atribuir a ella la función de modelo; o, más precisamente, se trata del hecho de que el cuadro histórico que el conjunto de los testimonios sugiere como más probable, presenta la noción de *culpa* contractual como condicionada por una noción preexistente de hecho culpable, identificable con el de la *culpa Aquiliana*. Siguiendo este camino, es posible descubrir una relación íntima en la elaboración de los dos conceptos[35].

Sus conclusiones se oponen a las de aquellos romanistas que sostienen que el derecho clásico no conocía otros criterios de responsabilidad más que los de *dolus* y de *custodia*, no habiendo, por tanto, apenas lugar para el criterio de la *culpa*.

Tras un examen detenido de una serie de ejemplos de *culpa, imperitia y culpa-negligentia*, en los que se daba lugar a un concurso entre la acción contractual y la *actio aquiliana*, CANNATA entiende que tales ejemplos han revelado una situación

[32] M. TALAMANCA, *Colpa civile*, Enc. Del Diritto, VII, p. 522.

[33] TALAMANCA señala que "la stessa contrapposizione fra *dolus* e *culpa* in materia di *lex Aquilia* (già in Gai, 3, 211) rende molto improbabile che i romani volessero indicare con *culpa* l'imputabilità sulla base del nesso di causalità, il quale indubbiamente ricomprende anche il danneggiamento doloso" (ib. p. 522).

[34] C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*. Milán, 1969.

[35] C.A. CANNATA, *Per lo studio...*, cit., p. 306 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

de este género: para decidir si el *damnum* había o no de ser considerado *iniuria datum*, debía tenerse presente la naturaleza del contrato. Tomemos, por ejemplo, el siguiente pasaje del Digesto:

> *"Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni inbiuria tenebitur; si vero non imperitia fregit, sed rimnas habebat vitiosas, postest esse excusatus; et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere; quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae"* (D. 9, 2, 27, 29).

Nótese el sentido de este texto: la rotura de una copa daba lugar a una *actio* sólo cuando era producida por impericia, de tal modo que una clásula que exonerase al artífice del riesgo de la rotura impedía no sólo la *actio* contractual sino también la *actio Aquiliana*.

Son muchos los textos en los que para la cualificación del hecho desde el punto de vista de la *iniuria Aquiliana* es necesario un juicio de culpabilidad, y es la situación contractual de las partes la que ofrece los elementos necesarios para ello. Entre los pasajes a que explícitamente hace referencia CANNATA, podemos considerar, por ejemplo el siguiente de ALFENO:

> *"Qui mulas ad certum pondus oneris locare, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. Respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi"*. (D. 19, 2, 30, 2).

La *culpa* que se considera en este texto no es la negligencia, sino más bien la que se deriva de un límite contractual al uso de la cosa; el concurso entre las dos *actiones* tiene lugar obviamente, sólo cuando también la *actio ex lege Aquilia* puede ejercitarse contra el *locator*. En cualquier caso, CANNATA subraya que el hecho encuentra su cualificación de culpable en el contenido del contrato. La culpa que aquí es considerada y que, como dijimos, no puede encuadrarse ni en negligencia ni en la impericia es descrita por él como "culpa contractual pura", esto es, comportamiento que deriva su cualificación de ilícito únicamente de la circunstancia de que existe un contrato, que prohibe específicamente a un sujeto el comportarse de una manera determinada.

Entre los textos que confirman la doctrina expuesta en el caso precedente, puede verse, por ejemplo, D. 13, 6, 5, 7 (*ULP. 28 ad Edict.*):

> *"Sed interdum et mortis damnum ad eum, qui commodatum rogavit, pertinet; nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis. Idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum..."*"

El mismo autor piensa que una valoración atenta de los datos de las fuentes, permite incluso establecer una cierta conexión cronológica en la individuación de los varios tipos de culpa contractual. Las etapas que, según él, tendría esta evolución histórica, de acuerdo con los indicios de que disponemos, son las siguientes:

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

a) formación de la noción de culpa contractual en el curso del siglo segundo a. C., como una determinación casuística, constituida por ejemplo, de lo que él llama culpa contractual pura.

b) enriquecimiento de la casuística con la consideración de las hipótesis de culpa-negligencia; este trabajo se fue realizando al menos a partir de la época de AUGUSTO.

c) Adquisición de la noción de culpa-impericia, en la época de ADRIANO[36].

Teniendo presente la doctrina de KUNKEL, según la cual el concepto romano de *culpa* se extiende también a los actos intencionales (y por tanto, al dolo), observa CANNATA que no hay que tomar de forma absoluta tal afirmación, ya que hay una serie de textos sustancialmente clásicos en los que *dolo* y *culpa* se contraponen como entidades distintas[37]; sin embargo, tal resultado es indicativo de un cierto punto de vista, a saber, que *culpam praestare* expresa la responsabilidad por los hechos culpables tomados en su conjunto y contrapuestos, de este modo, a aquellos por los cuales no se puede reprochar en modo alguno al autor. Así, la afirmación inicial de CELSO en D. 16, 3, 32: *"quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur"*, es esclarecedora en este sentido. Igualmente significativo es otro pasaje de PAULO a propósito de la *actio furti*:

> *"Qui aliens negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa eius res perierit: sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat..."* (D. 47, 2, 54, 3).

Un importante ejemplo de este modo de entender la *culpa* lo encuentra CANNATA en el campo de la responsabilidad por incumplimiento de las *obligationes de dare,* en el que los hechos que entraban bajo la noción de *culpa debitoris* eran, generalmente voluntarios; hasta tal punto, que puede parecer que el haberlos individuado como culpa dependió no tanto de la irrelevancia de su voluntariedad, como de la irrelevancia de la circunstancia de que estuvieran o no ordenados de antemano a hacer imposible el cumplimiento. En cualquier caso, la *culpa debitoris* en las *obligationes de dare* representa un sector muy importante para esclarecer uno de los aspectos más decisivos de la problemática de la responsabilidad por *culpa*: el de verificar cómo la *culpa* contractual fue adquiriendo una autonomía respecto de la *culpa Aquiliana.*

Hay que tener en cuenta que los casos concretos elementales de la *culpa debitoris* eran análogos a los de la *culpa Aquiliana*, pero no ofrecían al acreedor la posibilidad de actuar *ex lege Aquilia*. En otras palabras, la *culpa debitoris* tiene ya una autonomía propia desde el principio; pero hubo un sentido en que "rimase fermo il legame tra colpa Aquiliana e colpa contrattuale: che, per i giuristi classici, anche

---

[36] C.A. CANNATA, *Per lo studio...*, cit, p. 317, el autor precisa que tal evolución tiene en cuenta más bien la historia del pensamiento jurídico que la historia de las soluciones prácticas. El trabajo de los juristas, a partir del 120 habría consistido en precisar los contornos de la noción de culpa, lo cual *"equivaleva a fissare la casistica in modo razionale ed organico"* (el subrayado es nuestro).

[37] Cf. por ejemplo, D. 10, 2, 25, 16 (PAULUS 23 ad. edic.): *"Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestaria debet coheres"*, o también: *"In his autem, quae cum re empta praestari solent, non solum dolum sed et culpam praestandam arbitror..."* (D. 19, 1, 13, 16).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

quest'ultima fu sempre concepita como individuabile in un fatto, e non divenne mai criterio di responsabilità"[38]. Según CANNATA, sólo desde este punto de vista, puede comprenderse, un lenguaje como el que emplean ULPIANO y POMPONIO en D. 19, 2, 11, pr.:

> *"videamus an et servorum culpam... conductor debeat? Et quatenus praestat, utrum ut servos noxae dedat an vero suo nomine teneatur? Et adversus eos quos induxerit utrum praestabit tantum actionem, an quasi ob propiam culpam tenebitur".*

CANNATA ha insistido de nuevo en sus puntos de vista en la nota crítica que con el título de *"Genesi e vicende della colpa Aquiliana"*, publicó posteriormente en Labeo, 17 (1971), pp. 64 – 84. Una observación del autor que debe mantenerse es la siguiente: En todo este análisis, *iniuria* y *culpa* aquilianas han sido elaboradas por los juristas romanos no en relación con el comportamiento en sí, sino en relación con el comportamiento en cuanto dañoso. En realidad, no existe (a los fines de la *lex Aquilia* un *"agire iniuria"*, sino un *"iniuria damnum dare"* (*occidere, urere, frangere, rumpere*) (art. cit., p. 84, n.25).

5.- Poco tiempo antes de publicarse la obra de CANNATA, una investigación de A. METRO[39] había llegado a unos resultados casi antitéticos, en cuanto que se insertaba dentro de una corriente de interpretación que durante más de medio siglo había intentado atribuir carácter *objetivo* a la responsabilidad por custodia, durante la época clásica.

El capítulo I, en que se estudia la *custodia* en las fuentes, le conduce a la conclusión de que la palabra *custodia* tiene tres acepciones principales: a) un significado vulgar de vigilancia, y conservación que *"non alludono ad un ben determinato potere su una cosa"*[40]; b) significado de poder sobre la cosa, que lleva consigo in interés específico en la conservación de esta cosa; tal acepción serviría para indicar, especialmente en materia de posesión, el paso de la cosa a la esfera de control y a la disponibilidad material de un sujeto; c) significado de responsabilidad contractual, que se concreta en la imputación automática a cargo del obligado por los llamados *casus minores* (o, al menos, del *furtum*).

Al profundizar más adelante en el significado concreto de la responsabilidad por custodia, y tras distinguir, en el derecho clásico, entre la custodia - actividad y la custodia – responsabilidad, llega a la conclusión de que la responsabilidad por custodia es totalmente independiente de la actividad "custodiente"[41].

En la recensión de DE ROBERTIS al libro de METRO se señala, a este propósito, que si bien, para poner de manifiesto tal independencia, se apela a la exclusión en GAYO, III, 27 de la responsabilidad por custodia a cargo del depositario (aunque la causa del contrato esté justamente en la *custodia*), no es convincente la

[38] C.A. CANNATA, *Per lo studio...*, cit., p. 321.

[39] A. METRO, *L'Obligazione di custodire nel diritto romano*, Milán, 1966.

[40] *Ibidem*, p. 83.

[41] *Ibidem*, p. 102; ver también p. 157 y ss; más adelante volvemos a referirnos a esta concepción de la responsabilidad por custodia a propósito del riesgo en la *locatio – conductio rei*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

insistencia del autor en el carácter *objetivo* de la responsabilidad por custodia; una causa de duda es, sin duda, el rechazo que hacen de tal interpretación una serie de romanistas (MARTON, VISCHY, PASTORI, BETTI, CANNATA), que piensan poder señalarse en el derecho clásico una clara afirmación del momento *subjetivo*, más allá del simple dolo; de este modo la responsabilidad por custodia aparece como una figura tipificada de *culpa* y, además, permite reestablecer (sobre la base de un criterio unitario común, el de *culpa*) el natural paralelismo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, acerca de la cual se lee en GAYO, III, 211:

> *"Is iniuria autem accideret intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit"*[42].

Por su parte, CANNATA, al señalar las diferencias que separan su posición con la de METRO, a propósito de la naturaleza de la relación entre custodia – actividad y custodia – responsabilidad, manifiesta que su explicación presenta una serie de ventajas: prescinde de la distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva (la cual, según él, no es romana); permite reconocer un planteamiento que hace innecesario recurrir al empleo de un "criterio de responsabilidad"; permite dar una interpretación coherente de toda la historia de responsabilidad por custodia y, en suma, encuentra su justificación en una serie de textos clásicos[43].

En conclusión, mientras que en CANNATA encontramos una reinterpretación *subjetivista* del problema de la responsabilidad por *custodia* en el Derecho romano clásico, la investigación de METRO se orienta, en cambio, en la dirección que prevalece desde hace medio siglo en la doctrina romanística y que atribuye un carácter *objetivo* a la responsabilidad clásica por *custodia*. Se trata de dos planteamientos distintos que demuestran hasta qué punto el tema de la responsabilidad por *custodia* en el Derecho romano clásico continúa siendo una *"vexata quaestio"* y un terreno abierto a la investigación romanística.

6.- La doctrina pues, que se ha ido imponiendo, puede resumirse, a nuestro juicio, así:

a) En el Derecho romano clásico se atribuía al deudor una responsabilidad absoluta, bajo la forma de una porción determinada de riesgo (las fuentes llamarían a esto "responsabilidad por *custodia* ").

b) En el Derecho postclásico y justinianeo se tendería a abandonar el criterio objetivo, por lo que se refiere a la responsabilidad contractual, teniendo en cuenta el comportamiento del deudor (*culpa, diligentia*).

---

[42] F. DE ROBERTIS, Recens. en SDHI, 35 (1969), pp. 441 y ss., en especial p. 442; el autor añade inmediatamente: "ma c'è di più: si perviene così anche a ristabilire tra le due situazioni - debitoria e di responsabilità – la corrispondeza organica e il parallelismo funzionale che sembra suggerirci lo stesso rapporto di derivazione semantica" (*ibidem*, p. 443).

[43] C.A. CANNATA, Recens. a la obra de METRO en BIDR, 70 (1967), p. 284; lógicamente y desde su punto de vista, las desventajas de la solución de METRO, serían las siguientes: recurrir a un concepto dogmático que es extraño a las fuentes, reducir el testimonio de una serie de textos a simple indicación de un nexo de derivación semántica, esto es, renunciar a ven en ellos una dimensión jurídica, sometiéndolos únicamente a un criterio lingüístico, etc. (*ibidem*, p. 285).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

c) Esto explica la transformación de la *custodia* por *diligentia in custodiendo*, y la creación de la categoría *"casus cui resisti non potest"*.

De este modo se superaría la doctrina según la cual el Derecho romano clásico habría atribuido al deudor una responsabilidad subjetiva, por *culpa o diligentia*, siendo el Derecho justinianeo el que creó una responsabilidad objetiva. Sin embargo, no se niega en absoluto que ya entonces – en el Derecho clásico -, se fuese desarrollando la noción de una responsabilidad subjetiva, si bien el concepto de *culpa* o *diligentia* se desarrolló sobre todo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, siendo la responsabilidad objetiva el criterio más general en el ámbito de la responsabilidad contractual, pese a los intentos de KRÜCKMANN, VISKY, MARTON y otros por demostrar lo contrario[44].

[44] Cf. la breve y clarificadora síntesis de las diversas posiciones en M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale in diritto romano*, SDHI, 20 (1954) pp. 127 – 164 (interesa, en este sentido, la primera parte de su exposición, especialmente pp. 138 y ss.).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624

https://doi.org/10.55104/FRDC_0624