

ALESSANDRO VALINO 2003

**SCRITTI
IN RICORDO DI
BARBARA BONFIGLIO**



TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2004
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66



INDICE SOMMARIO

<i>Presentazione</i> di EVA CANTARELLA	vii
MARCELLA BALESTRI FUMAGALLI, <i>Rosmini e la legge delle XII Tavole</i>	1
ANTONIO BANFI, <i>Una perduta costituzione di Valentiniano I in tema di foro ecclesiastico</i>	13
UGO BARTOCCI, <i>Un'annotazione giuridica sull'alter exitus Andriae</i>	43
ALBERTO BURDESE, <i>Sulla refectio parietis nell'actio de servitute oneris ferendi</i>	59
ANTONELLO CALORE, <i>La "pena" e la "storia"</i>	77
EVA CANTARELLA, <i>Diritto romano e diritti orientali. Da Black Athena a Black Gaius: recenti ipotesi sulle origini e le caratteristiche del diritto romano</i>	101
DANILO DALLA, <i>Quod raro accidit</i>	119
MATTEO DE BERNARDI, <i>Sul significato dell'espressione "nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui" in D.6.1.35.1</i>	129
NUNZIA DONADIO, <i>Sulla comparazione tra desertor e fugitivus, tra emansor ed erro in D.49.16.4.14</i>	137
LORENZO GAGLIARDI, <i>La riserva ereditaria a favore dei figli in diritto attico</i>	179
PAOLO GARBARINO, <i>Un'ipotesi di lettura di D.47.10.23 (Paul 4 ad ed.). Brevi note a proposito di in ius vocatio e presunta violazione di domicilio</i>	231
LUIGI GAROFALO, <i>Kandinsky e il diritto romano</i>	241
RENZO LAMBERTINI, <i>Singulare maiestatis</i>	257
MARÍA ISABEL NÚÑEZ PAZ, <i>Humanitas y limitaciones al ius occidenti</i>	263
LAURA PEPE, <i>Furto e giustizia privata nelle XII Tavole e nel diritto attico: un'indagine comparativa</i>	273
FEDERICO PERGAMI, <i>La supplicatio nel sistema processuale della tarda antichità</i>	311
GIOVANNI POLARA, <i>Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali: "Iuravi mihi non liquere"</i>	333
ALEJANDRO VALINO, <i>El hurto de la cosa dada en comodato al filius in potestate: a propósito de D.47.2.14.10 (Ulp. 29 ad Sab.)</i>	391
<i>Indice delle fonti</i>	399

ALEJANDRO VALINO

EL HURTO DE LA COSA DADA EN COMODATO AL
FILIUS IN POTESTATE: A PROPÓSITO DE
D.47.2.14.10 (ULP. 29 AD SAB.)

1. *Base textual.*

D.47.2.14.10 (Ulp. 29 *ad Sab.*):

an pater, cuius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur. Et Iulianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat: sicut, inquit, is qui pro eo, cui commodata res est, fideiussit, non habet furti actionem. Neque enim, inquit, is, cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit: quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat.

En este pasaje abordamos algunos aspectos de la responsabilidad por hurto en relación con la obligación de *custodiam praestare*. De este modo, Ulpiano, siguiendo el sentir de Juliano, diferencia, a partir de la figura del comodato, ciertas relaciones jurídicas que traen consigo implícito tal deber para los jefes de familia de aquellas otras que no lo exigen, negando en estos últimos supuestos la procedencia de la acción de hurto. Este criterio también es sostenido por Celso, como se hace mención al final del pasaje. La motivación que fundamenta la divergencia es la existencia o ausencia de *interesse* en el *pater familias*, puesto que si el negocio en el que interviene el sometido no lleva aparejado la consecuencia de que el *pater* haya de responder por custodia, no resulta posible que reciba compensación a través de la atribución de acciones sancionadoras del hurto. Por consiguiente, a la regla general de concesión de estas

acciones al propietario hemos de añadir como complementaria aquella que las atribuye a quienes, en virtud de una relación negocial cualquiera, han de asumir un deber de custodia, con lo que es evidente que tendrá que ser el acreditar esta obligación lo que, con carácter antecedente, debe ser atendido antes de inclinarse o no por propugnar la legitimación activa a la acción de hurto.

2. *Algunos aspectos críticos en torno al deber de restituir por el padre del comodatario.*

Es nuestro propósito examinar a continuación el alcance y las consecuencias de esta sentencia jurisprudencial consistente en que ni el *pater familias* ni el fiador responden por la custodia de la cosa prestada en la medida en que carecen de interés en que la cosa perezca. A mayor abundamiento, resulta decisivo en orden al contenido de este régimen el hecho de que el comodato sea uno de los negocios jurídicos que tienen asociada una responsabilidad objetiva, en este caso del prestatario a quien se atribuye el uso de la cosa, no tanto por el carácter gratuito propio de la institución, sino por el nulo interés que de la concesión de la cosa resulta para el comodante, encaminado al beneficio exclusivo del comodatario, con lo que el riesgo de pérdida de la misma excede con mucho de los límites de la responsabilidad por dolo, a cuya represión tienden las acciones pretorias por el hecho.

Son varias las especulaciones que suscita el texto, como el hecho de que los jurisconsultos estén o no pensando en un *filius in potestate* dotado de peculio y, en caso afirmativo, cuál sea la modalidad del mismo (profecticio o castrense), ya que parece descansar en aquél toda la responsabilidad por la no restitución. La solución que presenta el texto podría estar orientándose a que quizá la acción de hurto correspondería al hijo una vez alcanzada la condición de *sui iuris* y que, en el ínterin, sería el *pater familias* quien cargara con la responsabilidad frente al comodante a través de una *actio de peculio*, con la única salvedad de que el peculio del hijo, más que profecticio, fuera castrense, en cuyo caso correspondería al *filius in potestate* la asunción de la responsabilidad por la no restitución y, por esta misma razón, podría ejercitar, con la anuencia del padre, la

acción de hurto para contrarrestar la responsabilidad por custodia que, en calidad de independiente desde la perspectiva patrimonial en la medida de su peculio, le compete.

Estos interrogantes puestos en escena provocan dificultades para la precisa comprensión del pasaje, de la que poder deducir una eventual intervención compilatoria dirigida a recortar su extensión originaria. Así, la perspectiva del derecho clásico llevaría a la concesión de la *actio commodati* contra el padre del hijo comodatario a él sometido, en la medida en que el *pater familias* dispone de la facultad de restituir lo que su hijo *in potestate* recibió en préstamo. Sin embargo, esta responsabilidad tiene como límite el que el padre pueda efectivamente proceder de este modo, es decir, que la cosa objeto de la concesión crediticia se encuentre en su casa o todo lo más en poder del comodatario, pero cesaría en los supuestos en los que el objeto prestado haya sido hurtado por un tercero y, por consiguiente, queda excluida en este caso la acción penal contra el responsable. De esta manera, es del todo punto evidente, siguiendo a Cannata, que lo que confiere legitimación para el ejercicio de las acciones de hurto es el deber de conservar la cosa, obligación ésta que no concurre cuando del padre del comodatario se trata: "l'*actio furti* non spetta a chiunque sopporti il rischio di perimento, ma a chi è tenuto nei confronti del *dominus* ad evitarlo" (1). Se hace así patente, con Betti, que la legitimación activa a la *actio furti* no se asocia al deber de prestar custodia, sino a la circunstancia de que la cosa prestada se pierda por culpa del comodatario (2).

3. *Sospechas de espuriedad en el fragmento.*

Nuevas sospechas de interpolación viene a suscitar la referencia a la culpa (*qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit*) en boca de juristas clásicos como Juliano y Ulpiano (3),

(1) C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano 1966, 43.

(2) E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1957, 132.

(3) F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur « actio furti » im klassischen römischen Recht*, en ZSS. 32 (1911), 90; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto*

puesto que en un negocio jurídico sancionado por acciones de derecho estricto, como es el caso del comodato, la referencia debía ser exclusivamente al dolo, no, en cambio, a la responsabilidad por culpa, cuya exigibilidad, fuera de los supuestos objeto de represión por el plebiscito Aquiliano, es característica de los *iudicia bonae fidei*. Dejando de lado las especulaciones sobre la naturaleza civil o *in factum* de la acción que tutela el comodato, la doctrina parece coincidir, al menos por lo que al derecho clásico se refiere, en su encuadramiento dentro del ámbito de las acciones de derecho estricto, en este sentido similar, por el alcance recuperatorio de la cosa objeto de la concesión, a la *condictio*, que abandera el cúmulo de fórmulas contenidas en el título XVII *de rebus creditis* del Edicto Perpetuo.

Esta aseveración viene confirmada si se tiene en cuenta el ámbito en el que discurre la discusión, esto es, precisamente en relación a la aplicabilidad de la acción de hurto que, como es sabido, se halla estrechamente vinculada con todo lo que a la responsabilidad por custodia, inherente a determinados negocios, se refiere, pero que no resulta posible extender ni al padre ni al fiador del comodatario de acuerdo con el sentir del texto que estudiamos.

No queda exento de suspicacias formales el pasaje considerado a la vista de la comparación que en el mismo se sostiene con el fiador, puesto que ya en otras fuentes se hace patente la idea de que el padre viene a ser como un fiador para su hijo, del mismo modo que se manifiesta a propósito de la posición del tutor en relación con la del impúber. Con todo, la fianza viene considerada con el fin de ahondar en la explicación pretendida de que el *pater familias* no responde por el comodato del hijo ni siquiera en la medida del peculio que eventualmente pudiera tener. En este sentido, resulta nítida la distinción de régimen

romano, Napoli 1933², 88; M. KASER, *Die « actio furti » des Verkäufers*, en ZSS. 96 (1979), 101 nt. 46; y M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano 1987, 112. La consideración como glosa es mantenida por C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, cit., 42, mientras que por la genuinidad del pasaje, vid. P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, 28 s. nt. 1; y G. MAC CORMACK, « Custodia » and « culpa », en ZSS. 89 (1972), 170 nt. 66.

jurídico entre obligaciones civiles y pretorias, sancionadas éstas por acciones *in factum*, que propugnan los clásicos y que determina la facultad para el demandante de servirse de la peculiar modalidad de las acciones adyecticias respecto a las primeras, que queda, sin embargo, excluida en relación con las segundas. Por el contrario, ni los postclásicos ni, en esta misma línea, los justinianos sienten la necesidad de seguir observando escrupulosamente esta distinción, lo que motiva que a menudo se apoyen en comparaciones que a todas luces se apartan de la concepción propia de los jurisconsultos clásicos. Por todo ello, volviendo sobre la comparación referida, se hace patente que el fiador de un comodatario no respondería y la explicación *neque enim, inquit, is, cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit* bien puede tenerse por interpolada.

4. La imposibilidad del comodato como relación básica en la *actio de peculio*.

En contraposición al comodato y a la prenda en su condición de negocios pretorios tutelados por acciones *in factum* asimiladas, por su propósito restitutorio, a la *condictio*, diverso se presenta el régimen de la responsabilidad por custodia en sede de contratos de buena fe, de la que puede servir de ejemplo D.47.2.52.9 (Ulp. 37 *ad ed.*) en relación con la obligación que pesa sobre el tintorero en tanto en cuanto detente los vestidos para su limpieza (*). La diversidad de tratamiento radica en que en esta modalidad de arrendamiento se originan para ambos contratantes obligaciones de naturaleza civil, que presentan la peculiaridad, inherente a la reciprocidad del vínculo obligatorio, de extender el límite de la responsabilidad más allá del dolo para comprender también la culpa y, en ocasiones, la custodia. En el ámbito de los *iudicia bonae fidei* es intrascendente el hecho de que el *conductor*, encargado de realizar una actividad sobre los vestidos, sea un hijo de familia o un esclavo, puesto que, si bien de acuerdo con los perfiles que tiene para el derecho

(*) *Si servus tuus vel filius polienda vestimenta suscepit, an furti actionem habeas, quaeritur. Et si quidem peculium servi solvendo sit, potes habere furti actionem, si non fuerit solvendo, dicendum est non competere furti actionem.*

civil el vínculo de potestad familiar, las obligaciones que ellos contraen son naturales, también el Pretor posibilita el accionar de *peculio* contra la persona bajo cuyo poder se encuentran los sometidos, verificándose así una aproximación por vía pretoria del régimen jurídico característico de las obligaciones delictuales, con la singularidad en que consiste la facultad de *noxae dedere* para aquellos ilícitos perpetrados por sujetos *in potestate* (5). Caracterizada esta acción adyecticia que se superpone a la relación básica arrendaticia por la *taxatio* que impone el *peculio*, esto es, la limitación de la condena que puede exigirse del *pater familias*, puede reconocerse asimismo un idéntico efecto limitativo aplicado a la acción de hurto que a la *actio de peculio* se asocia en favor del padre o del dueño, todo ello con el fin de evitar que la responsabilidad que han de soportar no se convierta en un enriquecimiento sin causa para ellos.

Sin embargo, en el fragmento del que nos venimos ocupando no se admite la *actio commodati* en calidad de adyecticia y ello es así en cuanto que la relación básica, el comodato, tiene conferida su sanción a acciones de naturaleza *in factum* para el caso de que tenga lugar ese *non reddere* que faculta para su ejercicio. De este modo, si en relación al arrendamiento no había inconveniente alguno para postular por una *actio locati de peculio*, basado en que el deber de custodia se encuentra enraizado, con cargo al *conductor*, en la misma relación contractual, cuando del comodato se trata, se dirigirá directamente contra el padre o el dueño la *actio commodati*, sin posibilidad de recurrir a la transposición de personas, con la exigencia inexcusable de que el objeto prestado subsista en poder del jefe, que es quien, en último término, queda facultado para la restitución. Es entonces cuando queda formulado el principio de que las acciones adyecticias vienen a superponerse a aquellas relaciones básicas que se fundan, en su redacción formularia, en un *oportere* (6). No es, por consiguiente, que la acción se entable

(5) Vid. H. NIEDERLÄNDER, *Die ausssernoxale Haftung des Gewalthabers für Delikte der Gewaltunterworfenen im klassischen römischen Recht*, en ZSS. 69 (1952), 211 ss.

(6) E. VALIÑO, *Consideraciones en torno a las « acciones adiecticiae qualitatis » en el derecho romano clásico*, en *Temis* 22 (1967), 96; *Las « acciones adiecticiae qualitatis » y sus relaciones básicas en Derecho romano*, en *AHDE*. 37 (1967), 342 s.; y *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, en *AHDE*. 38 (1968), 416 ss.

contra el hijo, carente de autonomía patrimonial para afrontar una condena pecuniaria, sino directamente contra quien lo tiene bajo su potestad al tiempo en que se desata el presupuesto para su concesión, esto es, ese *non reddere* cualquiera, que haya determinado el incumplimiento de la obligación de restituir. Es así cómo puede reconocerse que desde el inicio concurre este deber, no obstante quede postergado al momento en que el comodante cumple el oportuno requerimiento o, simplemente, cuando se dé el evento o cumpla el tiempo inicialmente convenido para que se actuase la devolución que está en la base del negocio.

Se evidencia, a modo de conclusión, cómo tal diversidad de tratamiento en las modalidades negociales contempladas se funda, por consiguiente, en las peculiaridades distintivas que estructuran la categoría de las obligaciones en civiles y pretorias, con la consiguiente atenuación de la pretendida controversia a propósito de "die Frage der Pekuliarhaftung" que inspira Kaser (7). Siendo la obligación civil, entonces responde el padre o el dueño en la medida del *peculio*, si éste efectivamente concurre y no puede reconocerse a favor del demandante un *iussum* que incremente la responsabilidad. En cambio, cuando la única obligación existente es la de devolver algo por razón de haberse perdido la causa que facultaba para su retención, se excluye la posibilidad de limitar la responsabilidad en la medida actual del *peculio* del sometido. Más bien surge una responsabilidad plena para el padre o el dueño, que puede exigirse a través de la acción directa, si es que la cosa comodada subsiste bajo el control del hijo, puesto que la obligación del comodato surge por el hecho de retener algo sin causa, por lo que no concurriendo tal retención, como en el supuesto contemplado a causa del hurto practicado por un tercero, no resulta exigible responsabilidad alguna al jefe de familia.

(7) M. KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur « actio furti »*, en *De iustitia et iure. Festgabe von Lübtow*, Berlin 1980, 320. Ya V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., 88 y 268 significaba que D.47.2.14.10 (Ulp. 29 *ad Sab.*) y D.47.2.52.9 (Ulp. 37 *ad ed.*) aparentemente se contradecían al afirmar el segundo la superposición de una *actio de peculio* a la *locatio-conductio*, pero creemos haber explicado cómo tal antinomia no es tal, sino constatación de un diverso régimen jurídico entre relaciones jurídicas tuteladas por acciones civiles o *in factum*, del que resulta que sólo las primeras pueden hacer las veces de relación básica a propósito de las acciones adyecticias.

Así, resulta bien a las claras cómo la *actio commodati*, como acción *in factum* que es, se asemeja a la *actio ad exhibendum*, entablada para que el demandado exhiba aquello que dolosamente oculta, con lo que si se acredita que nada oculta, por ejemplo, porque le ha sido hurtado, no tiene porqué responder. En el instante en que perdió el control sobre la cosa, desaparece la obligación del padre por causa del comodato que recibe el hijo, sin que ésta se haga efectiva sobre un peculio que, en último término, pertenece al *pater familias*, pues ello supondría reconocer que ha surgido para él mismo una obligación (8).

INDICE DELLE FONTI

- I. Fonti giuridiche
- II. Fonti ecclesiastiche
- III. Fonti letterarie
- IV. Fonti epigrafiche e papirologiche

I. FONTI GIURIDICHE

A. Fonti orientali antiche

CODEX HAMMURABI

229	112	230	112
-----	-----	-----	-----

B. Fonti romane pregiustinianee

CODEX THEodosIANUS

		9.19.4.1	371
		9.26.3	315.12
1.2.5	315.12	9.38.10	266
1.5.2	317; 318	10.5.65	270
1.5.3	317; 318.16; 319	11.29.1	357
1.16.6	271.10	11.30.6	315
1.27.1	18	11.30.13	357
2.7.1	371	11.30.16	316; 322; 324;
2.22.2	371		325; 326; 328;
2.36.1	271.10		331
3.10.1	315.12	11.30.17	316
6.24.6	315.12	11.34.1	316
8.17.1	315.12	11.34.2	317.13
9.7.2	32.78	11.36.20	24.46
9.16.8	39.104	11.39.1	364.48
9.16.9	38; 39.104	11.60.16	316

(8) Sintéticamente expone este diverso régimen entre acciones civiles y pretorias W.W. BUCKLAND, *Digest XLVII, 2 (de furtis) and the methods of the compilers*, en *TR.* 10 (1930), 138.