

## CAPÍTULO SEXTO

### *ACTIONES IN FACTUM ADVERSUS NAUTAS CAUPONES ET STABULARIOS*

#### I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LAS ACCIONES *IN FACTUM* A ESTUDIAR

##### 1. *Contexto histórico-jurídico*

El problema de la responsabilidad de los *nautae*, *caupones* y *stabularii* dice relación con la pérdida o destrucción de las cosas que las personas les entregaban y confiaban a éstos en razón de la actividad económica que desarrollaban: transporte marítimo, servicio de hospedería y guarda de animales respectivamente.

Conforme a este contexto, entre dichos armadores, posaderos y estable-ros, y sus “clientes” existía una relación contractual, de la cual derivaban acciones civiles de igual naturaleza para el caso que no se entregaran, o bien no se consignaran íntegramente y en el mismo estado en que fueron recibidas las cosas transportadas al destinatario; o no se restituyesen, o bien no se devolviesen íntegramente los objetos ingresados a la hospedería o los animales dejados en el establo a los viajeros. Asimismo, por la pérdida o falta de integridad, según los hechos en virtud de los cuales hubiese acaecido, los perjudicados se podían encontrar legitimados de forma activa para ejercer acciones del *ius civile* de naturaleza penal, como lo eran las acciones por los delitos de daño cometido con injuria y de hurto.

A dichas acciones contractuales civiles (*actio locati*, *actio conducti* y *actio depositi* principalmente)<sup>507</sup> y acciones delictuales civiles (*ex lege aquilia* y *ex furto*), se sumaron otras concedidas por el pretor, en favor de los perjudicados con la pérdida o daño de los respectivos objetos, *adversus nautas caupones et*

---

<sup>507</sup> Los juristas romanos habrían distinguido entre *locatio-conductio* y *depositum* en base a la *merces*. Fiori, Roberto, *La definizione di 'locatio conductio'*, Nápoles, Jovene, 1999, pp. 270-272.

*stabularios*. Es decir, a las responsabilidades derivadas del *ius civile* (acciones contractuales y delictuales), se adicionaron responsabilidades nacidas al amparo del *ius honorarium*.

Esta intervención pretoria se materializó a través de la dictación del edicto *de receptis nautae cauponum stabularium*, que otorgó a las víctimas una acción *in factum* por la recepción (*actio ex recepto*) de objetos por parte de los transportistas, posaderos y estableros (mercaderías, equipaje y animales respectivamente en términos generales).<sup>508</sup> Éstos, recepcionando los objetos de parte de sus clientes, asumían con el *receptum* una obligación de custodia (*custodiam praestare*), la que les imponía en definitiva una responsabilidad objetiva. Así, ante daños o hurtos de las cosas bajo custodia, *nautas caupones et stabularios* no podían alegar falta de culpa propia o de sus dependientes o hechos de terceros, aunque si caso fortuito o fuerza mayor. Los propios juristas dan cuenta de la mejoría en la posición de la víctima en relación a las acciones civiles: “porque en la locación y conducción se presta la culpa, y en el depósito tan solo el dolo” (del depositario por tener interés sólo el depositario), según D.4.9.3.1.

Una segunda intervención del pretor consistió en el otorgamiento de *actiones in factum adversus nautas caupones et stabularios*, con el objeto de sancionar precisamente al naviero, posadero o establero por “el hecho” de haberse cometido un hurto o un daño, aun cuando no lo hubiese ejecutado por sí mismo. Debía responder entonces por lo obrado por sus familiares o dependientes en general. Estas acciones desde luego buscaban proteger de nuevo a las víctimas de tales hechos delictuosos, sin tener que probar quién cometió el hecho, y sin tener que acreditar dolo o culpa del demandado.

La circunstancia que tanto la *actio ex recepto* como estas últimas acciones *in factum* resultasen deducibles ante la concurrencia de la misma hipótesis (daño o hurto), ha generado a través de la historia el problema en la romanística de determinar si la víctima podía recurrir a ellas alternativamente o, en caso contrario, cuándo a la primera y cuándo a las segundas (sin perjuicio de la dificultad presentada a los propios jurisprudentes de aclarar su procedencia de frente a las acciones civiles).<sup>509</sup> La tendencia en la discusión

---

<sup>508</sup> Dice el pretor, según cuenta Ulpiano en D.4.9.3.1 que “si no restituyesen, daré acción contra ellos” (*nisi restituent, in eos iudicium dabo*), agregando el jurista que la acción es precisamente “por el hecho”.

<sup>509</sup> La intervención pretoria sólo agregó más acciones a la “maraña” de remedios concurrentes ante una misma hipótesis dañosa, transformando el tema en una cuestión compleja y llena de matices. D.4.9.3.1 es un claro ejemplo de haberse advertido a la época el problema. En él, Ulpiano se pregunta justamente por qué de la intervención del pretor para introducir la *actio de recepto*, cuando el *ius civile* contemplaba ya acciones para el caso de pérdidas de las

ha sido entender, bajo terminología moderna, a la *actio ex recepto* como de naturaleza contractual y a las segundas de naturaleza extracontractual. En este sentido, aunque la distinción no fuese del todo precisa, y al margen de la disputa acerca de las relaciones entre ellas,<sup>510</sup> lo cierto es que las *actiones in factum adversus nautas caupones et stabularios* dieron vida a una figura calificada de cuasi delito,<sup>511</sup> de la cual no goza la *actio ex recepto*. A dicho cuasi delito y a la responsabilidad objetiva que de él habría surgido me dedico en este capítulo.

Ahora bien, hay que tener presente que la actividad del pretor habría tenido lugar en los siglos II y I a. C.,<sup>512</sup> en un marco de gran dinamismo de la economía romana, en que el ir y venir de mercaderías de un puerto a otro, o de una ciudad a otra, resultaba fundamental. Por lo mismo, la seguridad de que las mercaderías llegasen a su destino debió constituir un objetivo social y político de la mayor relevancia. A tal seguridad atentaban una serie de problemáticas que debía afrontar cada expedición marítima o terrestre. A los riesgos extrínsecos del comercio de la época, derivados de la naturaleza, o por la acción humana (como piratas y ladrones), se sumaron algunos intrínsecos a la actividad, como lo fue la clase de sujetos dedicados al negocio del transporte. Así, la expansión del intercambio comercial llevó a que los ciudadanos romanos incorporaran en un número cada vez más creciente a las labores que se debían ejecutar, ya sea como dependientes o como administradores, a esclavos, libertos y gentes en general de distintas latitudes, costumbres y educación. Por lo mismo, la reputación de la masa humana interviniente en general no fue de la mejor.<sup>513</sup>

---

cosas transportadas: si el transporte había tenido lugar en un contexto de una *locatio conductio rei* (arrendamiento de nave), el conductor de la nave tenía a su disposición la *actio ex conducto* por las cosas que faltasen; si se había tratado de una *locatio conductio operis* (contrato de transporte), el locador contaba con la *actio ex locato*; y si el transporte de las cosas había sido gratuito, Pomponio era de la idea que el perjudicado contara con la *actio depositi*.

<sup>510</sup> Sobre la problemática y doctrina, véase Cursi, Maria Floriana, “Actio de recepto e A. Furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios”, *Studi per Giovanni Nicosia*, Università di Catania, Giuffrè Editore, 2007, t. III, pp. 117 y ss. En particular, el planteamiento de esta autora es que reducir a la alternativa contrato y delito la diferencia entre estos remedios pretorios conlleva el riesgo de rigidizar artificialmente la complejidad del fenómeno (p. 146).

<sup>511</sup> Los pasajes de Gayo en D.44.7.5.6 y Justiniano en I.4.5.3 se refieren a la misma acción, calificándola precisamente de *quasi ex maleficio*.

<sup>512</sup> “La acción en cuestión es verosíblemente posterior a la acción serviana, del 160 a. C., y a la *actio exercitoria*, comentada ya por Servio”. Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p.133.

<sup>513</sup> Ulpiano así lo reconoce en D.4.9.1.1. y D.4.9.3.1; y la doctrina también. Véase Guzmán Brito, *La responsabilidad objetiva*, cit., p. 183, nota 18, y p. 185. Giménez-Candela, *Los*

Lo anterior constituye el origen histórico y finalidad de la adición de acciones honorarias a las acciones civiles en la materia, y en particular, dentro de éstas, de las acciones *in factum* por daño o hurto de las cosas transportadas, o que no se restituyesen de igual forma los objetos ingresados a la hospedería o los animales dejados en el establo. La responsabilidad objetiva que con visión moderna se atribuye a estas últimas acciones, persiguió por tanto dar la seguridad necesaria al transporte y a relaciones ligadas a éste, permitiendo con una tal garantía, el desarrollo del comercio.<sup>514</sup>

Como adelanté, en este trabajo no se examinará en general la responsabilidad de los *nautae*, *caupones* y *stabularii*, sino sólo la derivada del ejercicio de las acciones *in factum* mencionadas, en virtud del especial criterio de imputación introducido. La referencia principal, como en las fuentes, será a los *nautae*, debiendo entenderse las reglas y principios expuestos a su respecto, aplicables en lo posible, a los *caupones* y *stabularii*.

## 2. Presentación de las fuentes

Lo más sencillo en la materia resulta comenzar por I.4.5.3, síntesis de las acciones y problemática a afrontar, cuyo texto reza:

*Item exercitor navis aut caupones aut stabuli de dolo aut furto, quod in navi aut caupona aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est malefictum, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret. Quum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio, et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.*<sup>515</sup>

La fuente reconocida de este pasaje institucional es D.44.7.5.6:

---

*llamados*, cit., p. 131.

<sup>514</sup> Serrao, *La Responsabilità*, cit., núm. 4, p. 24. Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., pp.131 y 132.

<sup>515</sup> “Igualmente, el patrón de una nave, ó de una hostería, ó de un establo se reputa que está obligado como por delito, por el dolo ó el hurto que se hubiere cometido en la nave, ó en la hostería, ó en el establo, si el delito no es de él mismo, sino de alguno de aquellos cuyo trabajo emplease en la nave, ó en la hostería, ó en el establo. Pues como tampoco por razón de un contrato se haya establecido contra él esta acción, y es hasta cierto punto reo de culpa, porque utiliza los servicios de hombres malos, por ello se considera que está obligado como por delito. Mas en estos casos compete una acción por el hecho, que se da también al heredero, pero que no compete contra el heredero”.

*Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est malefictium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.*<sup>516</sup>

Como se aprecia, las *Institutiones* y su fuente, dan cuenta que existió una acción contra el *exercitor* de una nave, posadero o establero, por el hecho del daño o hurto cometido por uno de sus dependientes, precisamente en estos lugares, obligándolo cuasi delictualmente. Mas, las fuentes de tal síntesis realizada en el siglo V d. C. no son muy claras para la romanística, en cuanto a los edictos que le dieron origen, pues pudieron ser uno o más edictos. Para efectos de este trabajo, y en razón de la clara existencia de dos delitos distintos involucrados (daño y hurto), seguiremos la tesis de dos edictos y consecuentemente dos acciones distintas.<sup>517</sup>

#### A. *Actio furti in factum*

Un primer edicto habría consagrado la *actio furti in factum*, cuya fuente y texto se encuentra en D.47.5 pr. (PS II.31.16 y 18), el cual contiene claramente una acción *adversus nautas, caupones et stabularios* por el hurto cometido por éstos o por alguno de los que allí estuviere:

*In eos, qui naves cauponas stabula exercebunt, si quid a quoque eorum quosve ibi habebunt furtum factum esse dicitur, iudicium datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset.*<sup>518</sup>

<sup>516</sup> “Asimismo, se considera que el capitán de una nave, ó el hostelero, ó el posadero está obligado por un casi delito por razón del daño ó del hurto que se hizo en la nave, ó en hostel, ó en la posada, si es que no hay delito alguno de él mismo, sino de alguien de aquéllos con cuyo servicio explota la nave, el hostel, ó la posada; porque no hallándose establecida contra él esta acción por virtud de un contrato, y siendo en cierto modo reo de culpa, porque utiliza servicios de hombres malos, se considera por lo mismo que está obligado por un casi delito”.

<sup>517</sup> Entre los autores partícipes de esta opinión se encuentra Giménez-Candela. Argumenta a favor de esta tesis la circunstancia que en el libro 38 de los comentarios al Edicto, habla de una *actio furti adversus nautas*, mientras que en el libro 18, en el cual se refería a la *lex Aquilia* (véase D.9.2.1), parece aludir también a una acción *adversus nautas* por el daño causado por sus dependientes. De esto daría cuenta D.4.9.7, texto que nos ha llegado dentro de la *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* (D.4.9), que Ulpiano trataba en el libro 14, pero que expresamente contiene un caso de *damnum datum* en una nave. Lenel habría también entendido la existencia de estas dos acciones, al reconstruir las fórmulas en su Edicto Perpetuo §136 y §78. Giménez-Candela, *Los llamados, cit.*, pp.138 y 139.

<sup>518</sup> “Se da acción contra los que fueren capitanes de naves, o dueños de mesones, y de ventas, si se dijere que por alguno de ellos, o de los que allí tuvieren, se cometió algún hurto,

El texto ha sido objeto de crítica por diversos autores.<sup>519</sup> Sin embargo, la romanística ha logrado encontrar suficientes antecedentes como para poder al menos afirmar la existencia de un edicto.<sup>520</sup>

Respecto a nuestro principal interés, parte de la doctrina ha estimado que esta acción fue configurada en base a un criterio objetivo de atribución de la responsabilidad, al constatarse que los *nautae*, *caupones* e *stabularii* la debían asumir por los hechos dañosos de un *filius familias*, de un *servus* o de un hombre libre, causados con ocasión del ejercicio de sus funciones, pero sin investigación de la concurrencia de *iniuria*.<sup>521</sup> No obstante ello, se habrían podido librar o limitar su responsabilidad a través de la *noxae deditio* de al menos los dos primeros.

Con certeza no ha llegado a nosotros el texto íntegro y literal del edicto; menos por tanto una frase que pretendiera reproducir parte del mismo, introduciendo la cláusula noxal. Es más, D.47.5 pr. no hace referencia a la *noxae dedere* del esclavo cuando éste es el autor del hurto. Sin embargo, la doctrina entiende que la cláusula sí habría sido parte del texto del edicto,<sup>522</sup> en razón de lo expresado por Ulpiano en D. 47.5.1.5 y D. 4.9.7.4.

En estos pasajes se distingue la responsabilidad del *exercitor* respecto del esclavo propio, de aquella respecto del hombre libre y del esclavo ajeno. El capitán de la nave se liberaba de su responsabilidad dando en noxa al primero; en cambio, respondía solidariamente por el hecho de estos últimos. Al margen de la explicación de Ulpiano para tratar de aclarar esta diferencia de tratamiento (cuando empleaba a un hombre libre se debió informar respecto de cómo era, pero por ser un esclavo suyo se le debía dispensar como si se tratara de un doméstico malo, si estuviera dispuesto a entregarlo por la noxa), y que parcialmente figura en I.4.5.3, (textos que han servido al

---

ya haya sido cometido el hurto con ayuda o consejo del capitán o dueño, ya con el de cualquiera de los que en aquella nave hubiese para servir a la navegación”.

<sup>519</sup> Lenel, EP<sup>3</sup>, p. 333. Véase Serrao, *Impresa*, cit., pp. 144-146, precisamente reproduce críticas de Lenel, Huvelin, Solazzi y De Robertis. Este último cree en la existencia de dos edictos: uno para *caupones* y *stabularii*; y otro para *nautae*. Fercia, *Criteri*, cit., p. 123.

<sup>520</sup> Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., pp. 138 y 139. Serrao admite un cierto manejo de los textos, pero no al punto de crear un nuevo principio que el texto no consideró originalmente. *Impresa*, cit., pp. 146-150. Serrao propone además una reconstrucción indicativa del Edicto. *Impresa*, p. 153.

<sup>521</sup> “L’actio furti in factum è concessa contro l’exercitor suo nomine in quanto egli risponde per il solo fatto oggettivo dell’exercitio navis e a prescindere della persona del dipendente che ha commesso il furto. La sua responsabilità è oggettiva sempre, e per lo più per fatto altrui”. Serrao, *Impresa*, p. 171.

<sup>522</sup> En este sentido, basado en la reconstrucción de Lenel, Serrao, *Responsabilità*, cit., p. 134; *Impresa*, cit., pp. 152 y 170.

desarrollo del concepto de culpa *in eligendo*), lo fundamental y relevante, es el reconocimiento expreso del jurista clásico de la *noxae deditio*. Ulpiano está comentando *verba edicti*, y si se refiere a la entrega en noxa en D. 47.5.1.5, es de presuponer que formaba parte del texto, aunque D.47.5 pr. nada diga sobre el particular, lo que se explica por la circunstancia que este pasaje efectuaba una referencia general al edicto y no una cita textual.

### B. *Actio damni in factum*

No ha llegado hasta nosotros ninguna fuente que dé cuenta de una manera más o menos fidedigna de la existencia de un edicto que regulara una acción como la anunciada en el epígrafe así como su texto. La romanística ha discutido por tanto acerca de si existió efectivamente tal edicto,<sup>523</sup> o bien si sólo el pretor se limitó, a continuación de la rúbrica *ad legem Aquiliam*, a contemplar esta acción por el hecho, dentro de otras acciones por el daño *in factum*. Es un problema insuperable conforme el estado actual de las fuentes.<sup>524</sup>

En lo que respecta al objeto de este trabajo, si ni siquiera hay un texto claro del edicto, menos hay una frase que hayamos recibido del mismo que aparentemente haya introducido la cláusula noxal. El debate por tanto sobre ésta, quedará centrado en el análisis de los pasajes que más adelante se citan.

### 3. *Naturaleza del criterio de atribución de responsabilidad*

La *actio furti* y la *actio damni* por el hecho, contra los capitanes de nave o dueños de posada o establo, habrían dado origen a una responsabilidad calificable de objetiva. Ello motiva su tratamiento en este trabajo. Dicha responsabilidad quedaría en evidencia en la circunstancia que el *exercitor* respondía *suo nomine* (y no *servi nomine*, por ejemplo); y se haya tratado de un *furtum* o de un *damnum* provocado de forma personal a la víctima (hecho propio), o bien cometido por uno o más de sus dependientes, principalmente

---

<sup>523</sup> Giménez-Candela participa de la posible existencia de una *actio damni in factum*, pero reconoce que no existen suficientes datos como para afirmar la existencia de un edicto. Ello se podría explicar en concepto de la autora española, por el hecho que los compiladores habrían refundido esta acción con la del *receptum* (D.4.9.7), esbozando incluso una teoría de cómo operó la unión. *Los llamados*, cit., pp. 138 y ss.

<sup>524</sup> Serrao, *Impresa*, p. 173.

esclavos (y eventualmente por los *fili*). Aún más, desde esta perspectiva se puede sostener que el criterio de atribución de dicha responsabilidad habría sido el riesgo de empresa, dados los peligros intrínsecos y extrínsecos reseñados en el acápite inicial de este capítulo sobre el contexto histórico.

Técnicamente entonces, no se demandaba al *exercitor* por un hecho ajeno, sino por una responsabilidad propia. El demandante incluso ni siquiera sabía ni se debía cuestionar o indagar quién había ejecutado el hecho. En ello radicaba la bondad de estas acciones.

Sin embargo, lo expresado se opone al parecer a los textos de Ulpiano supérstites a través de D. 4.9.7.4 y D. 47.5.1.5, y al de Gayo D.44.7.5.6, sintetizado en I.4.5.3, conforme a todos los cuales el criterio de atribución de responsabilidad sería la *culpa in eligendo*. Por la relevancia, reproduzco a continuación los dos primeros textos, y me remito a las citas ya efectuadas de los dos últimos:

D.4.9.7.4. *Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet suae qui tales adhibuit: et ideo et si decesserint, non relevabitur. Servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur: [nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit].*<sup>525</sup>

D. 47.5.1.5. *Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat; [cur ergo non exercitor condemnatur, qui servum tam malum in nave admisit? et cur liberi quidem hominis nomine tenetur in solidum, servi vero non tenetur? nisi forte idcirco, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo vero suo ignoscendum sit ei quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit. si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur].*<sup>526</sup>

Es un hecho que a todo jurista que estudia los cuatro pasajes citados, llama la atención la justificación de la responsabilidad del *exercitor* por los hechos de los esclavos ajenos o de los hombres libres: “porque lo ha de im-

---

<sup>525</sup> “Mas por esta acción se obliga el capitán de la nave en nombre propio, a saber, porque lo ha de imputar a su culpa el que empleó tales hombres; y por esto, aunque hubieren fallecido, no quedará relevado de responsabilidad. Pero en nombre de sus propios esclavos se obliga únicamente por la acción noxal; porque cuando emplea los ajenos, debe explorar cuáles sean su fidelidad y su probidad; respecto a los suyos es digno de indulgencia, si hubiere empleado cualesquiera para equipar la nave”.

<sup>526</sup> “Mas tratándose de un esclavo suyo propio el capitán se libra dándolo por la noxa; y por qué no será condenado el capitán que admitió en su nave a un esclavo tan malo, y por qué tratándose de un hombre libre está obligado solidariamente, y no está obligado cuando se trata de un esclavo? Acaso por esto, porque al emplear un hombre libre se debió informar respecto a él de cómo era, pero por ser un esclavo suyo se le debe dispensar, como si se tratara de un doméstico malo, si estuviera dispuesto a entregarlo por la noxa; pero si empleó esclavo de otro, estará obligado como si se tratara de un hombre libre”.

putar a su culpa el que empleó tales hombres”; “porque cuando emplea los ajenos, debe explorar cuáles sean su fidelidad y su probidad” (D. 4.9.7.4); “porque al emplear un hombre libre se debió informar respecto a él de cómo era”, lo que se aplica también a los esclavos ajenos (D. 47.5.1.5); “porque utiliza los servicios de hombres malos” (I.4.5.3; D.44.7.5.6).

Se trata de parte de los textos sobre los que se construyó la teoría de la responsabilidad por culpa *in eligendo*, de la cual núcleo central es el debatido pasaje de D.9.2.27.11, el que contrasta a su vez con lo expresado en Coll.12.7.9, haciéndole perder veracidad a su origen clásico. Sin embargo, no entraré en el análisis de esta materia, limitándome a la particular situación de los comentarios precedentemente citados.

La contradicción literal de los pasajes que consagrarían una *culpa in eligendo*, con la supuesta atribución objetiva de la responsabilidad, pareciera clara. Pero además, están en contradicción con la posibilidad de dar en noxa, que tanto D. 4.9.7.4 como D. 47.5.1.5 entienden aplicable: “*servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur*” dice el primero y “*si noxae dedere paratus sit*” dice el segundo.

Si tenía lugar una culpa personal (*in eligendo*) del *exercitor*, no podría haber procedido la facultad de *noxae deditio* para el *dominus* (capítulo segundo, romano I, núm. 8); si procedía la noxalidad en cambio, el criterio para atribuir responsabilidad al *exercitor* no podría haber sido jamás la culpa. Aún más, adicionalmente a las acciones en comento *in factum*, la víctima era titular de las respectivas acciones civiles que podía ejercer con carácter noxal contra el *dominus* individualizando al esclavo que cometió el delito, *dominus* que podría haber sido uno distinto al *exercitor* como se dijo (capítulo segundo, romano I, núm. 2) si había dejado de pertenecer a éste. Si el culpable del hecho era el *exercitor*, la persecución a la persona del esclavo que había cometido el hurto o daño respecto del nuevo dueño no habría tenido lugar porque la culpa era del que lo eligió.

En resumen, o al *exercitor* se le imputaba una responsabilidad por culpa (subjettiva) y no podían tener lugar las acciones noxales; o bien tenían aplicación éstas porque se les imputa a los *nautae*, *caupones* y *stabularii* una responsabilidad objetiva por el hecho delictual de una persona de su dependencia.

Dada la doble contradicción, mayoritariamente la romanística se ha pronunciado por la intervención de los aludidos pasajes.<sup>527</sup> En términos generales, o se interpolaron para incorporar a ellos la culpa, o se modificaron para introducir la noxalidad, pero su coexistencia original parece muy du-

<sup>527</sup> Resumen de autores que sostienen la intervención, al que se suma el autor, en De Visscher, *Le régime*, cit., p. 500, nota 27.

dosa. En todo caso, alguien debe tener razón pues si se diera el favor a todos los críticos, casi no quedarían comentarios de Ulpiano.<sup>528</sup>

Ahora bien, a pesar de todo lo dicho, y de todo lo que se pueda decir y discutir sobre la originalidad o no de la referencia a la culpa en los pasajes referidos; o sobre la originalidad o no de la noxalidad en los edictos que introdujeron las acciones *in factum* contra los armadores, hosteleros y estableros (que luego analizaré), lo único realmente cierto, y sobre lo cual creo que no pueden haber dudas, es que las referencias a la culpa denominada *in eligendo*, no pueden haber constituido de verdad culpa en D.4.9.7.4, D.47.5.1.5, D.44.7.5.6 e I.4.5.3.

En efecto, éste es un concepto desarrollado en materia contractual (D.9.2.27.11 y Coll.12.7.9) que no logra una aplicación como verdadero criterio de atribución de responsabilidad en el ámbito delictual. A mi juicio tiene razón Schipani cuando plantea que la culpa *in eligendo*, “se venisse concepita come una colpa effettiva, si fonderebbe su una negligenza nella valutazione della possibilità di un comportamento dannoso da parte dello schiavo”, lo que implicaría “una responsabilità diretta del dominus assai piú estesa” y, de paso, un vaciamiento del concepto de noxalidad.<sup>529</sup> Sin embargo, esto último no ocurrió. Es un hecho cierto que la teoría de la culpa *in eligendo* no afectó el límite clásico del régimen de la noxalidad.<sup>530</sup> Es más, en general, la aplicación de la culpa *in eligendo* a la responsabilidad aquiliana en el sistema justiniano ni siquiera fue incorporada.<sup>531</sup>

Es por ello interesante a mi juicio la teoría en esta materia de Fercia acerca del “color de culpa”. Este autor toma como punto de referencia precisamente la expresión “*aliquatenus culpa*” de I.4.5.3, ya presente en D.44.7.5.6,<sup>532</sup> noción que dentro de estos textos figura como fundante de la responsabilidad del *exercitor*, teniendo como sustrato de hecho “*quod opera malorum hominum*”.

Fercia, luego del análisis de diversas fuentes, llega a la conclusión que “nel passo delle *Institutiones*... altro è parlare di culpa, che è un criterio di responsabilità soggettiva vera e propria, basato cioè sull’apprezzamento di una

<sup>528</sup> Para D.4.9.7.4, en *Index*, I, *cit.*, p. 66 y en *Index Suppl.*, I, *cit.*, p. 83; para D.47.5.1.5, *Index*, III, *cit.*, p. 506; y, para D.44.7.5.6, *Index*, *cit.*, t. III, p. 356.

<sup>529</sup> Schipani, *Responsabilità*, *cit.*, pp. 425 y 435.

<sup>530</sup> De Visscher, *Le régime*, *cit.*, p. 500.

<sup>531</sup> A esta conclusión arriba fundadamente Schipani, *Responsabilità*, *cit.*, p. 435.

<sup>532</sup> Habiendo coincidencia en los textos, resulta razonable la hipótesis conforme a la cual, si este pasaje de Gayo fue manipulado, ello tuvo lugar antes de la compilación, llegando en tal condición a las manos de los compiladores. En este sentido, Fercia, *op. cit.*, p. 27; y en p. 28, nota 17, citas sobre el punto.

condotta personale, riconducibile all'*exercitor* e come tale valutabile; altro è parlare di *aliquatenus culpa*. Questo avverbio —*aliquatenus*— non individua... un «grado» della *culpa*".<sup>533</sup> Esta diferencia ya se advierte desde un punto de vista gramatical, pues "il prefisso «*aliv*»- indica che ci troviamo di fronte ad un mero 'simulacro' di un *quatenus* di *culpa*: «*aliquatenus*», allora, afferma su un piano meramente ideologico l'esistenza di un determinato «grado» di *culpa* in fini dei conti non individuabile".<sup>534</sup> La idea es reforzada por el hecho que "l'avverbio «*aliquatenus*»... contiene... lo stesso nucleo semantico di «*aliquis*», che «afferma l'esistenza di persona o cosa non individuale»".<sup>535</sup>

Esta indeterminación de la noción de "*aliquatenus culpa*" lleva a que no se pueda identificar, y se deba entonces diferenciar, con el concepto de *culpa*, pues sólo alude a algo "como culpa", algo que sólo tiene "un aire" o, como dice Fercia, "un color de culpa" pero no se identifica con ésta.<sup>536</sup> Para poder identificar la noción de mejor manera, Fercia la denomina '*culpa in habendo/utendo*', terminología que es tomada de D.9.2.27.11 ("si noxios servos habuit", "*cur tales habuit*").<sup>537</sup>

Si la *culpa in habendo* (*aliquatenus culpa*) no es verdaderamente culpa, debe descartarse que la responsabilidad de los *nautae caupones et stabularii* haya podido fundarse en las *Institutiones* en una *culpa in eligendo*, porque esta noción alude a una efectiva culpa que en la especie no concurre. Por ello, el criterio que permite atribuir responsabilidad a los armadores, posaderos y establecimientos, por los hechos de sus dependientes, seguirá siendo objetivo en derecho justinianeo, como lo fue en derecho clásico. Un mero "color de culpa" no permite establecer un criterio de responsabilidad que sea reconducible a un "hecho propio", como ocurriría en la *culpa in eligendo*.

Por supuesto, aunque la responsabilidad del *exercitor* continuaba cimentada sobre una *culpa in habendo*, (de naturaleza objetiva), había un matiz subjetivo, dando lugar a "una responsabilitá 'oggettiva, dunque, 'mascherata'".<sup>538</sup> Pero los ambientes bizantinos tuvieron conciencia de la distinción entre "un

<sup>533</sup> Fercia, *Criteri*, cit., p. 37.

<sup>534</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>535</sup> *Ibidem*, p. 38, nota 33, citando a Traina-Bernardi Perini.

<sup>536</sup> Con independencia del nombre, y aunque tiene posiciones distintas a Fercia, Giménez-Candela coincide en el fondo de la cuestión, señala que "la alusión a la responsabilidad por culpa en la elección de los subordinados... son quizá demostrativas de la transformación que en el derecho postclásico sufrió la responsabilidad del *exercitor*; de una implicación meramente objetiva a otra fundada en el criterio de la culpa, pero esta mención no tiene aquí un sentido técnico". *Los llamados*, cit., p. 146.

<sup>537</sup> Véase Fercia, *Criteri*, cit., p. 61 (notas 87 y 88) y p. 65.

<sup>538</sup> *Ibidem*, p. 73.

criterio subjetivo de responsabilidad, como la *culpa in eligendo*, ed uno meramente ‘soggettivizzato’, quale la *culpa in habendo*”,<sup>539</sup> y por tanto, de la distinción entre “una responsabilidad subjetiva da una ‘soggettivizzata’ e, quindi, tra colpa e ‘colore di colpa’”.<sup>540</sup>

Nuevamente entonces, al igual que respecto del edicto *de effusis vel deiectis*, y no obstante el uso del término “*culpa*”, éste no se debe leer como “culpa-efectiva” (capítulo cuarto, romano II, núms. 5 y 6). “*Aliquatenus culpa*” no habría aludido a una culpa verdadera y propia, sino a una idea distinta, que se podría llamar, para el mejor entendimiento, *culpa in habendo/utendo* o ‘color de culpa’. Y ésta, es plenamente compatible con la posibilidad de entregar el esclavo culpable en noxa.

En conclusión, a pesar de la referencia de los pasajes de D. 4.9.7.4, D. 47.5.1.5, D.44.7.5.6 e I.4.5.3 al término culpa, la responsabilidad de los *nautae*, *caupones* y *stabularii* desde sus orígenes hasta la compilación justiniana inclusive, puede ser calificada modernamente como objetiva.

## II. LA RESPONSABILIDAD DEL *EXERCITOR* LIBRE (*SUI IURIS*), POR *DELICTUM* COMETIDO POR UN DEPENDIENTE

La ratificación de la responsabilidad objetiva de los armadores, hosteleros y estableros sólo soluciona en parte las dificultades. El *exercitor* utilizaba desde luego en el ejercicio de su actividad comercial esclavos propios y ajenos, hombres libres y familiares. Cualquiera de ellos podía ser el autor material del delito de daño o hurto por el que la víctima reclamaba.

Las fuentes aluden de forma particular a la hipótesis en que el hecho ilícito haya sido cometido por un *servus*, lo que a la víctima no importaba, pues se le protegió con las acciones por el hecho que se comenta, que podía ejercer contra el *exercitor* y a *suo nomine*.

Sin embargo, en el acápite anterior ya se hizo presente la frase de D.4.9.7.4 “*servorum autem suorum nomine noxali duntaxat tenetur*” y de D.47.5.1.5 “*servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat*”, las que permiten entender que al *exercitor* le habría sido posible limitar su responsabilidad a través de la *noxae deditio* del siervo delincuente (capítulo segundo, romano II); y aunque no lo menciona, se debiera entender además, del hijo de familia delincuente (posibilidad que a la época de la compilación no se otorga, por lo que es razonable que en los pasajes se haya omitido).

<sup>539</sup> *Ibidem*, pp. 81 y 82.

<sup>540</sup> *Ibidem*, pp. 50 y 51.

El problema está que al tratarse de una responsabilidad a *suo nomine* (objetiva), por tener la calidad de *exercitor*, la posibilidad de que tuvieran aplicación las acciones noxales resulta dudosa. Se respondía por una calidad propia y no por el delito del esclavo. Se repite desde esta perspectiva la problemática ya vista en la *actio de effusis vel deiectis* (capítulo cuarto, romano III).

Luego, si acciones noxales no se podían deducir, las referencias a la noxalidad en D. 4.9.7.4 y en D.47.5.1.5 no sólo llaman la atención, sino de forma directa ponen en duda la autenticidad de los mismos. El punto ha sido un dolor de cabeza permanente para la romanística.<sup>541</sup>

Las alternativas posibles son aceptar que los pasajes son auténticos pero se referían a un instrumento distinto como la *exceptio noxalis*; que se introdujo la facultad noxal por los compiladores; o bien una posición intermedia.

En la primera se encuentra desde luego Serrao,<sup>542</sup> a partir del trabajo de Lenel, de manera que “il regime della nossalità troverebbe applicazione, per cosí dire, *iure exceptionis*”<sup>543</sup> de nuevo, como en *de effusis*. Sin perjuicio de que D.4.9.7.4 pudiera haber sido interpolado respecto de las frases “*culpa-adhibuit*” y “*nam-adhibuerit*”, ello no sería suficiente para declarar todo el pasaje supérstite espurio, al mantener en el texto el pensamiento original de Ulpiano.<sup>544</sup> De esta manera, si los marineros eran esclavos propios, en la *actio damni*, respecto de la cual no tenemos un posible texto edictal, se habrían aplicado los mismos principios que respecto de la *actio furti* (D.47.5.1.5) y de la *actio de effusis vel deiectis*: “l'*exercitor*, convenuto con l'*actio in factum*, ove voglia liberarsi *noxam dedendo* lo schiavo, deve eccepire, facendo inserire la circostanza nella formula, che l'autore è stato un suo determinato schiavo, e ottenere per questa via, ove la circostanza risulterà provata, di liberarsi consegnando lo schiavo al danneggiato”.<sup>545</sup> Así, la denominada *exceptio noxalis* permite salvar lo salvable del principio de la personalidad de la pena.<sup>546</sup> El sentido sería ratificado por D.4.9.6.4, que luego se trata (*infra* capítulo sexto, romano III).<sup>547</sup>

<sup>541</sup> Serrao señala que “scambiato invece dai più con l'*actio noxalis* vera e propria, ha finito col diventare quasi un ostacolo alla comprensione dell'intero fenomeno”. *Impresa, cit.*, p. 163.

<sup>542</sup> *Idem*.

<sup>543</sup> Fercia, *Criteri, cit.*, p. 8.

<sup>544</sup> *Impresa, cit.*, pp. 173 y 174. Por lo mismo, las críticas formales a las referencias a la noxa en D.4.9.7.4 serían arbitrarias. Desestima Serrao las expresiones de Schulz, Eisele y Bescler. *Ibidem*, pp. 176 y 177.

<sup>545</sup> *Ibidem*, p. 182. También en pp. 174 y 175.

<sup>546</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>547</sup> Aunque habría sufrido algunos “ajustes” en su texto, correspondería en lo sustancial al original (las modificaciones que autores como Pampaloni, Huevelin, Solazzi, Sargentini,

Giménez-Candela rechaza las conclusiones de Serrao, pues no acepta conceptualmente a la *exceptio noxalis* y la considera inadmisibles (véase supra capítulo cuarto, romano III, núm. 3).<sup>548</sup> Ello implica que los respectivos edictos que tratamos nunca contemplaron la cláusula noxal, y que los comentarios citados nunca se pudieron haber referido a la *noxae deditio*. El sentido de las alusiones a la noxalidad tanto en D.4.9.7.4 como en D.47.5.1.5, debió ser necesariamente distinto.

Y la explicación de la autora, en lo sustancial, es que ambos se habrían referido a la hipótesis en que la víctima conocía la identidad del *servus* delincuente, razón por la cual podía deducir las acciones civiles respectivas (la *actio ex lege Aquilia* según D.4.9.7.4 y la *actio ex furto* según D.47.5.1.5 como noxales contra el *dominus/exercitor*). Si en cambio no conocía la identidad, o bien el *servus* era ajeno o era un dependiente libre, la víctima podía ejercer la *actio in factum adversus nautas cauponas stabularios*. Por tanto, los pasajes se referirían a la aplicación de la *actio noxalis* en el caso señalado, y no a la existencia de una supuesta *exceptio noxalis*.<sup>549</sup> Curiosamente, reforzando su postura y la alternativa de acciones, cita a D.4.9.6.4,<sup>550</sup> pasaje que Serrao también entiende que le favorece, pero en sentido contrario.

Interesante es el hecho que Giménez-Candela reconoce en todo caso que, de aceptarse que los textos en comento trataban sólo a las acciones *in*

---

etcétera, han pretendido del texto, serían todas intervenciones injustificadas (Serrao, *Impresa, cit.*, p.178; y en ésta, nota 38). Habrían dos puntos seguros a su respecto: que D.4.9.6.4 se refería efectivamente a la *actio damni in factum adversus nautae*, pues fue tomado del libro 22 *ad edictum* dedicado por Paulo al tratamiento de la *lex Aquilia*; y que el pasaje trata de precisar cuándo se ejercía la acción civil y cuando la acción pretoria, correspondiendo la primera al caso en que el marinero autor del daño estaba identificado, mientras la segunda procedía justamente cuando dicho autor fuese indeterminado. Para este último caso entonces la acción había sido dispuesta por el pretor y era lógico que existiese un instrumento que permitiese al *exercitor* indicar el autor del daño y liberar la responsabilidad (Serrao, *Impresa, cit.*, pp. 180-182).

<sup>548</sup> De hecho, la misma autora se remite a lo que dijo en esta materia. Giménez-Candela, *Los llamados, cit.*, p. 146, nota núm. 84.

<sup>549</sup> Giménez-Candela, *Los llamados, cit.*, pp.145-148.

<sup>550</sup> La primera parte de D.4.9.6.4 es de hecho sugerente en relación con la explicación precedente: “podemos, sin embargo, ejercitar contra los marineros la acción de hurto, ó la de daño con injuria, cuando probemos un hecho de esclavo determinado”.

Señala la autora que el texto se habría referido a cuatro hipótesis y no una sola como interpretaría la mayoría. Su objeto era clarificar la relación entre la acción edictal *in factum* y la civil de hurto o daño, eventualmente noxal, contra el *nauta*. El texto de Paulo pondría de relieve como se articulaban las acciones contra el *nauta*, así como el carácter no-delictual de la acción pretoria que procedía contra el *exercitor*, motivo por el cual no podría haber sido noxal. Giménez-Candela, *Los llamados, cit.*, pp. 148 y 149.

*factum*, ellos efectivamente servirían para admitir la noxalidad en esta acción por el hecho.<sup>551</sup>

Entre los extremos de la aceptación y de la negación de la *exceptio noxalis*, se han abierto camino algunas posiciones eclécticas. En esta línea, Fercia admite que no es posible desconocer el tenor de los textos de D.4.9.7.4 y D.47.5.1.5. Pero, de sus investigaciones concluye, en síntesis, que se trata de pasajes interpolados, que dan cuenta de la evolución que habría tenido la materia que nos ocupa. Así, para la edad clásica, Fercia descarta la aplicación de la noxalidad a las acciones *in factum*, no habiendo sido parte de los *verba edicti* respectivos la cláusula noxal.

El panorama habría cambiado en la edad postclásica, periodo en el cual, por motivos económicos y procesales, entre otros, habría sido introducida a las acciones en estudio, presumiblemente por los juristas orientales antes de la confección del Digesto, con los consiguientes “ajustes” necesarios a los textos ulpianeos.<sup>552</sup>

En efecto, cargar sobre el *exercitor* en época clásica la responsabilidad en términos objetivos, no habría sido mayor inconveniente; mas, en tiempos de crisis comercial, ello constituyó un obstáculo al desarrollo del comercio, resultando la noxalidad una manera de atemperar las consecuencias de una responsabilidad estricta.<sup>553</sup> Por otra parte, la caída de las rigideces del proceso formulario no sólo habrían permitido deducir la acción civil y la honoraria, sino también la *noxae deditio* como excepción.<sup>554</sup>

En otras palabras, está de acuerdo con Serrao en la idea de la *exceptio noxalis* y que los pasajes de D.4.9.7.4 y D. 47.5.1.5 a ella se refieren, pero no participa de su introducción por el pretor *ab origine*. La aceptación de la excepción noxal, aunque sea posterior, por necesidad implica su disenso con Giménez-Candela.<sup>555</sup>

---

<sup>551</sup> Afirmada por Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 63, núm. 7.

<sup>552</sup> *Criteri*, op. cit., pp. 9-12. Fercia, Riccardo, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Milán, 2008, pp. 334 y 335.

<sup>553</sup> Fercia, *Criteri*, op. cit., p. 11.

<sup>554</sup> Véase Fercia, *Criteri*, op. cit., pp. 117-121 en que analiza en detalle el punto, fundando las conclusiones especialmente en C.7.40.3.

<sup>555</sup> Afirma Fercia que la alternativa de dar en noxa al esclavo propio que aparece concedida en D. 4.9.7.4 y D. 47.5.1.5, no está referida a la deducción de la acción civil correspondiente como noxal por la víctima, cuando ésta conoce la identidad del autor del daño, que pretende Giménez-Candela. Así, D.4.9.7.4 no estaba hablando de la *a. ex lege Aquilia* como noxal, puesto que “l'intero frammento senza dubbio discute soltanto dell'azione onoraria in único contesto espositivo”. *Criteri*, cit., pp. 114 y 115. Y D.47.5.1.5 no estaba hablando de la *a. furti* puesto que “l'intero titolo D.47.5 riguarda orgánicamente la disciplina della sola *a. furti in factum*”, *Criteri*, cit., p. 136.

Así, según Fercia, pareciera que los edictos que introdujeron las acciones por el hecho en contra de los armadores, posaderos y estableros pretendieron efectuar, vía honoraria, correcciones al *ius civile*, de manera de garantizar a la víctima el resarcimiento a través del establecimiento de la responsabilidad objetiva del *exercitor sue nomine*.<sup>556</sup> Ello con independencia de quien cometiera el daño o hurto, y con independencia también de si pudo o no la víctima conocer la identidad del autor del delito.

De este modo, si las referencias en D.4.9.7.4 y D.47.5.1.5 a la noxa del esclavo no pudieron corresponder a comentarios a los textos edictales respectivos, ni siquiera en el sentido dado por Lenel y Serrao de *exceptio noxalis*, y tampoco dichas referencias pudieron decir relación con la acción civil por el daño o hurto deducida noxalmente, la única alternativa que queda es que se trate sólo de alusiones que Ulpiano no efectuó, y por ende, dicen relación con intervenciones posteriores a la redacción de los pasajes.

Me parece que el estado actual de la cuestión y el objeto de este trabajo, no permiten sino el refugio en las pocas certezas que existen, y que en el desarrollo de las líneas precedentes han sido destacadas: los pasajes de D.4.9.7.4 y D.47.5.1.5 que heredamos, aluden a la *noxae deditio* del *servus* de propiedad del *exercitor*, pero no tenemos un texto que reproduzca (o diga que reproduce) literalmente el o los edictos del pretor, comprendiendo la cláusula noxal, como ocurre con la *actio de effusis vel deiectis*. Luego, argumentos que no tengan un anclaje en elementos de seguridad equivalente, que nieguen lo único que efectivamente se conoce, resultan difíciles de acoger.

Dado lo anterior, creo que la posición adoptada por Fercia es, a lo menos, lo prudente en la materia. Es indudable que las explicaciones de Giménez-Candela respecto a de D.4.9.7.4 y D.47.5.1.5 son atendibles, pero “imporrebbe, con evidenza, scelte critico-testuali il cui livello di congetturalità appare comunque troppo elevato”.<sup>557</sup> Resulta demasiado riesgoso tomar como guía un discurso hipotético, que conlleva la pretensión de que lo que se dice que comentó Ulpiano en los citados pasajes, no sería en realidad lo que dijo, sino lo que explica Giménez-Candela.

En otro extremo, pretender que la llamada *exceptio noxalis* fue consagrada a nivel edictal (no aceptando siquiera la posibilidad que se trate de un ulterior desarrollo de juristas postclásicos), sólo porque la estructura de las acciones *furti in factum adversus nautas caupones stabularios* era idéntica a la *actio de*

---

<sup>556</sup> *Criteri, cit.*, p. 114. Asimismo, a juicio de Fercia, el texto previo de D.47.5.1 pr. que contendría el correspondiente edicto, sería demostrativo que el pretor buscó establecer la misma corrección respecto de la *actio furti in factum*, igualando su régimen al de la *actio damni in factum*. *Ibidem*, p. 131.

<sup>557</sup> Fercia, *Responsabilità, op. cit.*, núm. 35, p. 344.

*effusis vel deiectis*<sup>558</sup> y comparte con ésta la consagración de una responsabilidad objetiva del *exercitor* y del *habitor* por los daños causados por el hecho de terceros, aunque verosímil, deja pendientes dudas importantes.

Entonces, es posible que la *exceptio noxalis* haya sido incorporada desde el primer momento a los edictos respectivos, o bien en algunas de sus renovaciones anuales. Mas, no es seguro. Por ende, pudo ser adoptada en un momento posterior, sea en derecho clásico o posclásico (como afirma Fercia), pero difícilmente al momento de la compilación. La herramienta no se les pudo ocurrir de la nada a los juristas justinianeos, que por lo demás no se dedicaron al desarrollo de soluciones. Si no se incluyó el instrumento desde la dictación de la providencia pretoria, bastante segura es su adopción más pronto que tarde, como una corrección a la responsabilidad objetiva del *nauta*,<sup>559</sup> como una contra excepción a la excepción (a la responsabilidad por culpa).

### III. RESPONSABILIDAD DEL *DOMINUS* O *PATER* DE UN *EXERCITOR*, QUE ES *SERVUS* O *FILIUS* (*ALIENI IURIS*), QUE ADMINISTRA SIN LA VOLUNTAD DEL *DOMINUS* EL NEGOCIO, POR *DELICTUM* COMETIDO POR UN DEPENDIENTE

También se repite en esta situación, el problema que tenía lugar a propósito del *habitor alieni iuris* (capítulo cuarto, romano IV). En efecto, salvo que el delito haya sido cometido por el propio *exercitor*, la acción noxal no funcionaba cuando el armador era un *servus* o un *filius*, y el daño lo cometía uno de sus dependientes (sea éste libre, o un esclavo propio o ajeno). El dueño del esclavo o padre del hijo armador, no tenía la facultad de entregar en noxa al *servus* o *filius*, porque ninguno de éstos había cometido el daño personalmente, sino los dependientes a su cargo. De esta manera, la *actio noxalis* clásica quedaba descartada.

En las fuentes supérstites, se encuentran referencias a una *actio in factum* de peculio, como vía para la superación del inconveniente antes reseñado. Así tenemos:

D. 47.2.42 pr: *Si servus navem exerceat non voluntate domini, de eo, quod ibi periit, vulgaris formula in dominum danda est, ut quod alter admisit, duntaxat de peculio, quod ipse*

<sup>558</sup> Fercia, *Responsabilità, op. cit.*, pp. 341-344, núm. 35.

<sup>559</sup> Fercia, *Criteri, cit.*, p. 116.

*exercitor, adiueiatur, ut noxae dederet. Igitur si manumissus sil, persecutio quidem in peculio manebit adversus dominum intra annum, noxalis ipsum sequetur.*<sup>560</sup>

D. 9.4.19.2: *Si servus tuus navem exercuerit, eiusque vicarius et idem nauta in eadem nave damnum dederit, perinde in te actio danda est, ac si is exercitor liber, et hic vicarius servus eius esset, ut de peculio servi tui ad noxam dedere vicarium damneris; ut tamen, si servi tui iussu, vel sciente et patiente eo damnum vicarius dederit, noxalis actio servi tui nomine esse debeat, idemque sit etiam, si nautam facere iusserit.*<sup>561</sup>

D. 4.9.7.6: *Haec iudicia, quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt; in heredem autem non dabuntur. Proinde et, si servus navem exercuit et mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum, nec intra annum. Sed quum voluntate patris vel domini servus vel filius exercent navem, vel cauponam, vel stabulum, puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint.*<sup>562</sup>

Los textos precedentes, y en particular la referencia a la *actio de peculio*, han constituido también objeto de gran controversia en la romanística, y por lo mismo, hay pocas conclusiones que no admitan críticas. Sin embargo, como ya lo he indicado en otras oportunidades, me inclinaré por las explicaciones que respetan lo único cierto: el tenor literal con que hemos recepcionado los pasajes citados, los que aluden a la *actio de peculio*.

En esta línea, de acuerdo a los pasajes transcritos, el pretor habría concedido a la víctima de un hurto o daño de especies en una nave durante la travesía, la *actio in factum adversus nautas cauponas stabularios*<sup>563</sup> pero de peculio,

---

<sup>560</sup> “Si un esclavo explotase una nave sin la voluntad de su señor, se ha de dar contra el señor la acción vulgar por lo que en ella se perdió, de suerte que por lo que otro hizo se dé solamente en cuanto al peculio, y que por lo que hizo el mismo esclavo administrador se agregue que lo dé por la noxa. Así, pues, si hubiera sido manumitido, la acción persecutoria respecto al peculio subsistirá contra el señor dentro del año, y la acción noxal seguirá á éste mismo”.

<sup>561</sup> “Si un esclavo tuyo hubiere dirigido una nave, y su vicario, que también era marinerero, hubiere causado daño en la misma nave, se ha de dar contra ti la acción, lo mismo que si este patrón fuese libre, y este vicario fuese su esclavo, para que del peculio de tu esclavo seas condenado á entregar el vicario para satisfacción del daño; pero esto de suerte, que si el vicario hubiere causado el daño por mandato de tu esclavo, ó sabiéndolo y consintiéndolo éste, deba haber acción noxal en nombre de tu esclavo, y que también sea lo mismo, si hubiere mandado á un marinerero que lo causara”.

<sup>562</sup> “Estas acciones, aunque son honorarias, son, sin embargo, perpetuas; pero no se darán contra el heredero. Por esto, si un esclavo administró la nave y murió tampoco se dará la *actio de peculio* contra el señor, ni dentro del año. Pero cuando con la voluntad del padre ó del señor administra el esclavo ó el hijo la nave, ó la venta, ó el mesón, opino que también deben soportar solidariamente esta acción, como si solidariamente hubieren aceptado la responsabilidad de todo lo que allí acontece”.

<sup>563</sup> En D.47.2.42 pr., la acción que otorgaba el pretor se individualiza con la expresión genérica “volaris formula”, lo que ha motivado parte de las dudas en la romanística: ¿cuál era en concreto la acción concedida? Serrao ha sostenido que se refiere a la “fórmula normal”, a la acción concedida de forma regular en estos casos, es decir, la *actio furti adversus*

contra el *dominus* del esclavo o contra el padre del *filius exercitor*, dado que la noxal no procedía.<sup>564</sup> Por tanto, el *dominus* o el *pater* limitaban la responsabilidad hasta el monto del peculio del *servus* o *filius*.

Claro, el problema fundamental para aceptar que los textos citados digan algo así, estriba en que la *actio de peculio* era propia del ámbito contractual, y por ende no aplicable en materia penal.<sup>565</sup> En otras palabras, la misma situación vista al tratar la cuestión del *servus habitator* en el edicto de *effusis vel deiectis* (capítulo cuarto, romano IV, núm. 2). Me remito entonces a lo ya dicho sobre el nacimiento de la acción y su finalidad.

Si bien en este caso el esclavo tampoco había contraído una obligación por una gestión de negocios, punto de partida siempre de la polémica, hay una diferencia sustancial con la hipótesis del *servus habitator*, y que bien ilustra Serrao: así como no hay dudas que la acción tenía por fuente un acto ilícito (hurto o daño), tampoco se podría dudar que había un “contexto negocial”. El esclavo *exercitor* y la víctima se encontraban vinculados contractualmente (*locatio conducto operis*), y lo que se hurtaba o dañaba era la cosa objeto de dicho vínculo.

Por otra parte, el hurto o daño de la cosa golpeaba al *exercitor* en cuanto tal, o sea, a causa del ejercicio de la empresa marítima, en cuanto emprendedor marítimo, y por esto su responsabilidad habría encontrado fundamento en lo que hoy sería un riesgo de empresa verdadero y propio. De esta

---

*nautas*. Serrao, *Impresa, cit.*, p. 185. Fercia concuerda con esta interpretación, pues no podría ser otra acción por el contexto, y rechaza de paso la proposición de Giménez-Candela, que si bien cree virtualmente posible, no resulta aplicable a este caso. Fercia, *Críteri, cit.*, pp. 228 y 229.

<sup>564</sup> Serrao, *Impresa, cit.*, en p. 196 para D.47.2.42 pr.; en p. 216 para D.9.4.19.2, y en p. 228 para D.4.9.7.6.

<sup>565</sup> Así, para D.47.2.42 pr., Serrao agrupa a los autores que no se logran explicar cómo una acción penal (*a. furti adversus nautas*) podía ser intentada *de peculio* en vez de *noxaliter*, en tres posibles soluciones que entregan: interpolada la parte que alude a la responsabilidad de peculio (Pampaloni, De Visscher); realizando acomodos de tipo pandentístico dirigidos a superar (negar) el problema y no a buscar su solución (Voci); y, entendiendo en todo o parte genuino el texto, sin dar explicaciones satisfactorias (Buckland, Messina Vitrano, Micolier). Serrao, *Impresa, cit.*, pp. 186-195. Para D.9.4.19.2, afirma que algunos atribuyen la acción a la excentricidad bizantina (Pampaloni, Biondi, Beseler, Lenel, Micolier, De Visscher); otros niegan su existencia (Cuiacío, Voci); y, no ha faltado quien entienda genuino el texto y la acción, pero sin mayor fundamentación (Messina Vitrano), *op. cit.*, pp. 199 y 200. Finalmente, en cuanto a D.4.9.7.6, señala Serrao que Pampaloni Biondi y Solazzi, entienden que siendo una acción penal debería el texto decir noxa y no de peculio; Pugliese entiende que se refiera al *receptum*; Luzzato, De Robertis y en forma parcial Sargentí, aceptan las críticas pero sin agregar argumentos para demostrar la interpolación; Voci y Beseler darían soluciones particulares; y, Messina Vitrano y Micolier, dan por genuino el texto pero con argumentos insuficientes, *op. cit.*, pp. 221-228.

manera, no era muy difícil relacionar la *actio furti* y la *actio damni in factum* con los *negotia* que el *exercitio navis* comportaba, y establecer la prescripción edictal para la concesión de la acción de peculio.<sup>566</sup>

Hay sí un par de discrepancias entre los autores que siguen esta interpretación a la luz de los textos supérstites.

La primera, dice relación con la forma de la concurrencia de las acciones de peculio y noxal. Serrao, esquemáticamente entiende que si el delito era cometido por uno de los dependientes del *exercitor*, esclavo o hijo, el pretor otorgaba la *actio in factum* contra el dueño o el padre de *peculio*. Si en cambio lo cometía el mismo *exercitor*, *noxaliter*.<sup>567</sup> Fercia ha corregido esta interpretación, en cuanto a que no habría existido una alternativa, de modo que la concesión de una de dichas acciones excluyese a la otra. En su concepto, coexistían en la misma fórmula. Lo que la víctima necesariamente debía ejercer era la acción de *peculio*, pudiendo el demandado (*dominus* o *pater*) solicitar la inserción de la cláusula noxal para la hipótesis que resultase responsable el *exercitor* por haber cometido personalmente el delito. Con este sentido, la llamada *exceptio noxalis* describiría de buena forma el mecanismo introducido por Paulo en D.47.2.42 pr. y D.9.4.19.2.<sup>568</sup>

La segunda, respecto a las facultades del *dominus*. Serrao ha planteado que, como en la hipótesis en que el *exercitor* esclavo hubiese sido libre habría podido dar en noxa al vicario probando que éste era el autor del daño (lo que no puede en definitiva porque precisamente es *servus*), el pretor habría concedido al *dominus* la posibilidad de dar él en noxa al vicario, evitando así de pagar la *litis aestimatio*. De lo contrario, el *servus exercitor* habría sido sometido a un régimen más desfavorable que el *exercitor* libre. La posibilidad aludida tenía su base en un procedimiento que, por comodidad expresiva según afirma, denomina *exceptio noxalis* (la posibilidad se encuentra aparentemente recogida en la frase “*ac si is exercitor liber, et hic vicarius servus eius esset*” en D.9.4.19.2).<sup>569</sup> Esta perspectiva no es menor puesto que implica reconocer otra alternativa al *dominus* de limitar económicamente las consecuencias del hecho dañoso.

Fercia en cambio desecha una tal facultad para el *dominus* al reconocer sólo la *noxal deditio* del *servus* cuando éste hubiese cometido el delito (el *dominus* tiene tal posición respecto del esclavo *exercitor*, no del vicario). Constata que en D.47.2.42 pr. no existe rastro de la posibilidad propuesta por Serrao, y

<sup>566</sup> Serrao, *Impresa*, cit.; pp. 196 y 197 para D.47.2.42 pr.; p. 217 para D.9.4.19.2; y p. 222 para D.4.9.7.6.

<sup>567</sup> *Ibidem*, pp. 185 y 186.

<sup>568</sup> Fercia *Criteri*, cit., pp. 237 y 238; 274 y 275. Talamanca, *Recensión*, cit., p. 620.

<sup>569</sup> Serrao, *Impresa*, pp. 194, 217 y 218.

que la responsabilidad por “lo que otro hizo” no deriva de ninguna especificación de ese *alter* (vicario, hombre libre o esclavo ajeno). En D.9.4.19.2 la especificación que se trata de un vicario, no cambiaría la solución, pues eso implicaría que la particularidad era relevante y es difícil pensar que el mismo autor la pasara por alto en D.47.2.42 pr. Por lo mismo, en ambos pasajes debieron haber sido concebidas las fórmulas para el hurto y el daño cometido por vicario, en términos análogos.<sup>570</sup> De ahí que presume con gran probabilidad que la expresión “*ad noxam dedere vicarium*” constituye sencillamente una interpolación.<sup>571</sup> Distinta habría sido la situación en época post clásica y justiniana, abolido el procedimiento formulario, contexto en que de forma verosímil se pudo haber dado la posibilidad al *dominus* o al *exercitor sui iuris* de dar en noxa al vicario<sup>572</sup>

Crítica a las interpretaciones precedentes ha sido la profesora Giménez-Candela. Ello no puede ser de otra forma: a su permanente rechazo a la *exceptio noxalis*,<sup>573</sup> se sumará su rechazo conforme a la doctrina tradicional a la posibilidad de una acción de peculio fuera del marco de una relación contractual directa.<sup>574</sup> Menos, que pueda ser de peculio y noxal alternativamente.<sup>575</sup> Por lo mismo, debe buscar explicaciones diferentes para los textos citados, las cuales confluyen en definitiva en entender que los tres pasajes se refieren a acciones civiles y no a *acciones in factum adversus nautas cauponones stabularios*. Así, en D.47.2.42 pr. Paulo habría aludido a la acción ordinaria contra el dueño en la medida del peculio, en virtud del contrato de transporte (*actio locati*), si el hurto lo cometió un tercero extraño al negocio marítimo, y a la acción ordinaria de hurto noxal, en caso de que el delito lo hubiera sido cometido el mismo esclavo *exercitor*;<sup>576</sup> en D.9.4.19.2 el mismo jurisprudente

<sup>570</sup> Fercia, *Criteri*, cit., véase pp. 238 y 264-268.

<sup>571</sup> *Ibidem*, p. 259.

<sup>572</sup> *Ibidem*, pp. 275 y 276.

<sup>573</sup> Giménez-Candela, crítica a Serrao porque su interpretación precisamente implica aceptar la llamada *exceptio noxalis*. *Los llamados*, cit., p. 153.

<sup>574</sup> La acción de peculio no se da en los delitos, sino negocios realizados por el sometido a potestad. Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 152. En contrario Talamanca, quien a propósito del trabajo de la romanista española afirma que “sería menos propenso... a descartar la posibilidad de ejercitar *de peculio l'actio damni* o *furti adversus nautae*, precisamente porque el régimen de las mismas... no viene biunívocamente determinado en función de la calificación como penal”. *Recensión. Los llamados Cuasidelitos*, p. 620.

<sup>575</sup> Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 155.

<sup>576</sup> El planteamiento central de Giménez-Candela es la circunstancia que la referencia a “la acción vulgar” no es clara, pero que en todo caso no se podría tratar de la *a. furti in factum*. Entre las alternativas dadas por los autores, sigue Voci en esta supuesta referencia a las dos acciones civiles citadas. Aunque reconoce que el texto parece hablar de una única acción (*volgaris formula in dominum landa est*), cree que *volgaris formula* se utiliza precisamente para

se habría referido a la *actio damni noxalis* contra el *dominus*;<sup>577</sup> y, finalmente, en D.4.9.7.6, Ulpiano habría estado tratando en la primera parte a la acción contractual *ex locato*, mientras que en la segunda a la *actio adversus nautas*.<sup>578</sup>

Ya he rechazado en precedencia las posturas de Giménez-Candela, y no será ésta la ocasión de obrar en contrario. Asimismo, y como adelanté, me inclino por el apego y certeza de lo que se lee en los textos supérstites, en vez de lo que hipotéticamente se podría haber leído, los que son coherentes en todo caso con la necesidad de limitar la responsabilidad del *pater* o *dominus*, luego de la alteración del régimen general de la noxalidad por la introducción de estas acciones *in factum* bajo régimen de responsabilidad objetiva.

#### IV. CESIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL DELICTUAL POR DAÑO O HURTO

Dentro de la tripulación de la nave, o del personal que prestaba servicios en el mesón o establo, además de los esclavos o familiares, llegó a ser habitual encontrar hombres libres. En tal caso, se configuraba con los *nautae*, *caupones* o *stabularii* una relación contractual laboral, que modernamente constituye un arrendamiento de servicios personales, y a la época, una *locatio-conductio operarum*.<sup>579</sup>

---

decir no que se da una acción con resultado alternativo según el causante del delito, sino la formula ordinaria que se debe dar por una responsabilidad no-delictual adyecticia (*de peculio*), o delictual noxal. *Los llamados*, cit., p.155.

Sin embargo, creo que tiene razón Fercia cuando plantea que Paulo no necesitaba reiterar lo que era por todos conocidos y aplicado: acción contractual podía ser dada de peculio y la *actio furti* podía ser dada en noxa, complicando el tema con su redacción. Paulo trata de resolver un caso particular. Quiere individualizar mecanismos procesales para deducir la *actio furti in factum*, en paralelo a los únicos medios que eran las acciones civiles. *Criteri*, cit., p. 229.

<sup>577</sup> Sigue en el punto a Sargenti. Además de no ser al *duplum*, Giménez-Candela entiende que habría tenido la ventaja de que el *dominus* se podía liberar de su responsabilidad mediante la *noxae deditio* del delincuente (esto se debe a que Giménez-Candela rechaza la posibilidad de noxa en las acciones *in factum*, por lo tanto, para tener esta posibilidad, debía ser civil). Así lo habrían entendido los compiladores, al insertar este fragmento en el título 9,4 del Digesto (*de noxalibus actionibus*). *Los llamados*, cit., p. 153.

<sup>578</sup> Ello porque la acción por el arrendamiento no se habría dado de peculio una vez muerto el *servus exercitor*, y a la *actio adversus nautas* correspondía *in solidum* contra el dueño del *servus exercitor* que estaba al frente del negocio *cum voluntate patris vel domini*. Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 151.

<sup>579</sup> Fiori, *op. cit.*, p. 72. Afirma este autor que los juristas romanos habrían tenido una percepción unitaria del contrato de locación, advirtiendo que su tipicidad se encontraba en el intercambio de *merces* contra goce (*uti frui*). En el caso de la *locatio* de un *opus faciendum* el intercambio habría sido *merces* contra *opera*, ésta última en el sentido de *uti frui*. Véase *op.*

Dada dicha relación contractual, en caso que los *nautae*, *caupones* o *stabularii* fueran demandados por la víctima del daño a través de las acciones edictales *in factum* por daño o hurto, y se vieran obligados a pagar la pena respectiva, tenían a su favor, para recuperar la pérdida, la acción civil contractual derivada de la *locatio-conductio operarum* existente entre *exercitor* y hombre libre, en virtud de la cual éste prestaba servicios al primero.

No obstante la existencia de dicha posibilidad de regreso en el ámbito contractual, D.4.9.6.4 da cuenta de la introducción de un instrumento adicional con tal finalidad, concedido a los *nautae*, *caupones* o *stabularii*: la “cesión de la acción civil delictual por daño o hurto” por parte del titular que sufrió el daño, para dirigirse contra el hombre libre responsable directo del daño o hurto que realizó.

En virtud de la importancia, a continuación transcribo el pasaje:

*Possumus autem furti vel damni iniuriae actione uti cum nautis, ut certi hominis factum arguamus: sed una contenti esse debemus, et si cum exercitore egerimus, praestare ei debemus actiones nostras, quamvis ex conducto actio adversus eos competat exercitori. Sed si absolutus sit exercitor hac actione, deinde agatur cum nauta, exceptio dabitur, ne saepius de eiusdem hominis admissio quaeratur. Et contra, si de admissio unius hominis actum sit, deinde in factum actione agatur, exceptio dabitur.*<sup>580</sup>

El pasaje ha presentado diversas dificultades a la romanística, pues como dice Serrao, ciertamente no es un monumento a la coherencia ni ejemplo de claridad,<sup>581</sup> convirtiéndolo en especial objeto de críticas de forma y fondo por la doctrina interpolacionista.<sup>582</sup> Tampoco las traducciones han ayudado mucho a quienes, no pertenecientes al mundo de la romanística, las consultan.<sup>583</sup> Sin embargo, la doctrina de “última generación” viene de vuelta, pues en lo esencial para este trabajo, tiende a la superación de di-

---

*cit.*, pp. 289 y 296. Se puede ver una síntesis del estado de la cuestión respecto a la figura en general (teoría unitaria, tripartita y de la romanística), en pp. 1-10.

<sup>580</sup> “Podemos, sin embargo, ejercitar contra los marineros la acción de hurto, ó la de daño con injuria, cuando probemos un hecho de esclavo determinado; pero deberemos contentarnos con una sola. Y si hubiéremos ejercitado la acción contra el capitán de la nave, debemos cederle nuestras acciones, aunque la acción de conducción compete contra ellos al capitán de la nave. Pero si el capitán de la nave hubiere sido absuelto de esta acción, y después se reclamara contra el marinero, se dará excepción, para que no se litigue muchas veces sobre el delito del mismo esclavo. Y al contrario, si se hubiese reclamado por el delito de un esclavo, y después se ejercitara la acción por el hecho, se dará excepción”.

<sup>581</sup> *Impresa, cit.*, p. 177.

<sup>582</sup> Se pueden ver las críticas sintetizadas y respuestas a ellas, en Serrao, p. 178, nota 38.

<sup>583</sup> Véase notas 589 y 590.

chas críticas, prefiriendo la originalidad del pasaje.<sup>584</sup> Dado que la solución que propone el paso resulta coherente con el sistema, me parece que no se puede sino compartir esta última tendencia.

No entraré en el análisis de cada una de las diversas discusiones respecto de D.4.9.6.4. Menciono solamente que entre ellas se encuentra el debate acerca de si el pasaje se refería originalmente a las dos acciones civiles citadas (daño injusto y hurto), y consiguientemente a la cesión de las mismas acciones pero concedidas por el pretor por el hecho. La cuestión surge debido a que la alusión a “*furti vel damni iniuriae actione*” en la primera parte está al plural (dos acciones), mientras que a continuación, “*ut certi hominis factum arguamus*” está al singular. La diferencia en la redacción, ha llevado a pensar a no pocos que se debía haber tratado originalmente, o de la acción por el hurto, o de la del daño *in factum*, de manera de seguir una lógica en el discurso. La mayoría se ha inclinado por esta última alternativa, y pocos por la primera (*actio furti*).<sup>585</sup>

Es Serrao uno de los que está con la mayoría, sosteniendo que la única acción tratada por el citado pasaje era la de daño regulada por *lex Aquilia*. Sin embargo, me llama la atención que concluya que en cuanto al fondo, que D.4.9.6.4 es fidedigno, resultando por lo mismo la inclusión del *furtum* al texto una interpolación inocua y sustancialmente correcta,<sup>586</sup> pues ello lleva necesariamente a una distinción entre interpolaciones correctas e interpolaciones incorrectas, en que la “corrección” depende del autor y obviamente de sus personales apreciaciones. La arbitrariedad queda entonces a un paso. Aumenta mi extrañeza cuando leo en los mismos comentarios de Paulo al edicto libro XXII (D.4.9.6), pero en el § 1, “*vel furtum faciat*” y “*et furti actio*”. ¿También serían éstas interpolaciones inocuas y sustancialmente correctas? Es fácil advertir que estas referencias son coincidentes con la alusión a la *actio furti* en D.4.9.6.4 y con la existencia de una *actio furti in factum* contra el *exercitor*, siendo ésta una acción que ha sido defendida por el mismo Serrao.

---

<sup>584</sup> De Robertis, “Receptum nautarum”, *Annali Fac. Giur. Univ. Bari.*, núm. 12, 1952, p. 121 y ss. Fercia, siguiendo a Serrao, y sin perjuicio de alguna discrepancia particular con éste, considera el texto sustancialmente auténtico (*Criteri, cit.*, p. 163). Cursi, plantea su acuerdo con la genuinidad del pasaje (*op. cit.*, p. 674).

<sup>585</sup> Así concluye Serrao, de su investigación sobre el particular, citando como los únicos que han creído original a la acción por el hurto, a Pampaloni y Huvelin. Serrao, *Impresa, cit.*, p. 180.

<sup>586</sup> Serrao entiende que el paso se refería sólo a la *actio damni in factum adversus nautas*, debiéndose la mención “*vel furti*” a los compiladores o, más probablemente “alla completomanía di un maestro postclassico”, tratándose en todo caso de una “aggiunta innocua e sostanzialmente esatta”. *Impresa, cit.*, p. 180; también, pp. 158 y ss.

Dado lo anterior, me parece muy verosímil el comentario de Fercia, en cuanto a que no se puede descartar que el jurista haya estado comentando la *actio damni iniuria*, agregando la referencia a la *actio furti*, dado que a nivel de principios aplicables, la *actio furti in factum* era gemela de la *actio damni in factum*.<sup>587</sup> Ello aunque exista una disonancia entre la inicial alusión a dos acciones y la siguiente referencia al singular, pues esto no me resulta demasiado sugerente, dados los evidentes errores de copia y de transcripción que existieron, como asimismo porque sabemos que los comisionados de Justiniano sintetizaron, cortaron y pegaron, pudiendo haber eliminado más de alguna frase que vinculaba de mejor manera las ideas en los pasajes, y en particular en D.4.9.6.4.

Entonces, frente a la falta de antecedentes como para tener en definitiva por inexistente en el texto la *actio furti*, me parece que lo correcto es estar apegado al tenor del texto, lo que por lo demás no genera ninguna alteración al sentido del pasaje a nivel de principios. De ahí que incluyo a la acción por el hurto en los comentarios siguientes.

Por otro lado, el texto de D.4.9.6.4, para efectos de este trabajo, puede ser dividido en tres partes: *Possumus- debebimus; Et si cum- exercitori; y Sed- datur*.

De la lectura de la primera parte (*Possumus-debepimus*), parece bastante claro que el pasaje se refería a la acción por el daño (*ex lege Aquilia*) o por el hurto (*ex furtum*) que el *ius civile* le concedía a la víctima en contra de un marinero (*nautas*), si conocía y podía probar la individualización del culpable que ejecutó el hecho,<sup>588</sup> fuese o no esclavo<sup>589</sup> ("*certi hominis factum*").<sup>590</sup> Así, la

<sup>587</sup> *Criteri, cit.*, p. 164, nota 52.

<sup>588</sup> En la traducción de Schipani expresamente se lee, después de la referencia a la acción del hurto y del daño injusto, la inserción "del diritto civile", aclarando al lector precisamente a cuáles acciones está aludiendo la primera parte del texto (*Iustiniani augusti, cit.*).

<sup>589</sup> Descarto el sentido de las traducciones al español que reducen la individualización del delincuente a "esclavos" determinados, pareciéndome más amplio el uso de la expresión latina. Véase nota 343.

<sup>590</sup> El entendimiento de esta frase resulta fundamental para la adecuada comprensión del pasaje. En la traducción principalmente seguida en este trabajo de García del Corral, "*certi hominis factum*" figura como "un hecho de esclavo determinado". Asimismo, el profesor d'Ors, la traduce como "en razón del delito de un esclavo determinado". Adicionalmente, en ambas traducciones, en las dos veces que se utiliza con posterioridad "*hominis*", se utiliza en su lugar "esclavo". Véase nota 343.

Sin embargo, y a mi parecer acertadamente, la mayoría de los autores no reducen "*hominis*" como sinónimo de "*servus*". Así, en una de las traducciones más modernas, como es la de Schipani, se entiende la frase como "il fatto di una persona determinata" (*Iustiniani augusti, cit.*); Vignaliya lo había traducido de manera idéntica: "il fatto di determinata persona" (*Corpo del diritto, cit.*). Hulot entiende para el mundo francófono "lorsqu'on peut convaincre

acción podía ser directa si el marinero delincuente era un hombre libre, o noxal contra el *dominus*, si el marinero era un esclavo, o noxal (en época clásica) contra el *paterfamilias* si el *nautas* había sido un *filiusfamilias*. En esta parte no hay sino una aplicación de las reglas generales del *ius civile*.

La segunda parte (*Et si cum- exercitor*) informa con nitidez de la obligación del actor de “cederle las acciones” de las cuales fuera titular, al *exercitor* (capitán de la nave) cuando se demande a éste en vez que a los marineros ciertos individualizados. Por supuesto, salta a la vista que en la hipótesis del pasaje el demandante era titular de más de una acción, pero contra sujetos distintos: los marineros individualizados y el *exercitor*. Se descartó entonces que se pudiera haber referido la segunda parte del texto a una acción contra el *exercitor*, como personalmente culpable (hombre cierto), pues en tal caso no habrían tenido lugar más que las acciones civiles contra los *nautae* y el comentario no tendría razón de ser. Luego, las únicas acciones alternativas posibles a las del *ius civile* delictuales contra el *exercitor* eran las *actiones in factum adversus nautas cauponas stabularios*, concedidas por el pretor a la víctima de un daño o hurto.<sup>591</sup> Por tanto, si ésta optaba por deducir una acción *in factum* contra el *exercitor*, debía ceder las acciones de que dispusiere contra los marineros ciertos, que según lo dicho, debían ser las acciones civiles por los delitos de daño o de hurto.

Por otra parte, la cesión procedía según la parte del texto en comento, no obstante el *exercitor* hubiera sido titular de la acción de arrendamiento de servicios (*ex conducto*)<sup>592</sup> contra “ellos” (*eos*), esto es, contra sus propios mari-

---

quelqu'un du vaisseau d'être coupable” (Hulot, Henri *et al.*, *Corps de droit civil romain*, en latín y en francés, reimp. 1979, t. I, p. 359). En la traducción holandesa de Spruit se lee “dat een bepaalde person onder hen de dader was” (Spruit *et al.*, *Corpus iuris civilis*, 1994, t. II, p. 445). Finalmente cito a Watson que también dice “that a particular individual committed the act” (Mommsen y Kruger, *The Digest of Justinian*, trad. al inglés, vol. 1, Philadelphia, 1985, p. 163).

La reducción del sentido de esta frase solamente a los *servi*, es una cuestión crítica, que lleva al diferente entendimiento del pasaje en general. Ejemplo de ello es Gimenez-Candela (consagrando una suerte de bloque español en el punto conforme traducciones de García del Corral y d'Ors), quien precisamente, porque entiende “esclavos determinados”, interpreta que la primera parte del texto se está refiriendo a las acciones civiles por hurto o daño deducidas contra el *exercitor* como noxales; esto es, contra el *dominus* por un hecho de su *servus* que ha sido identificado. Luego, el concurso de acciones que planteaba el pasaje habría sido entre acciones civiles noxales y acciones por el hecho pretorias contra el *exercitor*, y no acciones civiles contra el marinero en general delincuente individualizado y acciones *in factum* contra el *exercitor*. Una tal lectura, incidirá luego en la comprensión de la segunda parte, exigiendo la interpolación de la referencia a la cesión de acciones. *Los llamados*, *cit.*, p. 148.

<sup>591</sup> Nuevamente en la traducción de Schipani se encuentra una inserción aclaratoria de las acciones a las cuales se está refiriendo esta segunda parte del pasaje: “con l'azione di furto o di danno *modellata sul fatto*” (la letra cursiva es mía). *Iustiniani augusti*, *cit.*, véase nota 343.

<sup>592</sup> La inserción “di attività lavorativa” en la traducción de Schipani aclara la acción de locación-conducción que tenía lugar.

neros. Y sólo podía existir relación contractual entre *exercitor* y sus marineros si éstos eran “hombres libres” (si eran esclavos, el contrato era una *locatio conductio rei* celebrada con su dueño, por tanto éste era el demandado con la acción contractual, no los marineros). De ahí que la cesión debía proceder a pesar de que el capitán de nave contaba con una acción contra sus hombres libres contratados. De esto último se infiere que la cesión era una transferencia de acciones procesales que se podían dirigir contra “hombres libres”.<sup>593</sup>

Es destacable por tanto la frase “*quamvis ex conducto actio adversus eos competat exercitori*” al interior del texto supérstite, pues deja en evidencia que el jurista que escribe (y seguramente el resto de los jurisconsultos y el pretor), tiene plena conciencia de la existencia de una relación contractual entre el *exercitor* y un hombre libre que le sirve, y la calificación de dicho vínculo contractual (*locatio-conductio operarum*). Por lo mismo, sabe bien que el *exercitor* cuenta con una acción contractual derivada de dicho vínculo y que a través de ella puede obtener el regreso de lo que ha debido pagar por el delito cometido por el dependiente libre delincuente. Luego, si ya contaba con una manera de lograr el regreso ¿para qué beneficiarlo con otro instrumento como la cesión de acciones? De forma evidente, así como las acciones pretorias *in factum* fueron creadas para asegurarle a la víctima la recepción o entrega de las cosas puestas a disposición del *nautas caupones stabularios*, o en su defecto, que obtuviera el pago efectivo de una pena, la cesión de acciones tuvo por finalidad asegurar, dentro de lo posible, que el *exercitor* no culpable lograra descargar el daño patrimonial sufrido sobre el verdadero ejecutor del hecho ilícito. El *exercitor* necesitaba de un mecanismo que le permitiera restablecer el equilibrio cuando hubiera tenido que responder por el hecho de hombres libres, pues si se trataba de esclavos suyos, esclavos ajenos o *filii familias*, su responsabilidad ya se encontraba limitada.

En todo caso, a través de la cesión de las acciones civiles, el *exercitor* sólo lograba reducir su detrimento patrimonial pero no eliminarlo, cuando la acción cedida era por el daño causado. Ello porque las acciones *in factum* eran por el *duplum* mientras que la *actio ex lege Aquilia* era sólo por el *simplum*, pudiendo por tanto el *exercitor* solamente recuperar mediante la cesión de ésta una parte de lo pagado, sufriendo de todas maneras un daño patrimonial. Desde la perspectiva de la diferencia de valores, la situación se asemejaba

---

<sup>593</sup> En contrario, Giménez-Candela, quien entiende que “la prestación de acciones es probablemente una alteración compilatoria, pues lo que Paulo decía es que el *exercitor* tiene la acción *ex conducto*, en función de regreso, contra los *nautae* causantes directos de daño (o de peculio contra los dueños de los mismos)”. *Los llamados*, cit., p. 148. Esta posición divergente, es casi obligada debido al entendimiento de *hominis* en la primera parte D.4.9.6.4 como esclavos, conforme lo ya señalado en las notas 589 y 590.

a la limitación de la responsabilidad mediante la *noxae deditio* del esclavo, en que se perdía de todas maneras el valor de éste.

Distinta a todo lo anterior era la situación en que la acción cedida hubiese sido la *actio furti*, concedida por el *duplum* o *quadruplum*, según fuese no manifiesto o manifiesto, en que el regreso a obtener en virtud de la cesión era mayor.

También diferente habría sido la posición del *exercitor* cuando el daño hubiera sido cometido por dos o más marineros, dado el principio de la acumulación de las penas, pues habría podido demandar a cada uno con la *actio ex legis Aquilia* y obtener por consiguiente de cada marinero libre el pago de una pena aumentando el regreso y disminuyendo el perjuicio. Esta era una de las principales ventajas del mecanismo de la cesión, frente a la vía de regreso contractual.

En síntesis, la segunda parte de D.4.9.6.4 es un pasaje que da cuenta de un mecanismo consistente en la cesión de la *actio ex lege Aquilia* o *actio furti* contra los *nautae* en favor del *exercitor*, que permitía a éste limitar el perjuicio patrimonial que podía sufrir en caso de ser demandado mediante acciones *in factum adversus nautae caupones stabularii*, y consiguientemente los efectos de su responsabilidad por el hecho ajeno, cuando éste era ejecutado por marineros que tuviesen la calidad de hombres libres.

Cosa distinta es cómo se efectuaba la cesión, dado que no existía ésta como institución.<sup>594</sup> Sobre el particular, no existen fuentes que permitan responder a la interrogante. La romanística ha planteado algunos instrumentos procesales a los cuales pudieron recurrir los romanos para producir el efecto traslativo perseguido. Una alternativa pensada, incluso con antecedentes en los glosadores, ha sido la *exceptio rei in iudicium deductae*.<sup>595</sup> Sin embargo, la idea desarrollada por Serrao rechazando la anterior<sup>596</sup> de una *exceptio doli* a partir de D.47.2.81.5 y D.47.2.81.7,<sup>597</sup> parece ser la más verosímil.<sup>598</sup>

<sup>594</sup> Véase nota 138.

<sup>595</sup> Serrao, *Impresa, cit.*, p. 253 referencia a doctrina italiana Betti y Marrone. En Fercia, *Criteri, cit.*, p. 169, nota 63 y en nota 64 referencia a glosadores.

<sup>596</sup> Serrao, *Impresa, cit.*, en pp. 257 y 258 razones que ratifican postura y motivan el rechazo a la opinión que se habría tratado de una *exceptio rei in iudicium deductae*.

<sup>597</sup> Afirma Serrao que “i testi di Papiniano autorizzano deduzioni precise in ordine al nostro problema: l'*exercitor*, convenuto con l'*a. damni in factum*, per ottenere la cessione dell' *a. legis Aquiliae* contro l'autore del danno avrebbe dovuto inserire un'*exceptio doli* nella formula dall' *a. in factum*”. Agrega que la única duda que podría quedar era si Paolo en D.4.9.6.4 mencionaba expresamente dicha excepción o, siendo un remedio demasiado conocido entre juristas y abogados se limitaba solo a subentenderla. *Impresa, cit.*, p. 252.

<sup>598</sup> Serrao señala que una “probabilità confinante con la certezza” el mecanismo fue esta excepción (*Impresa, cit.*, p. 257). Fercia comparte esta posibilidad (*Criteri, cit.*, p. 169).

No obstante los esfuerzos desplegados, las posibilidades citadas, entre ellas que la *exceptio doli* resuelta efectivamente muy verosímil, no es posible una afirmación certera exenta de críticas.

Lo anterior, sin embargo, no es óbice para aceptar lo principal, constituido por la cesión de acciones, mecanismo que se debiera entender sin inconvenientes como la vía que permitió, sino eximir o limitar la responsabilidad de los *nautae, cauponae* y *stabularii*, al menos morigerar los efectos de las acciones edictales *in factum* en su contra, o eliminarlos.

Asimismo, aunque no resulte posible afirmar con certeza la figura precisa a través de la cual se realizaba la cesión, parece ser bastante difícil de controvertir la circunstancia que se trataba de una *exceptio*<sup>599</sup> (sea *doli* o *rei in iudicium deductae*), que se deducía en el mismo juicio, *apud iudicem*, conforme el *agere per formulas* de la época. La excepción, que llevaría eventualmente a la cesión, formaba parte de la fórmula y por tanto del mismo proceso.

Las acciones de regreso en la actualidad se miran como meros remedios *ex post*. Sin pretender desconocer del todo este carácter en el caso que me ocupa, la circunstancia que la cesión se alegase como una excepción que formaba parte de la fórmula, al menos le resta fuerza y diluye el entendimiento de un instrumento que sólo en un segundo juicio permitía recuperar total o parcialmente lo perdido en el primero. El hacer valer la cesión vía excepción, implicaba que dicho reembolso se comenzaba a hacer valer procesalmente en el primer juicio, como mecanismo de defensa destinado a impedir que el resultado final (del actual juicio y del futuro), fuese adverso. Desde esta perspectiva, me parece que la cesión de acciones en la especie pudo lograr ser considerada como bastante más limitativa de la responsabilidad de lo que hoy se pudiera entender a primera vista.

La tercera parte del pasaje, *Sed-dabitur*, dado que se estaba frente a un concurso de acciones, pretendía entregar la solución a la situación en que quedaba la *actio* no ejercida, conforme al resultado de la deducida: si la víctima demandaba con la acción *in factum*, ¿podía deducir la acción civil por el daño o por el hurto? ¿y viceversa?. Es claro que en ambos casos se otorgaba una excepción cuyo nombre no se indica, para alegar en definitiva cosa juzgada y evitar que se litigara muchas veces respecto de un mismo hecho.<sup>600</sup> Sin embargo, respecto de los exactos alcances del texto *Sed-dabitur*, la romanística ha logrado respuestas verosímiles pero no definitivas, dados

---

<sup>599</sup> “Il frammento, infatti, approfondisce —tra l’altro— il problema della scelta dell’ actio...: il secondo convenuto (l’ exercitor se il creditore agisce prima contro il libero autore del fatto; quest’ultimo nel caso opposto) dispone sempre di un’exceptio per paralizzare la pretesa dell’attore”. Fercia, *Criteri, cit.*, p. 169.

<sup>600</sup> En el mismo sentido, Fercia, *Criteri, cit.*, p. 170.

las dificultades en la redacción.<sup>601</sup> Mas, la confrontación de opiniones a su respecto no influye en el mecanismo de la cesión de las acciones al *exercitor*, la cual queda a salvo, y es lo central. Otra cosa por supuesto es que se haya debido o no recurrir al mecanismo: si el *exercitor* era absuelto, no requería obviamente de la cesión en su favor. Dada entonces la no influencia, no profundizo en los detalles, dejando sólo constancia de la existencia de los debates existentes respecto de la tercera parte de D.4.9.6.4.

## V. CONCLUSIONES PARTICULARES

La extensión continental y marítima del mundo romano, generaron un dinámico desarrollo del comercio terrestre y marítimo de proporciones relevantes en número y volumen, aumentando con ello los peligros y los daños a viajeros y mercaderías. La situación volvió insuficientes, o no del todo eficaces, las herramientas civiles contractuales y delictuales desarrolladas, llevando al pretor a introducir “una batería” de medidas destinadas a lograr mayor seguridad, consistentes en acciones por el hecho dañoso (*furtum o damnum*) contra los armadores, posaderos y estableros, que garantizaban la reparación de los perjuicios sufridos.

Si bien no tenemos certeza sobre el número de dichas acciones y del tenor preciso de los *verba edicti*, no hay dudas de su existencia y del sentido que

---

<sup>601</sup> Se puede dividir en dos para los efectos de las críticas la tercera parte: *Sed-quaeratur y Et contra-dabitur*. La primera subparte fue considerada espuria por Levy, dado que si el actor cedía sus acciones al *exercitor* demandado *in factum*, no veía como podría volver a accionar civilmente el primero contra los marineros, pues ya no era titular de las acciones. Asimismo, si el *exercitor* era absuelto, tampoco podría haber podido accionar contra los *nautas*. Serrao supera esta dificultad a través del mecanismo de la excepción (que sería la *exceptio doli*). Si el demandante no cede la acción antes de la condena (su actuar es doloso entonces) o el *exercitor* no es condenado (absuelto) porque no configuraron los elementos para ser responsable, el actor mantenía la titularidad de las acciones civiles, pudiendo demandar. *Impresa, cit.*, p. 253, letra C. posición de Levy y p. 254, letra D. la réplica. Fercia entiende razonable la explicación de Serrao. *Criteri, cit.*, p. 168.

Pero la segunda Sub parte, *Et contra-dabitur*, no tiene mejor suerte, pues el mismo Serrao la atribuye a la “completomanía” de un mediocre maestro participante en la obra, puesto que habían situaciones en que la absolución del marinero no podía llevar necesariamente la liberación de responsabilidad del *exercitor*, como por ejemplo si el *nautas* era absuelto porque sencillamente no era el autor del hecho. De ahí que proponga para salvar la situación el sacar la frase “*ne saepius de eiusdem hominis admissio quaeratur*”, colocándola al final. Serrao, *Impresa, cit.*, p. 177, nota 37; pp. 258 y 259.

Giménez-Candela, al entender que la cesión de las acciones era una intervención Justiniana (véase nota 593), explica ambas sub partes como juegos entre la acción *in factum* contra el capitán de la nave y la acción civil por daño o delito noxal si se conocía el nombre el esclavo, pero ambas siempre teniendo como sujeto pasivo el *exercitor*. *Los llamados, cit.*, p. 148.

las mismas tuvieron. En este contexto, es bastante claro que *nautae caupones stabularii* debieron responder a nombre propio por los hechos dañosos ejecutados por sus dependientes, sin consideración de la culpa personal que les pudiera haber cabido en ellos. Por lo mismo, es posible afirmar en terminología moderna, la existencia de una responsabilidad objetiva por riesgo de empresa de dichas personas en el desarrollo de sus actividades comerciales.

Aunque no es descartable, con las fuentes disponibles en la actualidad, pareciera que originalmente tal responsabilidad no estuvo acompañada, como en los otros tipos romanos analizados, de herramientas que les permitieran a los armadores, posaderos y estableros eximirse o limitar la cuantía de la indemnización. Si así hubiere sido, es probable que ello se debió a las situaciones dañosas acaecidas y la consiguiente inseguridad de los viajeros, de sus pertenencias o de las mercaderías que se requería transportar, las que exigieron medidas rudas desprovistas de cualquier excepción posible.

En este sentido, en los edictos a través de los cuales el pretor otorgó las acciones *in factum* respectivas, no existieron referencias a la voluntad del sujeto a quien la responsabilidad se atribuía. Esto es, ni a la intención en la ejecución de alguna conducta sancionada, ni menos que ella fuera ejecutada con *iniuria* (conforme a la “ley de daños” vigente al momento de la probable entrada en vigencia). Por lo mismo, se entiende que se trató de una figura penal distinta a las que estaban en vigor (de ahí la rudeza señalada).

Mas, no significa que el pretor hubiese dado vida a un tipo más objetivo que los existentes desde tiempos decenvirales, como a veces se postula. La actividad pretoria tuvo lugar en este caso entre los siglos II y I a. C., en perfecto conocimiento de los tipos penales dolosos, y coincidente con la época de formación del concepto de culpa (al menos la injuria ya estaba presente). Desde esta perspectiva, las *actiones adversus nautas caupones stabularios* constituyeron un tipo particular y excepcional objetivo, dentro de un marco ya subjetivo (capítulo primero, romano II).

Si no contuvieron eximentes o limitaciones a la responsabilidad estas acciones, su evolución de frente al creciente proceso de subjetivación de la responsabilidad y las circunstancias históricas devenidas finalmente hicieron que se les aplicaran. Adoptada la culpa como criterio de atribución de la responsabilidad, la *actio damni in factum* y la *actio furti in factum* debieron parecer entendibles a los juristas postclásicos (sino a los clásicos), pero poco claras en su fundamento e injustas en su resultado.

Lo anterior se tradujo en la mantención de su vigencia, con lo cual implícitamente se ratificaba su necesidad, pero bajo la idea que existía algo como culpa de parte de los armadores, posaderos y estableros respecto de los hechos dañosos de sus dependientes, pero sin serlo. En este sentido, no

obstante en las fuentes encontramos en esta materia referencias a la culpa (D.4.9.7.4, D. 47.5.1.5, D.44.7.5.6 e I.4.5.3), ellas dicen relación, al igual que respecto del edicto *de effusis vel deiectis*, sólo con una *culpa in habendo* (*aliquatenus culpa*), que no es culpa efectiva o verdadera culpa, sino sólo un de “color de culpa”. Por lo mismo, no concurre en la especie *culpa in eligendo*, descartándose que ésta haya podido fundar la responsabilidad de *nautae cauponae et stabularii*.

Se puede afirmar entonces que el criterio que permitía atribuir responsabilidad a los armadores, posaderos y estableros, por los hechos de sus dependientes, nació como objetivo y mantuvo este carácter hasta la compilación justinianea inclusive, aunque en ésta concurría el citado “color de culpa”. Sin embargo, que la responsabilidad de los *nautae cauponae stabularii* se pueda hoy calificar de objetiva, implicó en su época la adopción de mecanismos que atemperaran dicha responsabilidad atribuida. Las herramientas a que recurrieron y desarrollaron en la materia para conseguir esto, fueron las que conocían los juristas.

De esta manera, al *exercitor* se le otorgó la posibilidad de restringir los efectos derivados del hecho dañoso cometido por sus *servi* (o *fili*) nuevamente a través del mecanismo de la *exceptio noxalis*. En cambio si *servus* o *filius* eran quienes actuaban como *exercitor*, el mecanismo utilizado para la limitación de la responsabilidad fue muy verosímilmente el ejercicio de la acción como de peculio. De esta manera, la responsabilidad del armador, hostelero o establero quedaba limitada hasta el valor del esclavo (o el “aprecio” por el hijo) o del peculio del *servus* o *filius* según el caso.

No se debe incurrir en el error de pensar, que la posibilidad de recurrir a tales mecanismos significaron una suerte de liberación total de la responsabilidad de parte del *exercitor* y que la víctima se quedaba en definitiva sin reparación. Un *servus* por ejemplo destinado a estas actividades pudo alcanzar un alto valor, por lo que su entrega constituía una pérdida importante para el *dominus* y una adquisición patrimonial relevante para la víctima. Asimismo, un *servus* o *filius exercitor*, producto de la actividad comercial ejercida, pudieron lograr amasar un peculio cuantioso.

A pesar de lo dicho, es evidente que las herramientas limitativas de la responsabilidad fueron insuficientes, pues dejaron de lado algunas situaciones en que el *exercitor* debió responder de manera íntegra, sin posibilidad de acotar la condena en su contra. Particularmente destacable es el caso en que en definitiva el hecho delictual tenía su origen en un comportamiento propio del *dominus* o del *paterfamilias*, o bien éstos simplemente no podían probar que lo había ejecutado un tercero. Ello sin perjuicio claro está, que no se podían eximir probando falta de culpa de su parte.

Además, especial reflexión merece la hipótesis en que el hecho delictual hubiese sido cometido por dependientes libres, respecto de los cuales no había posibilidad de ser entregados en noxa o de aplicar a su respecto una excepción de peculio. Otro tanto ocurrió con el *filius*, a quien ya la noxa no le resultaba aplicable probablemente desde época tardo clásica. Sin embargo, ello no fue óbice para que los juristas advirtieran el desequilibrio, y lograran encontrar algún mecanismo que aminorara los efectos de la responsabilidad objetiva que recaía sobre el *exercitor*, consiguendo el objetivo a través de una vía de regreso, como fue la cesión de acciones. La creación de esta herramienta, evidencia y ratifica el espíritu reinante en orden a limitar también la responsabilidad del empresario.

Cosa distinta es que dada la inexistente construcción de un concepto de límites de la responsabilidad como hoy lo conocemos y el apego a las figuras limitativas que venían del derecho clásico, no se haya logrado el desarrollo de una herramienta especial que dejara más claramente establecida la responsabilidad objetiva limitada (o si se quiere, más clara para nuestros tiempos). Por otro lado, la búsqueda de fundamentación y limitación tendió a centrarse en la culpa, exploración que terminó con la transmisión a la posteridad de la idea de la responsabilidad del *exercitor* por simple mala elección de su parte.

En todo caso, hay que dimensionar correctamente dentro del sistema la cuestión de la responsabilidad del *exercitor* por sus dependientes libres. Los datos demuestran que los esclavos fueron la fuerza laboral más importante en la época del derecho romano clásico, realidad que no cambió sustancialmente al momento de la compilación justiniana.<sup>602</sup> Luego, como hoy en

---

<sup>602</sup> Respecto a que la sociedad romana era esclavista, “possiamo ben affermare che soprattutto in quest’ambito la vecchia opinione secondo cui il diritto romano ed i suoi interpreti non conoscono problema che non sia in relazione con la schività presenti ancora, al di là del tono provocatorio e di qualche esagerazione, un suo nucleo di verità”, Stolfi, Emanuele, “Studi sui “libri ad edictum” di Pomponio”, *Collana della Rivista di diritto romano*, 2001, t. II, p. 396.

Hopkins destaca dos aspectos como predominantes en la economía en el periodo de expansión imperial: el enriquecimiento de la elite romana y el desarrollo macizo de la esclavitud. Respecto a ésta, las evaluaciones modernas calculan en dos o tres millones los esclavos en Italia al final del siglo I a. C. sobre un total de 5 o 6 millones, representando por tanto entre 35 y 40% de la población total italiana. Ello sin perjuicio que al año 225 a. C., sobre un total de 4 millones aproximadamente, 600 mil eran esclavos, representando éstos el 15%. De ahí que sin perjuicio de las críticas, es correcta la afirmación de que la sociedad romana era esclavista, esto es, sociedades en que los esclavos superan el 20% de la población, carácter que excepcionalmente con Grecia habría compartido la Italia romana. Hopkins, Keith, *Conquistatori e schiavi. Sociologia dell’ impero romano*, Turín, 1984, pp. 20, 110 y 111 (en esta última un cuadro esquemático). Giliberti calcula por su parte que en la mitad del siglo II d. C. el

día, los jurisconsultos emitieron sus opiniones y construyeron soluciones a los problemas más cotidianos y habituales de la economía, los cuales decían relación con los esclavos.<sup>603</sup> Por lo mismo, el problema de la responsabilidad del *exercitor* respecto de dependientes libres debió ser una cuestión menor, o si se quiere, un tema que no requería ulteriores profundizaciones, pues no alteraba el sistema mayormente.

Por otro lado, es una realidad que el objeto de cualquier empresa económica es obtener la mayor utilidad posible, la cual simplemente se obtiene restando al valor de los ingresos, el valor de los costos. Es una regla tan sencilla, que perfectamente podríamos calificarla de “economía natural”. Ninguna persona requiere de grandes estudios para deducir o entender la regla. Entonces, es difícil pensar que los “empresarios” de la época no hayan aplicado “la fórmula”. Al respecto, al menos dos cuestiones debieron ser tenidas en cuenta por los emprendedores: “los costos derivados de la legislación laboral” y los “costos derivados de la responsabilidad por riesgo de empresa”. Desde estas dos perspectivas, resultaba más conveniente la gestión de la empresa a través de esclavos que mediante personas libres. En especial era importante la circunstancia que en caso de delitos cometidos por esclavos, los *domini* podían limitar la responsabilidad que les imponía la ley; no así en caso de hechos delictivos de personas libres, que no permitían un límite tan claro, aunque sí el traspaso de la carga económica al culpable.

De esta manera, me parece bastante verosímil que en la práctica haya tenido lugar una suerte de círculo vicioso: dado que la mayor parte de los dependientes eran esclavos, a fin de evitar un mayor detrimento económico para los *domini*, permitiendo el mejor desenvolvimiento de las empresas, se establecen límites a la responsabilidad para los empresarios propietarios de esclavos delincuentes; luego, como existían estos límites, la mayoría de los empresarios prefería tener como dependientes esclavos, en vez de hombres libres o libertos, respecto de los cuáles la limitación de la pérdida patrimonial se conseguía solamente vía cesión de acciones.

---

imperio romano contaba con 10 millones de esclavos, sobre una población total de sobre 50 millones (*Servi della terra. Ricerche per una storia del colonato*, Turín, 1999, pp. 48-55).

<sup>603</sup> Schiavone, profundizando el pensamiento de Servio a través de sus responsos transcritos por Alfeno, entiende “descubrir la economía” y su desarrollo. En al menos 26 de 76 textos de los *Digesta* de Alfeno, el esclavo se encuentra al centro del problema económico que genera el caso jurídico. Es una proporción altísima, no lejana al 40% y probablemente única en la historia de la jurisprudencia romana. Schiavone, Aldo, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Giappichelli, Turín, 1994, p. 103. A pesar de los cuatro siglos de distancia entre las Instituciones de Gayo y el Digesto, ambos presentan cifras de 25% de textos relacionados con problemas de esclavos. Morabito, Marcel, “Esclaves et enseignement du droit: les Institutes de Gaius”, *Index*, núm. 15, 1987, p. 51 (tablas en pp. 52 y 53).

Precisamente, a propósito del carácter limitativo de la responsabilidad de la noxalidad, ya hacía presente (capítulo segundo, romano II, núm. 3) que la posibilidad para los patrones de poder liberar de responsabilidad consignando en noxa el esclavo autor del hecho, constituyó un freno al proceso de transformación de las acciones penales en reipersecutorias, puesto que la sustitución del concepto de pena por el de indemnización, llevaba al deterioro del principio de la responsabilidad personal y, consiguientemente, a la eliminación de la *noxā deditio* del esclavo y a la desaparición del instrumento de limitación de la responsabilidad de que aquéllos gozaban.