

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA REALIDAD DEL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD Y DE LOS TIPOS ROMANOS OBJETIVOS EN EL DERECHO LATINOAMERICANO

I. LA CULPA COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN GENERAL DE RESPONSABILIDAD EN LAS FUENTES RELEVANTES DE LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA

1. *Revisión general de la evolución de la responsabilidad subjetiva extracontractual anterior al proceso codificadorio*

A. *Entre Justiniano y Alfonso X “El Sabio”*

Se estableció en el capítulo primero, romano II el carácter de elementos autónomos que los conceptos de dolo y culpa alcanzaron en el delito de daño aquiliano en las *Institutiones*, contenidas en el *Corpus Iuris Civilis*.

Pues bien, el contenido de esta obra, habiendo sido ella elaborada en el imperio romano de oriente, y dados los acontecimientos ocurridos con su símil occidental, tuvo una vigencia restringida necesariamente al primero. La excepción la constituyeron aquellos territorios de la actual Italia y España que Justiniano, en su intento de restaurar el imperio a las dimensiones anteriores, reconquistó, motivo por el cual a ellos fueron enviadas copias de la magna obra realizada, por ser la ley a que se debían someter. Sin embargo, además de no lograr arrebatar a los bárbaros las extensiones de tierra esperadas, los éxitos obtenidos duraron poco tiempo, permaneciendo bajo el dominio bizantino sólo algunos puntos reducidos de la península Itálica.

Debido a lo anterior, la compilación justiniana, y especialmente el Digesto, fue desconocida en los primeros siglos de la edad media occidental, circulando en esta parte del mundo antiguo sólo las fijaciones que habían tenido lugar a fines del siglo V y principios del siglo VI, a iniciativa de los nuevos reyes bárbaros, todas constitutivas de derecho romano vulgarizado.

Entre éstas se destacan el *Codex Eurici regis* del visigodo Eurico (probablemente promulgada en el año 476); el *Edictum Theodorici regis* cuya autoría no es muy clara (Teodorico II, el Grande, rey de los ostrogodos o Teodorico II rey de los visigodos) así como tampoco su fecha de dictación (alrededor del año 500); la *Lex Romana Burgundionum*, del rey Burgundio Gundobardo (fecha posible de promulgación el año 500); y la *Lex Romana Wisigothorum* o *Breviarum Alarici regis*, promulgada por el rey visigodo Alarico II el año 506 para los súbditos romanos. Esta última fue la más importante y que de alguna manera se transformó en la ley romana occidental⁶⁰⁴.

El derecho romano supérstite a través de dichas fuentes, se mezcló con elementos del derecho germano, dando lugar a un derecho mixto. En el tema que nos interesa, el elemento subjetivo más bien se encontraba ausente de las disposiciones penales de los pueblos bárbaros. En figuras como la *faida*, la *compositio* o el *guidrigildo*, se mira al daño provocado de hecho, sin la preocupación de que exista o no una culpa en el reo.⁶⁰⁵ Asimismo, en edictos como el de Rotari o de Liutprando, es posible observar la responsabilidad de quien ha provocado un daño sin requerir alguna investigación sobre las condiciones subjetivas del sujeto autor del daño.⁶⁰⁶

En el año 654 el rey Recesvinto dicta para el derecho visigodo el cuerpo legal conocido como *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum*, que derogó las leyes promulgadas por sus antecesores desde la caída del imperio romano de occidente (año 476). Luego de la expulsión de los musulmanes, el citado cuerpo será traducido del latín al castellano por orden del rey de Castilla Fernando III en el año 1241, siendo de forma universal conocido como Fuero Juzgo o El libro de los Jueces. Alfonso X “el Sabio”, hijo del anterior, y con la finalidad de conseguir la unidad jurídica de los distintos reinos bajo su dominio, promulga tres cuerpos legales distintos: el Fuero Real, el Espéculo

⁶⁰⁴ Recogió esta compilación entre otras obras el Código Gregoriano (293), del Código Hermogeniano (293-294), el Código Teodosiano (438), leyes posteriores a éste, las Sentencias de Paulo y el Epítome de Gayo.

⁶⁰⁵ Rasi, Pietro, *L'Actio legis Aquiliae e la responsabilità extracontrattuale nella glossa*, Atti del convegno internazionale di studi accursiani, coor. Guido Rossi, Milán, 1968, t. II, p. 726.

⁶⁰⁶ Lo dicho sin perjuicio que por el contrario en algunos textos germanos longobardos y francos sea posible encontrar referencias al aspecto subjetivo, a través de expresiones como *dolosus animo*, *astio animo*, *irato animo*, etcétera. Dice Manlio Bellomo que los edictos longobardos y los capítulos francos traslucen una noción de dolo que debía ser corriente en la cultura jurídica del alto medioevo; así, la frase *astio animo, quod est voluntarie*, “coloca en evidencia como elemento caracterizador y específico del dolo la voluntad consciente de cumplir una acción productiva de daños”. Voz “dolo”, *Diritto Intermedio civile, Enciclopedia del diritto*, 1964, t. XII, p. 726; en el mismo sentido Marongiu, Antonio, en igual obra para la misma voz dolo en el derecho penal intermedio, pp. 731 y 732.

y Las Partidas. El primero recogió la tradición jurídica nacional hasta ese momento, entre las cuales estaba principalmente el Fuero Juzgo.

El Ordenamiento de Alcalá de Henares (año 1348), junto darles vigencia definitiva, establece un orden de prelación para la aplicación de las leyes, colocando en primer lugar a la legislación real, luego a los fueros municipales y finalmente a Las Siete Partidas. El Fuero Juzgo se aplicó como fuero municipal, y con preeminencia sobre Las Partidas. Incluso su vigencia llega hasta hoy como derecho consuetudinario supletorio del código civil en el País Vasco, Navarra y Aragón.

Interesante entonces es de hacer notar que este Fuero Juzgo contempló un libro VIII acerca de “*Las furcias, e de los danos que fazen los omes*”, en el cual se tipifican figuras penales de diversa naturaleza, pero que en su mayoría ya estaban presentes en fuentes romanas. Al respecto, destaca la primera disposición del referido libro, pues establece que “*el padron o señor sean tenudos de la emenda*” por el daño que los esclavos o criados suyos hicieren por su mandado. Pero, además agrega que esto es así porque el daño que hicieron no fue por sus voluntades, y entonces, a su respecto “*non deven aver ninguna culpa*” (VIII.1.1 del Fuero Juzgo). De este modo, sin la pretensión de querer establecer una regla general, y en un contexto en que la culpa no se podría constituir en único criterio de atribución de responsabilidad por la influencia del derecho bárbaro, deja a la vista la disposición citada que el fundamento de la obligación de enmendar, por hechos ajenos, radica en la culpa del obligado.

La subjetivación que se había producido de este tipo de responsabilidad en el derecho romano a través del color de culpa se recoge, aunque no es posible saber que tan conscientemente. De hecho, siguiendo a las fuentes romanas, se reconoce inclusive la entrega noxal cuando el siervo causa daño a persona o cosa ajenas,⁶⁰⁷ que como sabemos sería técnicamente incorrecto si hubiese culpa propia.

En cuanto a los efectos del abandono, en el derecho visigodo fueron los mismos que en el derecho romano, de modo que se puede seguir concibiendo como una limitación a la responsabilidad. Ello contrasta en cambio

⁶⁰⁷ Así, Fuero Juzgo, VI.4.1, en caso de lesiones causadas a un hombre libre y el dueño no quiere pagar la pena; VI.4.10 y 11, cuando el siervo que hiere a hombre libre y no muere, se le daba la alterativa al señor de hacer la enmienda que ordenaba el juez o, si no quisiera, de dar al siervo a la víctima como enmienda; VI.5.10 cuando el siervo mata a hombre libre por ocasión y el dueño no quiere hacer la enmienda establecida por el siervo, puede dar al siervo por el homicidio; VI.5.20, cuando el siervo mata a otro siervo por ocasión, puede dar al siervo por enmienda; VIII.2.1 y 2 cuando el siervo es el que incendia casa ajena.

con el derecho francés de la época, donde el abandono del esclavo dejó de producir efectos liberatorios para el propietario.⁶⁰⁸

B. *La acción general in factum de daños entre glosadores y humanistas*

Las cosas cambian de forma sustancial a partir de siglo XII, cuando el *Corpus Iuris Civilis*, que luego del intento de reconquista de Justiniano había quedado “guardado y olvidado” en las bibliotecas itálicas, se convierte en objeto de estudio universitario, fenómeno iniciado en Bolonia y que se extenderá rápidamente a otras ciudades italianas. El primero en estudiar y enseñar sobre todo el Digesto (años 1113-1118) fue Irnerio, cuyo método (comentario de los textos a través de anotaciones marginales a los mismos, denominados “glosas”) inauguró toda una escuela: la de los “Glosadores”. El trabajo de éstos permitió poner de nuevo en circulación la obra justiniana en occidente la que, por su alto nivel, se superpuso rápido a lo que había sido hasta ese momento el derecho medieval, construyendo una suerte de puente conceptual y de vigencia del derecho romano entre la caída del imperio romano de occidente y el redescubrimiento de los textos bizantinos.

La rápida expansión del método de los glosadores llevó a una proliferación tal de glosas, que incluso hizo entrar en crisis a la misma escuela. La salvación estuvo en las manos de Accursio († 1263), quien fijó a mediados de siglo XIII, en una sola glosa, el desarrollo hasta entonces alcanzado por los cultores de esta ciencia. Por su autoridad, la *Magna Glosa* accursiana hizo olvidar a las otras, coadyuvada por la circunstancia que fue ésta la glosa que se imprimió, replegando a las demás a los archivos de las bibliotecas.

En lo que particularmente nos interesa, atribuye Rasi a los glosadores⁶⁰⁹ el haber dado vida a una nueva acción general a través de lo cual se podía obtener el resarcimiento de cualquier *damnum datum culpa*, fuese ésta verdadera o presunta, fuera del ámbito contractual: la *actio factum subsidiaria legis Aquiliae* o *actio damni dati in factum*.⁶¹⁰

Evidentemente los glosadores se encontraron en las fuentes con los textos que trataban acerca de un “delito de daños” y la acción respectiva para su persecución (*actio ex lege Aquilia*), a la cual las Instituciones de Justiniano le daban el calificativo de mixta: penal y *rei persecutoria* a la vez (I.4.6.19). El carácter penal, implicaba algunos efectos particulares que imposibilitaban

⁶⁰⁸ Deroussin, David, *Histoire du droit des obligations*, París, Económica, 2007, p. 790.

⁶⁰⁹ Contestando la afirmación de Rotondi acerca de que la *lex Aquilia* fue escasamente estudiada por los Glosadores, Rasi, *op. cit.*, núm. 2, p. 504.

⁶¹⁰ Rasi, *op. cit.*, p. 727.

su aplicación como acción general mas, advirtieron que el delito de daño tenía una naturaleza excepcional, pues respecto al requisito subjetivo sólo exigía la concurrencia de culpa y no de dolo, como ocurría con el resto de los delitos romanos. Esto último concordaba con el otro carácter de la acción, esto es, el ser *rei persecutoria*.

Se iniciará con tales antecedentes un proceso que ha sido descrito como de “marginalización de la función penal y de una paralela generalización de la función resarcitoria del remedio aquiliano”.⁶¹¹ La dificultad que ante los ojos de los glosadores presentaba su naturaleza penal, fue eludida distinguiendo al interno de la *actio aquiliae* una acción “civil”, si era *rei persecutoria* y tenía por objeto sólo la reparación del daño patrimonial sufrido (*aestimatio damni*); y una “penal”, si el objeto perseguido por el actor era la aplicación la pena respectiva al demandado.⁶¹² Así, los glosadores contrapusieron la culpa, como base de la acción civil, al dolo, como base de la acción penal, sin perjuicio de admitir también en este último caso también la posibilidad de actuar sólo civilmente.⁶¹³

Ahora bien, las razones que permitieron encausar el pensamiento de los glosadores hacia una acción aquiliana general, además de la citada calificación de mixta, fueron diversas aunque confluyentes.

Podemos mencionar entre las relevantes para este trabajo, primero la circunstancia que los textos que enfrentaron los glosadores en efecto daban cuenta del estado de la evolución del elemento subjetivo en el delito de daños al momento de la compilación justiniana (capítulo primero, romano II), constituyendo la culpa además del dolo requisito para el ejercicio de la *actio legis aquiliae*. En segundo lugar, la distinción justiniana que las fuentes presentaban de esta acción, entre *actio directa, utilis e in factum*, si bien fue mantenida por los glosadores dado que la encontraron en las fuentes, tenía poco sentido en la baja Edad Media, siendo la tendencia la confusión de las dos últimas.⁶¹⁴ Finalmente, también tuvieron a la vista unas figuras que eran consideradas “cuasi delito” y no delito por los romanos, que se carac-

⁶¹¹ Cerami, Pietro, “La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Gozio”, *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, Congresso ARISTEC*, Letizia Vacca (coord.), octubre de 1993, Turín, Giappichelli, p. 108.

⁶¹² Rasi, *op. cit.*, pp. 732 y 734.

⁶¹³ *Op. cit.*, p. 736. Rasi señala que para la distinción utilizaron terminología distinta, pues reservaron injuria para la *actio legis Aquiliae* penal cuando intervenía dolo, dejando en cambio culpa cuando se habla de la acción de resarcimiento, esto es, de la *actio in factum subsidiaria legis Aquiliae*. *Op. cit.*, pp. 748 y 749.

⁶¹⁴ Rasi, *op. cit.*, pp. 742 y 743.

terizaban por la aplicación de penas sin que concurriera dolo de parte del demandado.

Si bien hemos visto en los capítulos precedentes que estos cuasidelitos se trataron más bien de casos de responsabilidad objetiva, también hemos tratado las referencias que en algunos de ellos se hacía expresamente a la culpa,⁶¹⁵ no pudiendo distinguir desde luego los glosadores entre culpa propiamente tal y color de culpa como nosotros hemos hecho. Estas figuras cuasidelictuales y otras como la *actio de pauperie* presentaban además como elemento común con la *lex Aquilia la aestimatio damni*.⁶¹⁶

La acción aquiliana será transformada y convertida en una de carácter general, y si bien podía la acción asumir formas diversas, todas ellas habrían tendido a la *aestimatio damni culpa dati*, acción que será denominada simplemente *in factum*.⁶¹⁷ De esta manera, la *actio generalis in factum*, en lo que concierne a la *reintegratio*, ya habría perdido con los glosadores su carácter penal.⁶¹⁸

El siglo XIV nos traerá una nueva ciencia dedicada al estudio del *Corpus Iuris Civilis*: la de los comentaristas, quienes abandonaron la exégesis pura de los textos, pasando más bien a desarrollar comentarios de los mismos con tendencia a la formulación de conceptos abstractos y a la construcción dogmática. Esta fase implicó dejar la etapa de redescubrimiento e iniciar un nuevo desarrollo del derecho heredado de los juristas romanos. Además, el estudio del *Corpus Iuris Civilis* se comienza a expandir a toda Europa, lo que permite la formación de una base conceptual común, que llegará a ser denominado precisamente *ius commune*. Asimismo, la influencia del cristianismo tanto en este imperio, como en la Europa medieval en general, determinará que a su vez el derecho romano redescubierto sea engrosado por conceptos del derecho canónico, el cual por esta vía también formará parte del derecho común. Influirá dicho derecho en la confusión entre los conceptos de culpa y de pecado.

Los comentaristas trabajaron sobre las categorías ya delineadas por los glosadores, procediendo a ratificar la existencia de una acción general *in factum* por daños basada en culpa. Por lo mismo, los nuevos desarrollos tendieron a fijar a la culpa como elemento genérico subjetivo del ilícito, como

⁶¹⁵ Respecto al edicto *de effusis vel deiectionibus*, los pasajes vistos de D.9.3.1.4, D.9.3.6.2, D.44.7.5.5 e I.4.5.1; respecto a la *actio in factum adversus nautas cauponum stabularios*, D.4.9.7.4, D.47.5.1.5, D.44.7.5.6 e I.4.5.3.

⁶¹⁶ Rasi, *op. cit.*, p. 745.

⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 746. Cerami, *op. cit.*, p. 110. Entre las citas de este último, destaco la glosa a C.3.34.5 y la expresión *generaliter de damno*.

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 775.

asimismo se ocuparon de la determinación del tipo de culpa en virtud de la cual se debía responder. Por ello que por ejemplo, Baldo degli Ubaldi buscó el mínimo común denominador de la culpa y el dolo, el que sería la voluntad;⁶¹⁹ y Bartolo, desde el ámbito contractual, distinguirá seis tipos diversos de culpa: *culpa latissima*, *culpa latior*, *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levior*, *culpa levissima*,⁶²⁰ llegando a decir que en materia de daño aquiliano el agente es obligado por *culpa levissima*.⁶²¹

La dilatación del derecho común a toda la Europa, se debió en parte importante a la adopción en sus universidades de los estudios y métodos desarrollados en Italia; ello significó desde el punto de vista de los comentaristas, su proliferación y acrecimiento por todo el viejo continente. Inevitablemente el número de opiniones se hizo inmanejable, sobre todo porque siendo común el derecho, los pareceres de juristas extranjeros tenían igual validez en los tribunales propios. El sistema creado de la *communis opinio doctorum* no constituyó la solución, por las dificultades surgidas para determinarla. De esta manera, la multiplicidad de opiniones y de fuentes tenía necesariamente que llevar a la crisis al sistema.

En el siglo XVI, el humanismo jurídico francés trató de superar la proliferación de comentaristas y opiniones, ya inmanejables, a través del método llamado *mos galicus* (en contraposición con el italiano *mos italicus*), viendo en el *Corpus Iuris Civilis* una fuente histórica de conocimiento del derecho y no una ley. Entre los más representativos de esta nueva corriente se cuenta a Hugo Donellus († 1590).

El proceso de marginalización de la función penal y de paralela generalización de la función resarcitoria habría alcanzado una completa y orgánica sistematización con Donellus, incluso se anticipó a Grocio. La orientación interpretativa de Bartolo confluye en Donellus, para quien la *actio in factum* constituirá el medio de tutela del daño producido por ilícitos atípicos.⁶²² En este autor, la culpa es el fundamento de la responsabilidad del *habitor*, del *exercitor*, del *caupo* y del *stabularius*.⁶²³ El color de culpa ha dejado “el color”, para convertirse en culpa a secas.

Rechazará la idea de que la culpa pueda en verdad constituir un concepto general que incluya el dolo, pues la involuntariedad de la culpa no se presenta en el dolo, y reducirá su distinción de culpas a dos: *lata* y *levis*.

⁶¹⁹ Bellomo, *op. cit.*, p. 727.

⁶²⁰ *Ibidem*, p. 728.

⁶²¹ Talamanca, *Colpa Diritto Romano*, Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 1964, t. IX, núm. 18, p. 529.

⁶²² Cerami, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

⁶²³ *Ibidem*, p. 112.

La culpa leve es la *imprudencia* y por ello se diferencia del dolo; mientras que la culpa *levis* no se diferencia de la culpa *levissima*.⁶²⁴

C. Las Siete Partidas

Dada la vigencia de la legislación española en América, particular relevancia tuvieron para el derecho civil codificado latinoamericano la obra ya aludida de Las Siete Partidas. Si bien éstas fueron redactadas a mediados del siglo XIII, no fueron promulgadas de inmediato como ley por el Rey Sabio, lo que al parecer se debió a las posibles resistencias que ello podría haber encontrado en los derechos locales. De ahí que hayan debido esperar hasta el Ordenamiento de Alcalá de Henares, el cual fijó su aplicación en tercer lugar como ya se dijo.

Desde el punto de vista de las fuentes, El Setenario tiene una vertiente romana y otra española, constituyendo la primera y de gran influencia, el *Corpus Iuris Civilis* a través de la Glosa Magna de Acursio y la doctrina de los glosadores, sumistas y jurisconsultos. Incluso más, a la época de la redacción de las Partidas la compilación justinianea se entendía a través de aquélla, dada la formación de sus redactores e intérpretes.⁶²⁵

En este contexto, y sin perjuicio de lo que particularmente veremos respecto de esta misma obra, nos encontramos con que la rúbrica de P.7.15.6 es bastante expresiva en entender la filosofía general en materia de daños: “*como aquel que fiziere daño a otro por su culpa, es tenuto de fazer emienda del*”. Se fija de inmediato entonces como regla que la obligación de resarcir nace a partir de la concurrencia de culpa del demandado. Ello resulta refrendado por los varios casos de daños contenidos en la ley citada, tratados por la jurisprudencia romana en materia de *lex Aquilia* y tomados por tanto de las fuentes romanas, en los cuales el demandado debía responder en caso de culpa de su parte.

A modo de ejemplo, entre ellos se cuenta el caso del que al defenderse tira una piedra y hiera a otro, habiendo ya concluido Paulo en el texto de D.9.2.45.4 que se respondía de culpa. Gregorio López destacó la referencia

⁶²⁴ Talamanca, *Colpa, cit.*, núm. 22, p. 532.

⁶²⁵ Los juristas que participaron en su redacción tenían formación boloñesa, como Fernando Martínez, que fue estudiante incluso de la universidad de Boloña, véase Camacho Evangelista, Fermín, “Acursio y las fuentes romanas de las partidas”, *Atti del convegno internazionale di studi Accursiani*, Guido Rossi (coord.), Milán, 1968, t. III, pp. 1072 y 1077. Los tiempos además son coetáneos entre las enseñanzas de Acursio en la Universidad y la época de redacción de Las Partidas, pues ésta habría tenido lugar entre los años 1260 y 1263, mientras que Acursio muere precisamente el año 1263.

a la “culpa” en dicho pasaje, pues Baldo de Ubaldis afirmaba que tenemos derecho a defendernos pero no de herir al mediador o a otra persona.⁶²⁶ De manera que, agrega López en su glosa, es la culpa la que aclara el sentido del pasaje romano, pues si ella no concurre, el demandado ni siquiera quedaría obligado por la acción civil de la *lex Aquilia*.⁶²⁷

Otro de los casos que la ley en comento recepcionó fue el del podador o trabajador en altura, por el daño que causan a los viandantes con las ramas o materiales que caen, no habiendo dado aviso del peligro, tratados también por Paulo en D.9.2.31 y reproducidos en I.4.3.5. El primer pasaje alude a una responsabilidad por culpa, pero además el segundo utiliza la expresión “*culpa reus est*”. Gregorio López cita expresamente ambos textos romanos en su glosa de modo de reforzar, dado lo señalado en ellos, la idea acerca de la necesidad de que concurra culpa en el demandado.⁶²⁸

Por su parte, tratando la P.5.14.13 de cómo deben ser pagadas las “mal-fetrias” y los “daños” que los hombres se hacen uno a otros, dando diversos ejemplos romanos, se dispone que los malhechores resultan obligados a quienes causaron el daño, como por otra deuda que les tuviesen que dar. Si bien el texto no lo expresa de manera explícita, esta obligación que nacería indemnizatoria es interpretada como referida a la acción civil, distinguiéndola de la penal. Así la interpreta Gregorio López, tomando apoyo en I.4.6.18, que distinguía las acciones penales, reipersecutorias y las mixtas; y en la Glosa, conforme a la cual, de todo delito nace una acción civil o *reipersecutoria*, sin perjuicio de las numerosas citas a Baldo en el mismo sentido.⁶²⁹ Los pasajes citados y la interpretación de ellos, dejan a la vista cómo ya se ha ido delineando para el derecho español la idea de una acción civil destinada a la reparación, así como el fundamento de la misma: la culpa.

D. *La nueva Escolástica Española*

Más o menos contemporáneo a lo que será el humanismo jurídico francés, en España se desarrolló el movimiento conocido como nueva Escolástica Española, fundada por Francisco de Vittoria († 1546). Su origen y objeto de estudio es bien preciso: si a los indígenas de la recién descubierta América, era posible aplicarles el derecho común, que a pesar de este último

⁶²⁶ Gregorio López, *Las Siete Partidas del sabio Rey D. Alonso el IX*, Sanponts y Barba, Ignacio et al. (coords.), Barcelona, 1844, nota 28, p. 267.

⁶²⁷ *Op. cit.*, nota 29, p. 267.

⁶²⁸ *Op. cit.*, nota 31, p. 267.

⁶²⁹ *Op. cit.*, nota 68, p. 368.

calificativo, seguía siendo sólo europeo. Francisco de Vittoria encuentra la solución en las enseñanzas de Santo Tomás, fundadas en la existencia de un derecho natural divino aplicable a todos los pueblos cristianos, sean europeos o indígenas.

Por lo dicho, Vittoria no se ocupará directamente de las cuestiones jurídicas que tratamos, ya que su estudio más bien resulta ser ético, filosófico y teológico; por lo mismo, concepto importante es la “justicia”, pues siempre sus planteamientos dicen relación con si es justo o no hacer algo: ¿es lícito o ilícito hacer la guerra? ¿es lícito o ilícito matar los niños en una guerra? ¿es lícito o ilícito matar los rehenes?, etcétera.

No obstante esta línea general valórica del desarrollo de Vittoria, sus explicaciones contienen reglas ricas en principios que luego influirán en las obras de autores que tratarán las instituciones prácticas del derecho, como se puede apreciar en los siguientes ejemplos: “todos los que pueden llevar armas, son considerados *culpables*, pues se presume que defienden a un rey enemigo nuestro”; “cuando se puede distinguir *culpables* de inocentes, a éstos no se les puede *matar* deliberadamente”; “son los franceses *culpables* los que están obligados a *resarcir* después a los franceses inocentes”; etcétera.⁶³⁰

Una de las cuestiones relevantes tratadas por los autores españoles de la época, fue el debate surgido de si era necesaria o no la culpa para que una ley penal castigara a un individuo. La problemática tiene su origen en la existencia de ciertas disposiciones penales que establecían la conducta y la pena en caso de contravención, sin hacer referencia al citado elemento subjetivo.

Así, Alfonso de Castro (1495-1558) planteó en línea de principio que no era necesaria la culpa para que existiese pena, sosteniendo que es falsa la afirmación según la cual “se demuestra la obligación a culpa, desde el momento que se impone una pena”.⁶³¹ Sin embargo, si bien ley penal puede no indicar culpa a castigar, en definitiva siempre habría una culpa pues sostiene que ella se puede contener en una ley distinta, sea moral, divina o humana.⁶³² Este último resultado fue compartido por otros autores de la época,⁶³³ aunque partiendo de la premisa contraria, esto es, que “no hay en absoluto ley penal alguna... que no obligue a pecado” pues “si no existe culpabilidad, no se puede llamar pena”.⁶³⁴

⁶³⁰ “Relectio de iure belli o paz dinámica”, *Corpus Hispanorum de pace*, vols. V y VI., Madrid, 1981, pp. 227, 229 y 233 respectivamente.

⁶³¹ De Castro, Alfonso, *La fuerza de la ley penal*, trad. de Laureano Sánchez, Gallego, Murcia, libro I, Publicaciones Universidad de Murcia, 1931, p. 326.

⁶³² *Ibidem*, p. 347.

⁶³³ De Soto, Domingo, *De iustitia et iure*, vol. I., Madrid, 1967, p. 58.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 56.

Inclusive, Alfonso de Castro entiende que la ley puramente penal, sin expresión de culpa a sancionar, no suprime la obligación a la culpa. Por lo mismo, no se libran de ésta los que sólo reciben el castigo que la ley penal humana impone. Es necesario además el arrepentimiento del pecado. Y se arrepiente del pecado efectivamente el que restituye al dueño; el que resarce los daños y perjuicios irrogados a éste.⁶³⁵

Lo señalado deja en evidencia que el resarcimiento siempre requiere de culpa, aunque no siempre se debe expresar. Ello constituye un contexto interesante para las figuras objetivas romanas pues por una parte permite su plena aceptación al no exigir las leyes penales culpa expresa; y por otra, consolida la subjetivación, entendiéndoseles siempre fundadas en culpa, aunque sea a través de una ley distinta a la positiva.

Menciono finalmente que ya en esta época comienzan a existir voces disidentes en orden a la confusión entre culpa y pecado, que la influencia canónica había generado. Así, en contexto contractual, Luis de Molina (1596-1560) distinguirá ya entre una culpa jurídica y una culpa teológica.*

E. *La síntesis precodificadora del iusnaturalismo racionalista:
una acción civil autónoma de daños*

Las guerras de religión en Francia traslada a los humanistas (calvinistas o protestantes) a Holanda, el movimiento iusnaturalista adquirirá el carácter racionalista, siendo su fundador Hugo Grocio (1583-1645). La obra básica de éste y de la escuela será el libro intitulado “El derecho de la guerra y la paz” (1625), constituyendo una continuidad con la línea trazada por Francisco de Vittoria. Sin embargo, la nueva escuela ya no buscará un derecho común a europeos y americanos, sino un derecho común a todos los hombres, cristianos y no cristianos, luego de la ruptura de la comunidad cristiana.

Grocio distinguió en su obra tres fuentes de las obligaciones: el pacto, el daño hecho y la ley. La segunda fuente, conforme al “derecho natural”, está constituida por el *mal hecho* (*maleficio*). Y dice que “llamamos mal a toda culpa, ya en el hacer, ya en el no hacer, que pugna con aquello que los hombres deben hacer comúnmente o por razones de cierta cualidad. De tal cul-

⁶³⁵ De Castro, *op. cit.*, pp. 366 y 367.

* Molina, Luis, *De los seis libros de la justicia y el derecho*, trad. al español, t. II, vol. I, Madrid, 1943, p. 617.

pa nace, *naturalmente*, obligación, si se hizo daño, de que se resarza”.⁶³⁶ No distingue este autor entre delito y cuasidelito, ni señala como denominador común de ambos a la culpa. Por el contrario, se refiere a una figura general y autónoma, caracterizada por un único elemento: *la culpa*. Además, el resarcimiento aparece como una obligación que emerge del derecho natural, de modo que aunque no estuviese tipificado como delito, igual surge la obligación. Esto merece ser destacado pues Grocio ha llegado a concebir el hecho ilícito general civil que hoy conocemos, diverso de los delitos y cuasidelitos penales. El camino iniciado por los glosadores con su acción general *in factum* luego de su aterrizaje en el derecho natural, comienza a llegar a su fin. En todo caso, Grocio advierte que respecto de los delitos y cuasidelitos que producen daños, corresponde la aplicación de una pena, por la viciosidad del acto y la reparación del daño por el efecto (dañoso) de dicho acto.⁶³⁷

Pero es en Johanes Heineccio, uno de los más representativos humanistas holandeses influido por el ambiente iusnaturalista, donde se encuentra expuesta de mejor manera el estado de la evolución de la responsabilidad subjetiva en la época luego de la intervención de Grocio.

Siguiendo el mismo esquema que éste, entendió por su parte que las obligaciones nacen o de la equidad, o de la ley o de algún hecho, pudiendo este último ser lícito o ilícito. Los hechos ilícitos corresponden a los delitos. Así, delito o maleficio constituirá para él “un hecho ilícito cometido a voluntad, por el cual uno está obligado no sólo a la restitución, si se puede hacer, sino a la pena”. En este punto, expresamente sigue a Grocio, a quien cita. Añade que un delito puede ser *verdadero* o *cuasidelito*, originándose el primero en dolo malo y el segundo en culpa,⁶³⁸ bastando que esta sea leve.⁶³⁹ A pesar de esto, la figura aquiliana sería igual un delito, aunque exija sólo culpa, porque los jurisconsultos lo denominaron delito en razón “de lo más notable”. De ello dice Heineccio, algunos deducen que *la lex aquilia* no sólo comprende los delitos verdaderos, sino también los daños causados con cuasidelito.⁶⁴⁰ Además, el delito de la ley Aquilia, presenta la singularidad que otorga acción persecutoria de la cosa y de la pena.⁶⁴¹

⁶³⁶ *De iure belli ac pacis*, Caput XVII, par. I.

⁶³⁷ *Idem*.

⁶³⁸ *Elementos de derecho romano*, 3a. ed., trad. de Eusebio Aguado, Madrid, 1836, núms. 984-986, p. 273; igualmente en su obra, *Recitaciones del derecho civil según el orden de la instituta*, trad. de Luis Collantes y Bustamante, Madrid, 1835, l. 4o., t. I, p. 52.

⁶³⁹ *Elementos*, *cit.*, núm. 1029, p. 282.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, núm. 985, p. 322, nota 1; núm. 1027, p. 331, nota 1; *Recitaciones...cit.*, l. 4, t. 1, p. 53.

⁶⁴¹ *Elementos*, *cit.*, núm. 990, p. 274; *Recitaciones...*, *ibidem*, p. 54.

Para Heineccio, el delito aquiliano consiste en un daño causado injustamente por un hombre libre, porque si es un siervo el que lo comete (y antiguamente un hijo de familia), se denomina noxa y si lo comete un cuadrúpedo, se llama pauperie.⁶⁴² Nótese entonces que la diferencia estaría sólo en el agente a los ojos de este autor, mientras que en lo sustancial serían lo mismo. Se advierte que la distancia con las figuras objetivas romanas ya se ha perdido.

No extraña entonces cuando señala que los cuasidelitos se caracterizan por ser hechos ilícitos cometidos por culpa sin haber dolo, culpa que debe ser propia.⁶⁴³ Entre éstos están los casos de *effusis vel deiectis* por admitir en su familia hombres negligentes y audaces, o por tener en su casa familia tan descuidada; de *positis vel suspensis*; y las acciones contra *nautas caupones et stabularios* porque hay culpa en servirse de hombres malos.⁶⁴⁴ Esto último sin perjuicio de responder del hecho de los extraños por la recepción, en virtud de un cuasicontrato.⁶⁴⁵ Por lo mismo, de todos los cuasidelitos emana una acción común *in factum*.⁶⁴⁶ Así las cosas, se puede advertir que con Heineccio, *las figuras objetivas romanas aparecen totalmente subjetivadas y fundadas en la culpa*, las que son tratadas de “delitos culposos” llamados cuasidelitos.

Por lo expresado en precedencia, si hay culpa del amo en los cuasidelitos, entre otras razones por admitir en su familia hombres negligentes y audaces y por servirse de hombres malos, se debiera concluir que no podían tener lugar las acciones noxales. La influencia del derecho romano desatiende la cuestión una vez más, y lleva a que aún Heineccio siga considerando a la noxalidad en la época.⁶⁴⁷

Queda aún un tanto a parte el tratamiento de la responsabilidad del dueño por los daños que su animal causare, quizás porque aún resultaba complicado explicar la figura. Según Heineccio, el ejercicio de la *actio de pauperie* procedería cuando el daño ha sido causado sin malicia de parte del que lo comete, que sería el cuadrúpedo, recordando aquella justificación según la cual comete pauperie el cuadrúpedo cuando causa daño contra la naturaleza de su especie sin ser instigado ni provocado. Para el caso, ratifica el otorgamiento de la acción noxal.⁶⁴⁸ Si bien no lo dice expresamente, y a pesar de la explicación precedente, de sus dichos se puede deducir que si se

⁶⁴² *Elementos, cit.*, núm. 1028, pp. 282 y 283.

⁶⁴³ *Ibidem*, núm. 1057, pp. 287 y 288; *Recitaciones... cit.*, l. 4, t. 5, p. 76.

⁶⁴⁴ *Elementos, cit.*, núm. 1059, 1062 y 1065, y *Recitaciones... cit.*, l. 4, t. 5, pp. 78 y 81.

⁶⁴⁵ *Recitaciones... cit.*, l. 4, t. 5, p. 80.

⁶⁴⁶ *Elementos, cit.*, núm. 116, p. 303; *ibidem*, l. 4, t. 5, p. 77.

⁶⁴⁷ *Elementos, cit.*, núm. 1172, p. 317; núm. 1170, p. 317; *Recitaciones... cit.*, l. 4, t. 8, p. 123.

⁶⁴⁸ *Elementos, cit.*, núms. 1174-1176, p. 318. *Recitaciones... cit.*, l. 4, t. IX, p. 126.

permite la acción noxal contra el dueño, sería porque alguna culpa propia en él concurre.

Cuestión interesantísima es la problemática acerca de si es posible o no ejercer acciones noxales contra el padre por los delitos o cuasidelitos de los hijos. La respuesta es acorde con el estado de la cuestión a la época de Justiniano: no se puede, debiendo actuar contra el mismo hijo. Cuestión distinta es que una vez condenado el hijo, podría la víctima accionar contra el padre para que pague con el peculio. Esto sería posible al entender que el hijo celebra el cuasicontrato de *litiscontestatio* con el actor, asumiendo una obligación personal con éste. Luego, respecto de las obligaciones contractuales, sí era posible la *actio* de peculio.⁶⁴⁹ Se contractualiza entonces la situación para lograr la procedencia de ésta, y así obtener una limitación cuantitativa a la responsabilidad del padre.

Digamos por último respecto de Heineccio digamos en él se advierte ya particularmente el retroceso de los elementos “canónicos” en el derecho penal, distinguiendo el delito del pecado. Afirma en este sentido que “no se debe confundir el delito con el pecado, por ser dos cosas diversas. Toda acción contraria a la ley divina, sea interna o externa, es pecado. Mas ningún acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito, porque aún las acciones externas, para que lo sean, han de perturbar la tranquilidad pública o seguridad de los particulares”.⁶⁵⁰

Conforme a lo visto, será con la escuela del derecho natural que la responsabilidad por hecho ilícito alcanza una configuración autónoma definitiva, idea que en todo caso se venía madurando desde los glosadores como tuvimos ocasión de analizar. La circunstancia que ahora el hecho ilícito genere “naturalmente” la obligación de resarcimiento, porque hubo un daño y no porque hubo un delito, necesariamente llevará a la discusión de cuestiones impensadas desde el punto de vista del derecho común, como la responsabilidad sin culpa. Es cierto que esta última se puede entender presente en algunas doctrinas anteriores, como fue el caso de la Escolástica Española, pero éstas más bien trataban la posibilidad de castigar penalmente sin culpa.

Para Rotondi la importancia del derecho natural se encontraría no en el haber ampliado la aplicación de la *actio aquiliae*, sino en haber dado un nuevo y autónomo fundamento a la responsabilidad, dándole con ello la posibilidad de desvincularse de la tradición romanista, que oponía obstá-

⁶⁴⁹ *Elementos, cit.*, núm. 1064, p. 289 y núm. 1173, p. 317; *Recitaciones...cit.*, l. 4, t. V, p. 80; y *Recitaciones...cit.*, l. 4, t. VIII, p. 124.

⁶⁵⁰ *Recitaciones...cit.*, t. III, p. 160, nota 1.

culos a la formulación genérica.⁶⁵¹ Si bien compartimos la opinión, habría que añadir que, además de las nuevas ideas de la escuela natural, la nueva formulación del problema viene también influenciada por los elementos del derecho germánico aún presentes en el ambiente jurídico de los territorios donde floreció el iusnaturalismo.

Pero además de los conceptos tratados, la escuela del derecho natural aportó con intensas críticas a la situación del derecho vigente por todo el siglo XVIII, creándose una “ciencia de la legislación”, que propugnaba la formulación de leyes con brevedad, concisión, generalidad, abstracción, ausencia de lagunas y antinomias, la adopción de un sistema, etcétera. A las críticas se unió la “voluntad política”, generándose las condiciones que permitieron el inicio del proceso codificador en Europa, siendo los primeros intentos las iniciativas de Federico II de Prusia y el rey Maximiliano de Baviera (1756). Pero el éxito real sólo llegará primero con el código civil prusiano de 1794, y finalmente con el Cc.Fr. de 1804, constituyendo éste el momento cúlmine de todas las ideas codificadoras precedentes, y el cambio al menos formal de los textos llamados a ser ley.

2. La síntesis francesa y su repercusión en España

Sin desconocer la existencia y aporte de otros autores, son Domat y Pothier los que marcan una influencia decisiva en la doctrina francesa *pre-code*. Ellos constituyen un hito relevante en la evolución del derecho romano, así como en su fusión con el iusnaturalismo, lo que se advierte especialmente en Pothier, quien no en vano es el más afamado de los autores que integraron el llamado *usus modernus pandectarum*.

Sus obras muestran desde luego la evolución de las materias hasta aquellos tiempos; mas, Domat y Pothier fueron por sobretodo romanistas, existiendo una coincidencia interesante en ellos: “el punto de partida”. Ambos, antes de escribir sus obras de derecho civil, dieron vida a importantes trabajos de derecho romano con características diversas: Domat decide hacer una síntesis del mismo, extrayendo las partes de las fuentes justinianas que considera principios y que titula *Legum delectus*.⁶⁵² Pothier en cambio, se preocupa de elaborar una obra que dé un nuevo orden al tratamiento de las materias, intitulada *Las Pandectas de Justiniano*.⁶⁵³ Por lo

⁶⁵¹ *Op. cit.*, p. 539.

⁶⁵² Véase al respecto: Domat, J., *Oeuvres complètes*, París, 1835, t. IV.

⁶⁵³ En las pp. LXIII a LXVI, Pothier explica los defectos de las Pandectas de Justiniano que motivan su obra y sus objetivos y método empleado, en *Le Pandette di Giustiniano*, vol. 1, Venezia, 1833.

mismo, sus doctrinas civilísticas aparecen como una etapa de evolución y desarrollo conceptual directa del derecho romano, con las influencias lógicas del camino recorrido desde Justiniano hasta sus días, y que hemos revisado en los acápites precedentes.

Frente al derecho latinoamericano, los dos autores son de máxima importancia pues constituyen una fuente indirecta y directa de sus códigos. Es indirecta en cuanto sus obras influyeron de forma decisiva en el *Code*, teniendo lugar necesariamente por tal vía un trasvase de las doctrinas de Domat y Pothier a nuestros códigos civiles dado que el código francés fue seguido o copiado, total o parcialmente, en el proceso codificador americano. Pero además constituyen una fuente directa, pues fueron ambos leídos por los codificadores de América latina, tomando de ellos elementos que no habían sido adoptados por los redactores franceses.

A. *La faute en Domat*

Siguiendo la idea de los iusnaturalistas de clasificar las fuentes de las obligaciones, bajo el título “cuasidelitos”, afirma que hay tres hechos que pueden causar algún daño: los que constituyen un verdadero crimen o delito; el incumplimiento de las personas de las obligaciones contractuales; y aquellas que no tienen relación con las convenciones pero que tampoco son un crimen o delito. Ejemplo de estos últimos son los casos de arrojar cosas por las ventanas y el daño causado por animales mal guardados! De este tipo de hechos dañosos dice que tratará, pues no cabe mezclar estas materias civiles con los crímenes o delitos.⁶⁵⁴

Así, la identificación entonces de la categoría de los cuasidelitos con la culpa es explícita. Con ello no sólo queda delineada la acción civil por daños como una acción fundada en la culpa, sino que de paso borra todo trazo de la objetividad romana en los cuasidelitos. Incluso, la *actio de pauperie* ahora es un cuasidelito. Esta inclusión demuestra que es idea consolidada en la época que culpa es, abstractamente, sinónimo de cuasidelito.

Dentro del título “De las otras especie de daños causados por las faltas”, enunciará la regla general de la responsabilidad, conforme al contexto antes señalado: “todas las pérdidas y todos los daños que pueden sobrevenir por obra de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que se debe saber, o por otras faltas semejantes, por más leves que parezcan, de-

⁶⁵⁴ Domat, J., *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. de Sarda J., Imprenta José Tauló, 1841, t. II, p. 65.

ben ser indemnizados por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar a ellos”.⁶⁵⁵ Obsérvese que contrapone en esta definición Domat “hecho” (obra) a “imprudencia, ligereza, ignorancia u otras faltas similares”, en razón de entender por el primer término lo que sería en nuestro vocabulario jurídico actual “hecho ilícito doloso”, siendo los segundos “hechos ilícitos culposos”.

Si bien este autor no da una definición expresa de “falta”, señala sí como fundamento de la obligación de reparación la “imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que se debe saber, o por otras faltas semejantes”. La ignorancia de aquello que se debe saber, por ejemplo, por la profesión, y a la que dedica posteriormente un párrafo especial, parece no ser más que una traducción de la impericia, conforme a la casuística romana citada.⁶⁵⁶ Igualmente, el mismo Domat habla más adelante de “*imprudence ou de négligence*”, siendo entonces esta última una de aquellas “otras faltas similares”.

Nótese como la culpa (*faute*) no sólo no aparece como un concepto unitario, en razón de la necesidad de ser integrado por otros (imprudencia, ligereza e ignorancia) a fin de darle actuación, sino que además, en virtud de las últimas palabras citadas, se advierte que cada uno de los conceptos integradores es a su vez una culpa diversa (“u otras culpas similares”). De esta manera, en Domat no encontramos el uso como criterio de imputación del concepto “culpa”, sino de “culpas”.

Esta dispersión del concepto se debe justo al sentido de *faute* en el lenguaje francés, pues imprudencia, ligereza, ignorancia y otros conceptos análogos utilizados por los juristas de la época, constituyen individualmente una actuación reprochable en derecho, una contravención. El esquema de Domat era, y es aún hoy, formalmente más bien de derecho penal, aunque expresamente como dije el autor distingue la responsabilidad penal de la civil. El epígrafe de la sección IV en materia de cuasidelitos es más que decididor al respecto: “De las otras especies de daños causados por las faltas, sin crimen ni delito”. La sistemática es la misma que la usada por nuestros códigos penales, pues éstos también al clasificar los hechos punibles tipifican a “las faltas” y no a “la falta”, efectuando luego una enumeración de las mismas. Conforme a las ideas de Domat, se podría confeccionar una lista de los actos humanos que en derecho civil se califican de “faltas” (culpas).

Incluso más, bajo esta idea general de “faltas civiles” resulta comprensible que Domat señale en el párrafo siguiente al antes citado, que el incumplimiento de una obligación es una falta que puede dar lugar a una reparación

⁶⁵⁵ *Las leyes civiles*, cit., núm. 1, p. 76.

⁶⁵⁶ *Las leyes civiles*, cit., núm. 5, p. 77.

de perjuicios.⁶⁵⁷ Entonces, bajo el esquema de Domat, el incumplimiento de obligación es “un tipo” de falta, es un tipo de contravención, así como lo son el actuar imprudentemente, con ligereza o con ignorancia. Todas estas actuaciones están al mismo nivel, todas constituyen faltas (culpas).

Existe como se puede ver, y usando la terminología actual, un acercamiento claro (o confusión) entre la responsabilidad contractual y extracontractual, pues ambas se fundamentan en una “falta”.

Pero no sólo eso, sino que así visto el problema, un real concepto de culpa no existe, pues basta la falta, la contravención, el incumplimiento de la obligación para que haya responsabilidad. No hay que preguntar si ha tenido ello lugar con culpa o sin culpa.

El concepto de *faute* francés sigue siendo entonces el acto material, o al menos sigue confundido con éste. El elemento subjetivo aparece sólo cuando Domat dice que el autor del daño debe responder del hecho aunque no hubiera tenido “la intención” de causar perjuicio,⁶⁵⁸ citando en apoyo de sus expresiones a Ulpiano. De esta manera, el criterio de distinción es sólo la intención, positiva o negativa: una actuación humana “con intención” (positiva) constituye crimen o delito; una actuación del hombre “sin intención” (negativa) es una falta. El crimen o delito está así compuesto por el acto material más elemento subjetivo; la falta, por el acto material sin intención, lo que equivale a decir sólo por el acto material.

Por otra parte, encontramos en Domat como criterio para determinar si hay o no *faute* la previsibilidad, señalando que no es obligado a reparar el autor de un daño cuando éste es causado por una consecuencia *imprévue*⁶⁵⁹ (imprevisita) de un hecho. El autor ilustra su idea mediante ejemplos del Digesto o que se relacionan con los contenidos en éste.⁶⁶⁰

En fin, sobre las posturas de Domat respecto de cada una de las figuras romanas de responsabilidad objetiva, ahora ya subjetiva, diremos en el núm. Romano II de este capítulo.

B. *La faute en Pothier*

A diferencia del trabajo de Domat, en la obra de Pothier se aprecia de forma clara una elaboración más dogmática de los temas, y por ende, una

⁶⁵⁷ *Ibidem*, núm. 2, p. 76.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, núm. 1, p. 76.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, núm. 3, p. 76.

⁶⁶⁰ Cita los casos del que atraviesa de forma intempestiva el campo de dardos (D.9.2.9.4); el del podador o quien trabaja sobre un andamio cercano a un camino (D.9.2.31); los cazadores que hacen hoyos como trampas (D.9.2.28 pr.).

superación del tratamiento casuístico de los mismos, sin perjuicio de las periódicas citas a textos romanos o a máximas latinas.

Particularmente se advierte la influencia de sus antecesores iusracionalistas, cuando Pothier afirma que “la ley natural es causa por lo menos mediata de todas las obligaciones: si... los delitos y cuasidelitos producen obligaciones, es porque *a priori* la ley natural ordena que cada uno... repare el daño causado por su falta” (culpa).⁶⁶¹

La gran tarea cumplida por este autor fue la de dar sendas definiciones de estos dos tipos de hechos ilícitos civiles, sintetizando así la evolución que el problema de la reparación de los daños había tenido desde Justiniano hasta aquel momento. Dado la influencia antes señalada y todo lo ya dicho, no extraña que las definiciones presenten como criterio de distinción el elemento subjetivo.

Así, dice que “se llama *delito* el hecho por el cual una persona, por dolo o malignidad, causa perjuicio o daño a otra”; y que “el *cuasi-delito* es el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro”.⁶⁶²

Adviértase respecto a esta última definición que Pothier no recurre al término culpa (*faute*), sino sólo a “imprudencia”. Esto en principio resulta cuanto menos extraño pues en sus *Pandectas* expresamente señala que a través de la *lex aquilia* se sanciona “el dolo y la culpa”,⁶⁶³ de manera que si la palabra dolo la introduce en la definición de los delitos, lo mismo debería haber hecho con la palabra culpa en el concepto de cuasidelitos. Ello inclusive usando la palabra francesa *faute*, pues si Pothier hubiese dicho “por una falta que no es excusable”, no habría sino estado en la misma línea de Domat, de suerte que nada fuera de lo común habría señalado; es más, se hubiese podido interpretar como el lógico paso siguiente.

Por otro lado en sus *Pandectas* Pothier, luego de declarar que se sanciona por el dolo y la culpa, expresa: “examinemos ahora cuando se reputa que ha habido culpa”, desarrollando a continuación cinco párrafos antecedidos cada uno por un epígrafe en el cual se indica la razón que da lugar a la culpa: 1. Por no haber previsto aquello que se debía prever; 2. Por tener esclavos perniciosos como si debiese prever el daño que causarían; 3. Por realizar una cosa ilícita; 4. Por impericia; y 5. Por el excesivo rigor del preceptor.⁶⁶⁴ Respecto de los dos primeros, hay coincidencia en la previsibilidad con Domat, y de paso, respecto al segundo, deja a la vista la culpa propia *in eligendo*

⁶⁶¹ Pothier, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, núm. 123, p. 74.

⁶⁶² *Op. cit.*, núm. 116, p. 72.

⁶⁶³ *Le Pandette, cit.*, v. 2, p. 82.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, pp. 82 y ss.

respecto de los esclavos que causan daño, pues por su calidad era previsible que causarían daños.

La lectura de tal construcción de Pothier deja a la vista el arribo a la consolidación y al estadio final de la idea que “el criterio” de imputación en los cuasidelitos es la culpa y que los otros conceptos utilizados en derecho como imprudencia, impericia, ignorancia, etcétera, son usados y están dirigidos a la determinación o integración de ella, transformada en el concepto central. Mas, al momento de definir cuasidelitos, abandona esta posible línea y recurre a “imprudencia”.

En seguida, si la decisión de Pothier es no usar culpa, llama la atención que sólo introduzca el término “imprudencia” en su definición, pues otros términos a los cuales por lo regular se acudía como “impericia”, “negligencia”, “ignorancia”, etcétera, no sólo son conocidos por Pothier, sino porque el mismo los utiliza en sus *Pandectas* como conceptos que determinan la existencia de culpa. De esta manera, lo que en Domat era sólo “un tipo” de *faute* (imprudencia), es decir, uno de los posibles componentes del requisito que determina el surgimiento de la obligación de indemnizar (la existencia de una falta), en Pothier aparece como “el elemento” que caracteriza a los cuasidelitos. Siendo la previsibilidad relevante, como en Domat, quizás entendió que imprudencia y no *faute* (contravención), expresaba mejor el requisito.

No obstante lo anterior, en el concepto de fondo acerca de qué es un delito y qué es un cuasidelito existe coincidencia con su antecesor y, sobre todo, resultan “naturales” a todo el desarrollo precedente.

Sobre los planteamientos que hace Pothier respecto de cada una de las figuras romanas de responsabilidad objetiva, reiteramos, a esta altura subjetivas, también nos referiremos en el acápite número romano II de este capítulo.

C. *El Code*

Las doctrinas de Domat y Pothier fueron formalmente traducidas por los redactores del Código civil francés al lenguaje sintético de la codificación. Así, bajo el capítulo segundo del título IV, del libro III del Cc.Fr., intitulado “*Des délits et des quasi-délits*”, dichas doctrinas dieron lugar a los conocidos artículos 1382 y 1383:

Art. 1382: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*⁶⁶⁵

⁶⁶⁵ “Todo hecho del hombre que causa a otro daño, obliga a repararlo a aquel por la falta del cual ha sucedido”.

Art. 1383: *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*⁶⁶⁶

Como se observa, en estos artículos no hay un concepto acerca de qué cosa sea el dolo y la culpa. Incluso más, en ninguno de estos artículos se lee siquiera la palabra dolo (*dol*) o malignidad (*malignité*), ambas sí contenidas en la definición de delito de Pothier. Por su parte, *faute* es usada sólo en el artículo 1382, no así en el artículo 1383, donde prefieren los redactores utilizar los conceptos de “negligencia” e “imprudencia”. Finalmente, tampoco se dice qué es delito y qué es cuasidelito, a pesar del anuncio en el epígrafe que los precede.

Es el artículo 1370 del *Code* el encargado de recepcionar los desarrollos desde el iusnaturalismo acerca de las fuentes de las obligaciones, establecer que hay obligaciones que se forman sin convención, y que ellas pueden tener su fuente o en la ley o en un hecho personal de aquel que se encuentra obligado, pudiendo ser estos últimos o bien de cuasicontratos o bien de *delitos* o *cuasidelitos*. Aclara que en el título respectivo se tratará de las obligaciones que nacen sin convención, haciendo referencia al capítulo primero a los cuasicontratos y el capítulo segundo a los delitos y cuasidelitos. De ahí que éste se le haya intitulado “*Des délits et des quasi-délits*”, aunque en ninguno de los textos del capítulo se usen estas expresiones.

Lo anterior es un punto de partida interesante para la aclaración del sentido de los artículos en cuestión, pues permite relacionarlos con las fuentes doctrinarias del *Code*. En efecto, la terminología empleada por el codificador francés es aquella usada por Pothier; no así por Domat, quien hablaba “de las otras faltas” diversas a los crímenes y delitos.

Ahora bien, no obstante se adoptaron las palabras de Pothier (de origen romano pero con distinta acepción), no parece ocurrir lo mismo con las definiciones que diera de cada uno de ellas, lo que resulta patente sobre todo a raíz de los delitos pues, como hemos observado, ni la palabra dolo ni malignidad son incluidas en los textos.

Es en este punto donde se hace presente la particularidad del lenguaje francés y Domat,⁶⁶⁷ ambas cuestiones necesarias de tener presente al momento de leer los artículos 1382 y 1383 del Cc.Fr.

⁶⁶⁶ “Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia”.

⁶⁶⁷ “Domat... inspiró directamente a los redactores de los artículos 1.382 y siguientes del Código Civil de Francia”. Mazeaud, Henri y Léon y Tunc, Andre, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 5a. ed., trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1977, p. 51.

Respecto al primero, se debe considerar que *faute* significa por sí sola “falta”, es decir, constituye sólo la actuación material contravencional, sin comprender elemento subjetivo alguno. Por lo mismo, la falta puede ser intencional o no intencional (según nuestro lenguaje jurídico cometida con dolo o con culpa). De esta manera, *faute* en el artículo 1382 no se debe traducir ni significa “culpa”, sin que se nos diga si tal falta es de aquellas intencionales o no intencionales.

Para este último objeto hay que recordar que Domat, al enunciar la regla general sobre la responsabilidad, contrapuso la palabra “hecho” a la “imprudencia, ligereza, ignorancia u otras faltas similares”, pues entendía al primero como “hecho ilícito doloso” y a los segundos como “hechos ilícitos culposos”. Conforme a esto, “hecho” en el artículo 1382 comprende los actos dañosos cometidos con dolo, y por lo mismo, la “falta” a que hace referencia la parte final de la norma es una “falta intencional”; a los hechos cometidos con dolo Pothier en cambio los denominaba “delitos”. Por tanto, relacionando el epígrafe del capítulo que analizamos con estas consideraciones se concluye que el artículo 1382 se refiere y conceptúa a “los delitos”.

Asimismo, constituyendo la imprudencia y la negligencia en Domat tipos de faltas no intencionales, es decir, culposas, y por ende lo que Pothier denominaba cuasidelitos, se arriba, efectuando la misma relación anterior, a que el artículo 1383 se refiere precisamente a los cuasidelitos.

El hecho que los artículos 1382 y 1383 fueran adoptados sin discusión⁶⁶⁸ demuestra lo arraigado de la fórmula de Domat en la doctrina francesa así como su alcance, pues lo que puede mover a dudas a un jurista de esta época, para los redactores era tan claro que ni siquiera se discutió sobre el particular. “El aparato terminológico es romano, pero el concepto es idéntico a aquél que informa la exposición que hemos visto desde Grocio a Domat”.⁶⁶⁹

Con sus virtudes y defectos, estos artículos pasarán a constituir la base de la responsabilidad extracontractual por culpa en sentido amplio de los códigos decimonónicos, al consagrar definitivamente la obligación de reparar los daños causados por hechos ilícitos dolosos (delitos) o culposos (cuasidelitos) civiles.

D. *El Proyecto de don Florencio García Goyena (PGG) y el código civil español*

El particular proceso de la codificación española también influyó desde luego de manera relevante en Latinoamérica. España dictó su código civil

⁶⁶⁸ Así lo destaca Mazeaud, en *op. cit.*, núm. 47, p. 62 y en núm. 47, p. 63, nota 2.; igualmente Rotondi, en *op. cit.*, p. 550.

⁶⁶⁹ Rotondi, *op. cit.*, p. 551.

recién en 1889, habiendo dictado con anterioridad códigos penales y habiendo en el tiempo intermedio García Goyena elaborado su proyecto de código civil, de gran influencia gracias a las citas y concordancias con las que fue publicado en 1852.

Respecto a este último, lo que explica de mejor manera su formulación es precisamente la codificación penal previa que tuvo lugar (códigos de 1822, 1828, 1848 y la reforma de éste de 1850). Concordante con ella, García Goyena distinguió en su proyecto por una parte la responsabilidad civil que nace de delitos o faltas penales (artículo 1899), remitiéndose al Código Penal para estos efectos; y por otra, en una alambicada disposición, la obligación de reparar el perjuicio ocasionado a un tercero en virtud de un hecho en que intervenga algún género de culpa o negligencia, aunque no constituya delito o falta (artículo 1900).

En cuanto a esta última obligación, cita como concordantes con el artículo 1900 que propone, entre otros, los artículos 1382 y 1383 del *Code* (además de códigos que siguieron a éstos), porque dice que aluden a culpa, negligencia e imprudencia, como asimismo a P.7.15.6, el cual como vimos ya obligaba a hacer enmienda a quien hiciera daño sin intención pero concurriendo culpa de su parte. Todo lo anterior, acompañado por su puesto de referencias a la *lex Aquilia*. Plasma así, en su artículo 1900, el resultado alcanzado, y ya revisados en este capítulo de los aportes romano, español y francés.

A mayor abundamiento, pensando en el estado del derecho penal español, en sus explicaciones da cuenta del vasto campo de la culpa o negligencia al no exigir la tipificación del hecho ilícito en la ley para que tenga lugar la obligación reparatoria, debiendo decidirse en su concepto cada caso por las circunstancias del hecho y de las personas. Así las cosas, la figura autónoma configurada a partir de Grocio y recepcionada en el *Code*, se materializó ya claramente en el autor español.⁶⁷⁰

Los redactores del código civil español completaron la tarea, pues no consideraron la distinción efectuada por García Goyena, a la época ya innecesaria. De manera que, bajo el sólo epígrafe “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, se introdujo el artículo 1902 con una sencilla redacción: “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. La norma vigente hasta hoy implica que si hay dolo, la responsabilidad surge con mayor razón. Si tuvo lugar un delito o falta penal, la obligación indemnizato-

⁶⁷⁰ Respecto a todas las referencias, García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1952, pp. 255 y 256.

ría quedaba cubierta en la época por el artículo 18 del código penal, a esa altura, de 1870.

II. REVISIÓN PARTICULAR DEL ESTADO DE LOS TIPOS ROMANOS OBJETIVOS EN LAS PRINCIPALES FUENTES DE LOS CÓDIGOS LATINOAMERICANOS

Dado que el marco del presente trabajo es el subsistema romano latinoamericano, resulta desde luego relevante dar un vistazo en particular a la recepción de los tipos penales romanos catalogados de objetivos, y sobre los cuales hemos laborado en los capítulos precedentes, como asimismo el modo de dicha recepción.

Para su mejor visualización, he creído prudente tener a la vista a las tres principales fuentes materiales de la codificación americana, además de los textos romanos propiamente tales. Me refiero a “Las Partidas”, en cuya septena partida contempló un título dedicado a “los daños que los hombres o las bestias hacen en las cosas de otro, de cualquier naturaleza que sean”, la *actio de pauperie* y los edictos *de feris, effusis vel deiectis* y *de positis vel suspensis* (7.15.), y una séptima ley en el título XIV que acogía bajo el tipo “hurto”, el caso de los *nautae, caupones stabularii*; al “Code” francés de 1804, considerando para su mejor comprensión las doctrinas de Domat y Pothier y la historia fidedigna de su establecimiento; y al proceso codificador español, principalmente el proyecto de código civil de don Florencia García Goyena.

1. *La responsabilidad por el hecho de los animales*

A. *El Setenario*

Las Partidas, conforme al sustrato con que fueron elaboradas, mantuvieron la distinción entre daños provocados por bestias por naturaleza mansas, de los causados por bestias por naturaleza bravas (P.7.15.22).⁶⁷¹ Respecto a las “bestias mansas” (caballos, mulas, asnos, bueyes, camellos, elefantes y otras cosas semejantes),⁶⁷² el propietario era obligado a indemnizar.

⁶⁷¹ Para ésta y demás referencias, edición de Sanponts y Barba, Ignacio *et al.*, *Las Siete Partidas del sabio Rey D. Alonso el IX*, Barcelona, 1844.

⁶⁷² Aunque no hablaba de cuadrúpedos, los ejemplos como se aprecia eran de esta naturaleza. No obstante ello, los bípedos se entendían también incluidos por los autores. *Las Siete Partidas, cit.*, t. IV, nota 77, p. 277.

zar el daño que provocaran. Éste podía haber ocurrido por la maldad o la costumbre mala de la bestia; o por la intervención de un tercero, que provocaba que una bestia mansa, que no haría daño, lo hiciese.

Me interesa la primera situación porque para tal hipótesis se recogía la obligación alternativa para el dueño del animal “*de emendar el daño, o de desamparar la bestia a aquel que el daño rescibiere*”. Es decir, en el caso que no concurriese culpa alguna del propietario, todavía se le permitía limitar su responsabilidad al valor de la bestia (P7.15.22). Ello sin perjuicio que la actuación según su naturaleza, implicaba el efecto contrario, lo que demuestra la recepción a su vez del límite material a la responsabilidad visto (capítulo tercero, romano I, número 2).

Asimismo, la P.7.15.24 reguló el caso de daños causados por el ganado en una heredad ajena, o, en general, bestias que los hombres crían, como vacas, ovejas o puercos. La regulación separada no implica que el ganado no se tratase de bestias naturalmente mansas, sino de un caso desde antiguo frecuente, y de hecho, el que originalmente reguló la Ley de las Doce Tablas. Es más, ganado era el sentido más cercano a “cuadrúpedo” según se vio.

La citada ley distinguía la hipótesis de que el guardador o dueño del ganado lo introdujera de forma voluntaria en predio ajeno (lo que recuerda la *actio de pastu pecoris*), o bien con su conocimiento, de aquella en que el ganado entrara por simple “aventura”. Si tenía lugar la primera situación, manifiesto o probado el daño, la víctima tenía derecho a que el dueño se lo indemnizara “doblado”, una vez apreciado por hombres buenos y sabedores. Si en cambio ocurría la segunda, la víctima sólo tenía derecho a una indemnización “sencilla”, pero pudiendo el dueño del ganado, “*desamparar el ganado, o la bestia, que lo fizo, en lugar de la emienda del daño*”. Se reiteraba entonces, para el caso de daños de estos animales por naturaleza mansos, la posibilidad de eximir o limitar su responsabilidad que tenía el dueño cuando no concurriese culpa de su parte.

En cuanto a las bestias naturalmente bravas (como el león, oso, onza, leopardo, lobo cerval o jineta, o serpiente), la P.7.15.23 no innovó demasiado en relación al edicto *de feris*. Simplemente reprodujo el deber de guardarlas y tenerlas presas en la casa, de manera que no hicieran daño a ninguno. En caso de infracción a este deber, se aplicaba la sanción correspondiente, dependiendo (como lo hacía el edicto romano) de si, el daño se producía a una cosa, o a un hombre. Si ocurría lo primero, el propietario debía pagar doblado el daño; si ocurría lo segundo, dependía de la naturaleza del perjuicio: si el hombre resultase herido, el dueño del animal debía comprarle las medicinas a la víctima, pagar el maestro (doctor) y cuidar del herido hasta

que sea curado; a ello se agregaba el pago del lucro cesante (debía pagar “las obras que perdió desde el día que recibió el daño hasta el día que guarció”) y todo otro menoscabo sufrido; en caso de muerte, el dueño de la bestia debía pagar doscientos maravedís de oro, pero la mitad a los herederos del muerto y la otra mitad a la cámara del rey; y, en caso de invalidez de la víctima (lisiado de algún miembro), era obligado el dueño de la bestia a enmendar la lesión, según albedrío del juez del lugar, considerando la posición social de la víctima y el miembro lesionado.

No había en Las Partidas una referencia especial a las bestias naturalmente bravas (como hacía *de feris*), salvo a los perros.⁶⁷³ A ellos se alude en la ley 21, que regulaba las especiales situaciones de mordedura de perro o daños por espanto de bestia por parte de un tercero. Sin embargo, la unión de estos dos casos no era casualidad, pues en ambos, la actividad dañosa de animal obedecía a una acción previa del dueño o de un tercero, sancionándose por ella. Así, en el caso de los perros, se castiga con la obligación de indemnizar el que “enrida el can” a que muerda a otro; si estaba encerrado, el que lo “soltasse a sabiendas, e le diesse de mano”; o si está suelto “lo erridasse”, mordiendo o causando algún daño a otro. Si se trataba de otro animal, se sancionaba a quien lo espantase a sabiendas, y producto del espanto, provocara daño a un tercero o bien el mismo animal sufriera lesiones o su muerte. Se trataba por tanto sólo de situaciones o de mala fe, donde el caso del perro queda incluido por ser instrumento de daño de parte de un tercero, pero no por su especial naturaleza.

En lo relevante para este trabajo, la exclusión que tuvo lugar en derecho romano de posibles herramientas de limitación de la responsabilidad del dueño de la fiera por naturaleza, se replicó. Ninguna herramienta innovadora limitativa de la responsabilidad fue desarrollada.

B. *El antecedente francés*

Sin perjuicio de lo ya expresado en el capítulo séptimo, romano I, núm. 1, letra E, la construcción francesa de la doctrina pre *Code* se entiende a partir de los desarrollos iusracionalistas. En este sentido, cabe señalar que Grocio consideraba que la obligación del amo de resarcir los daños de los esclavos sin orden y de los animales, no tenía su fundamento en el derecho de gentes, pues no había culpa del *dominus*. En su concepto, la obligación era

⁶⁷³ Los comentaristas los entienden incluidos, siguiendo el edicto edilicio. *Las Siete Partidas*, cit., t. IV, nota 88, p. 278.

exclusiva de derecho civil particular.⁶⁷⁴ Esta afirmación dio lugar a discusión, siendo rebatida por el destacado Pufendorf, quien afirmaría que, por el contrario, las acciones noxales a que daban lugar estos casos, sí estaban fundadas en el derecho natural. En este contexto, y relevante para el desarrollo posterior de la responsabilidad de los daños causados por animales especialmente, afirma que los dueños no tienen por qué tener criaturas sin tomar las medidas que eviten el daño,⁶⁷⁵ de lo que se deduce la natural obligación de indemnizar. Con ello deja en evidencia que el motivo de fondo de la responsabilidad es su falta de cuidado, o sea, la concurrencia de culpa de su parte. Ello es coincidente con lo comentado respecto de Heineccio en el acápite precedente (núm. 1, letra E).

Este tipo de ideas, en un ambiente cuya tendencia era a la responsabilidad por culpa, tendió por lógica a consolidarse.

No extraña entonces que en Domat apareciera como vimos este caso dentro de los cuasidelitos (capítulo séptimo, romano I, núm. 2, letra A), atribuyéndole a las personas que posean animales el deber de contenerlos, de suerte que no causen daño a otros ni pérdida o menoscabo alguno a sus bienes.⁶⁷⁶ De ahí entonces que se encuentra obligado a responder el dueño o el que estuviere encargado de dichos animales, de todo daño que éstos causen, si pudo o debió prevenir el mal.⁶⁷⁷ La hipótesis se configura sobre la base de un deber de custodia y su infracción es una *faute*, de la cual se debe responder. Así, este caso de responsabilidad por el hecho de los animales resulta claramente subjetivo en Domat.

El autor francés se da cuenta que un criterio de atribución del daño como el señalado importaba que el demandado no necesariamente debía ser “el propietario actual”, pues lo que debía concurrir era una relación de causalidad entre el daño y la actuación del responsable (falta al deber de custodia). En dicha relación, la calidad de dueño no tenía ninguna importancia, pues lo relevante es la posición de custodio del animal.

Asimismo, la *noxae deditio*, conforme las mismas reglas romanas de la noxalidad, era improcedente, porque concurría una culpa propia de quien tuviera bajo su poder al animal. Por lo mismo, Domat no alude a la facultad noxal como una posibilidad general para el demandado por daños provocados por animales. Sí en cambio, y como una suerte de resabio del *droit anciens*

⁶⁷⁴ *De iure belli ac pacis*, t. II, caput XVII, par. XX.

⁶⁷⁵ Pufendorf, *De jure naturae et Gentium*, l. III, 1, § 6. Véase, Wilkin *et al.* (eds.), *Of the law of nature and nations*, trad. al inglés Basil Kennett, 4a. ed., London, 1729, p. 219.

⁶⁷⁶ Domat, *Las leyes civiles*, cit., p. 68.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 69.

en su obra, afirmaba que “el dueño de la bestia que haya sido la primera en embestir estará obligado o a abandonar al otro el animal que haya causado el daño, o a resarcírselo”.⁶⁷⁸ Probablemente le chocaba al autor francés la limitación de responsabilidad por cualquier daño, concurriendo *faute* de parte del dueño o tenedor del animal. Mas, tratándose de daño de un animal a otro, la entrega del animal golpeador podía ser vista como verdadera reparación, pues el dueño o tenedor de un animal dañado, podía sustituir éste por el golpeador no dañado.⁶⁷⁹

Por su parte, es significativo pero entendible, el diverso tratamiento que Pothier da a la materia en sus *Pandectas* primero, y en su *Tratado de las Obligaciones* después. Dado que las primeras son comentarios a los textos romanos, reproduce en ellas todas las características de la *actio de pauperie*, incluyendo su aplicación sólo si el animal causó daño espontáneamente contra su naturaleza; su deducción contra el actual propietario del animal; y, en lo que particularmente me interesa, que éste “puede evitar todas estas condenas con el dar en resarcimiento el animal autor del perjuicio; esto porque el perjuicio es el delito mismo”.⁶⁸⁰ Sin embargo, la reproducción no se tradujo en explicaciones particulares en su “*Tratado de las obligaciones*”, dando la impresión que quedaba la materia incluida en la fórmula general de los cuasidelitos: “el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño”.⁶⁸¹ Además, fija como reglas que sólo las personas dotadas de razón son capaces de cometerlos, que no sería el caso de los animales, y que se responde por los daños causados por quienes los tienen bajo su autoridad.⁶⁸²

Respecto de los animales feroces, hay novedades importantes en los dos autores galos en comento. En efecto, Domat, consecuente con lo ya dicho, no se contentó con la simple no aplicación de la *actio de pauperie* por la natu-

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 70.

⁶⁷⁹ En todo caso, esto no significa que a la época, dado el antecedente del derecho romano, los juristas entendieran la aplicación de la noxa restringida sólo a este caso. En este sentido es interesante acotar que en la traducción de la obra de Domat que utilizamos, se introduce como comentario de la referencia del jurista galo antes transcrita, que si la bestia se mueve contra lo que por lo regular acostumbra, de modo que fuere conocida por bestia mansa, podría el dueño evitar el pago de daños entregando el animal que los hubiese causado, citando luego la ley 22 del título 15 de Las Siete Partidas (*Las leyes civiles, cit.*, t. II, p. 70, núm. 7). Ello es indicativo que a la época de la edición de esta traducción (1841), se sigue entendiendo en España a la noxa del animal como regla general y así se interpreta la referencia de Domat; es decir, no sólo restringida al caso de daño de un animal a otro.

⁶⁸⁰ Pothier, R. J., *Pandectae di Giustiniano*, versión italiana, cura Antonio Bazzarini, v. 2, Venezia, 1833, p. 70.

⁶⁸¹ Pothier, *Tratado, cit.*, núm. 116, p. 72.

⁶⁸² *Ibidem*, núm. 121, pp. 73 y 74.

ral ferocidad. Al respecto, insiste en que el poseedor “debe tenerlos de suerte que no puedan producir daño, y que será responsable del que sobrevenga por falta de buen cuidado”.⁶⁸³

Pothier mantiene su omisión en el Tratado de las Obligaciones, aplicándose las reglas generales que enunciaba ya citadas. Mas, había elaborado con profundidad la respuesta en las Pandectas, entendiendo que la *actio damni* y la *actio de pauperie* se asemejan, procediendo la primera por una actuación con *iniuria* de un hombre, mientras que la segunda por una actuación instintiva del animal contra su naturaleza, que es como una *iniuria*. En cambio, en una fiera no podía haber *iniuria* pues ésta actuaba de acuerdo a su naturaleza feroz. Luego, habiendo una suerte de *iniuria* en los animales mansos, procedía la *actio de pauperie* que permitía al demandado entregar al animal “culpable”; mientras que no procedía el mismo remedio para las fieras, al no existir ninguna “culpabilidad” en ellas, correspondiendo el ejercicio de una acción especial, que no contuviese la facultad de darla en noxa.⁶⁸⁴ Si bien no lo dice expresamente Pothier, se deduce fácilmente que no siendo “culpable” la fiera (por ser tal), debía ser culpable el que la tenía quien, conociendo su peligrosidad, no tomó las medidas de seguridad correspondientes para evitar el daño.

De lo dicho por ambos autores, extraer los principios que gobernaban la responsabilidad por el daño de los animales no resultaba muy difícil. No había aplicación de la noxa para Domat respecto de daños de animales mansos o feroces por existir *faute* del tenedor; y no la había para Pothier respecto de las fieras por concurrir culpa también de este último. Por tanto, en ninguno de los dos casos era procedente la noxa. Y tal conclusión era lógica dado que ninguno de los dos tipos de animales estaban dotados de razón, por lo que no podían responder de forma directa del cuasidelito de daño (que era en la práctica lo mismo que el *de pauperie*), siendo obligación de su tenedor el evitar que causasen daños, sin distinción acerca de su ferocidad o docilidad natural. La ferocidad no generaba más diferencias que los cuidados que debía adoptar el tenedor, dada la peligrosidad que representaba la cosa animada en su poder. A todo ello se sumaba que las personas no sólo respondían por los hechos propios, sino también por los cometidos por los que se encuentran bajo su autoridad.

Así, en términos romanísticos, “fatta astrazione della noxa deditio, dalla distinzione fra d. *secundum naturam* e *contra naturam* e altre divergenze... ben si può dire pertanto, che in questa materia dei danni cagionati dagli animali

⁶⁸³ *Loix civiles*, cit., p. 151; *Las leyes civiles*, cit., t. II, núm. 9, p. 70.

⁶⁸⁴ *Pandectae*, cit., p. 66, nota 2.

ancora sussita una rispondenza quasi sostanziale tra *l'a. de pauperie* da una parte e ‘la legis Aquiliae dall'altra’”.⁶⁸⁵

Todo lo dicho explica en definitiva que el *Code* recogiera “las viejas” hipótesis romanas en una sola disposición (artículo 1385), en los siguientes términos: “el propietario de un animal, o quien se sirva de éste, mientras estuviera usándolo, será responsable del daño que el animal haya causado, bien que el animal estuviera bajo su guarda, o bien que se hubiera extraviado o escapado”.⁶⁸⁶ Ello sin perjuicio que en razón de la doctrina sustentante de la norma, responsabilidad por culpa, ésta podría no haber existido, por estar contenido en la regla general, como ocurrió con el caso de *effusis vel deiectis* como veremos en el punto siguiente.

Pero la lectura del artículo 1385 pareciera dar a entender que el legislador francés en vez de recoger un caso de cuasidelito, adoptó uno de responsabilidad objetiva, pues la *faute* no figura entre sus líneas. Además, pareciera que lo hizo sin considerar el contrapeso de la limitación de ella mediante la entrega del animal causante del daño, como habría debido ser al modificar la naturaleza de la responsabilidad. Empero, la verdad es que ninguna de las dos cosas son ciertas, al menos al momento de la dictación del código.

La historia fidedigna del establecimiento del artículo demuestra que a pesar del tenor literal, existía el entendimiento que el dueño del animal, o quien se servía de él, respondían por *culpa in vigilando*, recepcionándose efectivamente el material elaborado por Domat y Pothier. Así, en el Informe de Bertrand-De-Greuille, contenido en la Comunicación Oficial al Tribunal, se afirma que el proyecto prevé los casos en que un animal que, guiado por alguien o escapado de sus manos habría causado algún daño “*parce qu'alors ce dommage doit être imputé, soit au défaut de garde et de vigilance de la part du maitre, soit à la témérité, à la maladresse ou peu d'attention de celui qui s'est servi de l'animal*” y en el caso que simplemente se haya extraviado “*dans la thèse générale, rien de ce qui appartient à quelqu'un ne peut nuire impunément à un autre*”.⁶⁸⁷

⁶⁸⁵ Pranzataro, Appendice del traduttore al libro IX, titolo I, “Della responsabilità civile per il danno prodotto dagli animali”, en Glück, *Commentario alle pandette, cit.*, t. IX, pp. 124 y 125.

⁶⁸⁶ Hago presente en todo caso, para efectos de los codificadores latinoamericanos que lo tuvieron a la vista, que el artículo 1154 del Cc.It del año 1865 fue sólo una traducción del francés: “il proprietario di un animale o chi se ne serve, pel tempo in cui se ne serve, è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o sia fuggito”.

⁶⁸⁷ Fenet, A., *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, reimp. de 1827, Otto Zeller, Osnabrück (ed.), 1968, t. I, p. 476.

Esto último podría dar a pensar en una hipótesis, en última instancia, de responsabilidad objetiva. Sin embargo, Tarrible en su discurso ante el cuerpo legislativo, deja en claro que la regla es que los daños deben ser el efecto de una falta o de una imprudencia, pues si no puede ser asignado a esta causa, ya no es más que la obra de la suerte, en cuyo caso cada uno debe soportar las fatalidades; pero si hay falta o imprudencia, por ligera que sea su influencia sobre el daño cometido, se debe reparación. Y precisamente “*c'est à ce principe que se rattache la responsabilité du propriétaire relativement aux dommages causés par les animaux*”.⁶⁸⁸

Luego, si la responsabilidad estaba fundada en la culpa del propietario o tenedor del animal (*culpa in vigilando*), significa que la eximición de la responsabilidad se encontraba implícita, como había ocurrido en derecho romano, al subjetivar la *fattispecie*: si concurría culpa, era justo que el propietario o quien se sirviera o guardara el animal, respondiese; si probaba que no le resultaba imputable la actividad dañosa del animal, ningún daño estaba obligado a reparar. No tratándose de un caso de responsabilidad estricta, la introducción de una herramienta limitativa de la responsabilidad no tenía sentido. Por ello, a pesar de conocer los redactores la *nox*a romana, y no obstante su reconocimiento en la literatura pre codificación, ella no sólo no se necesitaba recepcionar, sino que no debía, pues era contraria al sistema fundado en culpa.

Destaco, a propósito de esto último, que el sujeto pasivo de la acción no sólo era el propietario, sino también el que se sirviera de él, estuviese bajo su guarda o bien ya no por extravío o escape. O sea, no era el propietario actual el responsable, quien por el contrario era el único legitimado para “dar” en *nox*a en derecho romano, sino el que lo tuviese al momento del daño. Y ello era razonable porque es el tenedor que se estaba sirviendo del animal era el obligado a su custodia. Si el animal causó daño, fue por mala vigilancia; si se escapó o extravió, fue también por mala vigilancia o guarda inadecuada. Este cambio en la legitimación pasiva también atentó de forma directa contra la posibilidad que se recepcionara la *nox*a del animal en el *Code*, pues el responsable no necesariamente era el propietario, quien era el facultado para “dar” a la bestia.

C. García Goyena y el código español

El artículo 1902 del PGG contenía la responsabilidad por los daños causados por animales. El autor siguió en buena parte el artículo 1385 del

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 488.

Code, de modo que no extraña que dispusiera la responsabilidad del propietario como asimismo del poseedor, dado que el criterio de imputación a la época era la culpa en razón de la falta de cuidado del tenedor. Cita incluso el artículo 1320 del Código austriaco, el que expresamente hacía responsable al que ha descuidado su custodia.

Los redactores del código español, consecuentes con ello, eliminaron la referencia al propietario (cuyo origen estaba en el código francés), estableciendo como responsable al poseedor o al que se sirve del animal, esto es, a cualquier mero tenedor que se encuentre en razón del uso obligado a adoptar las medidas de cuidado (artículo 1.905 del Cc.Es.).

García Goyena tuvo presente la posibilidad de introducir la *nox a deditio* del animal, dejando constancia que tanto el artículo 2031 del Código de la Luisiana como el 4.13.7 bávaro contenían dicha facultad para el dueño. Curiosamente en el punto no cita a Las Partidas, que era el antecedente nacional más cercano. El artículo 1902 del PGG no la incluyó, probablemente porque primó el *Code*, como asimismo porque no se debió entender procedente la limitación de la responsabilidad que significaba la entrega, dada la culpa en que se fundaba, todo ello en un ambiente cuya tendencia es la reparación del daño por derecho natural. Además, si el custodio no era el propietario, no podía haber *nox a*, como ya señalamos.

Asimismo el autor en comentario destacó que el artículo que proponía, a diferencia de todos los vigentes a la época, establecía una eximente de la responsabilidad: “a no ser que el daño fuere ocasionado por el mismo que lo recibió”. A través de esta frase, García Goyena incorporaba los casos romanos en que la víctima provocaba al animal, presentes por lo demás según vimos en Las Partidas (indica incluso con precisión que las fuentes utilizadas fueron D.9.1.1 y 2; P.7.15.21 y P.7.15.22). Igualmente, también imputa responsabilidad al tercero que haya dado ocasión al daño, cuyos fundamentos son los mismos anteriores.

El texto francés, y estas novedades del PGG, permiten entender la redacción dada artículo 1905 del Cc.Es., destacando la segunda parte del mismo: “el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”.

También cabe señalar que este jurista natural de Tafalla tuvo muy presente la distinción entre animales mansos y bravos, aludiendo a las fuentes romanas al respecto como asimismo a su presencia en Las Partidas. Sin embargo, ninguna alusión ni distinción en los efectos prosperó en su proyecto. Nuevamente, la influencia francesa fue más fuerte en el punto, aunque se

observa convicción en cuanto a resultar la fórmula gala la más adecuada. En este sentido, respecto de los animales feroces o dañinos que les dejen sueltos o en disposición de causar un mal, señala que el artículo 82 núm. 12 del código penal castiga el hecho como falta, “haya habido o no daño”.⁶⁸⁹ Es decir, hay una prohibición legal de conducta cuya infracción es sancionada por el derecho penal, por el peligro de daño que origina. En cambio, al derecho civil no le importa la naturaleza del animal, su mayor o menor peligrosidad, sino la circunstancia que haya causado daño, que es lo que se indemnizará y en su medida. La fiereza del animal no aporta algún elemento que modifique la reparación. El cambio conceptual con el derecho romano vuelve a ser evidente.⁶⁹⁰

Así las cosas, al aprobar el Cc.Es. de 1889, el artículo 599 núm. 3 del código penal sancionaba como falta a los dueños de animales feroces y dañinos que fueran dejados sueltos o en disposición de causar mal.

2. La responsabilidad por el hecho de las cosas arrojadas o vertidas y cuya caída causa daño

A. El setenario

La P.7.15.25 sancionaba a los moradores que “echaban desde sus casas” a la calle, agua o huesos u otras cosas semejantes causando daño a los transeúntes, aun cuando no hubiese habido intención de dañar. Gregorio López por supuesto que concordaba de inmediato la Partida con los pasajes del Digesto y de las Instituciones de Justiniano (D.9.3.1 pr. e I.4.5.1 y 2),⁶⁹¹ resaltando que la disposición se aplicaba incluso aunque se transite de noche, en clara relación con Digesto D.9.3.6.1 (capítulo cuarto, romano II, núm. 3, letra B). Unido ello a la falta de mención de la altura, que habría dejado de ser un elemento relevante así como el lugar, los márgenes de la hipótesis se aprecian ampliados, bastando “echar” a la calle.

En un comienzo, pareciera que las Partidas habrían mantenido el criterio de imputación objetiva centrado en el *habitor* (se sanciona a los moradores sin voluntad de causar perjuicio). Incluso, replicando disposiciones contenidas en las fuentes, Gregorio López señalaba que respondía el morador fuese la casa propia, alquilada o cedida de forma gratuita, ratificando

⁶⁸⁹ La cita corresponde al artículo 482 del CP de 1848, que con la reforma de 1852 pasa al núm. 9 del artículo 484.

⁶⁹⁰ Respecto a todas las referencias, García Goyena, *op. cit.*, p. 256.

⁶⁹¹ Gregorio López, *op. cit.*, p. 281, nota 98.

que se trataba de una situación de hecho lo que determinaba al responsable, y sin que resultase necesario “probar el acto procedente de persona determinada”.⁶⁹²

Sin embargo, la misma P.7.15.25 agrega luego “porque son en culpa, echando alguna cosa en la calle por do pasan los omnes”. Con ello, se recepciona expresamente la frase “*culpa enim penes eum est*” de D.9.3.1.4, entendida como culpa propiamente tal. Curiosamente, la inserción no fue digna de ningún comentario de López. Ello deja en evidencia que en definitiva la disposición era entendida subjetivamente, y que el criterio del morador servía sólo para determinar el sujeto que incurrió en culpa.

Por otra parte, la ley 25 siguió la estructura de D.9.3.1 pr. (capítulo cuarto, romano I), que aplicaba sanciones dependiendo del daño causado: por ropas u otras cosas del transeúnte, fijaba una indemnización equivalente al doble del perjuicio; y si era la muerte del viandante, la pena ascendía a cincuenta maravedis de oro (nótese que cambia la moneda pero no la sanción nominal “50”), pero correspondiendo la mitad a los herederos del muerto, y la otra mitad a la cámara del rey. Llama la atención que no se regula el caso de lesiones, quedando probablemente incluida en la primera hipótesis.

La pluralidad de moradores era regulada, estando todos ellos obligados a la pena, salvo que se identificara al hechor. Al huésped se le excluía, salvo que hubiera sido quien personalmente arrojase. Por ende, la Partida le seguía garantizando a la víctima el pago de la pena, aun cuando no pudiese identificar al hechor; empero, si éste era individualizado, sólo él resultaba obligado.

La P.7.15.26 se hacía cargo del edicto *de positis vel suspensis* regulando la situación de las señales que los hosteleros u otros hombres cuelgan ante las puertas de sus casas para que sean más conocidas por ellas (cambia un tanto lo colgado, producto de las costumbres de una época distinta, pero no la idea). Si se colgaban sobre las calles por donde andaban los hombres, la disposición ordenaba que las colgasen de cadenas de hierro u con otra cosa cualquiera de manera que no puedan caer ni hacer daño. Si había sospecha de que podían caer, aunque no lo hicieran, por la “pereza del morador”, debía éste pagar diez maravedis de oro (nuevamente, la cifra nominal “10” adopta), cinco al “acusador” y cinco a la cámara del rey.

Destaco la “pereza del morador”, pues da cuenta de la continuidad del criterio romano subjetivo de atribución de la responsabilidad, sancionado no a quien pone la cosa, sino a quien la tiene puesta (“*positum habeat*”, capítulo quinto, romano II, núm. 2), resultando culpable por omitir su remoción.

⁶⁹² *Ibidem*, nota 100.

La “pereza” es signo de una valoración negativa de la conducta y por tanto de su reprobación. Asimismo, “el acusador”, revela que la acción sigue también siendo popular, pues cualquiera puede denunciar al que tiene puesta una cosa en altura cuya caída puede causar daño. El acusador recibe el premio de cinco maravedís, pero otros cinco van a beneficio fiscal, denotando una sanción administrativa por violación a una norma de policía.

Por otra parte, si caía y dañaba, el propietario de la casa debía pagar el daño causado doblado; y si el resultado era la muerte de un hombre, cincuenta maravedis de la manera dicha. Es relevante esta última disposición, pues con ello Las Partidas no solamente previenen un potencial daño, sino que resuelven expresamente el problema de la acción que se debía deducir en caso de daño, que el edicto *de positis* no regulaba (capítulo quinto, romano III).

Ni la ley 25 ni la ley 26 antes referidas, recogieron la posibilidad para el dueño de limitar su responsabilidad a través de la entrega del siervo. Ello no obstante el cuerpo legal contempló un sistema de “servidumbre” (título XXI, de la Partida IV), como asimismo el pleno poder de disposición sobre el siervo (P.4.21.6) y de haberse contemplado “el desamparo” (noxia) en materia de *nautae caupones stabularii* (P.7.14.7).

Desde luego, si el fundamento de la responsabilidad era subjetivo, porque había culpa en el morador, resultaba correcto a la luz de las fuentes romanas de la noxalidad que la alternativa de la *noxae deditio* no hubiese sido incorporada. Sin embargo, el punto escapaba a los intérpretes de la época pues por igual admitían la reducción de los efectos patrimoniales en favor del responsable a través de la acción de regreso ya analizada para este caso (capítulo cuarto, romano III, núm. 4). Así, Gregorio López con cita expresa de Baldo, está de acuerdo en que el que habita la casa podrá recobrar de “su familiar ó doméstico lo que hubiere pagado por la culpa de éste”.⁶⁹³

De todas maneras, dado que no estamos frente al sistema procesal romano clásico, seguramente no existió inconveniente en identificar en juicio al hechor material y que se siguiese directamente contra él la acción.

B. *El antecedente francés*

En cuanto a Domat, éste recibirá como material de estudio una figura romana ya subjetivada por los iusracionalistas (capítulo séptimo, romano I, núm. 1, letra E), que incluso formaba parte de una nueva idea acerca de los “cuasidelitos”. Luego, no resultaba extraño, sino por el contrario, normal a

⁶⁹³ Gregorio López, *op. cit.*, p. 281, nota 100.

la época, que este jurista francés ubicara el caso consistente en arrojar cosas por las ventanas dentro de los cuasidelitos, como ya señalamos en este capítulo (romano I, núm. 2, letra A). De modo que esta es la base a partir de la cual Domat trata en sus explicaciones los edictos *effusus vel deiectis* y *de positis vel suspensis*.

Respecto del primero, declaraba responsable como en el derecho romano “al que habita” (*habitor*), por lo que haya tirado por sí mismo o uno de su familia o de sus domésticos, no importando si era de noche o de día y el lugar,⁶⁹⁴ y aún en ausencia del dueño y sin tener noticia de ello.⁶⁹⁵ Si eran muchos, todos debían pagar *in solidum* excepto si se podía saber quien arrojó. Si las habitaciones eran separadas, cada uno debía reparar el daño que ocasionase lo que se arroje desde los aposentos. De modo que el régimen que daba al caso era romano subjetivado.

En cuanto al edicto del pretor sobre cosas colgadas o en suspenso, el autor galó recogía el carácter preventivo, pues aludía al pago de la multa por parte del dueño por tener una cosa colgada que pudiera dañar a los transeúntes, conforme leyes de policía, aun cuando no las haya puesto. Pero si caía y causaba daño, el que habitaba la casa (y no el dueño) quedaba responsable del daño.⁶⁹⁶ Los motivos de establecer reglas para estas situaciones, expresamente lo entendía como el aseguramiento del libre tránsito y seguridad de los pasantes.⁶⁹⁷

En cuanto al fundamento de la responsabilidad, en ambas figuras se atribuía ésta al *habitor* en razón de culpa según Domat. De ello deja rastro en diversas frases: las reglas dadas para quien habita son “para el solo caso que lo que se haya echado o derramado lo haya sido por imprudencia y sin malicia”⁶⁹⁸ (pues de lo contrario habría delito y no cuasidelito); y no importa el lugar en los cuales “semejante imprudencia podría causar algún daño”.⁶⁹⁹ Queda la duda con este tipo de comentarios, si en su concepto procedía como eximente la prueba de falta de culpa.

Habiendo *faute* del *habitor*, según el caso, la noxa del doméstico autor del hecho, si ésta fuera la hipótesis, no podía tener alguna cabida, así como tampoco una acción de regreso u otro instrumento limitativo o redistributivo semejante. Esto incluye no sólo personas dependientes, sino la responsa-

⁶⁹⁴ Dejaba así aclaradas viejas discusiones de los juristas, vistas en el capítulo cuarto, romano II, núm. 3, letra B.

⁶⁹⁵ *Las leyes civiles*, cit., t. II, p. 65, núm. 1.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 67, núms. 9 y 10.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, pp. 65 y 66, núm. 2; p. 67, núm. 9.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 67, núm. 8.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, pp. 65 y 66, núm. 2.

bilidad del habitador por los hospedados, siendo diferente en el punto con la jurisprudencia romana;⁷⁰⁰ si hay culpa de su parte, no tiene nada que solicitar en restitución ni a nadie. A lo más probar la falta de culpa, pero con la interrogante antes planteada.

Pothier en cambio, no contempló el caso en su Tratado de las Obligaciones pues, probablemente, con la noción de delito y cuasidelito entendía que bastaba.

El *Code* no acogió la figura en ninguno de sus artículos. Sin embargo la situación tiene sus bemoles. La Comisión de Gobierno encargada de su redacción sí consideró en los artículos 17 y 18 de la sección sobre cuasidelitos del proyecto el daño producido a un transeúnte por el agua u otra cosa arrojada desde una casa habitada, atribuyéndole responsabilidad al que lanzó, si fue identificado; al habitador; solidariamente todos los que habitaren el apartamento desde donde se lanzó; o el huésped respecto del cual se pruebe que arrojó.⁷⁰¹

En la discusión de dichas disposiciones, el señor Miot adujo que la enunciación del principio bastaba y por tanto que los ejemplos (ahora en los artículos 16 y 17), se debían eliminar, lo que fue aceptado, procediéndose a ello.⁷⁰² El principio por supuesto se refería a lo que disponían los futuros artículos aprobados como 1382 y 1383. Es decir, era tal la claridad que la responsabilidad estaba fundada en el dolo o culpa del habitador o de quien arrojase, que una norma especial sólo resultaba redundante. Se podría decir que en este punto, entre el *Code* y el Tratado de las Obligaciones de Pothier no hubo diferencia.

C. *García Goyena y el código español*

Resultaba lógico que la falta del caso en el *Code* llevase a su omisión también en los códigos que lo reprodujeron total o parcialmente. Ello explica que don Florencio señalara que a pesar de que se echa de menos en los códigos civiles modernos, él sí proponía regular el caso del edicto de *effusis vel deiectis* en el artículo 1904 de su proyecto.

No obstante ello, advierte el jurista español que la figura es en realidad “materia de policía”, razón por la cual estaría regulada en el artículo 482, núms. 22 y 30 del Código Penal (de 1848), que correspondían a las faltas. El primer número efectivamente contiene el caso, pero el segundo se refie-

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 66, núm. 5.

⁷⁰¹ Fenet, *Recueil Complet*, cit., t. II, p. 203.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 455. Alessandri, núm. 373, p. 449, nota 1.

re a la contravención en general de reglamentos de policía urbana o rural, referencia que más bien tuvo por objeto ratificar el fundamento dado a la disposición. De manera que no sólo se consideraba *de positis vel suspensis* como norma de policía, que es lo que había sido tradicional, incluyendo Las Partidas y la doctrina de la época, sino también el caso de arrojar o verter.

García Goyena cita expresamente como excepciones al panorama precedente los artículos 4.13.8 y 1318 de los códigos bávaro y austriaco respectivamente, sirviendo de ejemplos de códigos que han recogido la figura romana, pero no siguiéndolos en cuanto al contenido.

Lo anterior en razón que en dichas disposiciones se imputaba responsabilidad al propietario de la casa, criterio que no compartió. La sustancia del artículo 1904 que propone la toma de I.4.5.1 y Las Partidas. Advierte que dentro de la frase “todo el que habita *como principal*”, lo destacado en cursiva, no está en aquéllas, y por lo mismo tal vez sean más claras. Pareciera ser entonces que García Goyena trata de ser fiel al criterio de imputación romano, que no correspondía al dueño de la casa o edificio (como los códigos europeos citados indican), sino al que se encontraba en una posición de hecho a su respecto. Sin embargo, escribe en un contexto en que se entiende como fundamento de la figura la culpa, citando incluso expresamente P.7.15.25, que había subjetivado la conducta según vimos.

De este modo, “como principal” no es cualquier *habitor*, sino uno que tiene una posición de poder al interior de la casa respecto de todas las otras personas que la habitan. Luego, es quien tiene el control del ingreso a ella así como de las conductas ejecutadas por aquéllos. Por tanto, si se produjeron daños porque alguno de los habitantes arrojó alguna cosa al exterior, el habitador principal habría incurrido en culpa (culpa *in eligendo* o *in vigilando*). Es más, es esta idea lo que explicaría en buena parte que los redactores del código civil español, advertidos por García Goyena que no era tan clara su redacción, sustituyen la frase “todo el que habita *como principal*” por “*el cabeza de familia* que habita una casa o parte de ella”.⁷⁰³

Así las cosas, tanto el artículo 1904 del PGG como el artículo 1910 del Cc.Es. no aluden en parte alguna a la culpa o a otro término que hiciera sospechar su presencia como criterio de imputación, pero la suponen. Es más, la disposición está bajo el título “de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”.

Desde un punto de vista de fondo, este fundamento de nuevo es consistente con la falta de toda referencia a la noxalidad, y en general, a cualquier

⁷⁰³ Respecto a todas las referencias, García Goyena, *op. cit.*, p. 256. El artículo 1910 del Cc.Es. reza: “El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma”.

tipo de herramienta limitativa de la responsabilidad, pues ésta era subjetiva y no objetiva. Empero, en el caso español, la cuestión tenía menos probabilidades de ser siquiera discutida, pues la noxalidad ya no se encontraba en P.7.15.25 (vista en la letra “A” precedente), citada expresamente por García Goyena.⁷⁰⁴

La inclusión en el código civil del caso no implicó que desapareciera del ámbito penal. Al momento de su entrada en vigencia, la hipótesis estaba regulada como falta por el artículo 599, núm. 7 del código penal de 1870.

Por su parte, la figura del de *positis vel suspensis* no fue considerada ni en el PGG (aunque el autor cita expresamente P.7.15.26) ni en el Cc.Es., quedando relegada exclusivamente al ámbito penal. Al momento de redactar su proyecto García Goyena, estaba regulada como falta en el artículo 484, núm. 18 del CP de 1850 (sancionando al que tuviera objetos colocados en balcones u otros puntos exteriores con infracción a las reglas de policía); y cuando se aprueba el código civil, estaba contemplada en el artículo 599, núm. 8 del CP de 1870 (castigando al que tuviera colocados objetos en el exterior de su morada sobre la calle o vía pública que amenacen daño con su caída). Así, su origen preventivo e infraccional romano y del Setenario, traducido luego en normativa de policía, se plasmó en definitiva en faltas penales.

3. *La responsabilidad por el hecho de los armadores, hoteleros y estableros*

A. *El Setenario*

Si una persona recibía en su casa, o en su establo, o en su nave a otro, con sus bestias, o con sus cosas, de forma gratuita o a cambio de precio, y luego eran hurtadas las cosas así recibidas, P.7.14.7 dispuso las siguientes reglas: si el hecho lo cometía el hostelero personalmente, o lo ejecutaba un tercero por orden suya o simple consejo, se debía sancionar con pena de hurto al hostelero; si el hecho lo realizaba un dependiente suyo, que actuó sin mandato y sin consejo, se debía condenar a pagar la cosa doblada, “*porque el es en culpa, teniendo ome malfechor en su casa*”; y, si el hurto lo cometía un siervo, podía el señor (hostalero) escoger entre “*desamparar el siervo en lugar de la cosa hurtada, o de la pechar doblada, qual mas quisiere*”. Se observa entonces en general que Las Partidas prácticamente reprodujeron en estructura y contenido I.4.5.3 (D.44.7.5.6), pero restringido al hurto.

⁷⁰⁴ Respecto a todas las referencias, García Goyena, *op. cit.*, p. 256.

Según la primera regla, si el ejecutor del hecho era un hombre libre, respondía el hostelero del hurto por *culpa in eligendo*, conforme da a entender la frase “*porque el es en culpa, teniendo ome malfechor en su casa*”. La literalidad de P.7.14.7 daría cuenta de un cambio en el criterio de atribución de la responsabilidad en las acciones *adversus nautas caupones et stabularios*, pues aparece ahora fundada en culpa.

La citada frase está conceptualmente basada en la expresión “*aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur*” de I.4.5.3, que según vimos correspondía sólo a un “color de culpa” o culpa imputación (capítulo sexto, romano I, núm. 3) y no significaba originalmente culpa en sentido técnico (capítulo cuarto, romano II, núm. 4). Literalmente, su primera parte corresponde a la expresión “*culpa enim penes eum est*”, utilizada en las fuentes, entre otros textos, en D.9.3.1.4. Además, podríamos decir que esta inclusión deja a la vista su adopción por Las Partidas, pues también la encontramos en la P.7.15.25 ya comentada (capítulo séptimo, romano II, núm. 2, letra A).

Para el caso en comento, no se incluyó ninguna herramienta limitativa de responsabilidad, lo que estaría acorde con el nuevo fundamento subjetivo. Mas, la interpretación del texto era distinta. Al respecto, Gregorio López señalaba que si el amo o principal resultaba condenado, podría repetir de los mismos delincuentes lo que hubiese pagado, citando en apoyo a Juan Fabro, y agregando expresamente el texto que dice que éste no cita: D.4.9.6.4.⁷⁰⁵ De esta manera, López acepta la aplicación de la fórmula encontrada por los romanos para limitar la disminución del patrimonio del responsable a causa de una condena por daños cometidos por los dependientes libres que tuviera (analizada en capítulo sexto, romano IV), no obstante el texto del Setenario entendiera que había culpa del mismo hostelero. Es decir, se configura una suerte de responsabilidad subjetiva limitada, entre el texto de Las Partidas y la interpretación de ellas.

Respecto a la segunda regla, la P.7.14.7 no hacía referencia a la culpa del hostelero si el esclavo era el hechor, lo que literalmente supone una modificación frente a I.4.5.3, pasaje en el cual, con independencia que la alusión a culpa no supusiera a ésta técnicamente, la referencia era para todos los dependientes. Si ello hubiese sido consciente, la posibilidad que se le daba al hostelero de limitar su responsabilidad desamparando al siervo “*en lugar de la cosa furtada*” era correcta, pues la noxa era posible si la responsabilidad no se fundaba en culpa propia. El desamparo del siervo generaba un límite concreto a la condena, pues en vez de pagar la cosa dañada doblada a la víctima, se podía sustituir por dicho desamparo (“en lugar”). Entonces,

⁷⁰⁵ Gregorio López, *Las Siete Partidas del sabio Rey D. Alonso el IX*, cit., t. IV, p. 234, nota 35.

la falta de referencia a la culpa del hostelero y límite de la responsabilidad, podrían permitir la conclusión que en Las Partidas aún la figura en esta ley respecto del esclavo constituía un caso de responsabilidad objetiva, con heramienta limitativa de la cuantía de la pena a pagar.

Sin embargo, de nuevo las interpretaciones basadas en los textos romanos llevaban a una responsabilidad subjetiva limitada. Si antes a la culpa expresa la doctrina le agregó la acción de regreso ahora, frente a la limitación expresa, la doctrina le agregó la culpa. Así, Gregorio López señalaba que “es digno de indulgencia aquel que no despide a sus esclavos aunque los conozca malos”, mientras el que contrata a hombres libres, debe “antes examinar sus costumbres y proceder”.⁷⁰⁶ Por tanto, a diferencia de este último caso en que tendría plena aplicación la *culpa in eligendo*, respecto de los siervos, más que una limitación, percibían una atenuante subjetiva de responsabilidad penal aplicable por voluntad del condenado (si quería, el hostelero entregaba al siervo para su castigo; pero si quería, podía ser indulgente, perdonarle dicho castigo, quedárselo y pagar la condena). Empero, aún queda sin explicación por qué el siervo debía sufrir el desamparo, si la culpa era de su dueño al tenerlo (la indulgencia no alcanza para fundamentar este efecto).

En todo caso, la hipótesis del esclavo permite destacar el hecho que la noxalidad mantenía a la época aún su vigencia e incluso, que no era privativa de la materia que tratamos. Por el contrario, diversas partidas aludían de forma expresa a ella en delitos cometidos por los siervos sin el conocimiento de sus amos. Así por ejemplo en P.7.9.14 por deshonras que el siervo hiciere a otro; en P.7.13.4 por los robos que hicieren los siervos; y en P.7.15.5 por los daños que hicieren los que están en poder de otro.

La tercera hipótesis de P.7.14.7 correspondía a si el hurto era cometido por un extraño, y el hostelero no fuese en culpa. El Setenario disponía que no había obligación de indemnizar, con lo cual admite la prueba de la falta de culpa, lo que es concordante con una responsabilidad subjetiva, pues a los terceros extraños que llegaban a la nave, posada o establo, no se les elegía. Es esta conducta la que estaba bajo análisis en el pasaje, y no la falta de relación de causalidad (que también se podría considerar desde luego en la especie).

Por último, P.7.14.7 establecía que si las cosas se hubiesen recibido en guarda, el receptor era obligado a su restitución o a pagar la estimación de ellas. La disposición recuerda por supuesto al depósito y las relaciones contractuales civiles que en este tipo de relaciones podían tener lugar ya en el derecho romano, y con anterioridad incluso que las acciones pretorias en la

⁷⁰⁶ Gregorio López, *op. cit.*, p. 234, nota 37.

materia (capítulo sexto, romano I, núm. 1). Pero además, vincula la figura del hurto que estaba regulando respecto de los navieros, posaderos y establos, con el edicto *de receptis nautae cauponum stabularium*, recogido también por El Setenario en P.5.8.26 (“como los hosteleros, e los albergadores, e marineros, son tenidos de pechar las cosas que perdieron en su casa, o en sus navíos, aquellos que ay recibieron”).

Esta última partida precisamente establecía que los “ostaleros”, “albergadores” y “marineros” eran obligados a pagar las cosas que ingresaran a los hostales, tabernas y navíos “con sabiduría” (conocimiento) de sus dueños o quienes las recibieran en lugar de ellos, a fin que las guardasen, si ellas se perdían por su negligencia, engaño u otra culpa, o bien eran hurtadas por otros huéspedes.⁷⁰⁷ La exigencia de ser una recepción con conocimiento parece ser el elemento que habría determinado la aplicación de esta partida de la anterior o P.7.14.7. Asimismo, el requisito de consentir la entrega y la asunción de la obligación de guarda (custodia), darían a entender que la responsabilidad naciente era contractual (capítulo sexto, romano I, núm. 1); y si bien la custodia debería haberla fundado, teniendo por tanto un carácter objetivo como en derecho romano, en Las Partidas, según se puede ver, se subjetiva (al menos respecto del daño). En fin, la maldad de quienes participan en estas actividades comerciales, sigue en todo caso motivando la disposición.⁷⁰⁸

B. *El antecedente francés*

De nuevo el antecedente iusracionalista tuvo particular influencia en el desarrollo posterior de esta figura en la doctrina francesa base del código civil de 1804. Grocio, en concordancia con sus explicaciones, entendió de buena manera que sin culpa de los amos, no puede haber responsabilidad por los hechos de los dependientes de acuerdo al derecho de gentes. De ahí que la obligación de los navegantes de responder por sus dependientes resultase una excepción que califica de derecho civil particular.⁷⁰⁹ Es conforme a éste entonces que, en caso de que cometan daños los esclavos, sin orden de sus patrones, se otorga contra éstos una acción a la víctima. Pero en

⁷⁰⁷ Gregorio López comenta el hecho que incluso responda por el hecho de los huéspedes, si se hizo cargo de los efectos el posadero. Si falta esta circunstancia, sólo responderá de la conducta de sus dependientes. *Ibidem*, p. 178, nota 164.

⁷⁰⁸ P.5.8.26 expresamente señala “*porque en cada vna destas maneras de omes acaesce muchas vegadas, que hay algunos que son muy desleales, e fazen muy grandes daños, e maldades, en aquellos que se confían en ellos*”, expresiones que recuerdan D.4.9.1.1. y D.4.9.3.1. Véase nota 513.

⁷⁰⁹ *De iure belli ac pacis, cit.*, t. II, Caput XVII, par. XX, 2.

realidad, *porque el dueño de los siervos no tiene culpa, a nada está obligado por derecho natural*. Agrega que se suele dividir este daño en las leyes de muchos pueblos, simplemente por las dificultades de probar la culpa (como había ocurrido en el derecho romano). Nótese entonces que, las excepciones al derecho natural que introduce el derecho positivo, no tendrían más fundamento que razones prácticas de orden probatorio, pero no sustanciales.⁷¹⁰

Probablemente por el ambiente subjetivo, esta doctrina no tuvo recepción en Pufendorf, quien como adelantamos respecto de la responsabilidad por los animales (capítulo séptimo, romano II, núm. 1, letra B), estuvo en desacuerdo en este punto con Grocio, sosteniendo la idea que las acciones noxales sí tienen por fundamento el derecho natural. Me detengo un momento en el punto por su importancia para efectos de este trabajo.

Según el autor en comento, la víctima puede solicitar a su dueño la entrega del siervo que le ha causado daño, cuando el valor de la reparación sea superior a la del esclavo. Si no se le impone la obligación de responder al dueño o de efectuar esta entrega en tal caso, nadie indemnizaría los perjuicios a la víctima, pues no quedaría más que perseguir al esclavo, el cual en la práctica no pagaría dado que por su condición no tiene patrimonio. La situación llevaría a que se le estaría dando la facultad al esclavo de causar todos los perjuicios que quiera, sin restricción alguna, pues ningún riesgo habría para él (no pagaba patrimonialmente los daños ni pagaba con su persona). Asimismo, imponer otra sanción al dueño no tiene sentido, porque el efecto sería sólo infligir un castigo a este último, sin que la víctima obtenga la reparación.⁷¹¹ De modo que el saber que puede ser entregado si causa perjuicios superiores a su propio valor, constituye una contención natural a su actividad. Asimismo, el dueño responde por los daños cometidos por su esclavo, pero hasta el valor de éste, lo que constituiría su limitación natural.

La doctrina de Pufendorf fue ratificada y complementada por Heineccio, quien da como fundamento para demandar al dueño la circunstancia que éste adquiere cosas gracias al esclavo (obtiene beneficios), por lo que también debe sufrir los daños que produzca. Sin embargo, agrega que, como solía ocurrir que la pena fuera mayor que el precio del siervo, los *deceviros* quisieron conceder al dueño el arbitrio, o de resarcir el daño, o de dar el siervo en *noxa*.⁷¹² De modo que lo que genera la posibilidad de dar al esclavo, es el valor menor que éste tiene respecto de los daños. Entonces, Heineccio comparte con Pufendorf que es de derecho natural no la respon-

⁷¹⁰ *Ibidem*, par. XXI.

⁷¹¹ Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, l. III, 1, § 6. Véase Wilkin *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 219.

⁷¹² *Recitaciones, cit.*, l. 4, t. 8, p. 124.

sabilidad del dueño por los hechos de sus esclavos a secas, sino la responsabilidad noxal, pues es la noxalidad la que permite responder al dueño pero hasta cierto valor: el del esclavo. *La limitación cuantitativa aparece entonces así fundada en el derecho natural.*

En Francia, Domat formulará en definitiva el principio general de la responsabilidad civil por el hecho de los dependientes, a partir de antigua figura romana. Sin embargo, en él primó la perspectiva contractual.⁷¹³ Quizás por ello, los desarrollos iusracionalistas vistos sólo penetraron en forma parcial en sus conclusiones.

Trata el autor galo la cuestión en el título sobre “las personas que ejercen algún comercio público, de sus dependientes, y de las letras de cambio”. Enseñaba que las obligaciones para los transportistas son las mismas que nacen de los contratos de depósito y arrendamiento, aunque hay algunas reglas especiales, debido a que requieren para el ejercicio de su actividad el servicio de dependientes, respondiendo también por los hechos de los hombres empleados.⁷¹⁴

Por su parte, decía que los posaderos de igual forma responden por todo lo que acontezca por culpa de sus familiares y domésticos, salvo cuando el resultado dañoso tenía lugar por un caso fortuito que ni con mayor vigilancia podría haberse evitado.⁷¹⁵ En esta última idea se vislumbra como fundamento de esta responsabilidad la *culpa in vigilando*. Adicionalmente, en materia de arrendamiento, Domat plantea que “el inquilino no debe quedar libre de responsabilidad por la falta de sus domésticos o de sus subinquilinos, aun cuando no le pueda acreditar omisión alguna al escoger estas personas; pues a más de que el resultado ha demostrado *que había escogido mal*, debe responder del hecho de aquellos a quienes comunica el uso de la casa, que sólo a él ha sido confiada”.⁷¹⁶ Aunque la redacción podría motivar alguna duda, resulta evidente que en definitiva el autor francés entiende concurrir en el caso una responsabilidad por *culpa in eligendo*.

En cuanto a la situación del *nauta*, precisa que el capitán tiene la misma responsabilidad que los posaderos por la recepción de vestidos y mercaderías en el buque.⁷¹⁷ Es más, califica como “otra clase de depósito” la entrega de los vestidos y mercaderías que los viajeros ponen en manos de los transportistas marítimos y terrestres, pues resultaban una consecuencia de

⁷¹³ No hay tratamiento de la figura correspondiente a los *nautas caupones stabularios* en materia de cuasidelitos. Véase *Las leyes civiles*, cit., t. 2, pp. 65 y ss.

⁷¹⁴ *Las leyes civiles*, cit., t. 1, pp. 349 y 350.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 351.

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 196.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 352.

la obligación principal (traslado de una lugar a otro del viajero), remitiéndose en lo demás expresamente a lo ya señalado respecto de los posaderos.⁷¹⁸ Todo ello sin perjuicio de afirmar que el capitán del barco respondía “por el hecho” de su tripulación.⁷¹⁹

Finalmente, respecto al encargado de un buque de transporte (como el esclavo u hombre libre en derecho romano que ejercía de *exercitor*), o bien de un almacén o negocio en tierra (*institor*), señala que obligaban al dueño por los hechos que cometieran, como si fueran ejecutados por éste, porque lo representaban.⁷²⁰ De este modo, además de una culpa propia del dueño, sea *in vigilando* o *in eligendo*, Domat añadió como fundamento la representación que del comitente tendrían los factores de comercio, lo que llevaba a radicar la responsabilidad en los primeros. Esta nueva perspectiva resulta muy interesante, porque no exige culpa del comitente en los hechos, sino simplemente en la elección quizás del factor de comercio, pero que aun así, la representación conduce a la radicación de todos los efectos de lo obrado por el representante en el patrimonio del representado. Reduce así la problemática nuevamente a la perspectiva contractual.

La doctrina de Domat en general sigue al derecho romano, de modo que citas a los párrafos del Digesto referidas a los *nautae cauponae stabularii* son reiteradas, aunque en un contexto contractual. Sin embargo, no encontramos en los escritos de Domat referencias a la posibilidad de noxa de los dependientes o de una limitación de la responsabilidad de peculio o de una acción de regreso u otro instrumento limitativo. Claro, bajo un régimen de responsabilidad contractual por *culpa in vigilando*, ello era correcto; y bajo la institución de la representación, más aún.

En cuanto a Pothier, precisamente por las relaciones civiles contractuales de por medio, en sus Pandectas explicitaba las dudas de Ulpiano en D.4.9.3.1 (capítulo sexto, romano I, núm. 1), y la bondad de la intervención pretoria a través de la *actio de recepto*, en virtud de la cual “quién ha recibido una cosa, está igualmente obligado, aun cuando la cosa pereciere o fuese dañada sin su culpa, salvo haya tenido lugar caso fortuito”⁷²¹ (lo mismo para el hostel o establo). Pothier se encarga de precisar que esta falta de culpa “se entiende leve”,⁷²² con lo cual pareciera que entendía una culpa no suficiente para responder por una acción contractual civil. Y a propósito del hurto, fija el principio que “el armador es responsable por el hecho de cualquier

⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 246.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 352.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 353.

⁷²¹ *Le Pandette, cit.*, vol. 1, p. 458.

⁷²² *Ibidem*, nota 1.

hombre, obra del cual se sirve”,⁷²³ porque “es culpa suya haber empleado tales personas”.⁷²⁴ Por lo mismo, no es responsable por los hechos de los viajeros o huéspedes, porque él no lo elige.⁷²⁵ De esta manera, la responsabilidad del armador por la *culpa in eligendo* quedaba establecida en su obra.

Tratándose las Pandectas de una obra de derecho romano, no podía sino reconocer la facultad noxal del *nauta, caupo* o del *stabularius*, en caso que el autor del daño hubiere sido un esclavo suyo. Sin embargo, no agregó argumentos del por qué la noxa quedaba reservada sólo a este caso, limitándose a reiterar la idea de la indulgencia en caso de que fueran malvados; en cambio, en caso de tomar en servicio un hombre libre, o un siervo ajeno, se debía informar como era, de su fidelidad y probidad.

Por último, reitera que en caso que el autor del hecho sea siervo de un dependiente a cargo del barco y no del armador, por no ser esclavo suyo, no procedía en su contra la acción directa, pero si la acción útil,⁷²⁶ caso en el cual sólo podía ser de peculio,⁷²⁷ reconociendo entonces esta limitación romana de la responsabilidad.

A diferencia de Domat, Pothier sí expone la doctrina de la responsabilidad de los *nautae caupones et stabularii* en su Tratado de las Obligaciones en Materia de Delitos y Cuasidelitos, fijando como principio la responsabilidad de aquéllos por los hechos de las personas que tienen bajo su autoridad, por sus delitos y cuasidelitos en el ejercicio de sus funciones, y que habiendo podido impedir el hecho, no lo hicieron; al contrario, si no podían evitar el hecho, no son responsables. Esta posibilidad que agrega de probar la falta de culpa, determina que el autor entienda y promueva definitivamente una responsabilidad subjetiva en la materia. El fundamento de ella en todo caso resulta expresado en términos mixtos pues por lo dicho debería haber sido la *culpa in vigilando*; mas añade Pothier que esta responsabilidad está establecida para hacer que los amos sean atentos en servirse de buenos domésticos,⁷²⁸ sumando una *culpa in eligendo*.

Desde luego, por el contexto de la época y el fundamento de la responsabilidad dado a la responsabilidad de los armadores, hosteleros y establecimientos, instituciones como la noxa y la *actio de peculio* ya no tenían cabida en su tratado. A pesar de ello, es interesante para esta materia la explicación que Pothier da sobre la diferencia entre la responsabilidad penal y civil, pues

⁷²³ *Ibidem*, vol. 6, p. 357.

⁷²⁴ *Ibidem*, p. 358.

⁷²⁵ *Ibidem*, p. 356.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 357.

⁷²⁷ *Ibidem*, p. 358.

⁷²⁸ *Tratado, cit.*, núm. 121, pp. 73 y 74.

aclara que la responsabilidad por el hecho ajeno es sólo civil, de modo que no cabe la prisión para el responsable, sino sólo para el autor directo del delito; asimismo, en materia civil no procede en contra del responsable ni el embargo ni secuestro de bienes.⁷²⁹ Es decir, a pesar de no acoger los instrumentos limitativos romanos, visualiza la necesidad de una contención de los efectos cuando se atribuye responsabilidad civil por los hechos de otro.

La problemática de los *nautae caupones et stabularii* quedará comprendida dentro del artículo 1384 del código civil francés, disposición que consagrará positivamente el principio de la responsabilidad por el hecho ajeno: las personas no sólo son responsables de los daños que causen por su propia actuación, sino también por los que causen las “actuaciones de personas” por las que deba responder, así como “por las cosas” que permanezcan bajo su guarda, exacerbando así la idea de responsabilidad por custodia.

La citada disposición estableció la responsabilidad de propietarios y comitentes por los daños causados por los criados y encargados respectivamente en el desarrollo de sus funciones. Sin embargo, el texto curiosamente excluye precisamente a éstos de la posibilidad de ser eximidos de responsabilidad probando que no pudieron impedir el hecho. El artículo sólo mencionó para tales efectos a los padres, madres, maestros y artesanos como beneficiarios de esta prueba eximente, omitiendo en cambio como dije a los propietarios y comitentes.

Por lo mismo, la mera literalidad del artículo 1384 llevaría a entender que el código francés habría optado en la especie por una responsabilidad objetiva, pero sin la recepción o desarrollo de ninguna herramienta de limitación cuantitativa de la indemnización. Mas, dicha literalidad no expresa una vez más el verdadero sentido original de la disposición.

En efecto, el proyecto original de la comisión de gobierno señalaba en forma expresa en el inciso final del futuro 1384, que se entendía que propietarios y comitentes podían evitar el delito cuando fueron ejecutados por quienes responden, como resultado de su *négligence* en la supervisión de éstos. Era evidente por tanto el fundamento subjetivo de la responsabilidad por hecho ajeno: *culpa in vigilando*. Pero además, consecuentemente, la posibilidad de probar su falta de culpa.⁷³⁰

Durante las distintas instancias por las cuales pasó la tramitación, la referencia a la negligencia fue eliminada por ser considerada redundante.⁷³¹

⁷²⁹ *Ibidem*, p. 74.

⁷³⁰ Fenet, A., *Recueil, op. cit.*, t. II, p. 203.

⁷³¹ Su eliminación ya se advierte ente el proyecto revisado por el Consejo de Estado. Fenet, A., *ibidem*, p. 453.

Asimismo, la sección de legislación del tribunal propuso eliminar a propietarios y comitentes del párrafo quinto, dando como razón la circunstancia que la responsabilidad de éstos quedaba establecida concurrendo los elementos necesarios que indicaba el párrafo tercero, al causar el daño los dependientes en el ejercicio de sus funciones. Entonces, si el fundamento era la culpa, los propietarios y comitentes siempre podrían probar su no concurrencia.

Empero, cosa distinta era el tenor de la eximente que pretendía consagrar el proyecto. Se entendió que la incorporación de los propietarios y comitentes su incorporación al párrafo quinto resultaba peligrosa porque éstos podrían pretender ser eximidos de su obligación indemnizatoria alegando que simplemente no estuvieron presentes al momento de los hechos dañosos, lo que iría contra la intención de los autores del proyecto.⁷³² La responsabilidad surgía en el marco del ejercicio de sus funciones, no de la presencia de propietarios y comitentes.

Así, a pesar de los cambios en la redacción del proyecto original, nunca ellos obedecieron a una alteración del fundamento de la responsabilidad de los propietarios y comitentes, la cual siempre se entendió subjetiva. Ello queda claro en el Informe de Bertrand-De-Greuille, contenido en la Comunicación Oficial al Tribunal, donde se lee:

*N'est-ce pas en effet le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer? N'a-t-il pas à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudens? Et serait-il juste que des tiers demeurassent victimes de cette confiance inconsidérée, qui est la cause première, la véritable source du dommage qu'ils éprouvent? La loi ne fait donc ici que ratifier ce que l'équité commande...*⁷³³

Lo expresado es sin perjuicio que el sustrato contractual existente ya desde el derecho romano respecto de la figura contra *nautas cauponas et stabularios*, el cual había sido ratificado en las doctrinas de Domat y Pothier. Dicho aspecto contractual se trasvasijó también a las disposiciones originales del *Code*. De esta manera, el vínculo entre los mesoneros u hoteleros y pasajeros será el “depósito necesario”, respondiendo como depositarios por los daños o robos a los vestidos, maletas y objetos diversos introducidos por los viajeros que se alojan en sus establecimientos (artículo 1952). Desde luego, se le hace responsables si el hecho fue cometido por sus criados y dependientes (artículo 1953), salvo causados por fuerza mayor (artículo 1954). En cuanto a los transportistas por tierra y por agua, quedaron sujetos, por la custodia y a la

⁷³² *Ibidem*, pp. 459 y 460.

⁷³³ *Ibidem*, p. 476.

conservación de las cosas que se les confían, a las mismas obligaciones que los posaderos (artículos 1782, 1783 y 1784).

Pero el artículo 1384 del *Code* no sólo recogió la responsabilidad de los *nautae cauponae et stabularii* en nomenclatura moderna, sino que además la disposición incluyó a la responsabilidad de los padres o madres por sus hijos menores que habiten con ellos; la de los maestros por sus discípulos y la de los artesanos por sus aprendices, durante el tiempo que permanezcan bajo su vigilancia. Aunque no son objeto directo de nuestro estudio, dado que complementan el principio de la responsabilidad por el hecho ajeno, señalamos a continuación algunas notas históricas de cómo llegaron a esta disposición.

El directo responsable de que fueran considerados en el *Code* maestros y artesanos es Domat. Sin grandes explicaciones, este autor señaló simplemente que los maestros de primera educación, los artesanos y aquellos que reciben en sus casas pensionistas, aprendices o a otras personas para enseñarle algún arte o comercio, quedaban responsables por el hecho de estas personas. ¿Cuál es el fundamento para Domat de tal imputación? ¿El edicto *de effusis vel deiectis*?⁷³⁴ Simplemente estaba el autor pensando en personas que pudieran haber arrojado cosas desde alguna casa, entre las visitas. Lógicamente en esa época, visitaban las casas de quienes educaban y enseñaban profesiones u oficios, los estudiantes y los discípulos. Y Pothier, por su parte, refiriéndose a los cuasidelitos no los menciona⁷³⁵ mas, refiriéndose a los comitentes, y dentro de éstos a los padres de familia y amos, en un comentario muy genérico, señala que lo que decimos de los padre se aplica las madres viudas e “igualmente *puede* aplicarse a los preceptores, maestros y a todos aquellos que tienen niños bajo su dirección y cuidado”.⁷³⁶ Así, aunque Domat jamás quiso generalizar pues comentaba sólo una situación muy particular, de ello se ocupó Pothier, aunque en un comentario muy accesorio y al pasar. Ello fue suficiente para que lo expresado por este último se transformara en una regla general y fuente del artículo 1384 del Cc.Fr.

En cuanto a la responsabilidad de los padres y madres viudas, ya habrá advertido el lector que es el precitado comentario de Pothier la base de lo que expresó a continuación el *Code*. De este modo, lo que era una excepción en el derecho antiguo francés, se convirtió en la regla general en el código francés. En efecto, los estudios históricos franceses dan cuenta que salvo la

⁷³⁴ *Las leyes civiles*, t. II, p. 66, núm. 7.

⁷³⁵ *Tratado*, cit., núm. 121, pp. 73 y 74.

⁷³⁶ *Ibidem*, núm. 455, p. 301.

mantención durante el medioevo de la noxalidad del hijo en algunas regiones, las costumbres escritas no establecían esta responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos. Excepción fueron las costumbres de Bretagne, que en su artículo 656, dispuso que el padre era obligado civilmente por los daños cometidos por los niños. No obstante opiniones en contrario, primó la doctrina de Pothier, ingresando ésta directamente al *Code*.⁷³⁷

C. *García Goyena y el código español*

Dada la historia de la codificación española, la materia había sido regulada en los códigos penales precedentes al proyecto de García Goyena.

Así, el artículo 16, núm. 1 del código penal de 1848 dispuso la responsabilidad por los locos o dementes de las personas que los tengan bajo su cuidado, y de no haberlo, con sus propios bienes, aunque con beneficio de competencia. Se reconoce como sus fuentes la P.7.1.9, que establecía que no pueden ser acusados de ningún yerro el loco, el furioso y el desmemoriado, aunque “no son sin culpa los parientes dellos”, además de su antecedente artículo 27 del CP de 1828.⁷³⁸ Probablemente, tal antecedente influyó en que la disposición no contemplase eximente de responsabilidad por falta de culpa para los guardadores. Sin embargo, García Goyena en el Febrero, además de ratificar que esta responsabilidad era porque se presumía que el daño era efecto de culpa o negligencia de aquéllos, se entendía *sin perjuicio de que les permitieran prueba en contrario*.⁷³⁹

A su vez, el núm. 2 del artículo 16 del CP citado establecía que los menores de 9 años y los menores de 15 años sin discernimiento, debían responder con sus propios bienes, y de no tener, la responsabilidad sería subsidiaria de los padres o curadores, a no ser que constara que no hubo culpa de su parte. Esta responsabilidad directa inicial con sus propios bienes, la explicaba García Goyena en que estos menores no carecen de inteligencia y comprensión, y si bien deben ser cuidados, la educación exige incluso que se les deje en libertad para que sigan sus estudios u oficios.⁷⁴⁰

⁷³⁷ Deroussin, *op. cit.*, p. 793.

⁷³⁸ Pacheco, Joaquín Francisco, *El código penal concordado y comentado*, 2a. ed., Madrid, Perinat, 1856, t. I, p. 278.

⁷³⁹ García Goyena, Florencio y Aguirre, Joaquín, *Febrero*, 4a. ed., Madrid, Imprenta Gaspar y Roig, 1852, t. V, p. 101, corregida y aumentada por Aguirre y Montalban.

⁷⁴⁰ *Febrero*, *op. cit.*, p. 102.

Por su parte, el artículo 17 establecía la responsabilidad civil subsidiaria de los posaderos, taberneros o personas que estén al frente de establecimientos semejantes por los delitos cometidos con infracción a los reglamentos de policía. Además, de las restituciones de objetos robados o hurtados a huéspedes o su indemnización, si hubieren dado conocimiento de ellos al posadero o a sus dependientes. Se identifican como sus fuentes I.4.5, D.9.4.1, D.4.9.3, P.7.14.7, el artículo 73 del código penal francés y el artículo 27 del código penal español de 1828.⁷⁴¹

Finalmente, el artículo 18 aplicó la responsabilidad subsidiaria de amos, maestros y de personas dedicadas a cualquier género de industria por los delitos o faltas en que incurriesen sus criados, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Se destacan como las fuentes I.4.8; P.7.9.14 y P.7.13.4; el artículo 1384 del *Code* y su antecesor artículo 27 del código de 1828.⁷⁴²

Este es el contexto penal a partir del cual escribe García Goyena, tratando la materia en el artículo 1901 de su proyecto, bajo la guía principal del artículo 1384 del *Code*. A la responsabilidad de los dueños y directores de establecimientos o empresas por los perjuicios causados por sus domésticos, agregó el del padre y la madre viuda por los hijos bajo patria potestad que en la disposición francesa se contenía, pero que no estaba en todo caso en contradicción con la legislación española penal vigente; y de los maestros o directores de artes y oficios respecto de los daños causados por alumnos o aprendices mientras permanecen bajo su custodia. Sin embargo, adicionó una novedad: la responsabilidad de los tutores por los menores que están bajo su cuidado y la de los curadores, respecto a los locos o dementes. Explícitamente señala que en el punto siguió al artículo 2299 del Código de la Luisiana, pero de forma sustancial la adición ya estaba respaldada penalmente en España de acuerdo a lo visto.

Las responsabilidades por el hecho ajeno consagradas en el artículo 1901 del PGG tuvieron por claro fundamento la culpa de las personas a quienes se obligaba al resarcimiento, lo que no podía ser de otra manera frente al contexto penal y estado de la doctrina de la época. García Goyena aclaró expresamente el punto, comentando que “*se trata de la responsabilidad civil que nace de culpa o negligencia*”, y “*la ley presume que el hecho acaeció por culpa o negligencia de las personas enumeradas*”.⁷⁴³

⁷⁴¹ Pacheco, *op. cit.*, pp. 287-289. Sería copia incluso de P.7.14.7, según se expresa en *Código Penal de España, comentado*, Barcelona, Imprenta Ramón Martín Indar, 1848, p. 37, nota 1.

⁷⁴² Pacheco, *ibidem*, p. 290. *Código Penal de España, ibidem*, p. 38, nota 1.

⁷⁴³ García Goyena, *op. cit.*, p. 255.

Pero lo anterior estaba en plena concordancia con la situación y doctrina respecto a las disposiciones penales. En este sentido, respecto al artículo 18 del CP de 1848, ya García Goyena decía que el fundamento de la responsabilidad era la negligencia de los amos, maestros y demás, de no estar seguros de la moralidad de sus dependientes. Asimismo, en su imprudencia en dar a sus discípulos u oficiales por hábiles para la industria que ejercen, ante el público, el cual, se fio de ellos en vista de la confianza que inspiraba a sus maestros.⁷⁴⁴ La argumentación era compartida por otros autores.⁷⁴⁵

Así las cosas, no extraña entonces que el inciso final del artículo 1901 del PGG permite en todos los casos contenidos en los párrafos precedentes a él la prueba de haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, incluyendo a los dueños y directores de establecimientos o empresas. En ello don Florencio introdujo una diferencia importante en relación al artículo 1384 del Cc.Fr., que como dije los había excluido de la prueba de falta de culpa.

De modo que no hay dudas que la responsabilidad de las citadas personas era en su proyecto subjetiva y no objetiva como en derecho romano, como asimismo que ello estaba influenciada por el estado de la doctrina a la época pero también en forma directa por la regulación penal española de ese momento.

Ahora bien, si la responsabilidad era por culpa, ninguna limitación de responsabilidad resultaba necesaria para los dueños y directores de establecimientos o empresas por los daños cometidos por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones. La problemática de la noxalidad u otra herramienta limitativa del *quantum* indemnizatorio no se podía presentar.

No obstante lo anterior, García Goyena cita en la materia el código prusiano, conforme al cual si tenía lugar la responsabilidad de los amos y propietarios, sólo se ejercía sobre sus bienes en cuanto se declarasen insuficientes los bienes de los criados o arrendatarios. Es decir, se trataba de una responsabilidad subsidiaria del peculio del autor del hecho. A pesar de la cita, en definitiva no fue adoptada una disposición expresa en tal sentido en el proyecto.

⁷⁴⁴ Febrero, *op. cit.*, p. 103.

⁷⁴⁵ Según Pacheco, el maestro conoce capacidades de sus criados, dependientes o subordinados y no le impone obligaciones sino que puedan realizar. El público descansa en la seguridad que les presta tales jefes. Agrega sin embargo argumentos que se podrían relacionar con la actual responsabilidad por riesgos, al señalar que si para ellos es la utilidad y la gloria de sus empresas, igualmente la responsabilidad y los perjuicios cuando se causan en la esfera que ellos habían ordenado les afecta. *Op. cit.*, p. 292.

El problema está en que al parecer, obró así el jurista español no por creer que no correspondía una responsabilidad subsidiaria, sino por estar tan convencido que era subsidiaria, que ni siquiera era necesario decirlo.

En efecto, respecto al entendimiento de la figura consagrada en el artículo 18 del CP de 1848, Pacheco comentaba: “he aquí lo que nos ha quedado de la acción noxal de los romanos en virtud de los daños causados por los siervos”, agregando que extinguida la esclavitud más por costumbre que por ley, no puede haber lugar a lo que según ella procedía. Sin embargo, el principio subsiste siempre, del cual nacería una responsabilidad subsidiaria.⁷⁴⁶ Entonces, no se podía aplicar la noxalidad porque su base, que sería la esclavitud, desapareció. Mas, la idea que el dependiente responde primero, y sólo en su defecto el dueño del establecimiento, se mantiene. Esta sería la forma moderna de lograr limitar la responsabilidad de este último.

Pues bien, esta idea también estaba presente en García Goyena. Explícitamente señalaba en su proyecto que se debe tener presente el artículo 18 del Código Penal, en el cual se establecía la responsabilidad subsidiaria de los amos, maestros y personas dedicadas a cualquier clase de industria por los delitos de los dependientes. Y se debía tener presente, porque también *subsidiaria* debía ser también la responsabilidad en los párrafos 4 y 5 del artículo 1901 del PGG. Y lo ratifica comentando además que por la misma razón, subsidiaria debe ser la responsabilidad civil de los padres y tutores, teniendo a la vista el artículo 16, núm. 2 del código penal citado. De manera que *la responsabilidad por el hecho ajeno para García Goyena no era directa, sino subsidiaria.*

Lo anterior deja a la vista de nuevo la tensión entre una responsabilidad por culpa y la aplicación de instrumentos de limitación de la responsabilidad. Ninguna duda había que amos, maestros y demás personas respondían por el hecho ajeno por culpa, lo que implica la negación de cualquier instrumento limitativo de su responsabilidad. Por su culpa, se merecen asumir todas las consecuencias de sus actos. Empero, aún se buscaba alguna forma de limitación, y en el código penal español de 1848 y en el PGG dicho instrumento, sustitutivo de la noxalidad era la responsabilidad subsidiaria.

A mayor abundamiento, introduce además en el artículo 1905 del PGG un acción de repetición en favor de los amos en contra de sus dependientes o domésticos “que resulten *verdaderamente culpables* por su falta o negligencia”, tomada del artículo 1313 austriaco. La disposición estaba de acuerdo,

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 291.

a decir de la doctrina, con la circunstancia que aquéllos sólo tuviesen una responsabilidad subsidiaria.⁷⁴⁷

Miradas las cosas desde esta perspectiva, si bien se había subjetivado la responsabilidad, el “color de culpa” se vuelve a manifestar porque los responsables subsidiarios no eran “verdaderos” culpables, y tienen sólo una culpa que no es culpa.

Y ello es válido para todos los que responden por el hecho ajeno. En este sentido, el propio García Goyena señala que la acción se debe conceder no sólo a los amos, sino a todos los que responden por el hecho ajeno.⁷⁴⁸

No deja de ser interesante de destacar que don Florencio expresamente fustigó a quienes pretendían fundar la responsabilidad que establecía en su artículo 1901 en el edicto *de effusis vel deiectis*, como ocurrió según vimos con Domat. En su opinión, alegar para ello D.9.3.6.2 (*habitor*) era un argumento muy débil, sacado de una ley que regulaba un caso especial, ya tratado en el artículo 1904 del PGG. A su juicio, tampoco resultaba aplicable D.39.4.1.5, que explicaba la palabra familia respecto de la responsabilidad de los publicanos (véase supra capítulo segundo, romano III, núm. 4). Por el contrario, entiende más claras Las Partidas ya citadas 7.15.5 y 7.13.4, de las cuales se extraería la regla que si el padre, amo, etc. supo y pudiendo prevenir el daño no lo hizo, incurría en responsabilidad; de lo contrario, no era responsable.⁷⁴⁹

El código penal de 1870 mantuvo en el artículo 20 la regulación de la responsabilidad civil subsidiaria de los posaderos, taberneros y de cualquier persona o empresa por los delitos de sus depedientes, siempre que tuviera lugar una infracción de reglamentos generales o especiales de policía. Además, el inciso 2 regulaba la misma responsabilidad para los posaderos por los efectos robados o hurtados en la posada, si ellos eran entregados en depósito. El artículo 21 extendía dicha responsabilidad subsidiaria a los amos, maestros y personas y empresas dedicadas a cualquier industria, por los delitos de sus criados, discípulos, oficiales aprendices o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios. La infracción a reglamentos no era en este caso un requisito para la aplicación de dicha responsabilidad. Finalmente, se mantuvo en el artículo 19 la responsabilidad civil para quienes estuvieren al cuidado de locos, imbeciles o menores de nueve años,

⁷⁴⁷ Pacheco, *op. cit.*, p. 292.

⁷⁴⁸ García Goyena, *op. cit.*, p. 258.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 254.

o mayores de nueve y menores de quince que actuaran con discernimiento, sin alusión a la subsidiariedad.

Con este panorama de fondo, la responsabilidad por el hecho ajeno finalmente fue recogida en el artículo 1903 del Cc.Es. con el siguiente tenor:

La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. El padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior. Son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios, respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Se puede apreciar que, en lo sustancial, se introdujo una responsabilidad fundada en culpa para todos los casos, incluyendo la de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes. Ello porque la posibilidad de probar el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, se introdujo en el inciso final sin distinciones (a diferencia del *Code*). De manera que la doctrina española anterior a 1889 y la propuesta de García Goyena, impidieron que sólo se copiara al artículo 1384 del *Code* en este punto. La responsabilidad subsidiaria en cambio, y a pesar que ella se mantenía en el código penal de 1870, no prosperó.

Además, se advierte que el artículo 1903 del Cc.Es., presentará una diferencia importante incluso con el PGG, como es restringir la responsabilidad a los hechos ajenos, eliminando del texto la responsabilidad “*por las cosas de que uno se sirve o tiene su cuidado*” de origen francés.

Finalmente, también en la disposición, aparece el Estado como responsable por los actos de quienes actúan por él y causan perjuicio, acompañan-

do así a los padres, tutores y maestros o directores de artes y oficios, que ya habían sido sumados desde el PGG a la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa en la responsabilidad por las personas que se encuentran a su cuidado, y conforme las demás circunstancias particulares que la disposición exige.

III. REVISIÓN DE LA SITUACIÓN DE LA CULPA Y DE LA ATRIBUCIÓN OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CÓDIGOS CIVILES LATINOAMERICANOS

A continuación, se da una breve revisión a los códigos civiles latinoamericanos, a fin de constatar el estado en que se encuentra la culpa como factor de atribución general y clásico de la responsabilidad, luego del proceso evolutivo revisado en precedencia, incluyendo los cambios o modificaciones de códigos que han tenido lugar, y de cara al avance moderno de los criterios de naturaleza objetiva.

1. *Códigos civiles y doctrina chilena, ecuatoriana, colombiana y salvadoreña*

El Cc.Ch. fue promulgado en el año 1855, y adoptado con algunas modificaciones por Ecuador en 1857 y por los Estados Federales de Santander y Cundinamarca en 1859. Estos últimos pasan a integrar después Colombia, país que adopta el mismo código civil en calidad de unitario en el año 1873. Asimismo El Salvador promulga en 1859 su código, copiando con pocas diferencias el chileno.

El sistema de la responsabilidad extracontractual en estos códigos hasta hoy tiene por base las nociones de “delito y cuasidelito”, como fuentes de las obligaciones (artículos 1437 Cc.Ch.; 1480 Cc.Ec.; 1494 Cc.Col.; y artículo 1308 El Sal.). Las doctrinas Domat y Pothier, así como el *Code*, constituyeron una influencia decisiva en esta materia.

Se define delito como el hecho cometido con intención de dañar, y cuasidelito, como el hecho culpable, *pero* cometido *sin intención* de dañar (artículos 2284 Cc.Ch.; 2211 Cc.Ec.; 2302 Cc.Col.; 2035 Cc.El Sal.). Las definiciones son complementadas por las de dolo (que en lo esencial consiste en la intención de dañar) y de las distintas especies de culpa (artículos 44 Cc.Ch.; 26 Cc.Ec.; 63 Cc.Col.; y 42 del Cc.El Sal.). Asimismo, a los delitos y cuasidelitos se les dedica un título especial en el libro IV, el que comienza con una disposición que impone la obligación de indemnizar los

perjuicios causados por quienes cometan delito o cuasidelito (artículo 2314 Cc.Ch.;⁷⁵⁰ 2241 Cc.Ec.; 2341 Cc.Col.;⁷⁵¹ y 2065 Cc.El Sal.).⁷⁵²

Es evidente entonces que los códigos de Chile, Ecuador, Colombia y El Salvador mantienen hasta la fecha, con terminología decimonónica, a la culpa en sentido lato como criterio general de atribución de la responsabilidad por daños derivados de hechos ilícitos, construyéndose sobre ella todo el sistema.

Respecto a la responsabilidad por el hecho de terceros, cuestión relevante es la circunstancia que el Cc.Ch. en su artículo 2320 (2247 Cc.Ec.; 2347 Cc.Col.; 2071 Cc.El Sal.) no reprodujo la frase “ou des choses que l'on a sous sa garde” de su fuente, el artículo 1384, inciso 1 del Cc.Fr. (capítulo séptimo, romano II, núm. 3, letra B), convirtiéndose tal omisión en una barrera de entrada para la doctrina francesa de la responsabilidad del guardián por el hecho de las cosas, hoy en la práctica una responsabilidad objetiva por riesgo.

No obstante lo anterior, la doctrina chilena y colombiana, ha desarrollado la idea que el artículo 2329 del Cc.Ch. (2356 Cc.Col.; 2256 Cc.Ec.; 2080 Cc.El Sal.) consagra una presunción general de culpabilidad por hechos propios, por el uso de cosas o la realización de actividades calificables de peligrosas.⁷⁵³ De esta manera, luego de los casos particulares de la res-

⁷⁵⁰ Bello, en el proyecto de Cc. de 1853 cita en nota respecto de este artículo el l. 6, t. 7 de las Partidas y artículo 1382 del Cc.Fr. (“Código Civil de la República de Chile”, *Obras completas*, vol. 16, Caracas, 1981). El título de dicha ley de las Partidas decía “*como aquél que fiziere daño a otro por su culpa es tenuto de fazer eminda del*”. Gustavo Quezada estima que la influencia de las Partidas fue aquí formal, mientras que la del *Code* de fondo (“Historia legislativa y fuentes de las normas del título XXXV del libro IV del código civil chileno sobre delitos y cuasidelitos”, *Memoria, inédita*, Valparaíso, Universidad Adolfo Ibáñez, 1999, p. 83).

⁷⁵¹ El Cc.Col., debido a la influencia francesa, habla de cuasidelito o culpa (como traducción de *faute* o falta). En vez de estar referida la palabra culpa a uno de los elementos del cuasidelito, se le usa como sinónimo. El título XXXIV del libro IV del Cc.Col. reitera tal uso al anunciar a los “delitos y *culpas*”, sin mencionar el término cuasidelito, y utilizando culpa al plural, como Domat.

En efecto, en este autor el criterio de imputación del concepto no era de “falta”, sino de “faltas”. Los daños eran causados según expresa por las “faltas” que dan lugar a un crimen o delito; las de las personas que no cumplen las obligaciones convencionales; y aquellas que no tienen relación con las convenciones y que no dan lugar a un crimen o delito. Domat, J., *Loix civiles dans leur ordre naturel*, París, 1771, p. 149.

⁷⁵² El Cc.El Sal agrega “falta” a los delitos y cuasidelitos, de manera de mantener la correspondencia con la legislación penal en los artículos 1308, 2035 y 2065, definiéndola como hecho ilícito cometido también con intención.

⁷⁵³ Ducci Claro, Carlos, “Responsabilidad civil (Extracontractual)”, *Memoria*, Santiago, 136, pp. 133 y ss.; Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Responsabilidad Extra-Contractual en el derecho civil chileno*, 2a. ed., Santiago, Ediar-Conosur Ltda., 1983, t. II, núm. 195, pp. 292 y

ponsabilidad por la caída de edificio, por el hecho de los animales y por las cosas que caen o son arrojadas, se habría establecido una regulación general para los daños derivados de cosas o actividades peligrosas. La interpretación pasó de una presunción simplemente legal, a una de derecho, para terminar hoy particularmente en Colombia como responsabilidad objetiva por actividades peligrosas: sólo debe probar la víctima que el daño fue causado por una actividad peligrosa del demandado.⁷⁵⁴ Cabe la posibilidad que sea el único caso en el mundo en que una disposición que literalmente exige malicia o negligencia, sanciona en la práctica una responsabilidad estricta. En Chile, si bien aún se interpreta como presunción general de culpabilidad por el hecho propio que admite prueba en contrario,⁷⁵⁵ la doctrina está en búsqueda de alternativas.⁷⁵⁶

2. Código Civil de Vélez Sarsfield y doctrina argentina

Argentina promulgó su código civil en el año 1869 (vigente hasta el 2016), y el sistema general utilizado por Vélez Sársfield, su redactor, está inspirado en la “Consolidação” de Teixeira de Freitas, aunque el Esbozo de este último influyó también en el libro primero. Ello es importante, pues la manera de ordenar y denominar la materia en comento, es particular en relación a los demás códigos americanos (salvo el brasileño).

ss. En núm. 196 argumentos de la interpretación y núm. 201 el entendimiento que admite prueba en contrario.

⁷⁵⁴ Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, 3a. ed., Bogota, Legis, 2008, t. I, núm.868, p. 871. Los juristas colombianos fijaron “la noción misma de actividad peligrosa, como concepto general y abstracto que permite agrupar dentro de una sola categoría lo que Alessandri se limitó a denominar hechos que por su naturaleza se le puedan atribuir a la culpa del autor”; Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco, “La Interpretación contra legem del artículo 2.356 del Código Civil Colombiano”, *Temas de Responsabilidad Civil*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Universidad Diego Portales, 2004, p. 216.

En Chile, la llegada a este extremo ha sido advertida. Tapia afirma que la “utilización extensiva podría incluso, al menos teóricamente, generalizar la inversión de la carga de la prueba a un extremo en que se podría preguntar si no se trata de una verdadera vía para crear una regla general de responsabilidad estricta”. Tapia, Mauricio *Código Civil, 1855-2005, evolución y perspectivas*, Santiago, 2005, núm. 141, p. 284.

⁷⁵⁵ Barros, *op. cit.*, núm. 97, p. 157.

⁷⁵⁶ Tapia propone hablar de una presunción de responsabilidad por actividades peligrosas (*op. cit.*, p. 284). Corral entiende presunciones de nexo causal (Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Ed. Jurídica, 2003, p. 227). Yo en cambio he propuesto una interpretación fundada en la noción de negligencia en sentido estricto. Rosso Elorriaga, Gian Franco, “Negligencia, imprudencia e impericia como conceptos negativos integradores de la culpa: un intento de conceptualización”, *Estudios de Derecho Civil III*, Jornadas nacionales de derecho civil, Valparaíso, Legal Publishing, 2007, pp. 712 y ss.

El Cc.Arg. en el título VIII de la sección 2, del libro II (dedicado a los “Derechos personales en las relaciones civiles”), se refiere a los “Actos Ilícitos”, cuyos primeros artículos constituyen reglas generales. Entre ellas, el artículo 1067 declara que no habrán actos ilícitos “punibles” si al agente no se le puede imputar “dolo, culpa o negligencia”, para luego, mediante el artículo 1072, declarar que el acto ilícito ejecutado “a sabiendas y con la intención de dañar a la persona o los derechos de otro” se llama delito; es decir, el dolo había sido incorporado en el artículo 1067 pensando en la especie de actos ilícitos llamados “delitos”, los que por lo mismo se tratan a continuación de manera particular (en el mismo título). Se destaca en esta exposición especialmente el artículo 1077, el que declara que de todo delito nace la obligación de reparar el perjuicio que se causa. Hasta aquí todo parece conforme al estado de la cuestión a mitad del siglo XIX.

Sin embargo, no se incorpora al título de los “Actos Ilícitos” ninguna norma sobre las figuras en que concurre culpa o negligencia del agente, que lógicamente debería haber sido la otra especie de acto ilícito, cuestión que es reservada en cambio para el título siguiente (IX). Mas, éste tampoco hablará de “cuasidelitos”, como habría sido de esperar, sino de las “obligaciones que nacen de hechos ilícitos que no son delitos”. En este contexto, el artículo 1109 es el encargado de imponer la obligación de reparar el daño que se cause mediante un hecho ejecutado con “culpa o negligencia”, agregando de forma expresa en la parte final que somete estas obligaciones a las mismas disposiciones de los delitos, por lo que se podría haber hablado de cuasidelito.⁷⁵⁷ En todo caso, más allá de la nominación, en lo que nos interesa, claramente se exige al menos la concurrencia de culpa para que surja la obligación de indemnizar daños cuando la actuación no es dolosa.

Siguiendo principalmente al *Code*, además del artículo 2299 del código de la Luisiana y 1901 de García Goyena,⁷⁵⁸ Vélez Sársfield introduce en el artículo 1113 la siguiente disposición: “la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado”. La influencia

⁷⁵⁷ Algunos autores expresamente hablan de cuasidelito, por ejemplo, Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil, Obligaciones*, 6a. ed., Buenos Aires, 1989, t. II, núm. 1306, p. 233 y núm. 1360, p. 275.

Originalmente el artículo 1108, hoy derogado, declaraba aplicables a los “cuasidelitos” sólo los artículos 1070, 1071, 1073, 1074, 1075 y 1076, pero por coexistir con el artículo 1109, se generaba la duda si sólo se aplicaban éstas o todas las disposiciones sobre los delitos.

⁷⁵⁸ *Código civil de la República Argentina*, con la traducción de Ildefonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas, coordinado por Sandro Schipani en colaboración con Sabrina Lanni, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 384.

francesa fue más fuerte pues esta última parte no fue reproducida por García Goyena (capítulo séptimo, romano II, núm. 3, letra D). Desde luego, la norma se encontraba fundada en culpa, conforme el principio ya sentado por el mismo código. Sin embargo, en virtud del empuje de la doctrina y jurisprudencia objetivante del siglo XX, la disposición sufre una importante modificación en 1968 a través de la conocida Ley núm. 17.711, que incorpora los incisos segundo y tercero, que introducen como regla general una presunción de culpa *juris tantum* contra el dueño o guardián de cosas, salvo que el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, pues en tal caso la responsabilidad se configura objetivamente, al no ser admitida la prueba de falta de culpa.⁷⁵⁹

A partir de dicha modificación, la responsabilidad objetiva ha tenido un especial desarrollo teórico en Argentina, “arrinconando” a la culpa como un factor de atribución más, de carácter subjetivo, junto a otros de naturaleza objetiva. La exposición del tema en este sentido se encuentra generalizada en la literatura jurídica del país trasandino.⁷⁶⁰ El sostenimiento de la idea de que los factores de atribución objetivos no se enmarcan dentro de un catálogo cerrado, sino que su determinación y número depende de la realidad normativa y fáctica,⁷⁶¹ conlleva en el seno mismo del concepto de factor de atribución objetivo la fuerza expansiva. Desarrollo plasmado, entre otros, en los artículos 1722, 1723, 1753 y siguientes del nuevo código.

3. Código civil y doctrina paraguaya

Paraguay por su parte reemplazó el código de 1876, copia del argentino, por uno nuevo vigente desde 1987. El sistema es construido a partir de la noción de acto ilícito (dada su fuente), el cual puede o no ser culposos.

⁷⁵⁹ El tenor de los incisos citados es: “en los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para ser eximido de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

⁷⁶⁰ “El legislador ha querido estructurar un sistema que, sin prescindir de *la culpa como otro factor atributivo más de responsabilidad*, otorgara mayor protección a quienes están expuestos a un riesgo”, de manera que el género “factor de atribución”, puede ser de dos especies: subjetivo u objetivo. Ghersi, Carlos Alberto, *Teoría general de la reparación de daños*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp.125 y 182. Otros ejemplos, Trigo Represas y López Mesa, *op. cit.*, t. I, p. 642; Pizarro, Ramón Daniel, “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa”, *Contractual y extracontractual*, Parte General, Buenos Aires, La Ley, t. I, 2006, p. 12.

⁷⁶¹ Por ejemplo, Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*, t. I, p. 13.

De ahí que el título referido a la responsabilidad civil presenta un capítulo independiente dedicado a la responsabilidad sin culpa. Aparentemente, concurrirían criterios subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad paralelos. Sin embargo, la responsabilidad sin culpa sólo concurre en los casos establecidos por el legislador, quedando claro el principio general y las excepciones.⁷⁶²

Así, el artículo 1833, basado en los artículos 1066, 1067 y 1068 del Cc.Arg.,⁷⁶³ que abre el capítulo I referido a la responsabilidad civil por el hecho propio, dispone que el que comete un acto ilícito, queda obligado a resarcir el daño, pero que si no mediare culpa se debe de igual forma indemnizar en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente. Entre tales casos están los del código civil, uno genérico y otros específicos. El primero, en el artículo 1846, da inicio al capítulo III (“de la responsabilidad sin culpa”), y reza: “el que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder”. A continuación, los segundos: el daño causado por cosa con vicio riesgo inherente (artículo 1847); daño causado por persona incapaz indemnizando a la víctima por equidad (artículo 1850); daño causado por cosas que caen o son arrojadas de una habitación (artículo 1851); daño causado por animal (artículo 1853) y por animal feroz (artículo 1854).

A pesar de la configuración del sistema dentro de un marco clásico, la incorporación del caso genérico objetivo produce la natural tendencia al desborde del mismo hacia una responsabilidad objetiva. En ello influye decididamente la doctrina argentina, seguida por razones históricas por los juristas paraguayos. Sin ir más lejos, la introducción de la responsabilidad objetiva en el Cc.Par. se hizo justamente sobre la base de las reformas de 1968 al Cc.Arg.⁷⁶⁴

4. Código civil y doctrina uruguaya

El Cc.Ur. establece como regla general del sistema la obligación de reparar los daños cometidos con culpa en el artículo 1319, inciso 1, para luego en el inciso 2 distinguir las categorías de delitos y cuasidelitos, según si hubo

⁷⁶² En este sentido, Silva Alonso, Ramón, *Derecho de las obligaciones en el código civil paraguayo*, Asunción, Intercontinental, 2000, p. 163.

⁷⁶³ Pangrazio, Miguel Ángel, *Código civil paraguayo*, comentado, Asunción, 1998, p. 915.

⁷⁶⁴ Véase en este sentido, Silva, *op. cit.*, pp. 177-181.

dolo o culpa en sentido estricto. Asimismo, no ha habido reformas que hayan alterado el sistema.

Es más, en Uruguay se presenta la particularidad que el artículo 1324 del Cc.Ur. siguió al artículo 1901 del proyecto de García Goyena y al artículo 1384 del Cc.Fr. De esta manera, reprodujo la referencia francesa a la responsabilidad por las cosas que permanecen bajo guarda, a diferencia del PGG, pero prefirió la fórmula del inciso final de la disposición proyectada por el jurista español, a diferencia del *Code* (capítulo séptimo, romano II, núm. 3, letra C). Esto último también generó, como en Chile, una barrera de entrada a la objetivada doctrina gala de la responsabilidad por el hecho de las cosas. Así, la responsabilidad en Uruguay se entiende que es por el hecho propio del hombre, fundada en culpa, de manera que conforme al artículo 1324, inciso final, el guardián puede probar que actuó con la diligencia de un buen padre de familia.⁷⁶⁵

La situación uruguaya por tanto es bastante cercana aún a lo que ha sido la construcción tradicional de la responsabilidad civil, sin perjuicio de las excepciones legales.

5. Código civil y doctrina brasilera

Brasil fue el último país latinoamericano en codificar (1916), no obstante que el movimiento había comenzado a mediados del siglo XIX con las obras de Augusto Teixeira de Freitas (la “Consolidação” es de 1859 y el “Esbozo” de 1865). Éstas se alejaron del *Code*, siguiendo más bien una sistemática pandectística, línea que luego continuó Clóvis Beviláqua en su proyecto de 1900. El nuevo código del año 2002 ha mantenido la estructura. Así, el Cc.Br presenta una parte general, que contiene un libro III referido a los “hechos jurídicos”, el que a su vez dedica el título II a los “Actos Ilícitos”. Éste se inicia con el artículo 186 (antiguo artículo 159) el cual define acto ilícito como una “ação ou omissão voluntária” cometida con “negligência ou imprudencia” que causa daño a otro.⁷⁶⁶

Luego, en la parte especial, el artículo 927 (sintetizando de mejor manera el efecto implícito en los antiguos artículos 1519 y ss.) establece las consecuencias: el que por acto ilícito cause daño a otro queda obligado a repararlo. Asimismo, como novedad, agrega en parágrafo único que “ha-

⁷⁶⁵ Gamarra, *op. cit.*, t. XXI, vol. 3, parte V, p. 13.

⁷⁶⁶ Críticas a mantener la redacción, de Aguiar Dias, José de, *Da responsabilidade civil*, 11a. ed., aumentada por Rui Berford Dias, Renovar, 2006, p. 38.

verá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. De esta manera, el legislador brasileño ya en 1916 optó, advirtiendo los problemas que presentaba la interpretación de la *faute* en el derecho francés, así como las dificultades de las nociones de delito y cuasidelito, por desarrollar la responsabilidad aquiliana en torno a la noción de “acto ilícito”.⁷⁶⁷ Mas, la definición de acto ilícito en el artículo 159 del código de 1916, y la referencia en el inciso segundo de éste a la culpa,⁷⁶⁸ convirtieron a ésta en elemento tan central como lo es en los demás ordenamientos jurídicos romanistas. La doctrina brasileña siempre estuvo de acuerdo en ello, como asimismo que tal definición correspondería a la culpa *lato sensu*.⁷⁶⁹

Pero la doctrina objetivista empujó fuertemente en sentido contrario, de manera que el artículo 927 del Cc.Br. de 2002 introdujo la regla de responsabilidad objetiva genérica en los términos citados, complementada por diversos casos de tipificación particular en el mismo código o en leyes especiales. Curiosamente, uno de los casos especificados “por la ley”, es el artículo 21, inciso XXIII, letra “d” de la Constitución brasileña de 1988, o sea, anterior al nuevo código, el que consagra la responsabilidad civil por daños nucleares con independencia de la existencia de culpa, demostrando la tendencia existente en el país a la época, penetrando inclusive en las normas constitucionales.

Si bien prestigiosos autores brasileños afirman que la regla general sigue siendo en Brasil la responsabilidad por culpa, y que los otros criterios

⁷⁶⁷ “La incerteza del derecho francés... fue, de cierto modo, excluida del Código Civil Brasileño... nuestro legislador prefirió adoptar la noción de acto ilícito” (de Aguiar Dias, *op. cit.*, 11a. ed., núm. 60, p. 151); “El legislador patrio, excluyendo la discusión sobre el vocablo *faute*, prefirió valerse de la noción de acto ilícito” (Gonçalves, Carlos Roberto, *Responsabilidade civil*, 6a. ed., 1995, núm. 3, p. 9).

⁷⁶⁸ Decía que “a verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553”, disposición no reproducida por el codificador del 2002. En el *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Clóvis Beviláqua indicaba que la inclusión de la palabra culpa en el inciso 2 del artículo 159 del Cc.Br. de 1916 se había debido a una enmienda del Senado.

⁷⁶⁹ Gonçalves, *op. cit.*, núm. 3, p. 9. Ya Pontes de Miranda decía que en el acto generador de responsabilidad extranegocial se aprecian los siguientes elementos: a. acto u omisión; b. acto imputable; c. acto dañoso; y d. acto *ilícito*. Este último podía ser una acción o una omisión, los que a su vez comprendían: negligencia, imprudencia o dolo, es decir, no contrae culpa a dolo, sino los términos usados por el artículo 159, y por el contrario, cuando se refería a culpa lo hacía en un sentido lato. *Tratado de direito privado*, 3a. ed., 2a. reimp., Sao Paulo, 1984, t. LIII, p. 85.

de atribución son excepciones,⁷⁷⁰ no faltan las posiciones más audaces. La amplitud del párrafo único, ha permitido sostener que el código es objetivista, dejando poco espacio a la responsabilidad subjetiva. Por lo mismo, dicen algunos que se debió colocar la regla en artículo separado, pues no está subordinada la responsabilidad por riesgo a la responsabilidad por culpa (como pareciera en principio al ser regulada ésta en el párrafo inicial del artículo 927).⁷⁷¹ Y en todo caso, aunque la responsabilidad por culpa siga siendo la regla general, “o novo estatuto civil faz uma grande abertura para o incremento da aplicação da teoria do risco”.⁷⁷² Dados los términos vagos y genéricos del párrafo uno del artículo 927, será la jurisprudencia la encargada de determinar caso a caso cuáles actividades son de riesgo, advirtiendo la doctrina el peligro de una ampliación desmesurada de la responsabilidad sin culpa.⁷⁷³

6. *Código civil federal y doctrina mexicana*

México como Estado federal ha tenido varios códigos civiles, siendo los más importantes los de los años 1870, 1884 y 1928. Este último, además de ser el vigente, es el único que ha regulado de manera íntegra el tema de la responsabilidad extracontractual, superando la cuestión de la doble reglamentación (civil y penal) que se daba en precedencia.⁷⁷⁴ Esta última se debió

⁷⁷⁰ “O artículo 929 do Projeto (atual 927 do Codigo de 2002) consagra a culpa como fundamento principal da responsabilidade civil”. Aguiar Dias, *op. cit.*, 11a. ed., p. 40. Agrega incluso que la adopción del principio contrario habría traído fuertes repercusiones económicas (p. 41).

⁷⁷¹ Menezes Direito, Carlos Alberto y Cavalieri Filho, Sérgio, “Comentários ao novo código civil”, *Da responsabilidade Civil. Das Preferências e Privilégios Creditórios*, vol. XIII, Rio de Janeiro, 2004, pp. 144 y 145.

⁷⁷² Junior, Humberto Theodoro, *Comentários ao novo código civil*, vol. III, t. II, Río de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 29.

⁷⁷³ *Idem.*

⁷⁷⁴ Los códigos precedentes contaban sólo con algunas normas referidas a ella, dejando la regulación principal al Código Penal, pues a decir de la comisión redactora del código de 1870, era “más conveniente que en el Código Penal vayan unidas las reglas de responsabilidad criminal con las de la civil, que casi siempre es una consecuencia de aquélla” (véase exposición de motivos en Borja, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 10a. ed., México, núm. 669, 1985, pp. 346 y 347). Así, fue completamente regulada la responsabilidad tanto penal como civil entre los artículos 301 y 367 del Código Penal de 1871, siendo de especial importancia en lo civil los artículos 326 y 327.

Sin embargo, la misma comisión advirtió que existía la posibilidad de que un hecho no fuese ilícito penal, sino sólo civil, motivo por el cual se incorporaron algunas disposiciones sobre responsabilidad civil en el Cc. de 1870, las que luego fueron reproducidas por el Cc.

desde luego a la influencia del proceso codificador español, incluyendo el proyecto de García Goyena (capítulo séptimo, romano I, núm. 2, letra B).

La norma general está contenida actualmente en el artículo 1910, con el cual comienza el capítulo “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”. Establece la obligación de reparar el daño causado “obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres”, sin referencia alguna al dolo o a la culpa del agente, a pesar de que en la misma disposición se reconoce como eximente de responsabilidad la *culpa o negligencia* inexcusable de la víctima. La omisión ha generado alguna duda acerca de la necesidad de culpa o dolo en la configuración de los actos ilícitos. Por otro lado, en el mismo título, se introdujo la responsabilidad objetiva genéricamente, a través del artículo 1913, el cual obliga a la reparación de daños causados por el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas “aunque no obre de forma ilícita”.

El artículo 1914 aclara el sistema, al disponer que sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etcétera, antes referidos, y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará, sin derecho a indemnización. Por tanto, aunque el artículo 1910 no aluda a culpa o dolo, se debe entender que los actos ilícitos requieren su concurrencia, en lo que la doctrina está conteste⁷⁷⁵ (ello sin perjuicio de las referencias

de 1884. La norma principal corresponde al artículo 1574 en el primero y al artículo 1458 en el segundo, artículos que se limitaron a expresar que son causas de la responsabilidad civil la falta de cumplimiento de un contrato y los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por la ley, sin efectuar ninguna referencia específica a la necesidad de dolo o culpa para esta segunda causa. La razón de esto radica en que eran elementos indiscutibles ya tratados por la regulación principal contenida en el Código Penal, aunque en el mismo texto del Código Civil afloraban (por ejemplo, en el artículo 1594 del Cc. de 1870 referido a la responsabilidad de los propietarios de edificios por actos lícitos en sí mismos se lee: “pero en cuya ejecución haya habido *culpa o negligencia*”).

Conforme a lo expresado, en el código penal de 1871 el artículo 4 definía los delitos, el artículo 6o. los dividía en delitos intencionales y de culpa; el artículo 7o. definía los delitos intencionales, y el artículo 11 enumeraba los casos en que tenían lugar los delitos de culpa. Mediante esta vía entonces, se introdujo para el sistema general de responsabilidad, la necesidad de la concurrencia del dolo y de la culpa como elemento esencial de ella.

⁷⁷⁵ Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 11a. ed., México, Porrúa, 2008, *Teoría de las obligaciones*, p. 187. Manuel Bejarano afirma que precisamente del artículo 1914 “aparece un nuevo elemento del hecho ilícito”, siendo los elementos de éste entonces “la antijuridicidad, la culpa y el daño” (*Obligaciones civiles*, 3a. ed., México, Harla, 1984, núm. 183, p. 221). Rafael Rojina razona sobre la misma base del artículo 1910 en relación con el artículo 1830 que define el hecho ilícito como el contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres; a partir de ello señala que en la “ilicitud” del artículo 1910 se debe “encajar” la culpa o el dolo, y si bien no se puede precisar la ley de orden público violada, se debe considerar que se ha infringido “una norma general que es de interés público según la

explícitas en algunos códigos estatales);⁷⁷⁶ de lo contrario, no se responde, salvo en las situaciones expresamente establecidas por el legislador. Estas situaciones de excepción pueden ser genéricas, como ocurre en el artículo 1913, “aunque no obre ilícitamente” (esto es, aunque no obre con culpa o dolo); o específicas, como ocurre con otros artículos.⁷⁷⁷ La historia del establecimiento del código ratifica esta lectura de las normas.⁷⁷⁸

En todo caso, aclarado que el Cc.Mex. no se aparta del régimen general tradicional de la responsabilidad por culpa, es un hecho que la responsabilidad objetiva se ha instalado en paralelo a la subjetiva, constituyendo dos especies del género responsabilidad civil.⁷⁷⁹

7. Códigos Civiles y doctrina venezolana

Venezuela ha dictado varios códigos civiles, algunos sustituyendo efectivamente al anterior, otros constitutivos de simples reformas o modificaciones. Así, el primero (Código de la dictadura de Páez, 1862) siguió al Cc.Ch.,⁷⁸⁰ redactado por el venezolano Andrés Bello. En 1867 lo reemplazó

cual todo hombre debe proceder con diligencia o cuidado”. Agrega que sería mejor incorporar al artículo 1910 la fórmula tradicional, de manera que éste dijera “el que obrando con negligencia, falta de previsión o cuidado...” (*Derecho civil mexicano*, 2a. ed., México, 1960, t. 5, vol. II, núm. 26, pp. 410 y 411). En García, José Antonio, *La culpa lato sensu en la responsabilidad civil extracontractual*, tesis, México, Escuela Libre de Derecho, 1999, pp. 121 y ss., se resume posición de la doctrina y jurisprudencia mexicana y la opinión en igual sentido del autor.

⁷⁷⁶ Por ejemplo, el Código del Estado de Sonora expresamente alude al “hecho del hombre ejecutado con dolo, culpa, negligencia, falta de previsión o cuidado”.

⁷⁷⁷ Véase, Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 193.

⁷⁷⁸ Fuente del artículo 1910 es el artículo 41 del Código suizo de las obligaciones. En vez de decir el legislador mexicano que se obraba de forma ilícita cuando se causaba un daño intencionalmente o por negligencia o por imprudencia como el código suizo, resumió todo en “ilícitamente”, agregando además contra las buenas costumbres, “ahorrándose” así la segunda parte del artículo que le servía de modelo. No existe constancia en la doctrina mexicana que se haya querido entender por ilícito una cosa diversa. Más aún cuando la misma doctrina suiza entendía que ilícito significa justamente “causado sin derecho, intencionalmente o por imprudencia o negligencia”, como decía Rossel citado por Borja en *op. cit.*, núm. 691, p. 356.

A mayor abundamiento, en el Informe de la Comisión Técnica de Legislación, consta que “el nuevo” código mexicano “se aparta de la tesis clásica de que *sólo* es responsable del daño que causa el que obra con culpa o con la intención dolosa” (García, *op. cit.*, pp. 130 y 131). Es decir, no sigue la idea de que es el único criterio de atribución de responsabilidad, pues existen y se establecen por el legislador otros.

⁷⁷⁹ Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 182.

⁷⁸⁰ En cuanto a la norma fundamental, la ley III, artículo 1o. decía: “El que comete un delito o falta que infiere daño a otro, es responsable civilmente; sin perjuicio de la pena que

uno inspirado en el proyecto de García-Goyena⁷⁸¹ (Código de Falcón). Diverso es el Código de 1873, que fija la tendencia futura de los códigos y doctrina venezolana. Materialmente reprodujo las disposiciones del Cc.It. de 1865, lo que significó seguir en definitiva las normas del Cc.Fr. Por lo mismo, su artículo 1041 dispuso como fuente de las obligaciones, entre otros, los delitos y los cuasidelitos, y bajo tal título sus artículos 1086 y 1087 “traujeron” los artículos 1151 y 1152 del Cc.It. (1382 y 1383 del Cc.Fr.), con la diferencia que en el primero la palabra *colpa* fue sustituida por “falta”, esto es, “a la francesa”. El cambio implicó la introducción al código de una palabra técnica penal mediante la cual se designaban delitos menores, por lo que resultaba frecuente en la doctrina venezolana no sólo advertir la diferencia entre los delitos y cuasidelitos civiles y los delitos y cuasidelitos penales, sino además su diversidad con el término falta penal.⁷⁸² Al Código de 1873 le siguieron los de 1880, 1896, 1904, 1916 y 1922; sin embargo no fueron alteradas las disposiciones que nos interesan en materia de responsabilidad extracontractual, salvo en su numeración.⁷⁸³

La situación es distinta con el Código dictado en 1942, pues toma por modelo el proyecto Italo-francés de las obligaciones y contratos de 1927. A partir de 1942 ya no se hablará más de delitos y cuasidelitos en Venezuela sino, como en Italia, de “Hechos Ilícitos”. Sin embargo, el Cc.Ve. no siguió la fórmula general del artículo 74 del proyecto Italo-francés (“Todo hecho culposo...”) que en cambio sí adoptó el Cc.It. en su artículo 2043. Prefirió refundir en el artículo 1185 las antiguas disposiciones correspondientes a los artículos 1151 y 1152 del Cc.It. de 1865 (1382 y 1383 del Cc.Fr.), dada la historia precedente, prescindiendo sí de los conceptos de delito y cuasidelitos, reemplazándolos por aquellos que los definen: “el que con *intención*, o por *negligencia*, o *imprudencia*...”.⁷⁸⁴ Lo expresado no ha sido óbice para que la

le imponga el Código penal”. La semejanza con el artículo 2314 del Cc.Ch. es evidente, aunque como el Cc.Col., cuasidelito fue sustituido por falta.

⁷⁸¹ Dos artículos constituían las normas principales, el artículo 1805 que decía: “Todo el que comete un delito o falta, contrae la responsabilidad civil, definida y regulada en el Código Penal”; y el artículo 1806, cuyo texto era: “Todo el que ejecuta un hecho en el que interviene algún género de culpa o negligencia, aunque no constituya delito o falta, está obligado a la reparación del perjuicio ocasionado a tercero”. Ambos artículos son prácticamente idénticos a los artículos 1899 y 1900 respectivamente del proyecto de García-Goyena.

⁷⁸² Aníbal Dominici explica que “la *falta* es una contravención voluntaria a la ley penal, que por ser considerada de poca importancia, se castiga con una pena leve; y el *cuasidelito* es el daño causado involuntariamente, por imprudencia o negligencia” (*Comentarios al código civil venezolano* de 1896, 3a. ed., Caracas, 1982, t. II, p. 611).

⁷⁸³ Por ejemplo, en el Código de 1896, los artículos 1041 y 1042 aparecen con los números 1116 y 1117 respectivamente.

⁷⁸⁴ Acedo nos informa que el artículo 1185 del Cc.Ve. fue redactado en 1931 (el código es de 1942) por el jurista e historiador Gil Fortoul en el seno de la comisión encargada de

doctrina y jurisprudencia hablen directo de culpa y de dolo como conceptos esenciales de los hechos ilícitos.

A pesar de lo dicho en los párrafos precedentes, la cuestión de si la regla general es la responsabilidad por culpa, puede comenzar a ser difusa. El Cc.Ve. mantuvo en el artículo 1193 una disposición relativa a la responsabilidad por el daño causado por las cosas que se tienen bajo guarda, estableciendo como únicas excepciones la falta de la víctima, el hecho de un tercero, o un caso fortuito o fuerza mayor. La norma ha permitido que permee en Venezuela la doctrina francesa de la responsabilidad por el hecho de las cosas desarrollada a partir del artículo 1384 del *Code*. Luego, el artículo 1193 junto al artículo 1192 relativo al responsable por el hecho de los animales, ha servido también de base para el impulso de un “derecho común” en materia de daños causados por las cosas, a tal punto de considerar algunos que para el caso que no se regule la responsabilidad por las cosas por una ley especial, en vez de retornar a la regla del artículo 1185 (responsabilidad por culpa), se debiera aplicar el artículo 1193.⁷⁸⁵

El punto no es menor, pues la disposición no distingue entre cosas peligrosas y no peligrosas, generando un vasto campo para su aplicación. Ante la cuestión, la misma doctrina postula seguir a los franceses y desechar a los italianos, lo que implica efectivamente no hacer distinciones, a pesar de la desmesurada amplitud, la cual se debería acotar a través de otros procedimientos.⁷⁸⁶ La cuestión en definitiva es no retornar al principio de la responsabilidad por culpa (artículo 1185).

8. Códigos civiles y doctrina de Bolivia

El primer código de Bolivia fue el de “Santa Cruz” de 1830, con vigencia hasta 1976,⁷⁸⁷ inspirado en el *Code*. Así, los artículos 966 y 967, correspondían a los artículos 1382 y 1383 franceses, acogiéndose entonces las figuras de los “delitos y cuasidelitos”. Mas, el artículo 966 “omitió” la traducción de la palabra *faute*, consagrándose una responsabilidad, en apa-

redactar un nuevo código civil. Acedo Sucre, Carlos, *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en el derecho venezolano, comparado con los derechos francés e italiano*, Caracas, 1993, núm. 6, p. 41.

⁷⁸⁵ Así Melich Orsini, José, *La responsabilidad civil por los hechos ilícitos*, Caracas, 1994, t. II, núm. 80, p. 20; núm. 90, p. 40; núm. 138 y ss., pp. 134 y ss. En II, pp. 13 y ss. explica evolución de la jurisprudencia y doctrina francesa.

⁷⁸⁶ Melich, *op. cit.*, t. II, núm. 145, p. 150.

⁷⁸⁷ Interrumpida sólo en 1845 por casi ocho meses por la dictación de uno nuevo por el presidente Ballivián, ordenando después este mismo el retorno al primero.

riencia, objetiva.⁷⁸⁸ A pesar de ello, dicha carencia no fue impedimento para que los autores bolivianos entendieran que la culpa era requisito indispensable para imputar responsabilidad al causante de los daños.⁷⁸⁹

Con la dictación del Cc.Bol. de 1976 la antedicha dificultad fue eliminada, al seguir su artículo 984 el artículo 2043 del Cc.It., resultando ahora un requisito legal que el hecho sea “doloso o culposo”. Mas, conjuntamente, a través del artículo 998, se incorporó al código una genérica responsabilidad objetiva por “actividad peligrosa”, disposición penúltima del título de los hechos ilícitos y a continuación de los casos específicos, como son la responsabilidad por el hecho de los dependientes (artículo 992), por el hecho de las cosas (artículo 995) y por los daños causados por los animales (artículo 996). De esta manera, es bastante claro que el sistema en Bolivia se configura con la regla general de responsabilidad por culpa, salvo las excepciones legales, genéricas y específicas. La doctrina de este país así también lo lee.⁷⁹⁰

9. *Códigos Civiles y doctrina peruana*

Perú por su parte ha tenido cuatro códigos civiles, correspondientes a los años 1836, 1852, 1936 y 1984. El primero siguió al Cc.Bol. de 1830, presentando entonces en su artículo 965 la misma omisión comentada precedentemente.⁷⁹¹ El código de 1852, también de influencia francesa, man-

⁷⁸⁸ El Cc. de 1845 fue más fiel en la traducción, incorporando en su artículo 1341 (1382 Cc.Fr.) la palabra “culpa”, y en su artículo 1342 (1383 Cc.Fr.) el término “impericia”, que por el contrario el texto francés no contemplaba.

⁷⁸⁹ “Parecería que la culpa del autor del daño no fuera un elemento de la responsabilidad... pero no es así: la omisión de la palabra “culpa... en el texto del artículo 966 es circunstancial y nada nos autoriza para creer que los redactores del Código civil Santa Cruz hubieran excluido esa palabra deliberadamente”, refiriéndose al antiguo código, Romero Sandoval, Raúl, *Derecho civil: según “Apuntes de derecho civil boliviano”* del profesor Raúl Romero Linares, La Paz, 1986, p. 374. Exigía precisamente una *falta*, una imprudencia o una negligencia, dice Aspiazu, Agustín, voz “Cuasidelito”, *Diccionario razonado del derecho civil boliviano*, concordado y anotado por Julio Calderón, La Paz, 1924. Asimismo, criticaba el artículo 966 por no enunciar el término “falta”, y aparentar que sólo bastaría el resultado dañoso, Montellano, Julián, *Las obligaciones en el derecho civil boliviano*, 3a. ed., La Paz, 1930, núm. 1, p. 169.

⁷⁹⁰ No obstante la exposición inicial de la distinción entre factores de atribución subjetivos y objetivos, Luna deja en claro antes de aludir al artículo 998, que el principio es la responsabilidad por culpa, constituyendo la noción del riesgo creado factor de atribución en casos muy concretos. Luna Yáñez, Alberto, *Obligaciones, Curso de Derecho Civil*, La Paz, Juventud, 2003, p. 280.

⁷⁹¹ Impuesto por el General boliviano Santa Cruz a los Estados Nor y Sur-peruanos, en su calidad de presidente de la Confederación Perú-Boliviana, cuya vigencia terminó junto a la disolución de ésta en 1839.

tuvo las categorías de “delitos y cuasidelitos” (artículos 1219), y la fórmula de definirlos en dos disposiciones (artículos 2189 y 2190). La novedad estuvo en que además el artículo 2191, a continuación de la definición de los cuasidelitos, sintetizó los ya traducidos artículos 1382 y 1383 del Cc.Fr., estableciendo en una misma disposición la responsabilidad por los “hechos, descuido o imprudencia” que causen perjuicio a otro. En otras palabras, en vez de decir que todo el que cometa un delito o cuasidelito que cause daño será obligado a su reparación o una fórmula similar (como hacen los artículos 2314 del Cc.Ch., 2241 del Cc.Ec. y 2341 del Cc.Col. ya vistos), el Cc.Per. de 1852 optó por la “imprecisa” formulación francesa, sujeta a múltiples interpretaciones, en especial por la utilización de la palabra “hecho” en el artículo 1382.

El Cc.Per. de 1936 sustituyó las nociones “delitos y cuasidelitos” por “actos ilícitos”, con lo cual se eliminan los artículos 2189 y 2190 que definían a los primeros, pero conservó el “afrancesado” artículo 2191, que pasó a ser el artículo 1136. Desaparecieron las palabras culpa y dolo en esta materia, las que sólo se encontrarán en los textos sobre contratos (por ejemplo, artículos 1320 y 1321).

Importante es además decir, por los efectos que ya se verán, que el código de 1852 establecía en su artículo 2211 que no surgía la obligación de indemnizar cuando se ejercía un derecho, norma que es tomada y ampliada por el código de 1936. Así, el artículo 1137 de este último declara que no son actos ilícitos el ejercicio de un derecho, la legítima defensa y situaciones calificables de estado de necesidad.

La “cirugía” que el código de 1936 realizó al texto de 1852 quizás fue efectuada en un momento inoportuno. Tuvo lugar justamente en la época más álgida de la disputa doctrinaria en Europa entre responsabilidad subjetiva y objetiva, la cual penetró fuertemente entre los autores peruanos; de hecho existen importantes trabajos anteriores al Cc.Per. de 1936 calificables de pro responsabilidad objetiva.⁷⁹² “La lucha” en los escritos pasó a la comisión redactora del nuevo código, y una vez dictado, no contentos los “objetivistas” con el principio de la culpa adoptado, continuaría en las décadas siguientes.⁷⁹³

⁷⁹² Entre los más destacados se cuenta la tesis de doctorado de Carlos Aníbal Ramírez, cuyo título es muy sugerente: *Las modernas tendencias del derecho en materia de responsabilidad civil*, Lima, 1911.

⁷⁹³ Fernando de Trazegnies nos informa de las disputas en la comisión redactora entre Manuel Olaechea por los “objetivistas” y Alfredo Solf y Muro por los “subjetivistas”; asimismo, de las discusiones posteriores, en las cuales incluso participó Henri Mazeaud a través de un informe que le fue solicitado (Véase, *op. cit.*, núms. 34 y 35, pp. 99-119).

Dictado el Cc.Per. de 1936, quienes eran partidarios de eliminar la responsabilidad por culpa, interpretaron el sobreviviente artículo 1136 en términos objetivos, afirmando que se respondía en Perú por los simples “hechos”, o sea, bastaba la mera relación de causalidad. Sin embargo, tal interpretación chocaba con la historia de la misma palabra en el artículo 1382 del *Code*. La tensión entre interpretación subjetiva y objetiva del artículo 1136 terminó en una posición ecléctica: esta norma adopta la responsabilidad fundada en *culpa* pero *presunta*, pues el artículo 1137 justamente establecía la obligación para el demandado de probar que el daño ha sido producido sin culpa (porque ejerció un derecho, actuó en legítima defensa o en estado de necesidad). En otras palabras, la discusión terminó con una interpretación que invertía el *onus probandi*.

El artículo 1969 del Cc.Per. de 1984 confirmó al dolo y la culpa como elementos indispensables, y de paso la tradición subjetivista peruana, al sustituir la fórmula francesa del artículo 1136 por aquella considerada más moderna y sintética: “aquel que por dolo o culpa...”.⁷⁹⁴ Sin embargo, dada la discusión doctrinaria entre los años 1936 y 1984, se introdujo “expresamente” en el nuevo código la inversión de la carga de la prueba en la segunda parte del art.1969: “el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor”.⁷⁹⁵ De esta manera, lo que para el código precedente era sólo una interpretación, para el vigente es ley.

Pero el avance de la doctrina objetivista en Perú logró un resultado aún mejor: la adopción de la responsabilidad basada en el criterio objetivo del riesgo. Así, se lee hoy en el artículo 1970: “aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

Si bien la responsabilidad por culpa se debería entender la regla general, lo que sería confirmado por el hecho que abre la sección de la responsabilidad extracontractual y antecede a aquélla basada en el riesgo, lo cierto es que a simple vista ello no queda muy claro. No se introdujo una disposi-

⁷⁹⁴ De Trazegnies se queja amargamente de la circunstancia que la comisión revisora en principio haya aceptado adoptar el principio de la “reparación social de los riesgos”, que posteriormente cambiara, por estrategia, a la “responsabilidad objetiva”, para terminar promulgándose el Cc. de 1984 bajo el “viejo principio de la culpa”, lo que considera un proceso inverso al ocurrido en la historia del derecho (*op. cit.*, núms. 37 y 38, pp. 119-122).

⁷⁹⁵ La doctrina peruana aplica la presunción sólo a la culpa, pues “el dolo no se presume nunca” (de Trazegnies, *op. cit.*, núm. 66, pp.164 y 165). Sin embargo, tal “concesión” tendría importancia si existieran en la legislación peruana casos particulares respecto a los cuales sólo se responde por actuaciones dolosas; de lo contrario, siendo igual el efecto por una conducta cometida con culpa o dolo (la reparación), la distinción sólo resulta dogmática pero sin consecuencia práctica.

ción que articulara el criterio general de la culpa como tal, con un segundo criterio objetivo amplio, pero excepcional. Por lo mismo, no es de extrañar la ambigüedad que se observa en la doctrina. Así, De Trazegnies en una misma página habla de un segundo gran principio de responsabilidad que se “coloca *paralelo al primero*” (culpa), para luego afirmar que el legislador reconoce que “la obligación de indemnizar cierto tipo de daños debe ser *eximida del requisito de la culpa*”, de manera que el segundo principio, “por su ubicación y generalidad, tiene *casi* la misma jerarquía que la responsabilidad por culpa”.⁷⁹⁶ La eximición es excepción, y lo que es “casi” lo mismo, no es idéntico, por lo que no puede ser “paralelo”.

Por lo tanto, a pesar que la técnica legislativa del Cc.Per. de 1984 en la materia es deficiente, se debería entender que la responsabilidad fundada en dolo o culpa sigue siendo el principio general, aunque con una excepción amplia por responsabilidad objetiva basada en riesgo creado, que sería lo novedoso, y múltiples excepciones constituidas por tipos específicos de responsabilidad objetiva.⁷⁹⁷

Lo expresado en todo caso constituye una explicación y no una solución, pues los problemas conceptuales de precisión que la idea de riesgo ha históricamente presentado, afloran de inmediato, siendo tarea de la doctrina peruana tratar de establecer qué se entiende por riesgo o actividades peligrosas,⁷⁹⁸ y dar resolución justa a los conflictos a que los daños dan lugar.

10. Códigos civiles centroamericanos y sus respectivas doctrinas

República Dominicana simplemente tradujo el código civil francés. Como consecuencia, no sólo el Cc.RD. tiene la misma numeración de artículos, sino que el efecto obvio es el simple trasvasije de la doctrina y jurisprudencia francesa a la realidad jurídica de este país: el Cc.RD. se interpreta como el Cc.Fr. De esta manera, esta nación centroamericana mantiene vigente el principio general de la responsabilidad por culpa principalmente a través de los artículos 1382 y 1383 del Cc.RD. (artículos 1382 y 1383 del Cc.Fr.), pero ha recepcionado la doctrina de la responsabilidad del guardián por el hecho de las cosas inanimadas, primero presumiendo la culpa de aquél, y luego simplemente sin culpa, conforme el proceso vivido en Francia.⁷⁹⁹

⁷⁹⁶ De Trazegnies, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁹⁷ Como el caso de los animales. Véase respecto a Perú, capítulo séptimo, romano IV, num. 1.

⁷⁹⁸ De Trazegnies, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

⁷⁹⁹ Morel, Juan, *La responsabilidad civil en República Dominicana*, revisada y ampliada por Hernández, Gloria María, 2a. ed., Santo Domingo, Dolis, 2004, núm. 242, p. 175 y núm. 272, p. 190.

Por su parte, respecto a los códigos que siguieron el modelo español, bajo el título de “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, los códigos de *Panamá, Honduras y Puerto Rico*, reproducen en sus artículos 1644, 2236 y 1802 respectivamente, el artículo 1902 del Cc.Es., exigiendo entonces como regla general para que nazca la obligación de reparar el daño causado, una acción u omisión en que intervenga “culpa o negligencia”.

Dado que el resto de los artículos en materia de responsabilidad también son una copia de las disposiciones del código español, estamos en presencia de códigos latinoamericanos altamente sensibles a la evolución de las posturas de los juristas ibéricos. Entre éstos, algunos que gozan de alta autoridad en América, han impulsado un entendimiento en términos objetivos del artículo 1908 del Cc.Es. (referido a la explosión de máquinas, humos excesivos, caída de árboles y emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes), que corresponde a los artículos 1650 Cc.Pan.; 2241 Cc.Ho.; y 1808 Cc.PR.⁸⁰⁰

Cuba, con la dictación del código de 1987, abandonó el texto español que había adoptado en 1889. Aparentemente el artículo 82 del Cc.Cu. quiebra con el principio general de la responsabilidad por culpa, como asimismo con el precedente artículo 1902 (idéntico al mismo numeral del Cc.Es.), al establecer que “el que causa ilícitamente daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo”. No hay alusión al dolo o culpa como criterio de la atribución de la responsabilidad, por lo que perfectamente se podría entender que introdujo una responsabilidad objetiva. Sin embargo, la doctrina está consciente de la defectuosa redacción del artículo, y que no obstante la tendencia a la objetivación del precepto, de la relación del artículo 82 con los artículos 92

⁸⁰⁰ Son de la opinión que a las hipótesis no comprendidas especialmente en el artículo 1908 o a las demás actividades peligrosas, se les aplica precisamente el artículo 1908 y no la regla general del 1902 (culpa), pues “siempre que una actividad industrial sea peligrosa o insalubre, la responsabilidad ha de producirse de acuerdo con los criterios más estrictos que presiden en algunos de los preceptos citados”, o sea, en algunos de los numerales del artículo 1908. Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1994, pp. 634 y 635. Ello sin perjuicio de opiniones contrarias al estudio conjunto de las hipótesis del artículo 1908, y de la deducción de principios generales. Así, por un estudio particularizado de cada una de las hipótesis, Concepción Rodríguez, José Luis, *Derecho de daños*, 2a. ed, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 132 y ss.

Por otra parte, ciertamente en leyes especiales se ha introducido expresamente la responsabilidad sin culpa, y si bien en el resto “queda en pie formalmente el principio de la responsabilidad subjetiva” la inclinación de la jurisprudencia es cada vez más frecuente a presumir la culpa, invirtiendo el peso de la prueba o extremando el grado de diligencia, de manera que por vía oblicua se acentúa cada vez más la tendencia hacia un sistema de responsabilidad objetiva. Castan Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, 14a. ed., Madrid, 1988, t. IV, p. 942.

y 99, inciso 1, se debe descartar que la responsabilidad sea la objetiva o por riesgo, entendiéndose que el criterio general de atribución es la culpa, como tradicionalmente ha sido.⁸⁰¹

La responsabilidad por riesgo en todo caso fue introducida en Cuba a través del artículo 105 del Cc.Cu. aunque en el ámbito del transporte terrestre, marítimo y aéreo, para el caso de cargas peligrosas, nocivas o perjudiciales. La doctrina lógicamente, conforme a los tiempos, ya entiende que la referencia al transporte no excluye que otras acciones puedan ser reputadas como actividades que generan riesgo, atribuyendo el daño sin necesidad que concurra la culpa.⁸⁰²

Costa Rica en 1886 dictó un segundo código (vigente hasta hoy), el cual adoptó las categorías de los “delitos y cuasi-delitos”. Empero, abre el título respectivo una norma general, el artículo 1045, tomada principalmente del artículo 1900 del proyecto de García Goyena, y de los artículos 1382 y 1383 del *Code*: “todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. *Nicaragua* reprodujo también la fórmula y la norma en su código civil (artículo 2509).

El tenor del artículo 1045 del Cc.CR. permite a todo lector entender que el principio general en *Costa Rica* es el de la responsabilidad por culpa. Así por lo demás lo ha entendido la doctrina tradicional de este país.⁸⁰³ Sin embargo, a partir del texto del artículo 41 de la Constitución costarricense que asegura a todos la reparación de los daños sin mencionar a la culpa,⁸⁰⁴ algunos pretenden imponer como principio general, el de la responsabilidad objetiva,⁸⁰⁵ alterando gravemente el sistema.

⁸⁰¹ Ojeda, Nancy de la Caridad y Delgado Teresa, *Teoría general de las obligaciones: comentarios al código civil cubano*, La Habana, Ed. Félix Varela, 2005, pp. 78 y 79.

⁸⁰² *Ibidem*, p. 88.

⁸⁰³ Así, Pérez Vargas, Víctor, *Derecho privado*, 3a. ed., San José, 1994, p. 384.

⁸⁰⁴ “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Se les deberá hacer justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”.

⁸⁰⁵ Es la pretensión de Rivero, quien basado en la norma constitucional, desarrolla la idea que el fundamento de la responsabilidad es simplemente la norma jurídica, desechando la culpa, el riesgo creado y la antijuridicidad como tales. Se indemniza porque una norma así lo manda. Cualquier otra fundamentación sería una denegación de justicia. Rivero Sánchez, Juan Marco, *Responsabilidad Civil*, 2a. ed., San José, Diké, en particular, p. 44 y las pp. 68 y ss.

Una argumentación en estos términos, implica borrar en dos líneas el desarrollo de la ciencia jurídica en más de dos mil años, retrotrayéndola a un estado incluso anterior a las XII Tablas. Sin ir más lejos, Tamayo, autor del prólogo de la obra de Rivero, en el punto II, discrepa de la concepción de éste, pues sostiene que en algunos casos, la culpa es elemento estructural de la responsabilidad civil.

El caso de *Guatemala* destaca especialmente en el concierto de Centroamérica. En 1877 dicta su primer código siguiendo al peruano de 1852. Luego dicta su segundo texto en 1933, pero sin la parte referida a contratos y obligaciones, manteniendo vigente en esta parte el anterior.⁸⁰⁶ Su tercer código es de 1963, siguiendo de cerca al mexicano de 1928. Este último mantiene la responsabilidad basada en culpa a través de su artículo 1645, que obliga a la reparación de daños causados intencionalmente o por descuido o imprudencia; y del artículo 1646, que obliga a la reparación de los daños al responsable de un delito doloso o culposo. Sin embargo, como el Cc.Per. de 1984, dispone que dicha culpa se presume en el artículo 1648, admitiendo desde luego prueba en contrario. La norma es la primera modificación importante en la materia respecto al sistema adoptado por el código del 77.

A pesar de la mantención de la regla clásica, aunque con la carga de la prueba invertida, el Cc.Gua. introduce además un caso genérico de responsabilidad objetiva, en el artículo 1650, disposición casi idéntica al artículo 1913 mexicano. La diferencia relevante con éste, se encuentra en que se obliga a la reparación de daños causados con el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas, sin la frase “aunque no obre ilícitamente”.

De esta manera, por la ubicación del artículo 1645 (abre el capítulo sobre todo daño es indemnizable, del título de los actos y hechos ilícitos), pareciera que el Cc.Gua. se suma a los códigos que establecen como regla general la responsabilidad por culpa, salvo excepciones genéricas o específicas de responsabilidad objetiva. Mas, no lo dice expresamente ni hay otras referencias que así lo indiquen (como la frase omitida antes citada), con lo cual la colocación de la culpa y demás posibles factores de atribución objetivos en el mismo plano parece relativamente fácil.

11. *Síntesis de la revisión*

En términos generales, el vistazo dado en precedencia a la historia de los códigos civiles latinoamericanos y en particular a sus textos vigentes, permite verificar que aún hoy la tendencia es a considerar la culpa como criterio general de atribución de la responsabilidad. Sin embargo, dicha tendencia es efectivamente una realidad en algunos países del continente, mientras que en otros definitivamente se ha ido atenuando con el paso del tiempo.

⁸⁰⁶ Guzman Brito, Alejandro, “La modificación civil en iberoamérica, siglos XIX y XX”, *Jurídica*, Santiago, núm. 65, 2000, p. 518.

En efecto, hay países en los cuales simples defectos en la redacción de la norma general dejan la puerta abierta a que posiciones objetivistas pudieran postular como principio rector la regla contraria, como ocurre con el Cc.Mex. y el Cc.Cu. (sin perjuicio de los históricos como el de Santa Cruz boliviano). En otros, la efectividad en la práctica de la responsabilidad por culpa resulta dudosa, al haber invertido el *onus probandi*, como en el Cc.Per. y el Cc.Gua.

Algunos, dado que se trata de copias de los textos que les sirvieron de fuente, resultan especialmente permeables a las interpretaciones de los códigos originales europeos, con teorías fuertemente objetivistas. Es la situación de República Dominicana, que sigue al francés, y de Panamá, Honduras y Puerto Rico, que en la materia mantienen las disposiciones españolas.

También están los que sin presentar estas características, a su respecto, parte de la doctrina intenta interpretarlos a la francesa, como en Venezuela, al intentar que la responsabilidad del guardián, entendida objetivamente, sea el derecho común. O los que buscan refugio en la Constitución, de modo que por vía de una interpretación en términos objetivos de ésta, y por la aplicación jerarquía de ella, se deje sin efecto la regla general civil, ilustración de lo cual es la situación en Costa Rica.

Por otro lado, hay códigos que mantienen en buena parte su redacción decimonónica, con textos de gran fortaleza ante los embates de la tendencia objetivante, como es el caso de Uruguay, de Chile y de los que siguieron a este último. Sin embargo, ya en el “sistema chileno”, autores y jurisprudencia, han encontrado la fórmula para abrir la puerta a posiciones en sentido inverso, incluso contra la literalidad de las normas. Destaca Colombia en este sentido y la interpretación con influencia francesa del artículo 2356 del Cc.Col.

Pero por sobre todo, la dictación de nuevos códigos, o la modificación de los vigentes, ha conllevado la introducción expresa de disposiciones que contienen factores objetivos de atribución de la responsabilidad. Ello ha permitido a la doctrina colocar los nuevos factores al mismo nivel que la culpa, como ha ocurrido en Argentina con el desarrollo interpretativo de los últimos cuarenta años, luego de la reforma de 1968 y consagrada en el nuevo código vigente desde 2016. Y si bien en estos códigos “modernos” se puede identificar a la culpa como regla general, y los casos de responsabilidad objetiva como excepcionales, dentro de éstos existen hipótesis genéricas (además de las especiales), que por su redacción, tienen la vocación de convertirse en la práctica en las reglas generales. Es lo que ocurre con los códigos de Paraguay, Brasil, México, Bolivia, Perú y Cc.Par.

Esta síntesis, estamos ante una penetración legislativa y doctrinaria relevante de la responsabilidad objetiva ilimitada, con visos de acentuación,

minando peligrosamente las bases del subsistema jurídico romanista latinoamericano.

IV. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS TIPOS ROMANOS OBJETIVOS EN EL DERECHO LATINOAMERICANO

1. *Daños por el hecho de los animales*

Dados los antecedentes históricos revisados en el romano II, núm. 1 presente, sería bastante razonable que la hipótesis de daños causados por animales esté presente en los códigos civiles latinoamericanos, en especial en aquéllos decimonónicos. Sin embargo, hay que constatar dicha presencia y “las condiciones” de la recepción en su caso.

Señalo desde ya que a los textos de las ex colonias españolas y portuguesa, por regla general, no logró arribar la *nox*a del animal causante de los daños como instrumento limitativo de la responsabilidad de su dueño. La síntesis francesa del artículo 1385 del *Code*, el proyecto de García Goyena y el artículo 1905 del Cc.Es. tuvieron directa o indirectamente influencia decisiva en los códigos civiles de la región. El punto debe ser destacado pues éste no era necesariamente el modelo a seguir, tomando en cuenta la base romanista de los cuerpos civiles de la región.

En efecto, los codificadores latinoamericanos, al momento de redactor sus obras, tuvieron a la vista ejemplos de códigos “modernos” donde la *nox*a estaba expresamente consagrada. Entre ellos, en el Código de la Luisiana, que recepcionó tanto la *nox*a de esclavos como de animales,⁸⁰⁷ aunque curiosamente había tenido entre otras fuentes directas a Domat y a Pothier.⁸⁰⁸ También constituyó excepción el código civil del Perú de 1852, el que en su

⁸⁰⁷ El tenor de los artículos respectivos era el siguiente: “artículo 2300. The masters of slave are responsible for the damage occasioned by them; the master, however, has the right as established under the title of master and servant, of *abandoning his slave* in discharge of that responsibility”; “artículo 2301. The owner of an animal is answerable for the damage he has caused; but if the animal had been lost, or had strayed more than a day, he may discharge himself from this responsibility, by *abandoning him to the person who has sustained the injury*; except where the master has turned loose a dangerous or noxious animal; for then he must pay for all the harm done, without being allowed to make the abandonment”. *Civil Code of The State of Louisiana*, Nueva Orleans, E. Johns & Co., Stationer’s Hall, 1838.

Pranzataro cita como otros ejemplos en que se consagraba la *nox*a de animales, los *Códigos Badeses y Bassone. Appendice del traduttore*, cit., p. 125, notas 13 y 14 respectivamente.

⁸⁰⁸ Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., pp. 136 y 138.

artículo 2193 introdujo la noxa de esclavos y de animales.⁸⁰⁹ Lo curioso es que Vidaurre repudiaba el derecho romano, por lo que fuente directa seguramente fue el mundo germano.⁸¹⁰ Asimismo, hay antecedentes de proyectos de códigos latinoamericanos que consideraban la noxalidad.⁸¹¹

El único que se refería hasta el 2016 a la noxa expresamente pero para rechazarla, fue el Cc.Arg. en su artículo 1131,⁸¹² solución aplaudida por la doctrina moderna, pues con el abandono del animal a favor de la víctima no se repararía el daño sufrido, que puede ser muy superior al valor del animal.⁸¹³ Mas, comentarios de este tipo son los que han llevado precisamente al equívoco, pues la entrega del animal no pretendía la reparación del daño, sino limitar los efectos patrimoniales para el dueño de la actividad del animal y garantizar, al menos, este valor a la víctima.

Pero además de la influencia textual de las fuentes en los códigos civiles latinoamericanos, la exclusión de la noxa obedeció a la misma razón de fondo, y que es lo relevante: la responsabilidad del propietario o tenedor del animal estaba fundada en la culpa que les era imputable (*culpa in vigilando*). Ello, a pesar de la omisión de toda referencia a la *faute* en el artículo 1385 del Cc.Fr. y sus seguidores según se vio.

Dado lo anterior, y para que no hubiese ninguna duda al respecto, Andrés Bello completó la disposición francesa, introduciendo en el artículo 2326 la frase “salvo que la soltura, extravío o daño *no pueda imputarse a culpa* del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal”. Con ello, resulta claro que el criterio de atribución de responsabilidad es subjetivo.⁸¹⁴ Luego, la mayoría de los países que siguieron al Código Civil chileno mantienen también hasta hoy la misma norma: artículos

⁸⁰⁹ “Artículo 2193. El dueño de un esclavo puede librarse de pagar los daños causados por este cediendo su dominio al perjudicado. Rige la misma regla para con el dueño de un animal doméstico que ha causado algún daño”.

⁸¹⁰ Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., p. 334.

⁸¹¹ Por ejemplo, el proyecto de código civil de Julián Viso, presentado al general José Gregorio Monagas, presidente de la República de Venezuela, en el año 1854, en cuyo artículo 4o. de la Ley III, título III del libro 111 se decía: “los dueños de esclavos son responsables del daño causado por ellos, salvo el abandono que pueden hacer de sus personas”. Citado por Melich, *op. cit.*, t. I, p. 360, nota 2.

⁸¹² “El propietario de un animal no puede sustraerse a la obligación de reparar el daño, ofreciendo abandonar la propiedad del animal”.

⁸¹³ Borda, Guillermo, *Manual de Derecho Civil, Obligaciones*, 13a. ed., Buenos Aires, 2008, p. 480. Pizarro, *op. cit.*, t. II, p. 445.

⁸¹⁴ La doctrina tradicionalmente ha leído la disposición con el sentido y alcance original, del cual da cuenta la letra del artículo. De esta manera, se reconoce que el “fundamento de esta responsabilidad es la culpa del dueño o del que se sirve del animal, la imprudencia o la falta de vigilancia en que se presume han incurrido”. Alessandri, *op. cit.*, t. II, núm. 319, p. 396. En el mismo sentido subjetivo, Barros Errazuriz, Alfredo, *Curso de derecho civil*, 2o. año

2253 Cc.Ec; 2353 Cc.Col; 2077 Cc.El Sal, y 1328 Cc.Ur.⁸¹⁵ El artículo 2513 Cc.Ni. lo sigue de cerca, pero se preocupa de detallar las exclusiones de responsabilidad por hecho del tercero, víctima y caso fortuito o fuerza mayor en sus incisos segundo y tercero.⁸¹⁶

Sin embargo, que la disposición contenga como criterio de atribución una culpa presumida que admite prueba en contrario, no ha impedido que algunos autores la interpreten modernamente de forma tal de impedir, a como dé lugar, que el que se sirve de un animal se pueda eximir de responsabilidad por falta de culpa, persiguiendo en definitiva la objetivación de la disposición.⁸¹⁷

Consagra la misma idea que el código chileno el artículo 1929 Cc.Mex, aunque siguiendo la fórmula del artículo 1.527 Cc.Br. (hoy sustituido por el artículo 936 Cc.Br.), pues también permite al dueño del animal o a su tenedor, la prueba “que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario”.

Ya se trate de la fórmula chilena o de la mexicana, lo cierto es que no responde el propietario actual. Sea el que se sirve del animal o quien lo tiene, responde por los daños derivados de la ejecución de la debida guarda, reafirmando el carácter subjetivo de la responsabilidad.

parte 2, 4a. ed. corregida y aumentada, Santiago, Nascimento, 1932, vol. III, núm.382, p. 512; Corral Talciani, *op. cit.*, p. 247.

Dado lo anterior, “la prueba de la ausencia de culpa libera al guardián”. Gamarra, *op. cit.*, t. XX, vol. 2, reimpresión 1a. ed., 1989, p. 356. Por ello Alessandri, en nota a pie de página de la cita precedente, expresamente rechaza las opiniones de Demogue, Savatier y Josserand en cuanto a fundar la responsabilidad en el riesgo, y por tanto, con carácter objetivo. Un fundamento se opone a la posibilidad de ser eximido de responsabilidad por falta de culpa.

⁸¹⁵ Interesante la interpretación uruguaya, que hace aplicable el artículo 1324 a todas las cosas, lo que incluye el artículo 1328 (animales), permitiéndole al guardián gozar del beneficio de probar que no incurrió en culpa, eximente establecida en la primera disposición. Gamarra, *op. cit.*, t. XXI, vol. 3, p. 350 (rechaza particularmente la doctrina objetivante de Peirano Facio). Ello ratifica la contención que el inciso final del artículo 1324 ha significado en el derecho uruguayo frente a la interpretación del artículo 1384 francés. Véase nota 785.

⁸¹⁶ Dada la redacción, habría refundido en la disposición los artículos 1125 y 1128 Cc.Arg.

⁸¹⁷ El colombiano Martínez entiende que la norma comprende dos partes: daños causados por un animal doméstico que no tienen relación con la soltura o extravío; y daños que sí tienen relación con la soltura o extravío. En el primer supuesto, el propietario no podría probar su falta de culpa o la de su dependiente, pues siempre es responsable (dado que el artículo reza en su primera parte “el dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal”), salvo probando ruptura del nexo causal, como fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima. En el segundo caso, podría el propietario destruir la presunción de culpa demostrando que él o el dependiente encargado de la vigilancia o cuidado, no cometieron culpa en la soltura o extravío, habiendo actuado diligentemente. Martínez Rave, Gilberto, *Responsabilidad civil extracontractual*, 10a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998, p. 223.

Mención aparte merece el Código argentino, que quizás pretendiendo seguir más de cerca la figura romana, a través de su artículo 1124 hacía responsable al propietario de un animal, sea doméstico o feroz, por los daños que causare. Aparentemente la disposición no exige culpa del dueño de la bestia; incluso, el artículo 1126 obligaba a éste a la reparación cuando el animal hubiese estado bajo la guarda de sus dependientes, o se haya tratado de una conducta suya contraria a los hábitos generales de su especie. Sin embargo, además de apartarse del derecho romano por eliminar la propiedad “actual”, y por no liberar de condena al dueño cuando el animal actúa *contra naturam*, el artículo 1127 eximía de responsabilidad al titular del animal que se hubiese soltado o extraviado sin culpa del guardador. La relación de las disposiciones permitiría deducir que el fundamento de la responsabilidad era simplemente la culpa. En todo caso, es evidente que el juego de los artículos 1124 y 1127 admite conclusiones distintas, según la óptica y, por qué no decir, época con que se les lea.⁸¹⁸ Mas, luego de la reforma del año 1968 al artículo 1113, la doctrina mayoritaria interpretó como aplicable a los animales el nuevo estatuto de la responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas inanimadas, que estaría fundada en el riesgo⁸¹⁹ (véase capítulo séptimo, romano III, núm. 2).

Por lo dicho, no extraña entonces que Melich ubique a todos los códigos citados en precedencia dentro de los “sistemas que consagran la presunción de culpa *juris tantum*” por daños causado por animal y con algunas dudas respecto al de Vélez Sarsfield. El artículo 1758 del nuevo código se encargó de disipar las dudas.⁸²⁰

Los párrafos precedentes ratifican por tanto que no obstante la vigencia de Las Siete Partidas en los territorios americanos, la *nox*a del animal no podía haber sido considerada, por ser un instrumento limitativo de la responsabilidad que no encajaba con una responsabilidad culposa consagrada a partir del *Code*. Ni Bello ni los demás juristas contemporáneos a la codificación se pudieron plantear si quiera el tema del “límite de responsabili-

⁸¹⁸ De hecho, dice Borda que es difícil que tenga lugar esta eximente, “porque es claro que si el animal se ha soltado es porque no se tomaron todas las precauciones necesarias para evitarlo”. Sólo sería posible si un tercero lo soltó o tuvo lugar un acontecimiento imprevisible, *op. cit.* p. 479.

⁸¹⁹ Pizarro, *op. cit.*, t. II, p. 426 (especialmente nota 55, con bibliografía en este sentido).

⁸²⁰ Melich, *op. cit.*, t. II, p. 45-47. Por ejemplo, respecto al artículo 1527 del Cc.Br, hoy derogado y antecedente del artículo 1929 Cc.Mex., entiende que existía una presunción *juris tantum*, Franciulli Netto, Domingo *et al.* (coords.), *O novo código civil*, Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, Sao Paulo, Editora Ltda, 2003, p. 822; Stoco, Rui, “Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial”, *Hardcover*, Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 494; Gonçalves, Carlos Roberto, *Responsabilidade civil*, 6a. Ed., Saraiva, 1995, p. 209.

dad”, pues no era objetiva. La cuestión seguramente quedó restringida a si la entrega del animal bastaba para ser eximido del pago de indemnización, lo que a la luz de una responsabilidad por culpa parecía del todo improcedente: el culpable debía pagar.

En lo que respecta al animal fiero, el Código Civil chileno, manteniendo mayor cercanía con el derecho vigente hasta su dictación, lo recepcionó expresamente, alejándose del francés, en su artículo 2327. Su tenor literal es el siguiente: “el daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, *será siempre imputable al que lo tenga*, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”. La fórmula fue seguida por casi todos los códigos civiles influenciados por la obra de Bello: artículos 2254 Cc.Ec; 2354 Cc.Col; y 2078 Cc.El Sal. Por su parte, Vélez Sársfield sigue al chileno en el artículo 1129 del Cc.Arg., pero eliminando la alegación y su efecto (no será oído), agregando “y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardaban”. Con esta “mejora”, la disposición pasa a los vigentes artículos 1329 Cc.Ur.⁸²¹ y 1854 del Cc.Par.

Es evidente que estamos en presencia de una norma que perfectamente se puede entender en un sentido objetivo, pues el que tiene un animal fiero responde “siempre”, resultándole imposible alegar que le fue imposible evitar el daño; o con la “mejora”, que se escapó sin culpa. Mas, se ha interpretado tradicionalmente en sentido subjetivo, pues la culpa está en poseer un animal fiero “sin utilidad”,⁸²² presumiendo *iuris et de iure* la culpa del tenedor del animal.⁸²³ Empero, en la actualidad, dado que el efecto práctico es el mismo, la moderna doctrina ya de forma directa la califica de responsabilidad estricta.⁸²⁴

Mención honrosa para el inciso 2 del artículo 1329 Cc.Ur. que, modificado por la ley núm. 16.088 de 1989, contiene hoy una excepción para los

⁸²¹ Ley núm. 16.088 del 25 de octubre de 1989 suprimió del artículo “que no se reporta utilidad para la guarda o servicio del predio”. Asimismo, agregé el inciso 2 (animales de circo y zoológico), al que luego me refiero. Gamarra critica la modificación, pues en su concepto “viene a decir lo mismo que decía antes de la reforma interpretado según Alessandri”. *Op. cit.*, p. 363.

⁸²² Borda, *Manual, cit.*, p. 479.

⁸²³ Alessandri, t. II, núm.342, p. 419. Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, Santiago, Ed. Jurídica, 1993, t. I, núm. 281, p. 231 (aunque reconoce que los efectos son muy parecidos a los de la responsabilidad objetiva); Melich, *op. cit.*, t. II, p. 67; Martínez, *op. cit.*, p. 224.

Críticamente, “la doctrina se ha encargado de malinterpretar esta disposición, aduciendo, en contra de su historia, que se trata de una presunción de derecho de culpa”, Guzmán Brito, *La responsabilidad objetiva*, p. 180, nota 7.

⁸²⁴ Barros, *op. cit.*, núm.140, p. 213; Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, reimpresión 1a. ed., Santiago, Ed. Jurídica, 2009, p. 203; Corral Talciani, *op. cit.*, p. 247; Gamarra, *op. cit.*, t. XXI, vol. 3, p. 361.

parques zoológicos públicos y privados, respondiendo autoridades y propietarios respectivamente, conforme al artículo 1328 (animales no feroces), por el daño provocado por las fieras. Por tanto, se pueden liberar de las consecuencias del cuasidelito demostrando falta de culpa el dueño o dependientes encargados de la guarda o servicio del animal.⁸²⁵ El punto nos recuerda el edicto *de feris*, que tenía como uno de sus elementos el lugar de tránsito habitual de personas al cual era llevada la fiera, no siendo aplicable la disposición edilicia si el paraje era diferente (rigiendo plenamente, si la fiera causaba un daño, los tipos penales generales). La disposición uruguaya precisamente está en esta línea: encontrándose la fiera en un lugar público pero destinado a su exhibición, al cual las personas acuden especialmente, rige la regla general: responsabilidad por culpa.

La situación es diferente respecto del resto de los códigos civiles latinoamericanos, que denotan en la redacción actual de la figura la influencia de la primera parte del artículo 1385 del Cc.Fr. y de la segunda parte del artículo 1905 del Cc.Es.⁸²⁶ Esta última, con las causas exclusivas que permiten la eximición de la responsabilidad y que equivalen a decir que quien se sirve del animal, no se podrá liberar de la obligación indemnizatoria aunque demuestre su falta de culpa.

Como se puede apreciar, dada la letra objetivante del artículo 1385 del *Code* (dejando de lado que la intención del legislador fue la contraria según se vio), su texto se podía mantener más o menos inalterado para considerarlo “moderno” y “objetivo”, bastando sólo para completar un tipo de responsabilidad estricta la agregación de causas también objetivas, que permitieran al dueño o guardador del animal ser eximido de responsabilidad (si se quisiese claro está introducir esta posibilidad). El Cc.Es. dio la pauta en este sentido.

La propia naturaleza de la disposición ya no hace necesario agregar un artículo o referencia a los animales fieros. Esta cualidad de la bestia no influye en la obligación indemnizatoria del dueño o tenedor: siempre responde por los daños del animal, cualquiera sea éste. Lo relevante es el daño sufrido por la víctima, no el tipo de animal que lo causó. Excepción es el

⁸²⁵ En el mismo sentido, Melich cita a Dominici, quien excluía la aplicación de la norma sobre fieras contenida en el Cc.Ven. de 1896 a los animales feroces de un circo o de un zoológico. Melich, *op. cit.*, t. II, p. 67, nota 59.

⁸²⁶ Lo expresado es respecto al origen de la fórmula, sin perjuicio que algunos de los códigos latinoamericanos de la segunda mitad del siglo XX en adelante fueron influenciados por el código italiano de 1942, el cual en todo caso siguió la fórmula en el artículo 2052 prácticamente en los mismos términos: “il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito”.

código paraguayo, que no obstante seguir la fórmula franco-española, por la influencia argentina, mantiene en el artículo 1854 el caso de las fieras.

La configuración objetivada que presentan los textos de los artículos 1385 del *Code* y 1905 Cc.És., se puede encontrar actualmente en varios códigos civiles latinoamericanos. Entre los que la adoptan, sólo hay diferencias en las eximentes objetivas de responsabilidad que puede alegar (y probar) el tenedor del animal. Así, el artículo 1979 Cc.Per. admite sólo como causa eximente de responsabilidad el hecho de un tercero; los artículos 1192 Cc.Ven.⁸²⁷ y 1669 Cc.Gua., el hecho de un tercero y culpa de la víctima; los artículos 996 Cc.Bol., 936 Cc.Br., 1647 Cc.Pan., 2239 Cc.Ho., 1805 Cc.PR. y 94 Cc.Cu., la culpa de la víctima y fuerza mayor; y, finalmente, el artículo 1853 del Cc.Par. que admite las tres: hecho de un tercero, culpa de la víctima y fuerza mayor.

Caso particular y muy llamativo es el peruano. Originalmente el Cc.Per. de 1852 se había alejado de la redacción del *Code* en su artículo 2192, estableciendo simplemente que el dueño del animal o el que lo tiene a su cuidado respondía por el daño que causara, “a no ser que se hubiese perdido ó extraviado sin culpa del dueño”. Con ello le daba la posibilidad de ser eximido de responsabilidad al propietario por falta de culpa, explicitando que el fundamento de la disposición era la culpa. No obstante ello, de igual forma introdujo la posibilidad de entregar en noxa el animal (artículo 2193, inciso 2), lo que constituye una excepción incluso para el derecho romano: culpa propia y facultad de *noxae deditio* se contradicen. En todo caso, la mala técnica legislativa de Vidaurre, su redactor, es conocida.⁸²⁸

Sin embargo, ya el artículo 1145 del código de 1936 sancionó la fórmula actual, que fue tomada por el código de 1984. Esto evidentemente no sorprende dado el intento por consagrar la responsabilidad objetiva como regla general en 1936 (capítulo séptimo, romano III, núm. 9). Así, que la responsabilidad por el daño de los animales sea objetiva desde 1936 en Perú, parece ser dudoso en la doctrina.⁸²⁹ Pero además, constituiría no sólo una

⁸²⁷ Tomado del artículo 1145 Cc.Per. de 1936. Melich, *op. cit.*, t. II, p. 61.

⁸²⁸ Guzmán Brito, *La codificación civil*, cit., p. 333.

⁸²⁹ Sería la norma una muestra de la objetivación de la responsabilidad en el Código de 1936 y consecuentemente en el actual. Vidal Ramírez, Fernando, “Los sistemas de responsabilidad extracontractual y la codificación civil peruana”, en *Negocio jurídico y responsabilidad civil, estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*, Grijley, 2004, pp. 834 y 835. Objetiva porque no se puede demostrar la falta de culpa, y además sin causa aduce de Trazegnies, *op. cit.* pp. 298 y 304.

Leysser, bajo la idea que la responsabilidad objetiva implica imposibilidad de ser eximido de la condena, entiende que el artículo 1979 del Cc.Per. no consagra ni una responsabilidad subjetiva ni objetiva. Leysser, León, *La responsabilidad civil, líneas fundamentales y nuevas perspecti-*

excepción a la regla general por culpa del artículo 1136, sino que también un régimen especial dentro del régimen objetivo genérico (capítulo séptimo, romano III, núm. 9).⁸³⁰

Hago presente respecto del código brasileiro, que éste cambió de fórmula con la dictación del nuevo texto del año 2002, pues el artículo 1527 del Cc.Br. de 1916 ordenaba al dueño o tenedor del animal resarcir el daño causado si no probaba que lo guardaba y vigilaba con el cuidado “preciso”. Se trataba por tanto de una concepción basada en responsabilidad por culpa, que en todo caso la doctrina y jurisprudencia brasileña la interpretaba como una hipótesis de presunción de derecho, con clara tendencia a la objetivación.⁸³¹ Ésta se ha hecho realidad con el nuevo artículo 936.⁸³²

De esta manera, ya una buena parte de los códigos latinoamericanos han optado por establecer como caso de responsabilidad objetiva el hecho dañoso de los animales en general. Probablemente, reformas de los códigos que aún mantienen una subjetividad a la base, también seguirán este camino.

Asimismo, la tendencia a nivel de los autores de la misma zona geográfica, aunque siguiendo los desarrollos doctrinarios europeos, es entender que

vas, Normas legales, Trujillo, 2004, p. 343. Sin embargo, la sola posibilidad de alegar como eximente el hecho de un tercero, y al contrario, la imposibilidad de alegar la falta de culpa, claramente vinculan el caso con el criterio de atribución de la responsabilidad por riesgo del artículo 1970, en relación con el artículo 1972. Sería además objetiva por resultar además sin causa. de Trazegnies, *op. cit.*, pp. 298 y 304.

⁸³⁰ Con la presencia de la responsabilidad por riesgo en el artículo 1970, la antigua hipótesis romana no sería necesaria, según la doctrina, pero se debió incluir, debido a un problema de relación de causalidad: el responsable no es el “causante” del daño y las excepciones de responsabilidad basadas en la ruptura del nexo causal, no operarían de la misma forma en los casos de responsabilidad objetiva. de Trazegnies, *op. cit.*, p. 303.

⁸³¹ La palabra “preciso”, a decir de los autores, implicaba que no bastaba para el legislador probar la diligencia o cuidado del hombre medio, sino el necesario en el caso concreto para que no causara daños. Si el animal efectivamente escapó y provocó daños, tal circunstancia era demostrativa que el dueño o tenedor del animal no ejercieron la diligencia o cuidado necesario. Gonçalves, *op. cit.*, p. 209; Stoco, *op. cit.*, p. 494.

⁸³² Menezes y Cavalieri afirman que conforme la redacción del artículo 936 no queda la menor duda que el nuevo código establece una responsabilidad objetiva para el propietario del animal, quien se podrá eximir de responsabilidad sólo si concurre una de las causales de exclusión referidas al nexo causal que se señalan en la disposición (*op. cit.*, p. 270). Sí debo decir que curiosamente estos autores aún fundamentan esta responsabilidad en una falta por parte del dueño en la guarda del animal.

De acuerdo en que la responsabilidad del artículo 936 es ahora objetiva, Franciulli y otros, *op. cit.*, p. 823. Villaça curiosamente alude al caso bajo el título de responsabilidad objetiva, pero afirma en el texto que el código presume la culpa del dueño o detentador. Villaça, *Teoria geral, cit.*, p. 269.

estamos en presencia de un caso de responsabilidad objetiva.⁸³³ Incluso más, el hecho de los animales se entiende comprendido dentro del hecho de las cosas en general, lo que permite la aplicación de las doctrinas desarrolladas respecto de este último caso, incluida la francesa sobre la guarda construida a partir del artículo 1384 del *Code*.⁸³⁴

En este proceso de objetivación del tipo, relevante ha sido el cambio conceptual del sujeto pasivo de la acción. Si bien se mantiene el propietario normalmente, a él se ha unido el “tenedor” del animal, no importando a qué título tenga el animal (usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, etcétera).

2. La responsabilidad por el hecho de las cosas arrojadas o vertidas y cuya caída causa daño

El camino seguido por Francia no fue tomado por Andrés Bello (al igual que García Goyena), quien se inclina por incluir expresamente la hipótesis, como lo hacía El Setenario, dejando constancia de ello en una nota.⁸³⁵ Así, el artículo 2328 del Cc.Ch. dispuso que el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que allí habitan,⁸³⁶ dividiéndose la indemnización entre todas ellas, salvo prueba de que el hecho se debió a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente. Asimismo, otorgó una acción popular en contra del dueño de un edificio o sitio, o su inquilino, o la persona a quien pertenezca la cosa o que se sirviere de ella, si hubiere algo en la parte superior que amenace caída y daño para obligarlos a su remoción. Como se puede apreciar, los edictos *de effusis vel deiectis* y *de positis vel suspensis* fueron refundidos en una sola hipótesis (lo que a la luz de I.4.5.1 e I.4.5.2 no era descabellado).

⁸³³ Así Borda, luego de reconocer que la teoría clásica funda esta responsabilidad en una *culpa in vigilando*, sostiene que la verdadera “razón de la responsabilidad está en que el dueño y la persona que se sirven del animal han creado un riesgo del cual aprovechan y cuyas consecuencias es justo que afronten”. *Manual, cit.*, p. 475. En el mismo sentido (“riesgo creado”), Leysser, *op. cit.*, pp. 333 y 334; Stoco, *op. cit.*, p. 495; Gamarra, *op. cit.*, XXI, vol. 3, p. 361. Aunque sin tomar partido, explica que fundamento moderno es el “riesgo creado”, el cual recoge el código boliviano, Luna, *op. cit.*, p. 278; Guerrero, Rodney Maciel, *Responsabilidad derivada de cosas inertes ubicada riesgosamente*, <http://www.monografias.com/trabajos39/responsabilidad-civil/responsabilidad-civil2.shtml>, p. 2.

⁸³⁴ Melich, véase nota 785; Luna, *op. cit.*, pp. 276 y 277.

⁸³⁵ Nota de Bello al inciso 1 del artículo 2328: “L.25, tit. 15, artículo 7o.”, *Obras Completas, cit.*, p. 916.

⁸³⁶ Aún hoy “habitan” genera alguna discusión. Martínez Rave, *op. cit.*, p. 231.

Desde la perspectiva del edicto *de positis*, es singular que lo principalmente regulado haya sido la acción por el daño que causa una cosa que cae (o se arroja), y sólo accesoriamente la acción preventiva, en circunstancias que el primero era sólo preventivo, existiendo discusión en la romanística por la acción que se ejercía ante daño, dado el silencio del edicto (capítulo cinco, romano III). Además, conforme con la naturaleza de una acción para prevenir y no indemnizatoria, el 2334 dispone que el ejercicio de la acción popular sólo comporta para el actor el pago de las costas (gastos), y lo que valga el tiempo y diligencia empleados en ella.

En lo sustancial, se ha entendido tradicionalmente por la doctrina que el criterio de atribución de responsabilidad es en este caso la culpa,⁸³⁷ lo que estaría de acuerdo con su fuente española y con los antecedentes franceses; discordante en cambio resulta con las fuentes romanas en lo que respecta al edicto *de effusis*.

Habiendo Las Siete Partidas excluido la posibilidad de dar en noxa al siervo, no existía razón siquiera para pensar en si debía o no reponer esa “vieja” solución en la especie. Desde luego, porque la esclavitud en Chile ya había sido legalmente prohibida, pero además porque los habitantes respondían de su propia culpa. Por lo mismo, tampoco existió una vez más la posibilidad de entender, mediante la abstracción, la necesidad de un instrumento limitativo de la cuantía de la indemnización distinto de la noxa del siervo. Se miró simplemente esta alternativa como una posibilidad del derecho antiguo.

Incluso, la acción de reembolso en caso de responsabilidad por el delito o cuasidelito de un dependiente fue ubicada en el artículo 2325, pensando en las hipótesis que le anteceden y no las posteriores, como la que tratamos. Y ello es muy razonable bajo la doctrina de que la responsabilidad está fundada en culpa: ¿por qué se habría de pedir reembolso a otro, si el culpable del daño era el propio demandado y condenado? Precisamente esta contradicción la hacíamos ver frente a la diversidad entre la letra de Las Siete Partidas sobre la materia y su interpretación por la doctrina.

La fórmula la encontramos aún hoy en los códigos civiles que siguieron la obra de Bello, como se puede apreciar en los artículos 2355 Cc.Col.,⁸³⁸ 2255 Cc.Ec; 1330 Cc.Ur; y 2079 Cc.El Sal.

⁸³⁷ Abeliuk, *op. cit.*, t. I, núm. 286, p. 234; Alessandri, *op. cit.*, núm. 362, p. 442; Barros Errazuriz, *op. cit.*, núm.382, p. 512; Corral Talciani, *op. cit.*, p. 249.

⁸³⁸ Colombia cuenta con un régimen general para las acciones populares, consagradas a partir del artículo 88 de la Constitución y reglamentadas en particular por la Ley núm. 472 de 05.08.98.

Aunque todavía constituye una tendencia en desarrollo, ya hay importantes autores que propugnan al interior del “sistema chileno” que el caso es de responsabilidad objetiva, incluso algunos citando el riesgo creado como factor de atribución, con lo cual la hipótesis tampoco escapa a la tendencia objetivante.⁸³⁹

Si bien no es la oportunidad de analizar detenidamente la disposición, llamo la atención respecto del tenor literal del artículo 2328 Cc.Ch., en cuanto la expresión “imputable” resulta coincidente con la relectura de “culpa” en D.9.3.1.4 (capítulo cuarto, romano II, núm. 5) y la idea de una culpa-imputación pero no efectiva. Esta línea interpretativa podría conducir al mantenimiento de la responsabilidad objetiva en la figura. La duda la genera la segunda parte, al admitir la prueba que el hecho se debió a “culpa o mala intención” de otro, lo que implica acreditar la no concurrencia de culpa propia. Ciertamente, esto puede significar un problema de nexo de causalidad y no de culpa. Mas, como sea, probado el hecho de un tercero, no responde el habitator, en circunstancias que en la figura romana siempre asumía la carga del perjuicio, incluso pudiendo dar en noxa al esclavo o al hijo (*exceptio noxalis*), pues sufría un detrimento personal en razón del daño por otro causado, dejando en evidencia su objetividad.

Por su parte, Vélez Sársfield también se inclinó por acoger la hipótesis en el artículo 1119, inciso 3 del Cc.Arg. teniendo a la vista entre otras a Las Partidas,⁸⁴⁰ aunque con su estilo más detallista (se preocupa incluso de establecer que no hay responsabilidad cuando la cosa es arrojada o cae en terreno propio, no sujeto a servidumbre el tránsito). El codificador argentino igualmente fusionó en el mismo artículo los dos edictos romanos, pero sin recoger la acción popular.

Interesante es el hecho que si bien incorporó también la idea concierne a que de ser identificado quién arrojó la cosa será él sólo responsable, y no todos los habitantes, la referencia fue redactada en términos objetivos (“si se supiere cuál”), sin alusión a la culpa o dolo en el acto, como ocurre en el código chileno. Pero ello es sin perjuicio que el artículo 1121, que complementa la disposición al regular la proporción en que concurren dos o más responsables (cada uno en proporción a la parte que tuviere), permitía la eximición de responsabilidad probando que el hecho fue ocasionado “por

⁸³⁹ Barros Bourie, *op. cit.*, núm. 140, p. 213; Rodríguez Grez, *op. cit.*, p. 203; Gamarra, *op. cit.*, t. XXI, vol. 3, p. 370; Martínez Rave, parece entender lo mismo, al decir que esto demuestra la necesidad de adoptar en nuestro medio las tendencias objetivas de la responsabilidad como norma general (*op. cit.*, p. 232).

⁸⁴⁰ Las leyes 25 y 26 del título 15 de la Partida 7, l. 4.5.1 y artículo 1318 del Código de Austria son las fuentes del artículo según notas de Vélez Sársfield. *Código civil de la República Argentina*, Schipani (coord.), *cit.*, p. 385.

culpa” de uno de ellos exclusivamente, y en tal caso sólo “el culpado” responderá del daño. En razón de este complemento, se podría concluir que la norma argentina, en cuanto al fondo, no distaba mucho de la chilena (dice lo mismo pero en dos artículos).

A pesar del tenor del artículo 1121, la doctrina del país trasandino estaba contestes en que el factor de atribución contenido en el artículo 1119, inciso 3 es objetivo.⁸⁴¹

A diferencia de Bello, Vélez Sárfield ubicó la acción de regreso por lo que se hubiese pagado por un hecho culpable de un dependiente o doméstico, en el artículo 1123, esto es, después de la hipótesis en comento. De ahí que, si bien no contemplaba ni la noxalidad ni otro instrumento limitativo de la responsabilidad, al menos esta herramienta se le concedería al responsable para potencialmente disminuir el detrimento que la condena le ha causado.⁸⁴² Ello sin perjuicio de la acción directa contra el hechor, contenida en el artículo 1122.

Es posible afirmar que la fórmula argentina se encuentra también en los artículos 1851 del Cc.Par. y 938 Cc.Br.⁸⁴³ tratamiento conjunto de los antiguos edictos; sin referencias literales a imputación subjetiva, permitiendo la calificación de responsabilidad objetiva para el caso;⁸⁴⁴ y lugar indebido de caída de la cosa como elemento objetivo de la hipótesis para que genere obligación indemnizatoria. Eso sí, dada la particular influencia en Paraguay, el artículo 1852 de este país contempla la acción directa y de regreso establecida en el argentino, alternativas que en código brasileiro no existen para la hipótesis.

Los artículos 1933 Cc.Mex., 1652 Cc.Pan., 1810 Cc.PR. y 2243 Cc.Ho., idénticos prácticamente entre ellos, introducen el caso romano siguiendo la redacción del artículo 1910 del Cc.Es.⁸⁴⁵ Ello aunque sólo se diferencian de

⁸⁴¹ Alterini, Atilio, *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 20.

⁸⁴² Probablemente, las concordancias con el derecho romano y los comentarios, presentes en los textos de Las Partidas que consultó el codificador argentino, lo influenciaron en esta solución. Véase, nota 840.

⁸⁴³ El artículo es similar al artículo 1.529 del Código Civil de 1916, salvo en cuanto a la sustitución de “una casa” por “prédio”, cambio que tuvo por objeto incluir cosas arrojadas o caídas desde lugares distintos a la habitación. Menezes, *op. cit.*, p. 288. En todo caso, ya la jurisprudencia había aplicado de forma extensiva el artículo 1529. Véase, fallos en Stoco, *op. cit.*, p. 487-489.

⁸⁴⁴ Gonçalves, *op. cit.*, p. 185; Franciulli y otros, *op. cit.*, p. 812, Stoco, *op. cit.*, p. 486; Villaça, *Teoria geral, cit.*, p. 270; Guerrero, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁴⁵ Las disposiciones de los Códigos mexicano, panameño, puertorriqueño y cubano son un ejemplo concreto de la influencia del Código español de 1889 en estas tierras. Véase, Guzmán, *La codificación, cit.*, p. 610.

los dos códigos citados en el párrafo anterior en cuanto no se contempla la referencia al lugar en que cae la cosa arrojada o vertida (que sí hace el argentino). La interpretación moderna considera esta fórmula como un caso de responsabilidad objetiva.⁸⁴⁶ Por otra parte, si bien contemplan acciones de regreso en general por daños causados por los dependientes, la disposición respectiva, al igual como ocurre en Chile, se ubica antes de la hipótesis de cosas que caen o se arrojan, con lo cual no resulta aplicable (artículos 1928 Cc.Mex; 1646 Cc.Pan., 1804 Cc.PR. y 2238 Cc.Ho.). Además, México recogió la posibilidad de acción directa contra el culpable, pero también para los casos anteriores (artículo 1926), quedando excluida esta alternativa de las situaciones comprendidas en el artículo 1933.

Por su parte, el artículo 93 Cc.Cu. presenta igual redacción del caso que los códigos precedentes (tiene la misma influencia), pero difiere de ellos en cuanto se preocupa de incluir el derecho de reembolso del responsable en contra del autor del hecho en la misma disposición.⁸⁴⁷

Finalmente, el artículo 1672 núm. 1 del Cc.Gua. recepciona el caso, entre diferentes hipótesis por las que responden los propietarios, arrendatarios, poseedores y, en general, las personas que se aprovechan de los bienes ajenos. Formalmente es una fórmula distinta a las anteriores pero en lo sustancial la misma: responsabilidad por los daños o perjuicios que causen las cosas que se arrojen o cayeren, sin alusión a algún elemento subjetivo ni al lugar en que ocurre la caída ni a instrumentos limitativos de la responsabilidad. Sí contempla particularmente en su parte final una acción para el perjudicado para lograr el cese de la causa del daño, que podría ser el peligro de caída de una cosa, excluyendo un carácter popular.

Los códigos civiles de Venezuela, Perú, Bolivia, Costa Rica, Nicaragua y República Dominicana no contemplan en la actualidad la figura (sin perjuicio de su recepción en códigos anteriores que rigieron en los dos primeros, ya con tendencia por lo demás a la interpretación objetiva).⁸⁴⁸ La situación de estos códigos se debe a la influencia directa o indirecta francesa o italiana en ellos.⁸⁴⁹ Desde luego ya el *Code* había optado por esta alternativa

⁸⁴⁶ Galindo Garfias, Ignacio, *Responsabilidad, seguro y solidaridad social en la indemnización de daños*, *Estudios de derecho civil*, México, UNAM, 1981, p. 126.

⁸⁴⁷ Véase, nota 840.

⁸⁴⁸ El edicto de *effusus vel deiectis* había sido recogido en el artículo 16 Ley III, título XIII, libro IV, del Cc.Ven. de 1862, disposición que era casi idéntica al Cc.Ch.; y en el artículo 1810 del Cc.Ven. de 1867, inspirado en el artículo 1904 del proyecto de García Goyena. Asimismo, es posible citar los artículos 2127 sobre cosas arrojadas y 2128 sobre las vertidas del Cc.Per. de 1852. Estos artículos del Cc.Per. habrían tenido una tendencia o sabor objetivo (de Trazegnies, *op. cit.*, p. 48).

⁸⁴⁹ El Cc.Ven. de 1873 siguió al Cc.It. de 1865, y desapareció desde hace muchos años el caso romano de sus páginas.

(y el Cc.RD. es una copia de él), y consiguientemente el Código italiano de 1865, por lo que no había posibilidad prácticamente que se repusiera ni en el proyecto franco-italiano ni en el código italiano de 1942.

Desde esta perspectiva, es perfectamente posible afirmar que en los citados países el caso también fue considerado un cuasidelito, fundado en una presunción de culpa del habitador, objetivándose el criterio de atribución con el tiempo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ante la falta de disposición particular en el código, y el obvio olvido de por qué el legislador francés no la contempló.

Pero además de este antecedente histórico-legislativo conceptualmente, al igual que como ocurre con el hecho de los animales, el caso de las cosas arrojadas o caídas desde la parte alta de un edificio ha sido comprendido por buena parte de la doctrina dentro de los daños causados por las cosas en general. Y, habiendo sido el mismo *Code* el que inició la exclusión, llevando a la doctrina francesa a explicar el vacío mediante la teoría de la guarda, ésta también resulta por consecuencia seguida por los autores latinoamericanos.⁸⁵⁰ Ello ha sido aún más fácil con la reunión del caso de las cosas que se arrojan o vierten con el de las que caen, pues si se mantuvieran separados los “edictos”, se advertiría que el arrojar o verter comporta una acción, que en la caída no tiene lugar.⁸⁵¹ Asimismo, hoy el caso tiende a ser incorporado dentro de los daños colectivos.⁸⁵²

3. *La responsabilidad por el hecho de los armadores, hoteleros y estableros*

Importante influencia en la materia tuvieron los antecedentes franceses en el código civil chileno e, indirectamente, en los que le siguieron. De ahí que las principales normas sobre los *nautae cauponae* y *stabularii* no se encuentran en materia de delitos y cuasidelitos sino en el ámbito contractual.

En lo que respecta a los delitos y cuasidelitos, el artículo 2320 del Cc.Ch. siguió al artículo 1384 del *Code*, fijando también como principio el que toda

⁸⁵⁰ Melich, véase nota 785; Menezes, *op. cit.*, p. 290; Guerrero, *op. cit.*, p. 2. Este último relaciona el artículo 1847 del Cc.Par. que permite al dueño o guardián de una cosa inanimada probar que de su parte no hubo culpa, salvo cuando el daño se produce por riesgo inherente a la cosa, con el artículo 1851, de manera que el habitador no podría en definitiva ser eximido de responsabilidad probando falta de culpa, pues su responsabilidad derivaría de “cosa inerte ubicada riesgosamente”.

⁸⁵¹ Alessandri hacía notar precisamente este punto, no obstante que trataba al artículo 2328 del Cc.Ch. bajo el título “presunciones de responsabilidad por el hecho de las cosas”. *Op. cit.*, t. II, núm. 363, p. 442.

⁸⁵² Menezes, *op. cit.*, p. 293; Corral Talciani, *op. cit.*, p. 249.

persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado, excluyendo eso sí, como ya se advirtió, y al igual que el proyecto de García Goyena, la referencia a las “cosas que permanezcan bajo su guarda”. Entre las hipótesis posibles contempló obviamente el que los empresarios respondan del hecho de sus dependientes mientras estén bajo el cuidado de los primeros. Sin embargo, a diferencia del *Code* y al igual que el PGG, la posibilidad de ser eximido de la obligación de indemnizar a la víctima los incluyó, pues la parte final de la disposición fue redactada en términos más amplios: “cesará la obligación de esas personas si *con la autoridad y el cuidado* que su respectiva calidad les confiere y prescribe, *no hubieren podido impedir el hecho*”. De manera que el Cc.Ch. simplemente explicitó lo que la tramitación del proyecto del *Code* entendió, pero prefirió borrar.

Bello además optó por regular de forma separada la relación amo-criado en el artículo 2322, estableciendo la responsabilidad de los primeros por la conducta de “sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones, aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista”. Sin embargo, a continuación les permitió ser liberados del pago de indemnización, probando que ejercieron sus funciones de “un modo impropio que los amos no tenían medio de *prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente*” (recuérdese respecto de este texto el lugar destacado que daban Domat y Pothier a la previsibilidad).

La fórmula fue replicada por los artículos 2247 y 2249 Cc.Ec; 2347 y 2349 Cc.Col;⁸⁵³ 2071⁸⁵⁴ y 2073 Cc.El Sal respectivamente.

Los artículos 1645 Cc.Pan. y 1803 Cc.pr. en cambio tomaron sólo el artículo 2320 del Cc.Ch. permitiendo la prueba del empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

En fin, el Código de Uruguay siguió en su artículo 1324 (originalmente artículo 1283) la estructura del artículo 2320 del Cc.Ch. pero reemplazó la parte del texto referido al caso de la responsabilidad de los empresarios por el contenido en el artículo 1901 del proyecto de García Goyena,⁸⁵⁵ además de prescindir del artículo 2322 del Cc.Ch.

⁸⁵³ Las expresiones “amos”, “criados” y “sirvientes” fueron declarados *inexecutable* por la Corte Constitucional colombiana mediante Sentencia C-1235-05 de 29 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, debiendo en adelante entenderse en reemplazo de la expresión “amos”, el vocablo “empleador”, y en reemplazo de las expresiones “criados” y “sirvientes”, el término “trabajadores”.

⁸⁵⁴ Este artículo contempla el principio en el inciso primero y la excepción en el segundo, omitiendo las hipótesis particulares.

⁸⁵⁵ Decía el artículo 1901: “lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento ó empresa, respecto de los perjuicios causados por sus domésticos en el servicio de los

Es evidente que el fundamento de la responsabilidad en este sistema es la culpa, particularmente por la falta de vigilancia del responsable respecto del dependiente causante del daño.⁸⁵⁶ Por lo mismo, pensar en la inclusión de un instrumento como la noxa (además de la eliminación de la servidumbre), o del abandono de ciertos bienes, o en una *actio de peculio* u otro instrumento limitativo de la responsabilidad resultaba improcedente. No obstante ello, la acción de regreso cuando el responsable no ordenó la comisión del hecho dañoso fue recepcionada, encontrándose hoy presente en los artículos 2325 Cc.Ch; 2251 Cc.Ec; 2352 Cc.Col; 2076 del Cc.El Sal; 1646 Cc.Pan; 1804 Cc.PR.; y artículo 1327 Cc.Urg.

En términos estrictos, si verdaderamente la responsabilidad se basa en culpa del principal, no se ve el motivo para conceder esta acción. Sin embargo, existiendo dos culpas (responsable y hechor), la acción de repetición constituye un mecanismo para lograr la repartición de las consecuencias del daño, y desde este punto de vista compatible, quizás, con un responsabilidad por culpa.

A pesar de lo dicho, el fundamento de esta responsabilidad en el “sistema chileno” está en serias dificultades, pues la interpretación moderna ni siquiera se contenta con una presunción de culpabilidad, adoptando posiciones que la dejan al borde de una responsabilidad estricta,⁸⁵⁷ si no como objetiva.⁸⁵⁸

Pero como adelanté, es a propósito de los contratos donde la actividad de los *nautae caupones* y *stabularii* adquiere real importancia en la construcción de Bello, a partir del derecho romano (sea por los contratos civiles involucrados como por la *actio ex recepto*), Las Partidas, el *Code* y sus precedentes. Es

ramos en que estuvieren empleados”. *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, por Florencio García Goyena, t. IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1952. La fuente es reconocida por la doctrina, así Gamarra, *op. cit.*, t. XX, vol. 2, p. 131, nota 1.

⁸⁵⁶ Si tomamos un autor chileno de la primera mitad del siglo XX, encontramos las siguientes palabras: “al establecer la ley la responsabilidad civil del empresario, sanciona su falta de vigilancia y de cuidado en el ejercicio de las funciones propias de los dependientes, y además, la mala elección que ha hecho de los subordinados, para confiarles funciones que pueden perjudicar a terceros”. Barros Errazuriz, *op. cit.*, núm.381, p. 510. En el mismo sentido, Alessandri, *op. cit.*, t. II, núm. 213, p. 307; núms. 221 y 222, p. 320; Abeliuk, *op. cit.*, t. I, núm. 276, p. 225; Barros Bourie, *op. cit.*, núm. 117, p. 180; Gamarra, *op. cit.*, t. XX, vol. 2, p. 131, quien afirma que la doctrina uruguaya está representada en este sentido por Amézaga, *Culpa aquiliana*, pp. 181 y 184; Pizarro, *op. cit.*, t. III, p. 103.

⁸⁵⁷ Barros Bourie, *op. cit.*, núm. 119, p. 184. En este sentido, respecto a la objetivación jurisprudencial de la responsabilidad civil del empresario, Corral Talciani, *op. cit.*, pp. 241 y ss.

⁸⁵⁸ “Aun dentro de los postulados de la doctrina tradicional, cae la culpa como base de la misma, y debemos admitir la presencia de una responsabilidad objetiva”. Gamarra, *op. cit.*, t. XX, vol. 2, p. 134.

interesante en esta línea el artículo 1325 del Cc.Ur., el cual en materia de cuasidelitos, señala expresamente que en lo que se refiere a la responsabilidad de los posaderos, ella ser regirá por lo dispuesto respecto al depósito necesario, introduciendo una conexión interna entre los efectos contractuales y extracontractuales que pueden tener lugar en la materia.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad contractual, se produce una escisión entre transportistas por una parte y posaderos por otra, aun cuando ambos responden por el hecho de sus familiares y dependientes. Para los primeros, el código chileno mantuvo el carácter objetivo de la responsabilidad;⁸⁵⁹ para los segundos, como Las Partidas, subjetivó la responsabilidad, aunque se podría entender la situación de los hurtos aún objetiva.⁸⁶⁰

⁸⁵⁹ Así, en materia de contrato de transportes, el inciso 3 del artículo 2015 del Cc.Ch. establece que “tendrá lugar la responsabilidad del acarreador *no sólo por su propio hecho, sino por el de sus agentes o sirvientes*”, disposición que se replica en los artículos 1977 Cc.Ec; 2072 Cc.Col; y 1803 Cc.El Sal. A su vez, el artículo 2014 fijó el fundamento de esta responsabilidad, recordándonos las *Institutiones*: “las obligaciones que aquí se imponen al acarreador, se entienden impuestas al empresario de transportes, *como responsable de la idoneidad y buena conducta de las personas que emplea*”. Los artículos 1976 del Cc.Ec; 2071 Cc.Col. y 1802 del Cc.El. Sal. lo siguieron.

Se podría interpretar que el hecho exigido debe ser doloso o culposo conforme a las reglas generales y que la segunda disposición explícita en definitiva una responsabilidad por *culpa in eligendo e in vigilando*. Sin embargo, el artículo 2015 del Cc.Ch. (y los demás citados) hace responsable al acarreador por la destrucción y deterioro de la carga, salvo estipulación contraria, prueba de vicio de la carga, fuerza mayor o caso fortuito. La falta de culpa propia o de los dependientes no se admite. Asimismo, según el artículo 2016 (artículos 1978 Cc.Ec; 2073 Cc.Col; y 1804 Cc.El Sal), el acarreador es obligado a la entrega de la cosa en el paraje y tiempo estipulados, admitiéndose sólo prueba de fuerza mayor o caso fortuito para ser liberado de responsabilidad. La custodia romana y la *actio ex recepto* influyeron fuertemente en esta materia.

⁸⁶⁰ Los efectos que introduce el que aloja en una posada, entregándolos al posadero o a sus dependientes, se miran como depositados bajo la custodia del posadero, aplicándose las disposiciones del depósito necesario (artículo 2241 Cc.Ch; artículo 2173 del Cc.Ec; 2265 del Cc.Col; 1998 del Cc.El Sal; 3506 del Cc.Ni; y 2277 del Cc.Ur), lo que lleva a una responsabilidad por culpa leve. Destaco que en el caso del Cc.Ur. se incorpora “con conocimiento” del posadero o sus dependientes”, lo que recuerda “con sabiduría” de P.5.8.26.

Además, al posadero se le hace responsable de todo daño que se cause a dichos efectos tanto por la culpa suya o de sus dependientes, o de los extraños que visitan la posada, y “hasta de los hurtos y robos”, pero no de fuerza mayor o caso fortuito, salvo que se le pueda imputar a culpa o dolo (artículo 2242 Cc.Ch., fórmula que replican los artículos 2174 del Cc.Ec; 2266 del Cc.Col; 1999 del Cc.El Sal; 3507 del Cc.Ni; y 2278 del Cc.Ur). Entiende la frase “hasta de los hurtos y robos”, sin más, como receptora de la responsabilidad por custodia romana Guzmán Brito, *La responsabilidad objetiva, cit.*, p. 191.

En particular, es obligado a la seguridad de los efectos que el alojado conserva alrededor de sí, siendo responsable del daño causado o del hurto o robo cometido por los sirvientes de

Todo lo anterior es por supuesto sin perjuicio de las disposiciones de los respectivos códigos de comercio⁸⁶¹ y convenciones internacionales en la materia (capítulo octavo, romano I, núms. 1 y 2).

Sin emplear la fórmula chilena, pero conceptualmente por el mismo camino, el artículo 1048 Cc.CR. permite la prueba al comitente que la acción dañosa no se pudo evitar con la diligencia debida. Incluso, expresamente señala que el comitente está obligado a *escoger* una persona apta para ejecutarlos y a *vigilar* la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia, siendo responsable solidario de los perjuicios que su encargado cause. Sobre el fundamento subjetivo aquí no hay ninguna duda posible; y si bien no se contempla como tal una acción de regreso, a través de la solidaridad se alcanza el mismo resultado. Si fuera del caso, el código presenta también normas contractuales aplicables.⁸⁶²

Tampoco sigue la fórmula en comento el artículo 1924 del Cc.Mex, pero permite a los patrones y dueños de los establecimientos mercantiles ser eximido de responsabilidad probando que no se puede imputarles ninguna culpa o negligencia en la comisión del daño por parte de sus obreros dependientes. No así a los jefes de casa, dueños de hoteles o casas de hospedaje (artículo 1925). Además, en este código la acción de regreso se adopta expresamente (artículo 1928), como asimismo la posibilidad de ejercer la acción directa contra el hechor (artículo 1926). Mas, siempre está la posibilidad del ejercicio de las acciones contractuales cuando procedan.⁸⁶³

De esta manera, tanto el Cc.CR. como el Cc.Mex. se suman al contingente de cuerpos legales civiles que basan la figura que tratamos en la culpa.

Vélez Sársfield tomó una ruta diferente a la de Bello, más apegada a las fuentes españolas y romanas, y el codificador nicaragüense de 1904 lo siguió en cuanto a los contenidos fundamentales.

la posada, o por personas extrañas que no sean familiares o visitantes del alojado (artículos 2243 Cc.Ch; artículo 2175 del Cc.Ec; 2267 del Cc.Col; 2000 del Cc.El Sal., 3508 del Cc.Ni; y 2279 del Cc.Ur.).

Finalmente, señalo la extensión que se hace en la aplicación de las normas referidas a los posaderos, a los administradores de establecimientos que en general atienden o reciben público (artículos 2242 Cc.Ch.; 2272 Cc.Col; y 2180 Cc.Ec.).

⁸⁶¹ El transporte, además de las normas civiles, es regulado de forma habitual a través de los Códigos de Comercio o leyes especiales. Expresa remisión hay en los artículos 2021 Cc.Ch.; 1855 del Cc.Ur; 1809 Cc.El Sal; 3097 y 3122 Cc.Ni.

⁸⁶² Mientras el artículo 1177 impone una responsabilidad objetiva en materia de transportes, el artículo 1349 hace responsable al depositario de culpa leve, que es concordante con la diligencia exigida por el artículo 1048.

⁸⁶³ Los artículos 2647 y 2648 también acogen una responsabilidad objetiva en materia de transporte.

En materia de hechos ilícitos, delitos y cuasidelitos, fijó la responsabilidad de los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públicos de todo género, por los daños causados por sus agentes o empleados en los efectos de los que habiten en ellas, o cuando tales efectos desapareciesen, “aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño” (artículos 1118 Cc.Arg.; 2518 Cc.Ni.). La disposición es aplicable a los capitanes de buques y patronos de embarcaciones, respecto del daño causado por la gente de la tripulación en los efectos embarcados, cuando esos efectos se extravían. Asimismo, a los agentes de transportes terrestres, respecto del daño o extravío de los efectos que recibiesen para transportar (artículos 1119; 2519 Cc.Ni.).

Y para que no quedasen dudas, y el sistema se asemejara aún más a los comentarios de los jurisconsultos romanos, agregó el codificador argentino que las personas damnificadas por los dependientes o domésticos, pueden perseguir de forma directa ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho (artículo 1122).

De esta manera, teníamos en Latinoamérica un código que desde sus inicios fue fiel a la responsabilidad objetiva romana construida sobre las *actiones in factum adversus nautas cauponas et stabularios*.

Hago presente que el caso en comento se enmarca desde luego en el más amplio tema de la responsabilidad extracontractual del principal por los hechos del dependiente, cuya regla general se consagraba en el artículo 1113 Cc.Arg., que entre otros tuvo por fuente el artículo 1384 Cc.Fr. En Argentina, se discutió si se trataba de una responsabilidad fundada en culpa o si es una responsabilidad estricta, imponiéndose esta última,⁸⁶⁴ lo que es coincidente con lo expresado en las líneas anteriores sobre su más cercano origen romano.

Este tratamiento de la materia podría haber incidido en la recepción de la noxalidad, *actio de peculio* o algún otro instrumento limitativo de la responsabilidad de los armadores, hoteleros y estableros. Sin embargo, no alcanzó a visualizar Vélez Sársfield la necesidad del equilibrio que requería una responsabilidad como la que introducía al código civil. En todo caso, podríamos decir que ya habiéndose alejado de la pesada interpretación subjetiva de la figura que se había desarrollado en los últimos tres siglos, era suficiente a la época y difícilmente se le podían exigir mayores avances.

⁸⁶⁴ Véase en Pizarro, *op. cit.*, t. III, pp. 106 y ss. doctrinas subjetivas y objetivas, inclinándose el autor por la posición objetiva, fundada en el riesgo creado (p. 123).

Al menos, si el hechor había actuado con culpa, introdujo la acción de regreso para que el demandado pudiera disminuir o resarcir el detrimento patrimonial sufrido con la indemnización pagada (artículo 1123 Cc.Arg.).

La reglamentación precedente no significa que las relaciones contractuales concurrentes en estas hipótesis hayan sido dejadas de lado.⁸⁶⁵

Con redacciones o estructuras diversas, el resto de los códigos latinoamericanos acogen en la actualidad más bien una figura genérica de responsabilidad del patrón, comitente o empresario por los hechos dañosos de sus dependientes, fundadas en un factor objetivo de atribución.

Así, el artículo 1981 del Cc.Per. de 1984 introduce la atribución de la responsabilidad civil para quien tiene subordinados, por el daño causado por éste en el ejercicio del cargo o en el cumplimiento de sus funciones, sin otorgar al menos “expresamente” la posibilidad de probar falta de culpa. La tendencia en Perú ha sido a considerar la hipótesis como de responsabilidad objetiva, y a entender en estos términos el artículo 1981. Desde luego, esta situación no sorprende mayormente ante la fuerte tendencia objetivante en este país con anterioridad a la dictación de su código de 1936 (véase capítulo séptimo, romano III, núm. 9) Sin embargo, se podría llegar a conclusiones diversas.⁸⁶⁶

En realidad, el acento en Perú (conforme a la historia de codificación que presenta), ha estado simplemente puesta en el resultado de la objetiva-

⁸⁶⁵ Los posaderos se rigen también por las reglas del depósito necesario, conforme artículos 2229 y ss. Particularmente el artículo 2230 establece la responsabilidad por los dependientes, excluyendo a los familiares y visitantes. Además, el artículo 2239 dispone que no se extienden las disposiciones a otros establecimientos, que es lo habitual encontrar en el resto de los códigos.

Nicaragua en esta materia sigue al Cc.Ch. Véase nota 859.

⁸⁶⁶ La duda sobre la naturaleza objetiva de la responsabilidad en el caso la plantea la referencia a “autor” que el artículo 1981 efectúa, que podría significar la exigencia de “culpa” para tener dicha calidad. Según de Trazegnies, si así fuera, se trataría de una culpa *iuris et de iure*, que sería lo mismo que responder objetivamente (*op. cit.*, p. 336). Yo no estoy tan seguro de ello. Que el artículo 1981 no diga expresamente que el principal no puede ser eximido de responsabilidad probando su falta de culpa, no significa que no lo pueda hacer. La regla general como se vio es la responsabilidad por culpa presumida, disponiendo el artículo 1969 la posibilidad de descargo de la falta de dolo o culpa para su “autor”. Por tanto, en una interpretación sistémica, perfectamente se puede concluir que el artículo 1981 no hace más que reiterar la regla general del artículo 1969 y la prueba de la falta de culpa si es posible. Por lo demás, el artículo 1681 no menciona al dolo o culpa, pero tampoco indica un criterio de atribución distinto.

Por otra parte, el artículo 1981 establece solidaridad entre el autor directo y el autor indirecto, y el artículo 1983 precisa que el *quantum* del reembolso, del deudor solidario que pagó en contra del otro, es fijado por el juez “según la gravedad de la *falta* de cada uno de los participantes”, que bajo una mirada subjetivista, ratificaría que la responsabilidad es por culpa.

ción de la hipótesis (que la víctima obtenga la reparación del daño), a pesar que no está claro el fundamento del por qué una persona que no ha incurrido en culpa, o que no es el “causante” directo del daño debe pagar. De Trazegnies descarta para el caso como fundamento el simple riesgo creado y la idea del servidor como representante del principal o como instrumento de éste, concluyendo que el fundamento es una genérica “difusión social del riesgo”.⁸⁶⁷

Se recuerda que el artículo 2193 del Cc.Per. de 1852 expresamente acogió la alternativa de ceder el dominio del esclavo por los daños causado por éste.⁸⁶⁸ Disposición que se debe relacionar con el artículo 2191 del mismo cuerpo, que establecía en su inciso final una regla general por el hecho de las personas que están bajo el cuidado propio. En todo caso, por el tenor de la disposición, y lo que disponía el artículo 2210, estábamos más bien en presencia de un sistema de responsabilidad por culpa, resultando un poco contradictoria la inserción de la noxa. Sí, por el tenor del artículo 2193, parecía entenderse efectivamente como una limitación cuantitativa de la responsabilidad del *dominus*, como era el “*desamparar el siervo*” visto en P.7.14.7.

Se podría pensar que el artículo 1981 actual, interpretado objetivamente, incluiría algún límite a la responsabilidad, dados los precedentes. Sin embargo, en vez de ello, consagra una singular solidaridad entre el dependiente y el principal, que permitiría a este último el reembolso al menos parcial de la indemnización pagada, incluso sin que haya existido culpa o dolo del primero (objetiva la responsabilidad del principal y también la del servidor). Así, en Perú había noxa cuando la responsabilidad era subjetiva, y no hay limitación cuantitativa cuando es objetiva, salvo el regreso que se puede ejercer aún sin culpa del dependiente.

El Cc.Br. sufrió por su parte un cambio conceptual importante, pues en el código de 1916 eran responsables civilmente “o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles” y los “donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores” (artículo 1521, fracciones III y IV), sólo “provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”, según disponía el artículo 1523. Como se puede apreciar, al menos eran literalmente subjetivas las responsa-

Respecto a los problemas interpretativos de la segunda parte del artículo 1981, véase de Trazegnies, *op. cit.*, pp. 351-356. El autor reconoce que al menos desfiguraría lo dispuesto por la primera parte.

⁸⁶⁷ De Trazegnies, *op. cit.*, p. 341.

⁸⁶⁸ Véase, nota 809.

bilidades derivadas de estas disposiciones, y la víctima debía probar efectivamente la concurrencia de culpa en el demandado.

El artículo 1523 desató enorme polémica entre los tratadistas brasileños. Los más conservadores, interpretaron que sólo se consagraba la prueba liberatoria, pues existía una presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando*.⁸⁶⁹ Otros en cambio pretendieron la existencia de una presunción de derecho, con apoyo jurisprudencial incluido,⁸⁷⁰ llegando a ser declarado como no escrito por algunos.⁸⁷¹ El foco principal de la disputa fue en todo caso la responsabilidad de los patrones por el hecho de sus dependientes, llegando a considerar sólo para este caso la existencia de una presunción de culpa *juris et de jure*, mientras que *juris tantum* para los hoteleros y estableros, sea *in vigilando* o *in eligendo*.⁸⁷²

El artículo 932 del nuevo código del 2002, mantiene la obligación de responsabilidad civil para las mismas personas, pero el artículo 933 establece ahora “ainda que não haja culpa de sua parte”, consagrando la interpretación que había tenido lugar respecto de la norma que le antecedió. Así, tipos fundados en responsabilidad subjetiva, se convirtieron en tipos fundados en responsabilidad objetiva.⁸⁷³

Desde luego, lo anterior de nuevo es sin perjuicio de las normas contractuales respectivas.⁸⁷⁴

⁸⁶⁹ Pontes de Miranda, *op. cit.*, t. LIII, p. 150. El autor incluso señala que no se pueden admitir para el derecho brasileiro las doctrinas de los juristas franceses e italianos; también Menezes, *op. cit.*, p. 199.

⁸⁷⁰ Alterini, *op. cit.*, p. 22. Del entendimiento de la consagración de una presunción relativa de culpa, se pasó a interpretar como continente de una presunción absoluta de culpa. Menezes, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

⁸⁷¹ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, vol. 5/395, citado por Menezes, *op. cit.*, pp. 196 y 199.

⁸⁷² Gonçalves, *op. cit.*, pp. 100, 120 y 135.

⁸⁷³ “A responsabilidade por fato de outrem é agora objetiva e não mais com culpa presumida, o que evidencia, urna vez mais, a opção objetivista do novo Código”. Menezes, *op. cit.*, p. 200. Villaça, la entiende como una presunción de culpa *in vigilando* e *in eligendo*, pero sabemos que el resultado finalmente es el mismo. *Teoria general, cit.*, p. 265.

⁸⁷⁴ En el código brasileiro también es equiparado al “deposito necessário”, el depósito de “o das bagagens dos viajantes ou hóspedes”, respondiendo los hoteleros por los hurtos y robos que perpetren sus dependientes o las personas admitidas en el establecimiento (artículo 649, antiguo artículo 1284), pudiendo acreditar que el hecho dañoso no pudo ser evitado (artículo 650, antiguo artículo 1285). Sería la de mayor aplicación por lo demás, pues es más frecuente el daño cometido por dependientes a los pasajeros que a terceros extraños. Gonçalves, *op. cit.*, p. 134; Stoco, *op. cit.*, p. 472.

Asimismo, la responsabilidad contractual del transportador, tanto de personas como de cosas aparece en cambio como objetiva, pero limitada (artículos 732, 734, 750), se remite en todo caso el Cc.Br a la legislación especial (artículo 732).

También en clave objetivista encontramos a los artículos 1191 del Cc.Ven.; 992 del Cc.Bol.; y 1842 del Cc.Par., que consagran en general la responsabilidad de dueños, patronos o comitentes por los hechos ilícitos de sus dependientes. La doctrina los reconoce como consagrantes de responsabilidad objetiva,⁸⁷⁵ sin que admitan algún instrumento limitativo de la responsabilidad. De hecho, sólo la disposición citada de Paraguay admite eximentes de ésta pero no la falta de culpa del responsable. En estos códigos, la responsabilidad particular para los *nautae cauponae* y *stabularii* queda reservada más bien a las relaciones contractuales, aunque la responsabilidad sigue siendo objetiva.⁸⁷⁶

Guatemala también acoge una responsabilidad objetiva, pero utilizando una fórmula analítica que alude en su artículo 1663 a los dueños de hoteles por una parte, y consagra por otra la acción de repetición en favor del responsable condenado por el hecho ajeno. Asimismo, no se puede olvidar a República Dominicana, que teniendo un código traducido del francés, todo lo que se diga respecto del 1384 del *Code*, se aplica a su propio artículo 1384. Luego, si el primero se interpreta objetivamente, este último también, sin que existan los mecanismos limitatorios de la responsabilidad en esta fórmula.

Aunque a los códigos mexicano, boliviano y peruano me he referido, trato de manera particular y conjunta la situación de los posaderos u hoteleros en estos tres códigos, pues en ellos el legislador, a través de fórmulas distintas, ha introducido límites cuantitativos a su responsabilidad por la pérdida o deterioro de las cosas que los pasajeros introduzcan a los respectivos establecimientos.

Así, el artículo 2535 del Cc.Mex. consagra una responsabilidad objetiva para los dueños de hospedería, limitando su responsabilidad a la suma de doscientos cincuenta pesos, salvo prueba de que aquéllos o sus dependientes actuaron con culpa. Se trata de una disposición que introdujo una responsabilidad estricta en materia contractual, pues se ubica en materia de depósito. Empero, y es una cuestión sustancial, reconoce que ello requiere de una limitación cuantitativa en favor de la víctima, recurriendo a un instrumento moderno y distinto a la noxa o la acción de peculio, que ciertamente serían

⁸⁷⁵ Alterini, *op. cit.*, pp. 21 y 22; Vidal Ramírez, en cita nota 829. Quizás sólo por tradición, siguen algunos autores hablando de presunción de culpa *in vigilando*. Luna, *op. cit.*, p. 272; Pizarro, *op. cit.*, t. III, p. 101.

⁸⁷⁶ Para el depósito artículos 1.777 y 1.778 Cc.Ve.; 863. Cc.Bol.; 1263 y 1265 Cc.Par.

Respecto del contrato de transporte 922 y ss. Cc.Par. especialmente 924 que permite probar la adopción de todas las medidas necesarias para evitar el daño de personas y el 937 que cambia a una prueba objetiva en daño de cosas. Artículo 749 Cc.Bol. aplica normas en subsidio y se remite a las comerciales.

improcedentes no siendo los dependientes esclavos ni administradores de un patrimonio entregado para tales efectos por el dueño del establecimiento. Por supuesto, así como en derecho romano la actuación culpable impedía recurrir a las herramientas limitativas, el Cc.Mex. hace lo propio.

La misma responsabilidad contractual objetiva y limitada encontramos en el artículo 864 Cc.Bol. pero con dos diferencias: la primera, el límite cuantitativo asciende en particular a hasta tres meses de hospedaje; la segunda, la inaplicabilidad del límite exige culpa grave de parte de los dueños o personal del establecimiento hotelero (artículo 865 Cc.Bol.).

Por su parte, el Cc.Per. innova en la materia, en cuanto regula el contrato de hospedaje. Respecto a la responsabilidad del hospedante, distingue aquella como depositario, sobre los bienes que le son entregados, sobre los que se debe comportar con la diligencia ordinaria exigida según las circunstancias (artículo 1718); y aquella sobre objetos de uso corriente introducidos por el huésped, siempre que cumpla éste con las prescripciones de los avisos fijados en las habitaciones. La diferencia es importante porque para esta última el artículo 1719 introduce una limitación de responsabilidad que será establecida por la autoridad competente (la norma no existe aún). Pareciera que se trata de una responsabilidad objetiva, dado que no alude a la diligencia, y desde esta perspectiva se estaría ante un caso de responsabilidad cuantitativamente limitada, como los anteriores.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar la circunstancia que en la actualidad la responsabilidad de los hoteleros para con sus huéspedes ha dado un nuevo paso en su evolución, consistente en su sometimiento a las disposiciones establecidas en defensa de los consumidores. La relación entre las partes se entiende contractual, pero bajo el genérico concepto de “contrato de consumo”. En este contexto, la referida responsabilidad de los hospedantes está siendo configurada de manera distinta por cada país. Algunos consagran expresamente una responsabilidad objetiva para este caso;⁸⁷⁷ otros no contienen disposiciones particulares pero queda subsumido en las relativas a los contratos de prestación de servicios, pudiendo ser una responsabilidad subjetiva u objetiva;⁸⁷⁸ alguno expresamente se remite a su respecto a las normas del código civil;⁸⁷⁹ etcétera.

⁸⁷⁷ Así Código de Defensa del Consumidor brasileño, que establece la responsabilidad objetiva por falta de servicio de los hoteleros y demás empresas de servicios (artículo 14).

⁸⁷⁸ En el caso de Chile, se aplican las normas de la ley núm. 19.496 (de protección al consumidor) por el artículo 2o. c), y la responsabilidad resulta subjetiva por el artículo 23. En Argentina, al caso es aplicable la Ley de Defensa del Consumidor núm. 24.240, por aplicación de los artículos 1o. y 19, resultando objetiva la responsabilidad según el artículo 40.

⁸⁷⁹ Así dispone el artículo 100 de la ley 29.571 del Perú (Código de Protección y Defensa del Consumidor).

De todo lo dicho se advierte que en definitiva, y según las variedades de casos analizados, las acciones contra los *nautae cauponae satabularii* hoy son prácticamente un caso más, entre otros, en que el factor de atribución de la responsabilidad es el “riesgo creado”, particularizado en la noción de “riesgo de empresa”.⁸⁸⁰

⁸⁸⁰ Por ejemplo Menezes, *op. cit.*, p. 213; Gonçalves, *op. cit.*, pp. 121; Villaça, *Teoria geral*, *cit.*, p. 266; Gamarra acoge esta posición, incluso admitiendo que la letra del Cc.Ur. no se corresponde con ella, pero una simple “reforma legislativa puede borrar estos desajustes”. *Op. cit.*, t. XX, vol. 2, p. 144.