

INTRODUCCIÓN

Bajo el título “Responsabilidad extracontractual objetiva limitada en el sistema jurídico romano latinoamericano”, en el año 2011 presenté mi tesis para optar al grado de doctor, en el marco del curso de doctorado “Sistema giuridico-romanistico - Unificazione del diritto e diritto integrazione”, Ciclo XXIII, desarrollado en la Facoltà di Giurisprudenza de la Università di Roma “Tor Vergata”. La tesis fue dirigida por el doctor Sandro Schipani y defendida el día 15 de septiembre de 2014, ante la comisión formada por los doctores Oliviero Diliberto de la Università La Sapienza di Roma; Antonio Saccoccio de la Università degli Studi di Brescia; y Lorenzo Fascione de la Università di Roma “Tre”. La obra que vengo en presentarles en estas líneas introductorias, está basada en lo sustancial en dicha tesis, con variados complementos, agregaciones y modificaciones.

Para entrar en materia, se debe tener presente como punto de inicio, que los Estados que constituyen América Latina, gozan de una tradición jurídica común basada en un subsistema jurídico romanista latinoamericano al interior de un más amplio sistema romanístico.¹ Este subsistema puede facilitar en gran medida la unidad jurídica de la región, incluso como base para una posible codificación civil positiva. De ahí la importancia de fijar los conceptos jurídicos fundamentales propios de cada instituto, evitando la comisión de errores o el incurrir en contradicciones sistemáticas en la elaboración de textos normativos con vocación unitaria.²

En este libro, tal pretensión la intentaré alcanzar a propósito de la denominada “responsabilidad objetiva”. Si la doctrina, la jurisprudencia y la legislación interna de los ordenamientos jurídicos occidentales tienden

¹ Catalano, Pierangelo, “Diritto romano attuale, sistema giuridici e diritto latinoamericano”, *Diritto e persone*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 101, 107 y 108. Una síntesis de la formación de este subsistema, en Schipani, Sandro, *Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, Roma e America, 2007, vol. 24 Diritto Romano Comune, pp. 5 y ss.

² Brebbia, Roberto H., “La responsabilidad extracontractual en el proyecto de unificación del derecho privado en América Latina”, *Revista Roma e America. Diritto Romano Comune*, vol. 10, 2000, p. 37.

actualmente a ella, con mayor o menor conciencia o entendimiento de la misma, desde luego que en cualquier intento de unificación civil para Latinoamérica aparecerá indefectiblemente.

Ello en razón de que desde la segunda mitad del siglo XIX, aunque le pese a los defensores de la culpa, entre los que me cuento, día a día se ha ido minando el sistema de la responsabilidad subjetiva, como consecuencia en general del advenimiento del maquinismo y del progreso, y en particular, a partir del caso francés “Teffaine”, en el cual la de Corte Casación Francesa en 1896 responsabilizó al guardián de una caldera por los daños causados por su explosión, momento del natalicio jurisprudencial de la teoría del riesgo creado. No se requiere describir los detalles del proceso objetivador, porque sus etapas, principales doctrinas y dificultades son hoy de conocimiento general. Basta decir que como haya sido, dicho proceso se ha caracterizado por ser constante, irresistible e irreversible, de modo que no es posible pensar en un intento de unificación del derecho latinoamericano excluyendo la responsabilidad objetiva.

Sin embargo, si bien el avance del proceso objetivador ha sido implacable con la culpa como criterio y conquista irremplazable de la civilización en función de regla general de la responsabilidad civil, la pretensión de su eliminación total en nombre de las víctimas, y de reparar todo daño sufrido bastando para ello la sola constatación de la relación causal (sin perjuicio de los casos en que ni siquiera ésta concurre), es social y económicamente insostenible. Con ello no digo ninguna novedad, tanto así que desde hace muchos años existe la tendencia en algunos sectores de creer que la solución es la llamada socialización de los daños, posible y lograda en algunos casos en ciertos ámbitos, como el trabajo, pero de utópica generalización. Intentos como los de Nueva Zelanda³ no han dado los frutos esperados,⁴ y la crisis económica en Europa ha golpeado duramente a los esperanzados partidarios que veían con tan buenos ojos dicha socialización, pues antes de

³ Cito por haberse convertido en ejemplo por antonomasia de socialización de daños en toda obra de responsabilidad civil. Por ejemplo, Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica, 2006, núm. 21, p. 53.

Respecto a las características del sistema, constituido por tres fondos, puede verse la síntesis en Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración, Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 160 y 161.

⁴ Busnelli, Francesco Donato, en *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti, Atti di Congresso Modena, 2-3 aprile 1993*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 5. Califica simplemente de desilusionantes los resultados. Por otra parte, la crisis de la seguridad social en Nueva Zelanda es una noticia de público conocimiento y basta un clic en la website para obtener noticias sobre el particular. Por ejemplo, http://www.ideal.es/agencias/20100809/mas-actualidad/sociedad/estado-bienestar-insostenible-nueva-zelanda_201008090654.html.

pagar por los daños sufridos al caerse una persona en la “tina de baño”, habrá que destinar los recursos al pago de las pensiones de vejez (por ejemplo).

Por otra parte, pretender que la responsabilidad civil cumpla dicho rol socializador de los daños ante la falta de instrumentos adecuados de seguridad social, no resulta aceptable ni técnicamente correcto, constituyendo una herramienta imperfecta del derecho social.⁵ Las reglas de la responsabilidad civil se estructuran sobre una relación privada bilateral generada a consecuencia del daño experimentado por una de ellas y entre sujetos originalmente desvinculados obligacionalmente. De esta manera, hay dos partes, una activa (damnificado), y una pasiva (hechor). La pretensión de olvidar la presencia del hechor como sujeto pasivo, centrándose sólo en el activo, víctima del hecho dañoso, para luego designar a un sujeto pasivo cualquiera que pague, no tiene nada que ver con responsabilidad civil. Se trata simplemente de un sistema de socialización de daños soportado por privados (el de turno), y no por el colectivo. Es una suerte de beneficencia con los bienes ajenos. A veces existirá el patrimonio a quien cargar el daño, y en algunas ocasiones no será así, o bien, no tendrá los bienes suficientes para soportar la condena. La imperfección anotada es patente.

A pesar de lo dicho, este trabajo no tiene por objeto la defensa de la culpa, salvo como parte del sistema. El punto de partida ahora es la aceptación de la responsabilidad objetiva en un número creciente de casos, aunque sean discutibles, e incluso, que llegase a constituir la regla general, quedando la responsabilidad por culpa reducida a excepción. Pero junto a tal aceptación, y sin defender a la culpa, se parte también de la utopía que significa la pretensión de reparar o indemnizar todo daño. En este sentido, la culpa siempre ha constituido un límite firme y claro para la distribución económica del peso que significa la producción de daños, pero quizás no siempre del todo justa. Así como es importante que se responda por los daños causados, también deben los seres humanos soportar la fatalidad que los envuelve. A veces la culpa sólo determina cuándo se debe responder, sin atender que en el caso no sólo ha existido simple fatalidad.

Dado lo anterior, frente a una posible unificación del derecho latinoamericano, lo oportuno es preguntarse, en el estado actual de las cosas, no, si se acepta o no la responsabilidad objetiva, sino cuánta responsabilidad subjetiva y cuánta objetiva debe introducirse. Ello equivale en lo sustancial a cuestionarse, conforme lo expresado en el párrafo precedente, cuál es el “correcto *equilibrio* entre la regla: *la culpa, que provoca un daño, se debe punir*, — que si fuese la única regla podría llevar a limitar siempre el resarcimiento

⁵ Barros Bouric, *op. cit.*, núm. 12, p. 40.

del daño a la presencia de la culpa de la persona autora del mismo—, y la regla: *todos los daños deben ser resarcidos*, —según criterios de la llamada responsabilidad objetiva— que si fuese la única regla podría llevar a la necesidad de resarcir todo daño, tal vez sostenible sólo en el marco de una total socialización del resarcimiento mismo”.⁶

Luego, es igualmente oportuno, manteniendo a la vista la unificación, buscar dicho equilibrio no en ambientes y ordenamientos exógenos al derecho latinoamericano (como muchas veces se tiende en nuestro continente), sino precisamente desde el interior de este subsistema jurídico romanista. De esta manera, se debe verificar qué principios o qué elementos se encuentran a la base del aludido subsistema que pudieran permitir alcanzar el adecuado equilibrio entre los extremos citados. Por ello, el punto de partida no puede ser otro que el derecho romano, sustancia del sistema, y más aún cuando diversos autores como se citará, destacan la presencia en él de casos de responsabilidad objetiva. Hay que ir entonces a dichos casos, verificar esa configuración objetiva de la responsabilidad que se les atribuye, y enunciar los posibles principios que pudieran extraerse con vistas al equilibrio.

En esta línea, ya contamos con algunas respuestas concretas. El profesor Sandro Schipani, plantea como equilibrio el principio de la tipicidad. A partir del análisis del Libro 9 del Digesto, sostiene que se puede concluir que la ley Aquilia estableció como principio general la responsabilidad por daños fundada en culpa, principio que es derogado por tipos particulares fundados en criterios que determinan la obligación de pagar la sanción pecuniaria respectiva sin que exista culpa o hecho de parte del obligado.⁷

Ciertamente es un principio que tiende al equilibrio, pero no necesariamente lo alcanza por sí mismo o es el único. Desde luego, el principal problema es la tendencia al no respeto del principio de la tipicidad por aquella doctrina extrema que busca la eliminación de la responsabilidad por culpa en ámbito civil, o el cumplimiento de un rol subsidiario de ella frente a los criterios objetivos, no obstante que se empieza a visualizar cierto fracaso;⁸ o

⁶ Schipani, Sandro, “De la Ley Aquilia a Digesto 9. Perspectivas sistemáticas del derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad de Externado, vol. 12-13, 2007, pp. 281 y 282.

La cuestión se enmarca dentro de la problemática consistente en cómo poner límites a la desmesurada ampliación de la responsabilidad civil. Significativas son las palabras de Alpa: “il sistema perciò si è aperto e ora, di fronte al dilagare della giurisprudenza, siamo piuttosto investiti della preoccupazione opposta, cioè, di porre qualche margine alla risarcibilità dei danni”. Alpa, Guido, *Diritto della responsabilità civile*, Laterza, Bari, 2003, p. 65.

⁷ Schipani, Sandro, *De la Ley Aquilia...*, *cit.*, p. 282.

⁸ Mir Puigpelat, siguiendo a Salvador Coderch, afirma que “tras un siglo de evolución expansiva, la responsabilidad objetiva se encuentra, actualmente, en crisis, en retirada”, *op. cit.*, p. 165.

al menos, conseguir una equivalencia entre éstos y la culpa. Pero además, los nuevos códigos civiles latinoamericanos o las modificaciones a ellos introducidos, dejan en evidencia casos de responsabilidad objetiva “genéricos”, cuya configuración no tiene vocación de excepción, sino de regla general.

¿Puede ser sólo una mala técnica legislativa? Sí, no hay dudas. Pero además, son el resultado y reflejo del método de trabajo del jurista moderno. Estoy de acuerdo con Barbero en que hoy los autores, a diferencia de los romanos que separaban, distinguían y aislaban cada aspecto jurídico del problema entre manos, desarrollan construcciones siempre indefinidas, proponiendo conceptos generales que abarcan potencialmente todo, como ocurre por ejemplo con el caso más conocido de responsabilidad objetiva: la “responsabilidad por riesgo”, que de excepción, prácticamente se ha convertido en la regla general. Pues justamente, el método fundamental para hacer indefinido el derecho es crear excepciones que tengan igual extensión que el principio.⁹ ¿Quién define lo indefinido? ¿Quién define qué actividad concreta era riesgosa y atribuye responsabilidad a un sujeto? El juez. Todo el trabajo se le deja al juzgador, a posteriori de ocurridos los hechos.

Pero que se reconozca la mala técnica legislativa y el extraviado método de los juristas actuales, será muy difícil, sobre todo por la convicción de las posiciones objetivantes que no reconocen equivocación alguna. Peor aún ante un proceso de unificación, donde los celos entre Estados y entre sus juristas constituyen un obstáculo humano infranqueable que permita tal reconocimiento por parte de quienes ya se adscribieron al método del derecho indefinido.

De ahí la necesidad de buscar el equilibrio en otros principios o reglas, que se sumen y ayuden al principio de la tipicidad. En este contexto, se constata la existencia en los ordenamientos jurídicos actuales de límites cuantitativos a la responsabilidad, y el surgimiento en un sector importante de la doctrina de la idea que particularmente no puede haber responsabilidad objetiva sin considerar dichos límites.

Existiendo verdaderamente la necesidad aludida, como asimismo una tal realidad limitativa de la responsabilidad, resulta interesante su profundización a partir del derecho romano, contrastando los resultados obtenidos con la situación actual de las posibles hipótesis objetivas en los códigos civiles latinoamericanos y los modernos desarrollos en la materia, todo ello una vez más con vista a la unificación del derecho civil dentro del subsistema jurídico latinoamericano. Es una cuestión fundamental, dado como dije el

⁹ Barbero, Ariel Emilio, *La responsabilidad civil. Volver a los límites del código civil*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 226.

ineludible debate e incorporación de la responsabilidad objetiva a un texto común como finalidad última, o al menos a nivel de un estatuto de principios comunes.

La labor tiene algunas dificultades conceptuales iniciales, las que deben advertirse y a su respecto fijar posiciones para efectos de esta investigación, pero sin el ánimo por supuesto de zanjarlas definitivamente. Así, abordar la cuestión de la unificación del derecho latinoamericano desde la óptica de la “responsabilidad objetiva”, implica la utilización de una expresión que contiene por una parte un sustantivo, y por otra un adjetivo que lo califica, respecto de los cuales, no obstante su penetración en el vocabulario jurídico, no hay las suficientes precisiones que permitan definiciones universalmente aceptadas e indiscutibles desde todo punto de vista.

En cuanto al término *responsabilidad*, éste se fue imponiendo en los últimos dos siglos,¹⁰ quizás por su ductilidad a los más variados campos y situaciones. En ello radica su fuerza, y en ello yace también su flexibilidad. Evoca la idea de obligación o deber derivado de un hecho, sin que efectivamente exista y sin indicación del por qué, del qué y del cómo, cuestiones que quedan entregadas a diversas instituciones. Sin embargo éstas, y no obstante su diversidad, pueden ser justamente agrupadas bajo el término *responsabilidad*, aprovechando la imprecisión o márgenes que entrega.

Lo más apropiado entonces a los fines de este trabajo es entender simplemente que *responsabilidad* alude a un estado jurídico de potencial obligación que antecede a ésta, cuyos presupuestos en general deben aún determinarse; y dependiendo de los que fije la ley y que concurren en los hechos, será la naturaleza y alcance de los efectos. De este modo, sólo después de una condena sabremos si hay efectivamente obligación, su objeto y su naturaleza (civil, penal, administrativa, disciplinaria, etcétera).¹¹

Luego, respecto de la calificación de *objetiva* también existen dudas, incluso pareciendo a algunos que no es la más adecuada, pues a través de este adjetivo se incluyen en la expresión *hipótesis atributivas de responsabilidad* disímiles, referidas tanto al *objeto* (cosa riesgosa o dañosa, hecho o actividad

¹⁰ Sobre el origen del uso del término “Responsabilidad”, Schipani, Sandro, “Lex Aquilia. Culpā. Responsabilitā. Tratto da Illecito e pena privata in età repubblicana”, *Atti del Convegno Internazionale di diritto romano, Capanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992, pp. 259 y ss. También se encuentra en Materiali II, Programa Alfa-Rete Tanta, publ. por el Centro di Studi Latinoamericani-U., Tor Vergata, pp. 39 y ss.

¹¹ En este sentido, Pugliatti, Salvatore, “La limitazione della responsabilità civile”, *Responsabilità Civile*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 74. Schipani, *Lex Aquilia...*, cit., p. 287 (en Materiali II, p. 67). Schipani, *De la Ley Aquilia...*, cit., p. 281. Siguiendo a De Robertis, Cardilli, Riccardo, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 56.

peligrosa), como al *sujeto* (profesión, condición de empleador, etcétera), lo cual determina todo un juego de presunciones legales, algunas “*iuris tantum*”, otras “*iuris et de iure*”.¹² Esta situación está asociada a su origen, pues la calificación nace por contraposición a la denominada subjetiva, y por tanto de manera negativa. Luego, la construcción en términos positivos y por tanto la definición de su contenido individualizador, no ha sido fácil. El diverso contenido ha llevado naturalmente a la proposición de diversas subdistinciones al interior de la categoría.¹³

Sin perjuicio de precisiones a propósito de la revisión de alguna materia en particular, entenderé por objetiva simplemente aquellas situaciones de responsabilidad en que un sujeto podría ser obligado jurídicamente a soportar las consecuencias de un hecho respecto al cual no ha participado o en su participación no hay culpa que pudiese imputársele. Esto es, que la razón jurídica que lo obliga a soportar una carga, cualquiera sea su naturaleza, no tenga su fundamento en el comportamiento (acción u omisión) que tuvo el sujeto obligado.

El entendimiento conceptual simple y genérico de la expresión responsabilidad objetiva, sin otras precisiones conceptuales pertenecientes a específicas instituciones, permite, bajo el mismo paraguas, analizar con una visión de conjunto y comparativa, las instituciones del derecho romano, tanto en su estado original como en su estado presente, y las instituciones desarrolladas modernamente.

Pero aún queda al menos una última cuestión de conceptos previa. Consecuencia también del proceso objetivador ha sido la adopción y aceptación de los llamados criterios de imputación o factores de atribución de responsabilidad “objetivos”, categoría creada en oposición a los subjetivos, de manera de dejar en claro que no sólo se responde por dolo o culpa en sentido estricto. Ello sin perjuicio que la construcción de una teoría general de los llamados criterios de imputación, y la exacta individualización de los calificables como objetivos en particular, ha producido más de una fatiga a los modernos juristas, llegando a conclusiones aún no exentas de objeciones.

¹² Della Costa, Héctor, “Factores de responsabilidad en el derecho romano”, *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Alfonso Murrillo Villar Burgos (coord.), 2001, p. 224. En el mismo sentido, Giménez-Candela, María Teresa, “Una perspectiva histórica de la responsabilidad objetiva”, *Roma e America, Diritto Romano Comune*, vol. 8, 1999, p. 117.

¹³ Por ejemplo, destaca en Latinoamérica, Villaça Azevedo, Álvaro, “Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, núm. 698, 8/11, 1993, pp. 7-11; o en su libro *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. Curso de direito civil*, 11a. ed., 2008, pp. 250 y ss.

En lo que respecta a la nomenclatura a que recurre la doctrina, preferentemente utilizaré la de criterios o factores “de atribución” de la responsabilidad o del daño (según se atribuya la potencial obligación resarcitoria o la carga patrimonial que ésta implica). Me parece que hablar de “criterios de imputación”, podría efectivamente dar a entender la existencia de un juicio axiológico respecto del comportamiento del llamado por la ley a asumir el costo patrimonial, tendiéndose a la confusión respecto de la culpa.¹⁴ En cambio, la referencia a criterios o factores de atribución, parece ser más neutra para sólo dar a entender que se alude a un título o a la razón jurídica en virtud de la cual, y por mandato del legislador, se deben trasladar total o parcialmente las consecuencias del daño sufrido por una persona a otra diferente, rompiendo con la regla que cada cual debe sufrir el riesgo de los daños que le ocurren en la realidad.¹⁵

Respecto al plan del trabajo, dado que la responsabilidad objetiva ha surgido y se ha desarrollado por contraste con aquella fundada en dolo o culpa, he creído oportuno iniciarla con un vistazo al desarrollo que esta última tuvo en derecho romano (capítulo I), de manera de poder verificar con más claridad la no coincidencia, su posible calificación de objetiva y su inserción en el sistema de las figuras delictivas en que no habría existido una valoración de la conducta. Luego, en el capítulo II, me avoco al examen de la noxalidad y otras cuestiones derivadas de ésta, constitutivas de herramientas de aplicación transversal en el derecho penal romano, cuyos efectos prácticos se avizoran como limitativos de la responsabilidad del condenado.

Los capítulos III, IV, V y VI los dedico al análisis particular de aquellos tipos penales romanos que suelen citarse como casos de responsabilidad objetiva, revisando sus características particulares, la efectiva posibilidad de darles tal calificación, dificultades para ello y las limitaciones que pudieron concurrir a su respecto.

Tratándose dichos tipos de figuras supérstitas en nuestros códigos, y en vistas de la unificación, en el capítulo VII procedo a revisar sintéticamente los tópicos más relevantes de su evolución, y que sirvieron de base a las codificaciones decimonónicas, su estado a nivel de los códigos civiles latinoamericanos vigentes, incluida la lectura que ha efectuado y realiza la doctrina contemporánea de los respectivos artículos. Sin embargo, el análisis exige dejar constancia de la evolución de la responsabilidad subjetiva en el tiempo

¹⁴ Bustamante Alsina, Jorge, *Nuevas Fronteras de la Responsabilidad Civil*, LL, 1975, p. 477.

¹⁵ Barros Bourie, *op. cit.*, núm. 5, p. 24. Trigo Represas, Felix y Lopez Mesa, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 637. Zavala De González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, *Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Hammurabi, 1999, t. 4, p. 355.

transcurrido entre el derecho romano clásico y la codificación, como asimismo la recepción de dicha evolución en ésta. Es la única manera de poder comprender adecuadamente y en el respectivo contexto, el tratamiento que los códigos civiles le dan a los tipos romanos sobrevivientes. Los contenidos iniciales del capítulo VII se los dedicaremos entonces a dicha evolución.

Dada la finalidad perseguida, corresponde finalmente que el posible equilibrio ya referido que nos ha parecido del caso profundizar, y posiblemente añadir a la tipicidad, se estudie desde la perspectiva de los regímenes modernos de responsabilidad. De modo que el capítulo VIII describirá algunas consagraciones legales de límites cuantitativos de ésta. Se centrará la atención en convenios internacionales, pues ellos implican estatutos comunes a todos o a grupos de países latinoamericanos, y que por tanto llevan implícito un avance de carácter legislativo hacia la unificación del derecho en el subsistema romanista. Ello es acompañado de la referencia a ciertos códigos civiles, leyes o propuestas que suelen citarse como ejemplo para futuras modificaciones de códigos en Europa y en el continente americano. Por último, a la vista del material revisado, y una vez verificadas las múltiples limitaciones existentes, se enfrentará el problema del debate sobre la existencia misma de los límites. De la respuesta y sus fundamentos, depende en definitiva la aceptación o no del equilibrio que se propone.

Finalizo desde luego con un acápite dedicado a las conclusiones finales a las que el material contenido en cada uno de los capítulos consiente de arribar.