



# LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Análisis en el ámbito de la responsabilidad  
extracontractual desde el derecho romano  
hasta el derecho civil latinoamericano moderno

GIAN FRANCO **ROSSO ELORRIAGA**

LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA  
Análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual  
desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 779

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Gilda Bautista Ravelo  
*Cuidado de la edición*

Ricardo Hernández Montes de Oca  
*Formación en computadora*

Carlos Martín Aguilera Ortiz  
*Elaboración de portada*

GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA

# LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

ANÁLISIS EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD  
EXTRA CONTRACTUAL DESDE EL DERECHO ROMANO  
HASTA EL DERECHO CIVIL LATINOAMERICANO  
MODERNO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
México, 2016

|   |  |
|---|--|
| <p>Clasificación LC</p> <p>K923<br/>R67</p>   | <p><i>Los límites de la responsabilidad objetiva. Análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno / Gian Franco Rosso Elorriaga -- México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016</i></p>              |
| <p>Clasificación IJ</p> <p>K640<br/>R784L</p> | <p>469 p. – (Serie Doctrina Jurídica, 00)<br/>ISBN 978-607-02-7901-0</p> <p>1. Responsabilidad objetiva 2. Daños y perjuicios (Derecho romano) 3. Daños y perjuicios – América Latina 4. Accidentes</p> <p>I. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas II. Rosso Elorriaga, Gian Franco, autor.</p> |

Primera edición: 1 de julio de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510, Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-7901-0

*A mi esposa Mónica, y a mis hijos Vincenzo y Alessia, de quienes estas páginas esconden enormes sacrificios*



## CONTENIDO

|                    |      |
|--------------------|------|
| Abreviaturas ..... | XIII |
| Introducción ..... | 1    |

### Capítulo primero

#### BASES PRELIMINARES AL ESTUDIO DE LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN DERECHO ROMANO

|  |    |
|--|----|
| I. Advertencias conceptuales preliminares .....  | 11 |
| II. Construcción general del sistema de responsabilidad por daño<br>romano subjetivo ..... | 14 |

### Capítulo segundo

#### LA NOXALIDAD EN EL DERECHO ROMANO

|  |    |
|--|----|
| I. Características generales .....   | 29 |
| 1. Acción por el hecho de <i>alieni iuris</i> y animales. ....                               | 29 |
| 2. Facultad de <i>noxae deditio</i> .....  | 32 |
| 3. <i>Noxa caput sequuntur</i> .....   | 35 |
| 4. Capacidad sobreviniente .....   | 37 |
| 5. Noxalidad sobreviniente .....   | 37 |
| 6. Muerte del delincuente y del animal .....   | 38 |
| 7. La noxalidad no generaba acciones diversas a las derivadas<br>del delito respectivo ..... | 38 |
| 8. Concesión de acción directa por <i>scientia</i> .....                                     | 39 |
| II. La noxalidad como un instrumento esencialmente limitativo de<br>la responsabilidad. .... | 41 |
| 1. Origen legal y expansión del sistema noxal: limitación y no<br>venganza privada. ....     | 41 |



|   |    |
|---|----|
| 2. De la <i>aestimatio rei al id quod interest</i> : la evolución que deja al descubierto la función limitativa de la <i>noxae deditio</i> . . . . .                                | 47 |
| 3. La calificación de mixta de la <i>actio legis Aquiliae</i> derivada del carácter limitativo de la noxalidad. . . . .   | 56 |
| 4. Actitud limitadora a partir de la noxalidad en situaciones de “pluralidades” . . . . .   | 59 |
| III. Noxalidad y el beneficio del <i>Edictum si familia furtum fecisse videtur</i>  | 60 |
| 1. <i>Edictum si familia furtum fecisse videtur</i> y la problemática que resuelve . . . . .  | 60 |
| 2. La extensión del beneficio del <i>edictum si familia furtum fecisse videtur</i> a otros delitos. . . . .   | 65 |
| 3. Los alcances de la extensión del beneficio. . . . .  | 71 |
| 4. La supuesta responsabilidad objetiva de los publicanos por el hecho ajeno en razón de la inclusión de los esclavos ajenos y hombres libres en el concepto de “familia” . . . . . | 74 |
| IV. Notas conclusivas . . . . .   | 80 |

### Capítulo tercero

#### DAÑO CAUSADO POR EL HECHO DE LOS ANIMALES: LA *ACTIO DE PAUPERIE* Y EL EDICTO DE FERIS

|  |     |
|--|-----|
| I. La <i>actio de pauperie</i> . . . . .   | 83  |
| 1. Los textos y el contexto . . . . .  | 83  |
| 2. Movimiento <i>contra naturam</i> del cuadrúpedo: presupuesto de la acción y límite material a la responsabilidad del propietario. . . . . | 89  |
| 3. La “propiedad actual”: factor de atribución objetivo de la responsabilidad y su rol en la limitación de ésta . . . . .                    | 95  |
| II. Edicto <i>edilicio de feris</i> . . . . .  | 102 |
| 1. Presentación de las fuentes y sus dificultades. . . . .   | 102 |
| 2. Naturaleza del criterio de atribución de responsabilidad . . .  | 109 |
| 3. La inexistencia de la <i>noxae deditio</i> . . . . .  | 121 |
| III. Conclusiones particulares. . . . .  | 124 |

## Capítulo cuarto

EDICTO DE *EFFUSIS VEL DEIECTI*

|  |     |
|--|-----|
| I. Presentación de las fuentes. . . . .  | 131 |
| II. Naturaleza del criterio de atribución de responsabilidad . . . . .   | 135 |
| 1. Criterio de atribución según los <i>verba edicti: el habitator</i> . . . . .                                  | 135 |
| 2. ¿Subjetivación del criterio? . . . . .  | 138 |
| 3. Posibles presunciones de culpa del habitator. . . . .   | 140 |
| 4. Negación de la autenticidad de los textos que aluden a la culpa . . . . .                                     | 144 |
| 5. La alternativa de leer diversamente “culpa” en D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2) . . . . .                              | 148 |
| 6. No tuvo lugar una subjetivación sobreviniente del criterio de atribución. . . . .                             | 150 |
| III. Responsabilidad del <i>habitor</i> por el hecho ajeno: <i>exceptio noxalis</i> y acción de regreso. . . . . | 153 |
| 1. Planteamiento de la problemática de la <i>exceptio noxalis</i> . . . . .                                      | 154 |
| 2. Aceptación de la llamada <i>exceptio noxalis</i> . . . . .  | 155 |
| 3. Negación de la llamada <i>exceptio noxalis</i> . . . . .  | 160 |
| 4. Acciones de regreso . . . . .   | 165 |
| IV. Situación del <i>habitor alieni iuris</i> . . . . .  | 167 |
| 1. La problemática. . . . .  | 167 |
| 2. El caso del <i>servus</i> . . . . .   | 169 |
| 3. El caso del <i>filius familias</i> . . . . .  | 172 |
| V. Conclusiones particulares. . . . .  | 179 |

## Capítulo quinto

EDICTO DE *POSITIS VEL SUSPENSIS*

|   |     |
|---|-----|
| I. Presentación general del edicto . . . . .  | 185 |
| II. Criterio de determinación de la legitimación pasiva . . . . .   | 192 |
| 1. La conducta “ <i>id positum habeat</i> ” y la presunción quien “tiene colocada” es el habitator. . . . . | 192 |
| 2. Naturaleza subjetiva del criterio adoptado . . . . .   | 195 |

|   |     |
|---|-----|
| III. Las posibles acciones en caso de daño por caída de cosa “colocada” o “colgada” . . . . .                               | 198 |
| 1. <i>Actio</i> deducible en caso de daño causado por cosa “colocada” o “colgada” en <i>suggruenda protectove</i> . . . . . | 198 |
| 2. Lo que se puso o quedó suspendido en lugar distinto a <i>suggruenda protectove</i> . . . . .                             | 205 |
| IV. Responsabilidad por el hecho ajeno. . . . .   | 207 |
| V. Conclusiones particulares. . . . .   | 210 |

### Capítulo sexto

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

|  |     |
|--|-----|
| I. Contextualización de la problemática de las acciones <i>in factum</i> a estudiar . . . . .  | 217 |
| 1. Contexto histórico-jurídico . . . . .   | 217 |
| 2. Presentación de las fuentes . . . . .   | 220 |
| 3. Naturaleza del criterio de atribución de responsabilidad . . . . .  | 223 |
| II. La responsabilidad del exercitor libre ( <i>sui iuris</i> ), por <i>delictum</i> cometido por un dependiente . . . . .   | 228 |
| III. Responsabilidad del <i>dominus</i> o <i>pater</i> de un <i>exercitor</i> , que es <i>servus</i> o <i>filius</i> ( <i>alieni iuris</i> ), que administra sin la voluntad del <i>dominus</i> el negocio, por <i>delictum</i> cometido por un dependiente. . . . . | 233 |
| IV. Cesión de la acción civil delictual por daño o hurto . . . . .   | 238 |
| V. Conclusiones particulares. . . . .  | 246 |

### 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 . . . . . | 253 |
| 1. Revisión general de la evolución de la responsabilidad subjetiva extracontractual anterior al proceso codificadorio . . . . .          | 253 |
| 2. La síntesis francesa y su repercusión en España . . . . .  | 267 |

|   |     |
|---|-----|
| II. Revisión particular del estado de los tipos romanos objetivos en las principales fuentes de los códigos latinoamericanos . . . . .  | 276 |
| 1. La responsabilidad por el hecho de los animales. . . . .   | 276 |
| 2. La responsabilidad por el hecho de las cosas arrojadas o vertidas y cuya caída causa daño . . . . .                                  | 285 |
| 3. La responsabilidad por el hecho de los armadores, hoteleros y estableros. . . . .  | 291 |
| III. Revisión de la situación de la culpa y de la atribución objetiva de la responsabilidad en los códigos civiles latinoamericanos . . | 308 |
| 1. Códigos civiles y doctrina chilena, ecuatoriana, colombiana y salvadoreña . . . . .  | 308 |
| 2. Código civil y doctrina argentina . . . . .  | 310 |
| 3. Código civil y doctrina paraguaya. . . . .   | 312 |
| 4. Código civil y doctrina uruguaya . . . . .   | 313 |
| 5. Código civil y doctrina brasilera . . . . .  | 314 |
| 6. Código civil federal y doctrina mexicana . . . . .   | 316 |
| 7. Códigos Civiles y doctrina venezolana . . . . .  | 318 |
| 8. Códigos civiles y doctrina de Bolivia . . . . .  | 320 |
| 9. Códigos Civiles y doctrina peruana. . . . .  | 321 |
| 10. Códigos civiles centroamericanos y sus respectivas doctrinas  | 324 |
| 11. Síntesis de la revisión . . . . .   | 327 |
| IV. La situación actual de los tipos romanos objetivos en el derecho latinoamericano . . . . .  | 329 |
| 1. Daños por el hecho de los animales. . . . .  | 329 |
| 2. La responsabilidad por el hecho de las cosas arrojadas o vertidas y cuya caída causa daño . . . . .                                  | 337 |
| 3. La responsabilidad por el hecho de los armadores, hoteleros y estableros. . . . .  | 342 |

### Capítulo octavo

#### LA NEO-LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO MODERNO

|  |     |
|--|-----|
| I. Las convenciones internacionales y limitaciones de responsabilidad en Latinoamérica . . . . .   | 355 |
| 1. Responsabilidad por daños a la carga en transporte marítimo de mercancías bajo régimen de conocimiento y por muerte o lesiones de pasajeros . . . . . | 358 |

|  |     |
|--|-----|
| 2. Responsabilidad por daño a pasajeros, equipajes, carga y en superficie con ocasión de actividad aeronáutica . . . . . | 362 |
| 3. Responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos. . . . .         | 365 |
| 4. Responsabilidad por daños nucleares . . . . .   | 367 |
| II. Tendencias modernas limitativas en ámbito civil . . . . .  | 368 |
| 1. Daños a la persona: fijación de topes en su valoración . . . . .  | 368 |
| 2. Fijación de valores por daños a la persona a través de código civil. El caso particular mexicano . . . . .            | 371 |
| 3. Fijación de valores por daños a la persona a través de ley especial. El caso particular danés . . . . .               | 374 |
| 4. La fijación de tablas de aplicación general por la propia jurisprudencia. . . . .                                     | 377 |
| 5. Códigos europeos que consagran límites de responsabilidad   | 380 |
| 6. El intento latinoamericano: Proyecto de Código Civil Argentino del año 1998 . . . . .                                 | 381 |
| III. El debate acerca de la existencia de límites cuantitativos a la responsabilidad. . . . .                            | 382 |
| 1. Los fundamentos para sostener su existencia . . . . .   | 382 |
| 2. El principio de la reparación integral como principal objeción y la respuesta a ello . . . . .                        | 390 |
| 3. Fundamento común de los límites cuantitativos a la responsabilidad objetiva: la equidad natural . . . . .             | 399 |
| 4. El daño a la persona y las condiciones de aceptación de los límites. . . . .  | 408 |
| Conclusiones generales finales . . . . .   | 413 |
| Bibliografía . . . . .   | 437 |

## ABREVIATURAS

### *Latino América*

|            |                                      |
|------------|--------------------------------------|
| Cc.Arg.    | Código Civil de Argentina            |
| Cc.Bol.    | Código Civil de Bolivia              |
| Cc.Br.     | Código Civil de Brasil               |
| Cc.Ch.     | Código Civil de Chile                |
| Cc.Col.    | Código Civil de Colombia             |
| Cc.CR.     | Código Civil de Costa Rica           |
| Cc.Cu.     | Código Civil de Cuba                 |
| Cc.Ec.     | Código Civil de Ecuador              |
| Cc.El Sal. | Código Civil de El Salvador          |
| Cc.Gua.    | Código Civil de Guatemala            |
| Cc.Ho.     | Código Civil de Honduras             |
| Cc.Mex.    | Código Civil de México (federal)     |
| Cc.Ni.     | Código Civil de Nicaragua            |
| Cc.Pan.    | Código Civil de Panamá               |
| Cc.Par.    | Código Civil de Paraguay             |
| Cc.Per.    | Código Civil de Perú                 |
| Cc.PR.     | Código Civil de Puerto Rico          |
| Cc.RD.     | Código Civil de República Dominicana |
| Cc.Ur.     | Código Civil de Uruguay              |
| Cc.Ve.     | Código Civil de Venezuela            |

### *Europa*

|         |                          |
|---------|--------------------------|
| BGB     | Código Civil de Alemania |
| Cc.Es.  | Código Civil de España   |
| Cc.Fr.  | Código Civil de Francia  |
| Cc.Hol. | Código Civil de Holanda  |
| Cc.It.  | Código Civil de Italia   |

## 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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 Zelanda<sup>3</sup> no han dado los frutos esperados,<sup>4</sup> y la crisis económica en Europa ha golpeado duramente a los esperanzados partidarios que veían con tan buenos ojos dicha socialización, pues antes de

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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](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.<sup>5</sup> 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

<sup>5</sup> 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”.<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup>

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;<sup>8</sup> o

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Schipani, Sandro, *De la Ley Aquilia...*, *cit.*, p. 282.

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> ¿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

---

<sup>9</sup> 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,<sup>10</sup> 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 concurran 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).<sup>11</sup>

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

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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*”.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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.

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

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

---

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

<sup>15</sup> 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.



## CAPÍTULO PRIMERO

### BASES PRELIMINARES AL ESTUDIO DE LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN DERECHO ROMANO

#### I. ADVERTENCIAS CONCEPTUALES PRELIMINARES

Diversas figuras en el derecho romano, dentro del ámbito de la “responsabilidad extracontractual”, han sido destacadas por numerosos autores por exhibir la presencia en sus bases de criterios objetivos de atribución de la responsabilidad. Ello es especialmente destacable en la romanística española de la segunda mitad del siglo pasado, que ha creído ver en la responsabilidad objetiva el denominador común de los cuasidelitos,<sup>16</sup> a los cuales se suman entre otros, la *actio de pauperie*.<sup>17</sup>

Dada la continuidad en el tiempo de algunas de ellas y su presencia en varios de los códigos de América Latina, resulta de relevancia su estudio, a

---

<sup>16</sup> “Lo que da unidad a la categoría cuasidelictual es precisamente lo que se ha considerado como *responsabilidad objetiva*”. D’Ors, Álvaro, “*Litem suam facere*”, *SDHI*, núm. 48, 1982, p. 393. Siguiendo a este autor, Giménez-Candela también afirma que la categoría de los cuasidelitos “no puede fundarse mejor que apelando a lo que hoy se llama responsabilidad objetiva”. “Una perspectiva histórica de la responsabilidad objetiva”, *Roma e America, Diritto Romano Comune*, vol. 8, 1999, p. 122, también p. 160. Igualmente, Paricio Serrano, Javier, *Los Cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid, 1987, pp. 47 y 48. Incluso de forma directa colocan las figuras cuasidelictuales bajo el título “Responsabilidad objetiva”, Fernández Barreiro, Alejandro y Paricio Serrano, Javier, *Fundamentos de derecho privado romano*, Madrid, 1993, pp. 434 y 435.

<sup>17</sup> “Es cierto que todavía podríamos encontrar otros supuestos similares en que se responde sin culpa, casos tan variados como los de responsabilidad por custodia, responsabilidad noxal (incluido el caso de *pauperie*)”, D’Ors, *Litem, cit.* p. 393. El derecho romano “presenta en sus diversas fases varios casos de responsabilidad objetiva, derivada del simple hecho de ser el amo de un esclavo, un animal, un *positum o suspensum*, de ser *paterfamilias* de un *filiusfamilias*, de vivir en un apartamento con ventanas sobre la calle, de explotar una posada, un barco o un estable público, o de ejercer algunas otras actividades privadas”, Floris Margadant, Guillermo, “La responsabilidad objetiva en el derecho romano”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 6, 1974, p. 267. En el mismo sentido, Guzmán Brito, Alejandro, “La responsabilidad objetiva por custodia en el Derecho Romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla *periculum est emptoris*”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 1, vol. 24, pp. 179 y 180.



efectos de establecer bases sistémicas para la unificación del derecho latinoamericano. La dialéctica responsabilidad subjetiva-responsabilidad objetiva moderna impone necesariamente una revisión de ellas con fines de fijación de un “derecho común”, sobre todo por no alcanzar aún (o quizás jamás) la responsabilidad objetiva, una dogmática clara e incontrastable a nivel de principios, como sí ocurre con los criterios subjetivos, que sea suficiente a objeto de unificación.

Sin embargo, hablar de derecho romano, implica hacer referencia a un conjunto de conceptos y reglas jurídicas desarrolladas por juristas principalmente privados, en el marco de 1.000 años;<sup>18</sup> y por tanto, del paso de un prederecho o derecho en gestación, a uno que sigue constituyendo las bases fundamentales de los ordenamientos de nuestra época. La aplicación entonces de categorías actuales, como la distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva, se debe hacer con cuidado, pues los resultados pueden ser engañosos y muy diversos según la época en que se fije la mirada.

Ciertamente hay una cuestión de fondo insoslayable, como es el hecho que la confrontación entre lo “subjetivo” y “objetivo”, es tan natural en nuestros tiempos, que ahora nosotros no logramos mantener juntas ambas perspectivas.<sup>19</sup> Pero además de ello, ha sido afirmado que la responsabilidad objetiva, entendida simplemente como inaplicabilidad de las nociones de dolo o culpa, constituiría el estado natural de todos los ordenamientos jurídicos.<sup>20</sup> Sin embargo, afirmar la existencia de criterios objetivos de imputación, antes que se desarrollasen los criterios subjetivos, resultaría una observación inexacta, y por sobretodo, carente de sentido para una construcción actual. Este problema en todo caso es un antiguo tema discutido por la romanística.<sup>21</sup>

Por otro lado, se sabe que el núcleo del derecho romano está constituido por el de la época clásica, fundamentalmente desarrollado a través de los

---

<sup>18</sup> Desde la época arcaica, fijado su inicio con la dictación de la ley de las XII Tablas (451-450 a. C.) hasta el término de la época post clásica, identificado con la muerte del emperador Justiniano (565 d. C.).

<sup>19</sup> La idea es de Schipani, a propósito de la utilización de *iura* al plural, que incluyen la perspectiva objetiva y subjetiva, en *Riconoscimento del sistema*, cit., p. 3.

<sup>20</sup> Ante una conducta que hoy calificamos de delictual, como por ejemplo un homicidio, a la comunidad o a los familiares les interesaba sólo la venganza contra el autor de la misma, y evidentemente no había ninguna preocupación por analizar si la acción u omisión era o no susceptible de “la vendetta”; o si existían o no eximentes o atenuantes de la responsabilidad en su favor. Seguramente, con el desarrollo de las instituciones jurídicas, efectivamente se traspasó la ejecución de la venganza desde la comunidad o ámbito familiar a la autoridad respectiva, pero siempre con ribetes que hoy podríamos calificar de “objetivos”.

<sup>21</sup> Véase en Schipani, Sandro, *Responsabilità “ex lege Aquilia”, criteri di imputazione e problema della “culpa”*, Turín, 1969, pp. 5 y ss. síntesis de las posiciones de Pernice, Venezian, Rotondi, Kunkel, Martin Visky, Kaser y Beirnat, con las observaciones del autor.

pareceres de los jurisconsultos, y por tanto casuístico. Desde esta perspectiva, no hubo construcción de principios generales fundantes, sino simplemente desarrollo de criterios “a la medida” de cada caso verídico o ficto que se presentaba. No sorprende entonces que los juristas generalmente no hayan definido los términos; sólo los utilizaron, acomodándolos a las circunstancias. No en vano Javoleno expresaría que “en el derecho civil toda definición es peligrosa; porque es difícil que no pueda ser alterada”.<sup>22</sup> En otras palabras, se trató de un derecho más práctico que conceptual, no siendo a mi juicio adecuado aludir a los “conceptos” (por ejemplo, de dolo o de culpa), sino más bien al “sentido y alcance”, que en una visión de conjunto, les habría dado la jurisprudencia romana. Por ello, tiene razón Giménez-Candela cuando afirma que “el concepto de responsabilidad objetiva obedece a un planteamiento de la responsabilidad de los deudores que es más propio de la dogmática moderna que de la manera de pensar de los juristas clásicos”.<sup>23</sup>

Se debe agregar a lo dicho, que la actividad de los juristas estuvo asimismo condicionada por el sistema procesal, basado en “acciones”, sea con las antiguas acciones legales como con el *agere per formulas*. “Desde el punto de vista clásico lo que interesa es la acción, es decir, su fórmula y las consecuencias que la redacción de la fórmula tienen para el juez, que no puede desatender lo que en tal fórmula se le pide”.<sup>24</sup> El punto no es menor porque esto llevó a pensar en categorías diferentes a las actuales. No hubo intención en los responsos de la jurisprudencia de construir una doctrina de derechos sustantivos; lo relevante simplemente era establecer cuándo procedía o no determinada acción; y en caso de que una acción fuere deducible, cuándo se debía condenar y cuándo absolver. Por ello d’Ors afirmaba, con relación a las figuras cuasi delictuales que “desde el punto de vista de la dogmática moderna, hablamos en estos casos de *responsabilidad objetiva*, pero desde el punto de vista romano clásico, esta particularidad se debe explicar mejor en consideración al tipo de acción”.<sup>25</sup> Ello, porque cuando se trata de acciones *in factum* sin alusión a un dolo malo del demandado, la referencia al *factum* no habría permitido la eximición de responsabilidad por un comportamiento no culposo de este último.

---

<sup>22</sup> D.50.17.202. Salvo otra indicación expresa, para ésta y demás traducciones utilizamos la obra de García del Corral, Idelfonso, *Cuerpo del derecho civil romano*, traducido al castellano del latino, Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, 1897.

<sup>23</sup> Gimenez-Candela, “Los llamados cuasidelitos”, *Iura*, Madrid, núm. 41, 1990, p. 160.

<sup>24</sup> *Idem*. En el mismo sentido, Fercia, Riccardo, *Criteri di responsabilità del esercitor*, Turín, Giappichelli, 2002, p. 1, nota 1.

<sup>25</sup> d’Ors Álvaro, *op. cit.*, p. 394.

A mayor abundamiento, este trabajo se desarrolla con base en la aceptación de la categoría abstracta conocida como “criterio de imputación” (atribución) de responsabilidad, la cual está fundada en una idea que el derecho romano no conoció. Así, encontramos que los romanos conocieron la palabra “imputar”,<sup>26</sup> pero jamás desarrollaron una idea general de “criterio de imputación”, ni iniciaron una suerte de búsqueda “doctrinaria” consciente y explícita de conceptos que se adecuaran a tal noción; ni menos concluyeron que tal criterio estaba constituido por “un elemento subjetivo”, en el cual concurrían “dolo” o “culpa”.

En resumen, si bien el derecho romano constituye punto de encuentro ineludible para la unificación del derecho latinoamericano, las posibles bases para ello en materia de criterios objetivos de atribución de responsabilidad requieren un estudio que tenga presente lo expresado, y bajo el entendimiento que tal aplicación y referencia al derecho romano es un préstamo conceptual que tomamos, pues la unificación tiene lugar bajo las categorías modernas.<sup>27</sup>

Dado lo anterior, para proceder al estudio de figuras que podrían contener elementos que permitan configurar una calificación en términos modernos de responsabilidad objetiva, a efectos de las necesarias confrontaciones posteriores, es necesario establecer sintéticamente los grados de avance del sistema susceptible de ser cualificado como subjetivo, en particular respecto al dolo y la culpa, aunque originalmente la valoración de una conducta humana no necesariamente estuvo ligado a estas dos nociones.

## II. CONSTRUCCIÓN GENERAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO ROMANO SUBJETIVO

La concurrencia del dolo<sup>28</sup> como elemento constitutivo de los delitos es reconocible desde los inicios de la República (sin perjuicio de antecedentes

<sup>26</sup> Véase como ejemplos D. 1.18.6.7; D. 4.3.1.6; D. 5.3.33.1; D. 9.2.11 pr.; D. 10.4.7.5.

<sup>27</sup> Fercia alude expresamente al peligro de usar las categorías de responsabilidad objetiva y subjetiva, con abundante bibliografía, *Criteri, cit.*, p. 2, nota 1.

<sup>28</sup> Desde un punto de vista lingüístico, la palabra *dolo* viene de su similar latina *dolum*, que significa engaño, fraude; sin embargo, su etimología es incierta (Cortelazzo-Zolli, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, 1998). Si hay coincidencia entre algunos autores que el término resulta emparentado con la palabra griega δόλος, que significa “cebo”, “carnada” y con sus derivados δέλεαρ o δέλος. Así Gioffredi, Carlo, *I principi del diritto penale romano*, Turín, 1970, p. 67; Cancelli, Filippo, *Enciclopedia del diritto*, t. XII, Milán, 1964, p. 716; Casavola, *op. cit.*, p. 147; Aràngio-Ruiz, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Nápoles, 1987, p. 30.

anteriores)<sup>29</sup> en la ley de las XII Tablas,<sup>30</sup> donde es posible encontrar diversas figuras delictivas basadas expresamente en una actuación intencional.<sup>31</sup> A

---

<sup>29</sup> La *lex Numa* (supuestamente dictada por el rey Numa) habría dispuesto: “*si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto*” (Fira, I, Firenze, 1941, núm. 16, p. 13). Constituiría la primera noticia del uso jurídico del vocablo dolo y demostraría que ya desde las leyes regias se habría tenido en cuenta el elemento subjetivo en la valoración de la conducta. Sin embargo, hay mucha controversia frente a este antecedente. Por ejemplo, en cuanto a su origen, Carlo Giuffrè afirma que esta ley tiene su origen en la ley griega de Dracón (*I principi del diritto penale romano*, Turín, 1970, núm. 1, p. 65); en cuanto al uso de “dolo”, para algunos *dolus* en esta ley significaría “emboscada”, y por tanto tendría el sentido de premeditación, interpretación que rechaza Casavola, Franco, *Novissimo digesto italiano*, Turín, 1957, t. VI, reimp. 1981, p. 149; y respecto a la parte final, “*parricidas esto*”, que ha desatado gran controversia en la romanística sobre su alcance: si se tradujese como “sea parricida”, significa que la ley no habría establecido sanción, aludiendo probablemente a una conducta ya penada con antelación.

Con relación a esto último, algunos entonces no participan de la idea que una ley penal antigua no estableciera una sanción. Así, Antonio Ortega Carrillo, traduce las palabras “parricidas esto” como “sea, a su vez, el homicida muerto por represalia” (*De los delitos y las sanciones en la ley de las XII Tablas*, Málaga, 1988, p. 36). Y Giuseppe Grosso señala que las palabras en cuestión o dicen “relación con la sanción” (debe matarse igualmente asesinado) o “con quien debe ejecutar la pena”, que sería un vengador (*Lezioni di storia del diritto romano*, 5a. ed., Turín, 1965, núm. 73, pp. 149 y 150). Es decir, la ley tuvo por finalidad sancionar el homicidio doloso, incluyendo su castigo. En cierta medida la ley vendría a “institucionalizar” la venganza privada, pero más jurídica, más civilizada, más racional, que no sea el sólo fruto de la pasión humana, admitiéndola solamente a condición de que el actuar del homicida haya sido consciente y doloso.

<sup>30</sup> Históricamente, según la tradición, dictada por un decenvirato entre los años 451-450 a. C.; socialmente, un hecho inmerso dentro de los conflictos sociales acaecidos entre los patricios y plebeyos; y, técnicamente, una fijación de derecho. Kunkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, 5a. reimp. de la 9a. ed., Barcelona, Ariel, 1999, p. 31. Respecto al último carácter, Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, Santiago, Editorial Jurídica, 1996, t. I, p. 27 y Kunkel, *op. cit.*, p. 34. Algunos, han puesto en dudas las circunstancias que originaron su dictación y el proceso, dadas variadas incongruencias. Véase Grosso, *op. cit.*, núms. 42 y 43, pp. 95-100; Ruiz, Antonio, *Ley de las doce tablas*, Madrid, Ediciones Clásicas, 1992, p. 4.

<sup>31</sup> En adelante, las citas de Tablas conforme ordenación dada por Antonio Ruiz en *op. cit.* Por ejemplo, en T.8.11, que sancionaba el cortar árboles ajenos, ya que el que lo hace causa daño con voluntad e intención de perjudicar a otro. En este sentido, Ortega, *op. cit.*, p. 75. En T.8.9, que castigó el pastar o segar la siembra de noche y furtivamente, pues quien lo hace, actuaría con premeditación y por tanto con intención de dañar (D.47.9.9). En T.8.13 que penaba el matar a ladrón indefenso o que no opone resistencia. Dado que siendo de día y al no portar armas el ladrón o sin que las use, o sin que se resista o si lo hace no se grita pidiendo ayuda y se le mata, se comete delito, porque frente a tales condiciones, si se mató al ladrón, es porque se quiso. El caso será tomado con posterioridad por Ulpiano (D.9.2.5 pr.), y se considera el hecho cometido con injuria. En T.8.19, T.8.21 y T.8.22 se sancionaba la “malversación” y la “defraudación”, conductas que contienen una fuerte carga intencional. Asimismo, Ortega relaciona “*suspecti crimen*” de T.8.20 con las mismas en D.26.10.1.2, concluye que posiblemente en las XII Tablas se sancionaba al tutor responsable de “dolosos

ellas se suman otras en las que se podría afirmar la presencia de un dolo tipificado; es decir, a pesar de no haber referencia expresa en los textos ni elementos que permiten deducir su concurrencia, las conductas sancionadas no podrían haber sido sino dolosas para constituir delito, conformándose con la regla general.<sup>32</sup> Sin embargo, esta última posibilidad es muy discutida,<sup>33</sup> al margen de cierta incerteza acerca de si efectivamente fueron conductas sancionadas por los decenviros<sup>34</sup> y su alcance.<sup>35</sup>

La dificultad que presenta esta fuente de derecho romano radica en que si bien la existencia y núcleo central de las XII Tablas es verosímil<sup>36</sup> (se trató de una ley escrita, contenida precisamente en tablas fijadas en el foro, a la vista y paciencia de los ciudadanos, según D.1.2.2.4), las palabras contenidas en los textos supérstites no otorgan plena confianza, pues perfecta-

---

substracciones” (*op. cit.*, p. 76). Gioffredi afirma respecto de estas hipótesis entre otras, que “es inútil insistir porque ellas aparecen, sin posibilidad de alternativa, dolosas” (*op. cit.*, p. 67).

<sup>32</sup> Así, en T.8.2 el *membrum ruptum* (*si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*); en T.8.3 el *os frangere* o daño a un hueso ajeno (*manu fustive si os fregit <collisive>libero, CCC, si servo, CL poenam subit sestertiuorum*); y en T.8.4 el *facere iniuriam* (*si iniuriam alteri faxit, viginti quinque aeris poenae sunt*). Respecto de ese último, existe controversia sobre el texto original de esta tabla. Véase nota de Ruiz, *op. cit.*, p. 78; Schipani, Sandro, *Responsabilità “ex lege Aquilia”, cit.*, p. 59, nota 39.

<sup>33</sup> Así como algunos ven en las figuras de cita precedente la presencia de dolo tipificado, otros sólo lo aprecian en algunas de ellas, como Gioffredi, quien afirma que parecen prescindir del elemento intencional el *membrum ruptum* (T.8.2) y el *os fractum* (T.8.3), mientras que para los golpes, caso típico de *iniuria* (T.8.4), no puede faltar el elemento doloso (*op. cit.*, p. 66). Hay quienes por el contrario niegan el dolo tipificado, como Schipani, pues “no hay datos ciertos que permitan entender que se responde sólo por el dolo en caso de *membrum ruptum*, *os fractum*, y ni siquiera de *iniuria*” (*Responsabilità “ex lege Aquilia”, cit.*, p. 33).

<sup>34</sup> Manfredini ha sido de la opinión de que sólo existió el *membrum ruptum* (la T.8.2), en la cual se contenían las figuras de T.8.3 y T.8.4; por lo mismo, estas últimas no son preceptos decenvirales sino interpretaciones de la primera elaboradas en el tiempo, y atribuidas falsamente a las XII Tablas (*Contributi allo studio dell’iniuria in età repubblicana*, Milán, 1977, p. 55). En contra, Gioffredi, *op. cit.*, p. 40, nota 77.

<sup>35</sup> A este respecto especialmente debatido es el significado del término *iniuria* en T.8.4. Véase una síntesis de la problemática en Schipani, *op. cit.*, pp. 59-62, en esta última expresa, que permanece la cuestión como un “problema abierto”. Según Ortega, el término *iniuria* “no constituiría una figura típica de delito, sino más bien una denominación genérica y amplia que abarcaba todos aquellos casos de atentados personales que no producían lesión: *iniuria* era un término tan vulgar e inteligible para todos los ciudadanos, como lo serían el *os fractum* y el *membrum ruptum*” (*op. cit.*, p. 41); y agrega, que específicamente en T.8.4, “significaba cualquier ofensa física sin lesión: no sólo estaba el golpe, sino también la humillación que el mismo llevaba consigo para la persona ofendida” (*op. cit.*, p. 46).

<sup>36</sup> Así concluyen Grosso, *op. cit.*, núm. 43, p. 100 y Ruiz, *op. cit.*, p. 5. Asimismo Federico D’Ippolito sostiene que aunque el lenguaje en los fragmentos se encuentre modernizado, “oggi neanche il più severo dei critici può revocare in dubbio l’esistenza delle XII Tavole, come prodotto della ragione normativa del v secolo” (“Le XII Tavole: il testo e la politica”, *Storia di Roma*, Roma, 1988, t. I, pp. 400 y 401).

mente pudo haber una mezcla entre los *verba* originales y los comentarios a ellos, dado que la transmisión fue oral (D.1.2.2.5). De ahí entonces que la presencia de elementos subjetivos como el dolo en la ley decenviral suscite alguna duda.

Pero lo que pudiere resultar dudoso al inicio del periodo, resulta claro en el último siglo de la República, producto de la dictación de una serie de leyes<sup>37</sup> en las que se hacían referencias a la expresión *sciens dolo malo*,<sup>38</sup> o alguna otra que exigía una disposición voluntaria hacia la comisión del delito: *sciens dolo*, *sciens prudensque*, *consulto*, *adfectu*, *fraus*, *animus*, *mens*, *voluntas*, *consilium*, *proposito*, *sponte*, *data opera*, etcétera.<sup>39</sup> Así, al inicio la época clásica alta, no se pudo discutir el asentamiento del elemento psicológico como estructurante del delito,<sup>40</sup> y por tanto de criterio subjetivo de atribución de la responsabilidad, como asimismo la tendencia a recurrir al dolo como término unificante que lo expresa.<sup>41</sup> A su respecto, la idea fijada por su intermedio de “disposición voluntaria” en cuanto al hecho y sus efectos, resulta ratificada por las aplicaciones del término en otras materias.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> También es posible encontrarlos en otros textos; por ejemplo, en el pasaje de Cicerón, pro Tullio 14, 34, donde se incluyen las expresiones “consulto” y “dolo malo”.

<sup>38</sup> Lex Latina Tabulae Bantinae, 133-118 a. C. (Fira); Lex latina tabulae Bantinae, 133-100 a. C. (Fontes 1,6); Lex Sempronia iudiciaria, 123 a. C. (Fira); Lex Acilia repetundarum 123 a.C. (Fontes, 1,7); Leges Corneliae iudiciorum publicorum, 82-79 a. C. (Rotondi, Leges publicae populi Romani); Lex Malacitana, 90 a. C. (Fontes 1,24); Lex Salpensana, 81-84 a. C. (Fontes 1,23); Lex Cornelia de falsis, 81-79 a. C. (D.48.10.9.3); Lex Julia Agraria, 59 a.C. (Fontes 1,12); Lex Julia peculatus, 59 a. C. (D. 48.13.1); Lex coloniae genitivae Juliae, 47-44 a. C. (Fontes 1,21); Lex Julia municipalis, 45 a. C. (Fontes 1,3); Lex Fabia de plagiaris, siglo I. a. C. (D.48,4,3); Julia maiestatis, siglo I. a. C. (D. 48.4.1.1).

<sup>39</sup> Giuffredi dice respecto a la variedad terminológica: “ellas quieren indicar de distintos modos la consciente voluntad del acto, el propósito, la intención, el deseo, la conciencia, el sentimiento, la disposición, la deliberación, el diseño, avistamiento, oponiéndose a cuanto viene cumplido por ignorancia, por pasión, irreflexivamente o incluso sin culpa” (*op. cit.*, p. 76).

<sup>40</sup> *Idem*, p. 75.

<sup>41</sup> Esto último no obstante alguna discusión entre los autores acerca de su sentido y alcance técnico preciso. Para Ferrini tiene un significado técnico que designa la voluntad de lesionar la norma y por tanto el derecho ajeno (Biscardi, Arnaldo, *Imputabilità dell'atto delittuoso in diritto romano*, Apollinaris, t. LII, 1979, p. 153). Casavola en cambio dice que todas las expresiones indicadas tienden a relevar “como el dolo penalístico sea la voluntad consciente, y en la cual por tanto concurren la voluntariedad del comportamiento y la consciencia del evento que de él deriva”, no resulta claro que presuponga también la consciencia de la anti-juridicidad del comportamiento. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>42</sup> A propósito del Edicto de dolo malo (D.4.3.1.1), y el delito pretorio autónomo en él consagrado, consta en D.4.3.1.2 la definición de Servio Sulpicio Rufo de dolo malo (cierta maquinación para engañar a otro, cuando se simula una cosa, y se hace otra), seguida por Sesto Pedio (D. 2.14.7.9) y la corrección de Labcón (es toda astucia, falacia, o maquinación empleada para sorprender, engañar, o defraudar a otro).



Con relación a la culpa, su concurrencia en figuras delictuales es más tardía que el dolo. De hecho, los romanistas reconocen como característica general del derecho penal romano la circunstancia que sólo el dolo configuraba el elemento subjetivo de los delitos,<sup>43</sup> lo que en todo caso ya es claro a fines de la República. Por lo mismo, la admisión de la culpa en materia delictual habría constituido una excepción. Cuestión distinta es qué tan antiguas fueron las excepciones, pues hay algunas noticias que leyes regias<sup>44</sup> y las XII Tablas<sup>45</sup> pudieron haber aceptado figuras delictivas culposas. Mas, no son suficientes para aceptarlas con certeza.

---

En materia de estipulaciones, podía deducir el demandado la *exceptio doli*, a fin de enervar la acción deducida en su contra, por la maquinación o ardor de la contraparte, que le provocaría sin esta defensa consecuencias patrimoniales negativas (D. 45.1.36).

En materia de incumplimiento de las obligaciones, el dolo malo figura como contrapartida de la “buena fe” y como criterio de responsabilidad contractual, siendo el dolo malo justamente su revés. Guzmán, *Derecho privado romano, cit.*, t. II, p. 107.

<sup>43</sup> Crifó, *op. cit.*, p. 161. En el mismo sentido, Guzmán afirma en términos generales que el delito requiere dolo para ser tal, por tanto, “en principio no hay delitos culposos ni responsabilidad objetiva”, incluso aunque expresamente no se diga, pues “va implícito en la conducta típica, y por tanto no es necesario probarlo en forma específica, una vez verificados los elementos externos y objetivos del tipo delictual;...corresponde demostrar su existencia en el caso concreto a quien alega haber actuado sin dolo”. *Derecho privado romano, cit.*, t. II, p. 234, específicamente para el hurto véase t. II, núm. 6, pp. 242 y 246; y para la injuria, t. II, núm. 2, p. 270. Véase asimismo a modo de ilustración para el hurto D. 47.2.50.2; Gai. 3.197; (D. 47.2.1.3); para el robo D. 47.8.2.23; para la injuria D.47.10.3.2.

<sup>44</sup> La ley Numia habría establecido para quien mata imprudentemente una expiación religiosa consistente en el ofrecimiento por parte del homicida de un cordero ante la asamblea (“in Numae legibus cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem”, *FIRA*, I, Florencia, 1941, núm. 17, pp. 13 y 14). Así, desde tiempos remotos, se distinguiría entre conducta intencional y conducta meramente imprudente.

<sup>45</sup> Relevante en doctrina T.8.24, referida al caso de quien se le escapa un arma de las manos (*si telum manu fugit ma[gis] quam iecit, aries subicitur*). Se habría tratado de una disposición que aludía a un acto meramente negligente, pues el hecho tenía como consecuencia solamente un sacrificio purificador (se mataba un carnero, el cual vendría a sustituir al homicida), y no la aplicación de una pena, lo que tendría por justificación el no haber sido cometido intencionalmente (Guzmán, *Derecho privado romano, cit.*, t. II, p. 234; Crifó, Giuliano, *Illecito, Novissimo digesto italiano*, Turín, 1957, reimp. 1981, t. VI, p. 161). Por lo tanto, las XII Tablas habrían distinguido entre el homicidio *involuntario* del *voluntario* (Gioffredi, *op. cit.*, p. 66; Ortega, *op. cit.*, p. 39). Sin embargo, no significa que se le considerara culposo, pues la norma no entrega elementos claves para distinguir si se trataba de un hecho imprudente o de un caso fortuito. Sin embargo, que el caso no haya sido doloso no significa que no se le considerara culposo, pues la norma no entrega elementos claves para distinguir si el hecho es imprudente o simplemente un caso fortuito. Hay autores que le dan esta última lectura. Así César Rascón y José María García hablan de homicidio accidental, cita dos pasajes de Cicerón en los que habla de “fortuna” y “accidentalmente”. *Ley de las XII tablas*, Madrid, 1993, p. 91. Por otro lado, en T.8.10 (*sq[ui] aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinculus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire*

En cambio, lo indubitado es que la idea de culpa en el derecho romano más bien nació y se desarrolló a partir de la *lex Aquilia*,<sup>46</sup> ubicada temporalmente en el siglo III a. C.,<sup>47</sup> y en el marco de la interpretación de ésta, extendiéndose luego a otras materias como contratos.<sup>48</sup> Ello a pesar que los *verba* de esta ley no contenían el término culpa<sup>49</sup> y que resulta difícil a primera vista comprender la relación entre *lex Aquilia* y *culpa*, al haberse perdido la etimología de ésta<sup>50</sup> y de no encontrarse en leyes republicanas ni en edictos mencionada como sí ocurría con el dolo.<sup>51</sup>

La citada ley (probablemente un plebiscito) tipificó el delito de daño (*damnum iniuria datum*), disperso en la Ley de las XII Tablas en varias figuras particulares. La *ratio legis* fue la protección de la propiedad, de modo que no comprendía los daños causados a las personas libres (los esclavos eran

---

*ibetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur*», según Gayo (D.47.9.9), se habría sancionado el delito de prender fuego a un edificio o a un motón de trigo cerca de una casa, distinguiéndose entre una tal conducta “consiente y premeditada” (*sciens et prudens*) o cometida con “negligencia” (*neglegentia*). Empero, el texto difícilmente puede ser original. Da noticias de él un autor clásico recién del siglo II d. C., y por lo mismo no constituye un antecedente válido de considerar. Véase Ruiz, *op. cit.*, p.126.

<sup>46</sup> Si bien los antecedentes posibles de culpa en nota anterior podrían demostrar que el germen conceptual se encontraba desde antiguo, no se divisan como el punto de partida del desarrollo posterior.

<sup>47</sup> La fecha precisa de la ley se desconoce. Existen diversos estudios sobre el particular. Últimamente Franciosi la ha datado entre fines del siglo III a. C. e inicios del siglo II a. C. Véase, con abundante bibliografía, Franciosi, Amalia, *Il problema delle origini del plebiscito aquilio una messa a punto in tema di datazione*, Scritti per Franciosi, a cura di Ippolito, II, Nápoles, 2007, 985. y ss. Valditara la sitúa en la primera mitad del siglo III a. C. Valditara, Giuseppe, *Damnum iniuria datum*, Giappichelli, Turín, 2005, 2a. ed., p. 8. También, interesante análisis se encuentra en Schipani, *Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità, cit.*, pp. 12 y ss.

<sup>48</sup> “Los criterios de responsabilidad surgidos en el ámbito de los actos ilícitos o delitos (*dolus, culpa*) fueron utilizados en la configuración de la responsabilidad nacida de obligaciones contractuales” (Fuenteseca, Pablo, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 215); “los criterios de responsabilidad (contractual) son probablemente para toda la época clásica como el dolo y... la custodia. El criterio intermedio de la culpa concurre bastante tarde” (Casavola, *op. cit.*, p. 148); *Idem* Luzzato, Giuseppe, *Enciclopedia del diritto*, Milán, t. XII, 1964.

<sup>49</sup> Ha sido hipotizado por Aràngio-Ruiz la posible presencia en la ley de la expresión “dolo malo”, la que podría “haber desaparecido en la tradición manuscrita luego del desuso” (*op. cit.*, p. 227). Crítica a tal tesis, en Schipani, *Responsabilità, cit.*, p. 43.

<sup>50</sup> En Cortelazzo-Zolli, *op. cit.*, aparece con etimología incierta. Los esfuerzos por aclarar en lo posible sus orígenes no han alcanzado resultados determinantes y que puedan ser aceptados por una doctrina mayoritaria, a diferencia de lo que sucede con el dolo. En tal sentido decisoras nos parecen las palabras de Schipani, frente a tales investigaciones: “recientemente se tiende más bien a subrayar la incertidumbre del origen del término culpa, o a sostener incluso que pertenece a la categoría de aquellas palabras exclusivamente itálicas” (*Responsabilità, cit.*, p. 93).

<sup>51</sup> Aràngio-Ruiz, *op. cit.*, p. 220.



personas susceptibles de dominio).<sup>52</sup> Asimismo, se trató de una ley penal, y como tal, tipificaba un delito e imponía un pago como sanción del mismo.

Ahora bien, no ha resultado fácil el conocimiento del uso y desarrollo del concepto de culpa respecto a la *lex Aquilia*, pues por una parte son escasos los pasajes de la época republicana supervivientes a la “selección justiniana” (todos pertenecientes a juristas del último siglo de la República, como Quinto Mucio, Servio Sulpicio Rufo o de Alfenio); y por otra, los textos seleccionados, al margen de posibles manejos para “adecuarlos a los tiempos”, corresponden a aquellos conceptualmente más cercanos al estado de la cuestión en el siglo VI d. C. Hay por tanto un vacío respecto a la interpretación de la *lex Aquilia* y al uso de la voz *culpa* por parte de la jurisprudencia desde la dictación de la primera hasta al menos Quinto Mucio.

A partir del material supérstite, lo que sí es claro es que los jurisconsultos romanos, de acuerdo a su metodología, no se cuestionaron cuál sería el criterio de imputabilidad establecido en esta ley, sino simplemente si las conductas descritas en la ley habían sido o no ejecutadas por un individuo, conforme al estricto apego a las palabras de la ley en virtud del sistema de las acciones legales imperante a la época (G. 4.11). De ahí que la jurisprudencia se preguntó quién era el que mataba, quemaba, quebraba o rompía con *iniuria*<sup>53</sup> (“injustificadamente”) un animal, un esclavo u otra cosa ajena (*alienus iniuria occidere urere frangere rumpere*),<sup>54</sup> a efectos de aplicarle las sanciones previstas.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> La sanción y resarcimiento de los daños a personas libres tendrá en el derecho romano una suerte de historia paralela al delito de daños en general, principalmente de la acción del delito de injuria y de la extensión de la aplicación de la misma *lex Aquilia* por vía de acción útil (D.9.2.13 pr.), historia que se terminará por fusionar completamente con la responsabilidad Aquiliana sólo en época medieval. Véase Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 86. Sobre la extensión a personas libres, excluyendo su valoración, el mismo autor, Schipani, Sandro, “Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale”, Holger Altmeyden et al. (eds.), *Festschrift für Rolf Knütel*, zum 70. Geburtstag, Heidelberg, p. 1073, nota 19.

<sup>53</sup> Se trata de un término discutido por la romanística en cuanto a su significado, alcance y función en la *lex Aquilia*. Algunos estudios de segunda mitad del siglo pasado han aclarado bastante el problema, concluyen que la *iniuria* en esta ley cumplía la función de elemento objetivo del tipo penal, califican la conducta a través de la individualización de la ausencia de justificaciones de ella (Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 86). Manfredini considera aceptable esta conclusión, siempre que se tenga presente que “el Derecho Romano, al menos por toda la república, no conoció la categoría de las causas de justificación rigurosamente individualizadas por número y esfera de aplicación”, *op. cit.*, p. 95.

<sup>54</sup> Sobre la efectividad que estos *verba* fueron usados en los capítulos primero y tercero de la ley, no hay mayores discusiones en doctrina. Así, Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 42; Manfredini, *op. cit.*, p. 91. En contra opiniones muy aisladas y poco fundadas, como aquélla de Aràngio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*, cit., 1987, p. 227.

<sup>55</sup> De ser ciertas las noticias que llegaron a nuestros días, la continuidad con las Tablas 8.2, 8.3 y 8.4 resultaría evidente, sin perjuicio de otros antecedentes en igual sentido (por

Relevante es indicar, dadas algunas tendencias doctrinarias en la materia, lo que la *iniuria* en esta ley no era. Y bajo esta perspectiva, no se refería a la conducta típica, pues ella era individualizada por los verbos *occidere*, *urere* y *frangere*; tampoco decía relación con la ilicitud de la conducta, pues ésta se encontraba determinada por el adjetivo *alterus*, en cuanto lesión de un derecho ajeno (la propiedad ajena); ni tenía que ver con la idea de daño injusto, dado que se dirigía a calificar la actuación y no su resultado; y, por último, no constituía un criterio de responsabilidad objetiva que habría sido posteriormente sustituido por uno subjetivo, cuando es adoptada la culpa.<sup>56</sup>

La *lex Aquilia* no proporcionó a los jurisconsultos ningún “listado” de actuaciones calificadas como conforme al *ius* o contrarias a éste (cometidas con *iniuria*); ni tampoco señaló “el o los criterios” para su determinación. De esta manera, quedó entregada a la “prudencia” de los juristas la determinación de las conductas a cuyo respecto concurrían causales de justificación, o bien habían sido ejecutadas con “*iniuria*” (injustificadamente).

Con tal objeto recurrieron a diversos términos, entre ellos a la culpa. De este modo, la culpa fue introducida en los *responsa* por los jurisconsultos sólo como “uno” de los múltiples conceptos que adoptaron con el propósito señalado. Algunas veces acudieron a *neglegentia* e *inscientia* (D.9.2.52 pr.), que se pueden considerar “parientes” de la culpa; otras a *consulto* o a *data opera* (D.9.2.39 pr; D.9.2.52.1), que se pueden considerar “parientes” en cambio del dolo; a veces a *sua sponte* (D. 9.2.52.2), poniéndose de relieve la ejecución de una conducta voluntaria; otras, en fin, a *pugnis*, *ictus*, *percutere*, *plagae* (D.9.2.27.22; D.9.2.39 pr; D.9.2.52 pr), más bien dirigidas a determinar la concurrencia de la conducta material del tipo. Bajo esta perspectiva entonces, “el recurso a la noción de *culpa* [...] no representa sino uno de los criterios para la imputación del evento dañoso al sujeto agente”.<sup>57</sup>

Por tanto, no se puede afirmar que la *lex Aquilia* consagró un delito culposo, pues originalmente se recurrió al dolo, a la culpa o a cualquier otro concepto que pusiera de relieve la injusticia de la conducta.<sup>58</sup> Todo lo anterior explica por qué la culpa fue escasamente mencionada por los juristas republicanos:<sup>59</sup> se le cita sólo cuando es “el” término que necesitan para la solución de un caso determinado.

---

ejemplo, Gayo, explican el procedimiento en las acciones legales, da noticias de las palabras utilizadas por uno de los reivindicantes: “*quando tv iniuria vindicavisti...*”, G. 4,16).

<sup>56</sup> Véase Schipani, *Responsabilità, cit.*, p. 83; Cannata, Carlo Augusto, *Genesi e vicende della culpa Aquiliana*, Labeo núm. 17, 1971, p. 65; Manfredini, *op. cit.*, p. 93.

<sup>57</sup> Cannata, *op. cit.*, p. 68.

<sup>58</sup> Schipani, *Responsabilità, cit.*, p. 90.

<sup>59</sup> D.9.2.31; D.9.2.52.1; D.9.2.52.3; D.9.2.52.4; D.9.1.1.4.

En cuanto al sentido y alcance dado a la culpa, simplemente se le dio el de su uso cotidiano en la época, pues la jurisprudencia la tomó del vocabulario común y corriente.<sup>60</sup> El término *culpa* siempre implicaba “una reprobación dirigida a una persona, no refiriéndose... sólo a comportamientos intencionales, sino además, a la falta de control del propio comportamiento en relación a un modelo”.<sup>61</sup> Por lo mismo, estamos en cierta medida ante un “adjetivo sustantivado”, por cuanto la culpa se destacaba al inicio por “calificar” una conducta como “reprochable”, pero con el uso adquiere tal reprochabilidad ciertas propiedades que habrían producido el efecto de transformar el adjetivo de una conducta, en la conducta propiamente tal caracterizada; es decir, en una conducta particular, determinada, susceptible de ser individualizada respecto a otras justamente por la reprochabilidad ínsita en ella. Con tal sentido fue asumida la palabra para el derecho por los juristas en general de fines de la República.<sup>62</sup>

De esta manera, los juristas republicanos recurrieron específicamente al término culpa como herramienta que les permitía determinar si en los hechos sometidos a su consideración, se configuraba la conducta material descrita por el tipo de la *lex Aquilia*, así como el elemento objetivo del mismo constituido por la *iniuria*, que calificaba a la primera. Ello implicaba en la práctica sancionar al que causó alguno de los daños tipificados por la ley con un válido motivo, con una buena razón. Desde esta perspectiva, y en lenguaje actual, la culpa cumplió el rol de “un criterio de imputación”, consistente en “el cumplimiento de una conducta reprochable”.<sup>63</sup> Por lo mismo, es en definitiva empleado el término en función de “límite” a la justificación de las conductas: aunque algunas actuaciones pudieran ser “justificadas”, por que no se adecuaron a un modelo de comportamiento (es decir, por haber culpa), se les consideraban en definitiva “injustas”.

No hay problema entonces en afirmar que la óptica “culpa-reprochabilidad-criterio de imputación” cobija los elementos que permiten hablar de un cierto consenso explícito<sup>64</sup> o implícito<sup>65</sup> entre los romanistas, acerca del

---

<sup>60</sup> Aràngio-Ruiz, *op. cit.*, p. 221. Se recuerda la existencia en latino del verbo “*culpo-culpare*”, cuyo significado es “reprobar”.

<sup>61</sup> Schipani, *Lex Aquilia*, cit., p. 21; la misma idea en *Responsabilità*, cit., p. 131.

<sup>62</sup> Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 130. Lo que ratifica Cannata en *op. cit.*, p. 67.

<sup>63</sup> Schipani, *ibidem*, p. 197.

<sup>64</sup> En apoyo expreso de Schipani, Cannata, *op. cit.* p. 66; en el mismo sentido, Manfredini, *op. cit.*, p. 93.

<sup>65</sup> Así, Biscardi reconoce que en algunos pasajes de Cicerón la voz culpa se usa como “acción culpable”, es decir, como adjetivo que califica la conducta (*op. cit.*, p. 151). Gioffredi también señala que culpa en algunos textos literarios indica “culpabilidad”, lo que significa que ha advertido la idea de la “reprochabilidad”, del adjetivo sustantivado (*op. cit.*, p. 75, nota 32). Y aunque Rotondi afirma que la culpa “en sentido técnico” (lo que significa estudiar las

sentido y alcance de la culpa en la jurisprudencia de fines de la República. Claro, sin perder de vista el contexto, de manera de tener presente que uno es el uso y aplicación dado, y otro distinto la circunstancia que no constituía un elemento autónomo dentro del tipo penal de la *lex Aquilia*, teniendo, junto a los otros términos a que recurrió la jurisprudencia, un rol más bien auxiliar.

En los pareceres de Gayo (s. II d.C.) ya es posible advertir algunos avances relevantes. Por una parte, la contraposición entre dolo y culpa<sup>66</sup> es nítida; por otra, lo que está implícito en tal contraposición, la culpa ha dejado de ser sólo “uno” de los instrumentos utilizados para individualizar la conducta injusta típica, comprendiendo todo concepto que no representara la idea de actuación intencional (y por tanto reconducible al dolo). En todo caso, ello no significó la sustitución, absorción o eliminación de conceptos como *neglegentia*, *imperitia*, *inscientia*, etcétera, sino su “integración” a la culpa; es decir, que toda actuación cuya reprochabilidad fuera susceptible de ser descrita a través de otro concepto distinto a la culpa, ahora es considerada simplemente “culposa”. En palabras del jurista romano, son actuaciones que se cuentan para la culpa (*culpa annumeretur*, D.9.2.8.1). La culpa se comienza a perfilar como un *concepto complejo y abierto*: complejo, en cuanto es integrada por diversos términos; abierto, porque no hay una lista exhaustiva de los mismos, existiendo siempre la posibilidad de que los jurisconsultos recurran por necesidades prácticas a nuevas nociones para establecer su presencia en el caso concreto examinado. Dicha característica de concepto complejo y abierto es plenamente reconocible justamente en Gayo.<sup>67</sup>

El sentido y alcance de la culpa en cambio, no presenta mayor variación. En Gayo significan “conducta reprochable”, a efectos de subsumir la actividad del demandado en la conducta material de la *lex Aquilia* y su adjectivación a través de *iniuria*.<sup>68</sup>

---

fuentes con una idea preconcebida y por tanto constructiva y no cognoscitiva) no fue usada en esta época, y manifieste cierto acuerdo con Ferrini y Venezian (quienes niegan la culpa en la interpretación republicana de la *lex Aquilia*), dice que “los jurisconsultos clásicos, ya a partir de Quinto Mucio, hablan en la *l. Aquilia* de culpa, fundan sus decisiones concretas tan solo sobre el punto de si, en el caso concreto, se pueda o no el hecho dañoso imputar como propio a una persona determinada”, “Dalla *lex Aquilia* al art. 1151 cod. civ.”, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milán, 1922, t. II, p. 481).

<sup>66</sup> Gai. 3, 211; D.9.2.32 pr; D.40.12.13 pr.

<sup>67</sup> Véase Gai 3.211, D.50.17.132 y D.9.2.8. En este último hay referencia a otras nociones como son *derelinquere curationem* (ad abandonar la curación, en pr.) e *infirmitas* (la falta de fuerzas, § 1). Son conceptos “nuevos” que demuestran el carácter “abierto” de la culpa. Respecto de *derelinquere curationem*, aparece no obstante ligada a *imperitia* del médico, Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 245.

<sup>68</sup> Así se puede observar en sus *Institutas* (Gai. 3.211), donde para Gayo mata injustamente quien ha obrado con dolo o culpa; pero a su vez, dice que es impune, o sea, no ejecuta una

Probablemente Gayo buscó en sus *Institutiones* un criterio general y único para establecer cuando estamos en presencia del tipo descrito por la *lex Aquilia*, esfuerzo de síntesis seguramente muy sentido en su época. Desde esta perspectiva, la obra de este jurisconsulto aparece como un “espejo” en donde se refleja la evolución hasta su época del concepto de culpa. Lo confirman los juristas de fines de la época clásica, en los que no se encuentran cambios, sino una profundización de lo dicho.

Ilustración manifiesta de esto último es el texto de Ulpiano<sup>69</sup> contenido en D.9.2.5.1,<sup>70</sup> donde afirmaba que *injuria* es lo que se hace “*contra derecho*, a saber, si *culpablemente* hubiere alguno matado”, agrega luego que “entendemos aquí por *injuria* el daño causado con *culpa*, aun por aquel que no quiso causarlo”. Es decir Ulpiano, siguiendo el método tradicional de comentar las palabras de la ley, señalaba expresamente qué cosa entendía por *injuria*, para los efectos de la aplicación de la *lex Aquilia*.<sup>71</sup> Para ello, recurre a la culpa: la conducta era injusta por ser “reprobable”, reprochabilidad que no se configuraba ya sólo a través de una actuación intencional, sino además por una conducta que sin ser dolosa, igualmente era susceptible de ser calificada como tal. Luego, Ulpiano ilustra la cuestión con el ejemplo de Juliano referido al excesivo castigo que el maestro infiere al aprendiz (D.9.2.5.3): la actuación dañosa era permitida al maestro, pero ejecutada en exceso deja de ser justificada y se transforma en “reprochable”, aunque no fuese dolosa.

La constante recurrencia de los juristas al concepto de culpa (entendida como conducta reprochable) para determinar la concurrencia de la *iniuria*, y la transformación paulatina de la culpa en elemento principalísimo, llevan a que si bien la *injuria* (término empleado por la ley) continuó con el significado “falta de justificación objetiva”, ésta a fines de la época clásica sólo podía

---

de las conductas tipificadas por la ley, quien causa daño por un accidente sin culpa o dolo. Ejemplos de esta segunda perspectiva son también D.50.17.132 y D.9.2.8, donde se trata de determinar la conducta típica recurriendo a *imperitia* y a *infirmitas*, que son calificadas de constitutivas de culpa. Sobre las dudas suscitadas respecto a la autenticidad del texto de Gai. 3,211 y la crítica a las mismas, véase Schipani, *Responsabilità, cit.*, p.250, nota 1.

<sup>69</sup> Jurista cuyos pareceres son reconocidos como reflejo del periodo clásico en general, en razón de absorber el material precedente, además de haber pertenecido, a diferencia de la mayoría de los jurisconsultos romanos anteriores, a la burocracia central. Véase Schipani, *Responsabilità, cit.*, pp. 259-261.

<sup>70</sup> Respecto de posibles interpolaciones de D.9.2.5., *ibidem*, pp. 298 y ss.

<sup>71</sup> El entendimiento medieval fue equívoco, al creer que aquí había una definición de culpa, y que ésta se trataba de una actuación *iniure*, de un atentado o violación al derecho. Conclusión que sería reforzada con D.50.17.55 y D.50.17.151, pues ambos pasajes exoneran de responsabilidad a quien ejerce un derecho; cuando en realidad lo definido era *injuria*, y no de qué cosa se trataba la culpa.

ser traducida como “reprochabilidad”, gracias a la función de “límite” que había desarrollado la culpa. Ésta pasa a constituir “el” elemento que consiente de calificar la conducta típica ejecutada por un sujeto de injusta, por resultar “excesiva y reprochable”.<sup>72</sup>

El dolo cumplirá igual función, aunque mantiene su individualidad propia ya que se trata de una reprobación calificada: es una reprochabilidad con nombre propio. De ahí que los juristas lo contrapongan a la culpa y no lo fusionen o confundan con ésta.

Escasas y fragmentarias son las noticias arribadas a la romanística moderna del periodo comprendido entre el fin de la época clásica y el *Corpus Iuris Civilis* (siglos III a VI d. C.), donde predominó el derecho vulgar y las obras de relevancia fueron escasas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el momento histórico no era de innovación, sino de síntesis del material existente y de su reelaboración, lo que implicó incluso la intervención de muchos de los textos que nos han llegado. Pensar que no ocurrió nada durante dos siglos sería un error. En todo caso, se trabajó con las obras de juristas clásicos, en particular de los cinco juristas de la “Ley de citas”<sup>73</sup> — entre ellos el aludido Ulpiano— lo que tenía un sentido práctico: la cita de otros jurisconsultos no tenía valor.

La reelaboración de este periodo permitió la compilación justiniana. De hecho, la hipótesis de los predigestos o cadenas de textos,<sup>74</sup> como posibles materiales sobre los cuales habría trabajado la comisión que elaboró el Digesto y que facilitaron su tarea, parece muy verosímil. Precisamente, el análisis del título de D.9.2 que trata sobre la *lex Aquilia*,<sup>75</sup> permite presumir la posible existencia de una de dichas cadenas en su elaboración, sobre la base de la obra clásica de Ulpiano, caracterizándose por la expansión de la referencia a la culpa y “la tendencia a considerare la *culpa* presupposto essenziale, criterio unico di imputazione de la responsabilità aquiliana”.<sup>76</sup> En este senti-

---

<sup>72</sup> Esta reprochabilidad no se configura en todo caso como negligencia, sino más bien como demostrativa de la comisión de un delito preterintencional. Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 354.

<sup>73</sup> Se recuerda que para hacer más fácil el empleo del *ius vetus*, Teodosio II y su contemporáneo en Occidente, Valentiniano III, habían dado el año 426 el carácter de autoridad jurídica suprema a las obras de los cinco jurisconsultos más famosos: Gayo, Ulpiano, Paulo, Modestino y Papiniano. Las respectivas constituciones son conocidas como la “Ley de citas”. Ésta regulaba la *recitatio* de las obras de los juristas ante los tribunales, es decir, qué juristas podían ser invocados y los criterios para la decisión del juez ante opiniones diversas de éstos. De los demás autores se podía prescindir.

<sup>74</sup> Véase Kunkel, *op. cit.*, pp. 177-179; Guzmán, *Derecho privado romano*, cit., I, pp. 55 y 56.

<sup>75</sup> Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 409 y ss.

<sup>76</sup> *Idem*, pp. 437 y 438.

do, en D.9.2.30.3 y D.9.2.32 pr, a continuación de los pasajes que se podrían identificar como parte de la cadena, se advierte<sup>77</sup> que “la *culpa* ed il dolo sono posti al centro della fattispecie” como elementos esenciales y autónomos.<sup>78</sup> Empero, es en las “Instituciones” donde se manifiesta claramente el cambio, apareciendo el dolo y la culpa como elementos independientes de la *iniuria*: mientras ésta fue tratada por I.4.3.2 como una actuación sin causa de justificación de la conducta (se coloca como ejemplo la legítima defensa), la culpa y el dolo son mencionados en I.4.3.3, es decir, fuera del análisis de la *iniuria*, siendo los pasajes siguientes (hasta I.4.3.8) ejemplos de culpa y no de injuria. Así, al generar una continuidad con la labor precedente bizantina, los compiladores adoptaron la referencia a la culpa, como “criterio che viene enucleato dalla casistica, accentuandolo e prospettandolo nucleo di una trattazione unitaria”, lo que encuentra en las *Institutiones* su completa expresión.<sup>79</sup> De ahí que una tal concepción “appare organicamente svolta nelle Istituzioni in cui l’esame della condotta riprovevole è appunto imperniato sulla *culpa* in modo anche terminologicamente unitario”.<sup>80</sup>

En cuanto a su sentido y alcance, ha existido una suerte de *communis opinio* en cuanto a que la culpa habría adquirido el significado técnico de “omisión de la diligencia debida”.<sup>81</sup> Mas, una mayor profundización de la cuestión ha permitido dejar en evidencia que la culpa mantuvo sencillamente la idea original de “reprochabilidad de la conducta”, bajo la cual quedan

---

<sup>77</sup> Ya sea por el tipo de trabajo desarrollado (el método de los juristas justinianos no atendió la resolución de casos particulares como los clásicos, sino de ordenación de los pareceres bajo ciertos criterios generales), como asimismo por contener el material soluciones concretas y no principios generales, en el tratamiento de la *lex Aquilia* “non si riscontra un’impostazione dogmatica coerente”, Schipani, *Responsabilità, cit.*, p. 450. De ahí que simplemente D.9.2 acogió parte de la casuística y sintetizó algunos principios ya maduros a la época.

<sup>78</sup> Schipani, *ibidem*, p. 473.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 450.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 473.

<sup>81</sup> “La moderna doctrina usa en efecto definir la culpa en el derecho justiniano con referencia expresa a la *diligentia*, considerándola no otro que como falta de la diligencia debida”, De Robertis, Francesco, “Culpa et diligentia nella compilazione giustiniana”, *Studi in onore di Emilio Betti*, 1962, vol. II, p. 351, nota 11. Gutiérrez-Alviz, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 4a. ed., Madrid, 1995. García, Manuel, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 1982. Rotondi, *op. cit.*, p. 486. Talamanca, Mario, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1964, t. IX, p. 519. Voci, Pascual, “*Diligentia, custodia, culpa*. I dati fondamentali”, *SDHI*, núm. 56, Roma, 1990, p. 41. De Robertis, efectúa una breve síntesis de los autores que desde la antigüedad han tratado la cuestión, *op. cit.* nota 7.



cobijados una serie de casos,<sup>82</sup> lo que se aprecia tanto en el Digesto<sup>83</sup> como en las Instituciones.<sup>84</sup> De este modo, desde su aparición en el lenguaje de los jurisconsultos republicanos hasta la compilación justiniana, el sentido y alcance de la culpa fue más bien uniforme, sin que se haya producido el cambio conceptual propugnado por la mayoría de los autores precisamente en el *Corpus Iuris Civilis*.<sup>85</sup> Por lo mismo, el carácter de concepto complejo y abierto que se configuró en la época clásica, no lo habría perdido para que se identificara en dicha compilación sólo con uno de los términos que la integraban, como es la negligencia. Más bien es elástica, pudiendo abarcar diversos sentidos que presentan cierta relación entre sí, como es la imputación de responsabilidad.

---

<sup>82</sup> Schipani, *Responsabilità, cit.*, p. 473. Ciertamente, la mayoría de los casos podrían en última instancia ser reconducidos a “violación de una norma de prudencia, diligencia o pericia”, pero en otros, principalmente casos límites, la responsabilidad se establecía considerándose el hecho del cual deriva el daño, en sí mismo reprochable, demostrándose con ello la amplitud que presenta la noción de culpa. Ejemplo sería D.9.2.7.5, que contiene un caso calificable de responsabilidad objetiva, pero que podría ser entendido como un homicidio preterintencional. *Ibidem*, p. 463. Incluso autores que están de acuerdo con la idea de culpa como negligencia, reconocen que hay situaciones que no es así. En este sentido, Mario Talamanca señala que “la culpa, que hemos así visto concretarse en una falta de *diligentia*, viene en algunos otros pasajes destacada bajo otros aspectos. Relevante al respecto, aunque sí referido a la responsabilidad extracontractual, Dig. 9,2,31, el cual pone la esencia de la culpa en el previsible no previsto, relacionado con la normal diligencia”, *op. cit.*, núm. 4, p. 519. En el derecho latinoamericano, participa de la no identificación de la culpa con la negligencia, De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, 5a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 37.

<sup>83</sup> Schipani, *Responsabilità, cit.*, pp. 462 y 463.

<sup>84</sup> De los ejemplos en ellas mencionados referidos a la *lex Aquilia*, la culpa es entendida como una conducta reprochable, reprochabilidad que consiste “en la voluntariedad de un acto que es negligente, imperito, imprudente en cuanto no está conforme a las reglas de diligencia, pericia, prudencia, etcétera, o a veces simplemente contrario a normas, reglamentos, disciplinas, que tienen distintos fundamentos”. Schipani, Sandro, *Análisis de la culpa en las instituciones de justiniano* 4.3, Materiali II, Programa Alfa-Rete Tanta, Centro di Studi Latinoamericani-U. Tor Vergata, p. 143; también publicado en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Homenaje a Alterini*, Buenos Aires, 1997. De ahí que en la Paráfrasis de Teófilo y la *κατά πόδα* de Doroteo no se reconducen todas las hipótesis a la negligencia, lo que exigiría una reelaboración anterior. Schipani, *Responsabilità, cit.*, p. 473. Una síntesis de las distintas situaciones cubiertas por el concepto, en Guzmán, *Derecho privado romano, cit.*, t. II, núm. 8, p. 258.

<sup>85</sup> Se desecha cualquier diferencia entre Quinto Mucio y las Instituciones de Justiniano, Cannata, *op. cit.*, p. 82.





## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA NOXALIDAD EN EL DERECHO ROMANO

#### I. CARACTERÍSTICAS GENERALES

Uno de los temas que más ha generado debate en la romanística ha sido el de las acciones noxales. Así como las distintas fuentes disponibles entregan numerosos antecedentes que han permitido el conocimiento general de su existencia, funcionamiento y efectos, las mismas, con sus omisiones y contradicciones, han generado dudas sobre distintos aspectos relacionados con ellas, entre ellos su fundamento, dando lugar a teorías más o menos creíbles, pero en todo caso, imposibles de verificar con el material supérstite con que se cuenta en la actualidad.

Como sea, a partir de los elementos conocidos, son varios los autores que han calificado a la noxalidad como una de las instituciones del derecho romano de las cuales habría derivado una responsabilidad objetiva,<sup>86</sup> precisamente por la legitimación pasiva derivada de un hecho ilícito ajeno que les resulta intrínseca. Sin embargo, dado que la institución en comento no constituía en sí misma una figura delictiva, excluyo personalmente tal calificación, sin perjuicio de las relaciones que efectivamente tenía con la responsabilidad estricta en derecho romano, como se constatará a lo largo de todo este trabajo.

Por lo mismo, y en vista que permanentemente aludiremos a ella, considero oportuno dedicar algunas líneas, a fin de repasar sus principales características, las que servirán de base a las posteriores cuestiones que trataré.

#### 1. *Acción por el hecho de alieni iuris y animales*

En general, las acciones noxales tuvieron aplicación en el ámbito de hechos constitutivos de delito causados por personas “incapaces” (*alieni iuris*)

---

<sup>86</sup> Véase nota 17.

sujetas a la potestad del *paterfamilias* o del *dominus*, o por el daño causado por animales. Sin poder demandar a los incapaces o a los animales, las acciones respectivas eran deducidas contra el *paterfamilias* o el *dominus*, quien tenía la alternativa de pagar la pena correspondiente a la cual era condenado (*litis condemnatio*) o de dar en noxa (*noxae deditio*) al delincuente o al animal (D.9.4.1; G.4.75; D.9.1.1 pr.).

Se advierte entonces fácilmente el por qué modernamente se ha visto en la institución un caso de responsabilidad por el hecho ajeno (*paterfamilias* o *dominus* por el sujeto a potestad o dominio que delinque) o por el hecho de los animales (*dominus* por el daño provocado por las bestias), además de objetiva como ya he mencionado.<sup>87</sup>

Ahora bien, respecto a las personas sujetas a potestad por las cuales respondía el *paterfamilias* o el *dominus*, con certeza se pueden mencionar los *filiifamilias* y las *filiaefamilias* para el primero y los *servi* para el segundo. Los esclavos son los mencionados de forma habitual por las fuentes, uniéndose los hijos de familia en varias ocasiones; las menciones a las hijas en cambio son escasas, pero al menos las hay (I.4.8.7).

En cambio, la aplicación de las acciones noxales a otros individuos sujetos a potestad constituye una de las cuestiones poco claras. Así por ejemplo, es habitual preguntar por la situación del cónyuge del *paterfamilias*. Sobre el particular, se hace presente que las mujeres, al contraer matrimonio, podían mantener su estado civil anterior (*sui iuris* o *filiafamilias*), y por tanto continuar sujetas a los efectos de las respectivas calidades; o bien celebrar una *conventio in manum* con el marido, quedando sujetas a la potestad *in manus* de éste (transformándose en *alieni iuris* o continuando con esta calidad bajo un sujeto distinto). Pero también podía tener lugar la *conventio in manum* fuera del matrimonio, en razón de *tutelae evitande causa* o *testamenti faciendi gratia*, con la misma consecuencia antes señalada. Entonces, dado el carácter de *alieni iuris* de las *uxores in manus* o de otras mujeres en general *in manu*, se podría pensar lógicamente en una extensión a ellas de la noxalidad. No existen sin embargo antecedentes fidedignos que permitan afirmar o negar con certeza si se

---

<sup>87</sup> Manlio Sargenti concluye precisamente que en el sistema de la responsabilidad noxal “si comprende, nella sua essenza, proprio e solo come sistema di responsabilità obbiettiva fondato sulla qualità giuridica di pater familias o di dominus, al di fuori di ogni ricerca di elementi di colpevolezza” (cursivas del que escribe). *Contributo allo studio della responsabilità noxale in diritto romano*, Pavia, 1949, p. 134.

les aplicaba o no el régimen de la noxalidad a las *uxores* sujetas a la *manus* del marido<sup>88</sup> o en general a las mujeres *in manu*.<sup>89</sup>

Respecto al daño causado por los animales, existen algunas dudas en la doctrina sobre el carácter noxal en origen de la *actio de pauperie*,<sup>90</sup> y por consiguiente de la inclusión de los animales en materia de noxalidad, las que han surgido a partir de algunas diferencias que objetivamente existieron en el régimen aplicable a la primera y a las acciones noxales según dan cuenta las fuentes (por ejemplo, en el siguiente inciso 6). El principal promotor de los cuestionamientos ha sido Biondi (contestado desde luego),<sup>91</sup> para quien habría existido inicialmente diverso *fundamento y función* entre la *actio de pauperie* y las acciones noxales, lo que desaparece en derecho justinianeo.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> Se debe considerar que si el marido era *filius familias*, su mujer quedaba sujeta a la patria potestad del *paterfamilias*, no del marido. La mujer en este caso era como *filia familias*, hermana de sus propios hijos. Marrone, Matteo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2006, pp. 246 y 247.

<sup>89</sup> Amunategui expresa incluso su sorpresa frente al escaso tratamiento por la romanística. En cuanto a su posición personal, es la opinión que no hay bases para suponer que a las mujeres *in manu* les haya sido aplicable el *ius noxae dandi*. “La entrega noxal de sujetos in manu mancipioque”, *IURA*, núm. 56, 2006-2007, p. 235. Guzmán, *Derecho privado romano*, cit., t. II, p. 240.

<sup>90</sup> De esta acción se trata en el capítulo segundo.

<sup>91</sup> Véase Sargenti, *op. cit.*, p. 76. Giangrieco Pessi, Maria Vittoria, *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII tavole ad Ulpiano*, Jovene, Nápoles, 1995, p. 282.

<sup>92</sup> En cuanto al *fundamento*, la *actio de pauperie* se habría fundado en el dominio del propietario sobre el animal causante del daño, mientras que las acciones noxales habrían derivado del delito cometido por el *filius* o por el *servus*, quienes respondían personalmente por ser capaces. Según Biondi, en el régimen clásico, tanto el *filius* como el *servus* se obligaban *civiliste ex delicto*, “Le acciones noxale nel diritto romano classico”, *Ann. Sem. Giur.*, Univ. Palermo, núm. 10, 1925, pp. 170-182. Es decir, les reconocía “capacidad” para quedar obligados “personalmente”, pero sin que pudieran ser demandados en forma directa mientras estuvieran bajo la patria potestad o dominio, respectivamente.

En cuanto a la *función*, la *actio de pauperie* habría tenido por objeto hacer efectiva la “responsabilidad directa del propietario”, a través de la reparación del daño y la consiguiente pérdida patrimonial del *dominus*, mientras que las acciones noxales habrían perseguido simplemente la punición del *filius* o del *servus*, resultando la acción contra el *paterfamilias* o *dominus* un medio para tal propósito, Biondi, *Le acciones noxales*, cit., pp. 182 y 183. Esto explicaría por qué los *patres familiarum* no podrían ya entregar a los *filii* en noxa y sí en cambio a los *servi*, no obstante que a ambos se les habría, ya en el siglo V d. C., reconocido capacidad procesal para ser demandados directamente por los daños cometidos: sobre los hijos el *pater* no tenía propiedad alguna; en cambio, sobre los esclavos se podía ejercer la propiedad, como respecto de cualquier otra *res*. Para que quede clara la cuestión, a decir de Biondi: se podía perseguir “penalmente”, *ex delicto*, a los *filii familias* y *servi*, pero civil o patrimonialmente, sólo al *dominus*, y en tal calidad, por su responsabilidad directa respecto al hecho dañoso de una cosa suya, como era el esclavo.

En el derecho justinianeo, se identifican el *fundamento* y la *función* de la *actio de pauperie* con el de las *acciones noxales*: el *dominus* responde en razón de la propiedad de que es titular

Sin embargo, de estas dudas sólo dejó constancia, pues las mismas no tienen ninguna incidencia en lo fundamental que ya se ha dicho: el reconocimiento al *dominus* de la facultad de entregar el cuadrúpedo causante del daño a la víctima, y la consiguiente liberación de responsabilidad personal para él. Tal posibilidad y sus consecuencias, se mantienen inalteradas, cualquiera que hayan sido los cambios en cuanto al fundamento, función y terminología aplicada a la institución.

## 2. *Facultad de noxae deditio*

La esencia de la noxalidad según las fuentes principales (I.4.8 pr; G. 4.75; D.9.4.1; I.4.9 pr; D.9.1.1 pr.) se encuentra en la posibilidad del demandado (*paterfamilias* o *dominus*) de escoger entre pagar el valor de la condena (*litis aestimatio*) o entregar al sujeto a potestad (*filius* o *filia familias*) u objeto

---

sobre la cosa que ha causado el daño y a fin de reparar este último. El acento, en la época, se habría puesto en los efectos civiles o patrimoniales derivados del delito, quedando en un segundo plano los efectos penales. La demanda al *dominus* por los hechos dañosos de las cosas consistentes en esclavos, no habría tenido diferencias con las acciones que en su contra se podían ejercer por los hechos dañosos de otras “cosas”, como eran animales o *res* en general (Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 196). Desde la perspectiva de los efectos civiles, que el daño lo cometiera un esclavo o un animal, daba lo mismo, pues en ambos casos el propietario podía ser demandado como responsable directo por los perjuicios que su cosa causó, se ejerciera una acción noxal en el primer caso o una *actio de pauperie* en el segundo. En ambos debía reparar el perjuicio como propietario, en ambos casos podía entregar a la víctima la cosa, esclavo o animal, para evitar pagar la condena pecuniaria; en ambos casos sufría una disminución patrimonial con tal entrega. *Actio de pauperie* y acciones noxales, resultan entonces idénticas.

A que esta identidad fuese posible, habrían contribuido dos cuestiones en particular: el reconocimiento de la capacidad procesal de *filius familias* y *servi*, eliminado la función clásica que la acciones noxales habría tenido (perseguir a los responsables *ex delicto*) perdiendo entonces todo sentido (Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 196.); la segunda, el hecho que se habría producido un cambio en la noción misma de *nox*, que “è ormai semplicemente il *corpus quod nocuit*”, la cosa, animal o esclavo que produce el daño o que comete el delito (Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 24), por lo que, además de tener como elemento común el ser objetos de dominio, unos y otros eran ahora, si causaban daño, una *nox*.

Lo anterior no es menor porque sería la razón por la cual “*noxae deditio e noxae dedere non significano più abbandonare come risarcimento del danno o por peccato dare, ma piuttosto consegna della noxa, vale dire consegna del corpus che ha prodotto il danno*”. De ahí que para los clásicos, *noxae deditio* significa *pro peccato deditio* (conforme la función de sancionar a los responsables, *filius* o *servi*) y para los Justinianeos, *deditio della noxa* (conforme la función de obtener la reparación del *dominus* responsable). Biondi, *Le acciones noxales*, cit., pp. 24 y 198 respectivamente. Así, la “*actio noxalis non è più l’azione che si dà per il delitto dello schiavo o filius allo scopo di attuare la responsabilità di questi, ma è piuttosto quell’azione che si dà contro il dominus per il danno causato dallo schiavo od animale proprio*”, Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 197.

de dominio (esclavo o animal) que cometió el delito o causó el daño, a la víctima para su castigo o resarcimiento del daño hecho (*noxae dedere*).<sup>93</sup> La entrega en noxa tenía por tanto el mismo efecto extintivo que el pago de la condena, satisfaciendo la obligación de cumplimiento de ésta.

Dicho efecto extintivo era absoluto, pues producía la liberación no sólo del pago de la estimación del litigio en la actual demanda, sino también respecto de las futuras por otros daños diversos que hubieran tenido su causa en el mismo hecho delictivo. La cuestión no es menor porque en caso de pagar la *litis aestimatio*, seguiría obligado frente a las nuevas acciones (D.9.4.20).

La alternativa de efectuar la *noxae deditio* se mantenía vigente aún después de la condena, pues se extinguía sólo tal posibilidad al momento del inicio de la ejecución forzada de la condena.

Dicha entrega se realizaba mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio* para el caso del esclavo, adquiriendo el demandante el *dominium* sobre éste; mediante *mancipatio* respecto del hijo, adquiriendo el *mancipium* a su respecto; y mediante *mancipatio* del animal, adquiriendo la propiedad del mismo. Ello sin perjuicio de la tendencia a concentrar las transferencias de dominio del esclavo y animal en el modo *traditio*,<sup>94</sup> transmitida a nuestros ordenamientos jurídicos romanistas.

Desde luego que para ser demandado por un hecho del esclavo el sujeto pasivo debía ser dueño actual del esclavo (D.2.9.2.1 y D.9.4.38.1), de manera de poder efectuar la transferencia de la propiedad a la víctima por algunos de los modos citados (D.9.4.22pr-1; D.9.4.27.1; I.4.8.3). Ello incluía al heredero y al legatario, respecto de los cuales también concurría la legitimación pasiva en materia de acciones noxales, pero no porque la responsabilidad penal se transmitiera,<sup>95</sup> sino porque eran los actuales dueños por sucesión por causa de muerte (D.9.4.42.2; D.9.4.7 pr; D. 9.4.40).

---

<sup>93</sup> Ello sin perjuicio del procedimiento que seguían estas acciones y sus variables. Estoy trabajando sobre la hipótesis que demandado el *dominus* o el *paterfamilias* aceptara que tenía la potestad sobre el delincuente, estando éste presente. Ello porque podía ocurrir que el demandado negase la potestad, y se concediera al actor la acción *sine noxae deditione* (D.9.1.1.15), o bien que reconocida la potestad, estando ausente el delincuente, negase su disponibilidad de hecho, debiendo el demandado jurar que no había sido dolosamente privado de él o de lo contrario debía asumir el juicio *sine noxae deditione* (D.9.4.21.2-4), o bien reconociendo su disponibilidad de hecho, lo debía exhibir *in iure* o asumir la defensa como ausente (D.2.9.2.1; D.9.4.22.3; D.39.4.1.6). Si estaba en manos de un tercero, la víctima podía ejercer la acción de exhibición (D.10.4.3.7). Si no había defensa, la víctima podía tomar posesión del causante del daño (D.2.9.2.1; D. 9.2.4.28).

<sup>94</sup> Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 311. En D.9.1.1.14 de forma expresa alude a “*tradere*”.

<sup>95</sup> La no transmisión de la responsabilidad penal en el contexto de las acciones noxales es clara en las fuentes: D.9.4.5.1; D.9.4.26.5.

Consecuencialmente, contaban con la facultad de dar en noxa al esclavo. También el dueño debía ser el demandado por un hecho de los animales. Respecto al *filius familias*, no había dominio, pero la potestad del *pater familias* era equivalente, pues incluía la disposición de su vida. El poder de disposición jurídica y material concurría entonces en el jefe de la familia.

Las fuentes dan cuenta en todo caso de personas no dueñas que habrían tenido la facultad de dar en noxa. Es el caso del poseedor de buena fe, esto es, quien posee con ánimo de señor o dueño, aunque no lo sea.<sup>96</sup> Se debe tener presente que los esclavos, como *res mancipi*, podían precisamente ser poseídos de buena fe y adquiridos por usucapión por el transcurso de un año, además se le concedían diversas protecciones durante la posesión. Todo lo anterior sin perjuicio de que puedan ser objeto de reivindicación por parte de su propietario. Es en este contexto que las fuentes reconocen al poseedor de buena fe como legitimado pasivo de las acciones noxales, con facultad por tanto para efectuar la *noxae deditio*, aunque con ello no convierta en propietario al actor, calidad que se podría adquirir después mediante la usucapión (D.9.4.11; D.9.4.12; D.9.4.28; D.9.4.26.6 parte final). Si el verdadero *dominus* pretendía reivindicar el esclavo dado en noxa por el poseedor de buena fe a la víctima del delito, tenía ésta derecho al valor de la estimación del litigio y la excepción de dolo malo en caso de que no se ofreciera dicha *aestimatio* (D.9.4.28; D.9.4.27.1). La evolución habría llevado de forma excepcional a la admisión del ejercicio de acciones noxales incluso contra los poseedores de mala fe, a objeto que no resultaran éstos liberados de la acción, resultado que comenzó a ser considerado injusto (D.9.4.13).

Los titulares de derechos reales, como el usufructuario y el acreedor pignoraticio, no siendo dueños, no deberían haber sido legitimados pasivos, dado que no podían transferir el dominio. Las fuentes sin embargo presentan contradicciones, pues en varios pasajes se admite que eran invitados por el pretor a la defensa proporcional del esclavo junto al dueño, de manera que cuando se negaban, el pretor rechazaba la alegación de tener sólo un usufructo o una prenda sobre aquél; si era en cambio el *dominus* quien rechazaba, la víctima podía oponer la *exceptio doli* ante la *reivindicatio* de éste (D.9.4.27 pr; D.9.4.26.6; D.7.1.17.2; D.2.9.3) luego de la *noxae deditio* hecha

---

<sup>96</sup> Algunos, a partir de esta posibilidad, advierten una diferencia entre el derecho clásico y justinianeo. Mientras en el primero bastaba la transferencia de la posesión, en el segundo de un acto traslativo del dominio. Así, Biondi, *Le acciones noxales, cit.*, pp. 283 y ss; pp. 310 y ss.

por el usufructuario o acreedor prendario.<sup>97</sup> En otras pocas ocasiones se rechaza tal posibilidad (D.9.4.22.1; D.9.4.17.1).<sup>98</sup>

### 3. *Noxa caput sequuntur*

La noxalidad fue una institución del derecho romano que permitió al demandado evitar el pago de la condena como dije con la entrega del “mismo cuerpo” (en términos de D.9.4.1) que cometió el delito o causó el daño. Es decir, la entrega permitía que los efectos punitivos del hecho delictuoso, recayeran sobre el sujeto o animal que lo ejecutó. De ahí que la noxalidad se le relacione con el principio de la personalidad de la pena: permitía que la pena recayera sobre la persona del delincuente (aunque claro, en el caso del animal el concepto de “personalidad” no sea adecuado, no obstante el resultado práctico era el mismo). “En verdad, la noxalidad pone en evidencia la responsabilidad general del autor del hecho por cuanto él ha llevado a cabo, aun cuando se trate de una persona bajo la potestad de otros”.<sup>99</sup>

La consecuencia más relevante de lo expresado era la circunstancia que el sujeto pasivo de una acción noxal no era la persona bajo cuya potestad o dominio estaba el delincuente o animal al momento de la comisión del delito o daño, sino “aquel bajo el cual se encontraba al momento de la deducción de la acción”, pues ésta se presentaba *noxae caput sequitur* (I.4.8.5; G.4.77; D.9.4.20; D. 9.4.42.2; D.9.4.43; D.9.4.7pr; D.9.1.1.12). Por lo mismo, si el esclavo delincuente era adquirido en propiedad por la víctima, se extinguía la acción por confusión (D.9.4.37), ya que nadie se puede demandar a sí mismo. De igual manera, si el demandado entregaba un siervo respecto del cual no tenía el dominio, el verdadero dueño era quien debía pagar la estimación del litigio, si pretendía su reivindicación contra el demandante a quien se le había hecho la *noxae deditio*, (D.9.4.27.1; D.9.4.28).

Esta característica de la institución es muy relevante, e inclusive para algunos hasta desconcertante bajo parámetros modernos de la responsabilidad.

Por una parte, suponía una total libertad para el *paterfamilias* o *dominus* de disposición del sujeto culpable o del animal, lo cual deja en evidencia que no tenía obligación alguna respecto de la víctima. Por ejemplo, podía el

<sup>97</sup> Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 301.

<sup>98</sup> Sobre la contradicción y las posibles interpolaciones, Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 303 y ss.; De Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, De la vengeance collective a la responsabilité individuelle, Bruselas, 1947, p. 253, nota 12.

<sup>99</sup> Schipani, Sandro, *De la Ley Aquilia a Digesto 9*, cit., p. 280.



*dominus* vender al animal, o vender o manumitir al *servus* si ha sido sin dolo (D.9.4.24), liberándose de toda responsabilidad en el hecho. La acción se debía seguir en tal caso en contra del nuevo propietario (lo lleva a algunos a calificarla de *obligatio in rem*),<sup>100</sup> quien gozaría de la facultad de dar en noxa y demás beneficios asociados (D. 9.4.25), o contra el mismo delincuente (D.9.4.6; D.9.4.7 pr-1)<sup>101</sup> en caso de manumisión.

Pero por otra, este carácter de las acciones noxales elimina toda posibilidad de que la noxalidad haya constituido una institución fundada en la culpa del *dominus* o del *paterfamilias* demandado. Si el dueño del animal o esclavo, o el padre de familia bajo cuya potestad se encontraba el delincuente hubieren incurrido en culpa, habrían respondido directamente por el hecho ilícito respectivo (por ejemplo, en caso de daño, en base a la ley Aquilia).<sup>102</sup> Y en todo caso, siempre se debería haber demandado al propietario bajo cuya potestad estaba el delincuente al momento de la comisión del delito y no al *dominus* o *paterfamilias* actual. Si era éste el sujeto pasivo de la acción, ello no se debía a un deber de cuidado de las cosas propias o de la vigilancia de los sujetos bajo potestad, derivado de tales calidades.

En otras palabras, no existía ninguna responsabilidad del *paterfamilias* o del *dominus* “por el hecho” del dependiente o del animal, sino simplemente se le atribuían los efectos del delito, “por tener la calidad” de *paterfamilias* o *dominus* de un sujeto o de un animal que cometió un delito al momento de la demanda, por ser éstos incapaces (procesal y patrimonialmente).

La ausencia de culpa del demandado, y la atribución del daño (o efectos de otro delito) al propietario actual, deja en evidencia que el criterio con base al cual se realiza la imputación de responsabilidad por el hecho ajeno en comento, era puramente objetivo. Desde esta perspectiva, en realidad el propietario no “respondía” de nada, sino que simplemente se le imponía la obligación de pagar la condena respectiva, sin haber tenido ninguna participación en el hecho ejecutado por el animal o por el dependiente. Tanto es

---

<sup>100</sup> Marrone deja en claro que sólo en este aspecto las acciones noxales son similares a las acciones reales. *Istituzioni*, cit., p. 99, nota 99.

<sup>101</sup> En caso que el animal hubiese estado en manos de un *non dominus*, la romanística ha reconocido que la víctima tenía “derecho” a perseguir el animal mediante la *actio ad exhibendum* u otros medios coercitivos, de manera de conseguir que el animal fuese llevado delante del magistrado. Así, éste podía otorgar la *ductio* a favor del demandante, consiguiendo a través de esta vía procesal al menos la propiedad pretoria. El propietario sin embargo mantenía derecho a recuperar el animal de su propiedad o al menos ejercer la defensa. La necesidad entonces de la propiedad, como calidad concurrente en el demandado, se vuelve a hacer patente. Sobre el punto, Giangrieco Pessi, *op. cit.*, pp. 306-312.

<sup>102</sup> En este sentido, Schipani, *De la Ley Aquilia a Digesto 9*, cit., pp. 279 y 280.

así que el hecho del esclavo pudo haber tenido lugar cuando el que paga ni siquiera era aún propietario ni pensaba siquiera llegar a serlo.

Bajo esta mirada, la noxalidad se muestra como una *garantía* para la víctima, pues a través de ella se lograba traspasar los efectos del delito al animal, esclavo o sujeto a potestad del jefe de la familia, o bien, obtener el pago de la pena de éste si así lo decidía, teniendo el patrimonio para ello. De ahí que “dal lato dell’attore la *noxae ded.* è nient’altro che attuazione di quel vincolo di garanzia dal quale lo schiavo è legato e conserva un’efficacia soddisfattiva che sostituisce l’efficacia soddisfattiva della *poena pecuniaria*”.<sup>103</sup>

Esta característica de la noxalidad explica las que siguen, pues derivan en definitiva de ella.

#### 4. *Capacidad sobreviniente*

Específicamente respecto de las personas *alieni iuris*, la adquisición de la calidad contraria de *sui iuris* implicaba la extinción de cualquier responsabilidad para el *paterfamilias* o *dominus*. Ello porque el delincuente adquiriría la capacidad de comparecer en juicio, respondiendo personalmente y con su patrimonio (D.9.4.7 pr; D.9.4.15). Por lo mismo, es lógico que la noxalidad se extinguiera (D.9.4.42 pr.), se admitía sólo la acción directa derivada del delito en contra del hechor, y al contrario, se negaba la acción noxal contra el *paterfamilias* o *dominus* (G.4.77; D.4.9.6; I.4.8.5). Seguía por tanto vigente la persecución personal del hechor.

#### 5. *Noxalidad sobreviniente*

Por lo dicho hasta acá, no es de extrañar que pudiera tener lugar la noxalidad sobreviniente. Si el delito lo cometía una persona *sui iuris*, pero que entre el momento del hecho ilícito y la deducción de la acción, se convertía en *alieni iuris* (hijo de familia o esclavo), el sujeto pasivo de la acción noxal debía ser entonces el *paterfamilias* o *dominus*. Cambiando la capacidad del delincuente, cambiaba el demandado (G.4.77; I.4.8.5). Se continuaba la persecución del delincuente, pero ahora “a través” del sujeto bajo cuya potestad se encontraba.

---

<sup>103</sup> Branca, Giuseppe, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Cedam, Padua, 1937, núm. 60, p. 285.

## 6. Muerte del delincuente y del animal

Podía ocurrir que entre el hecho ilícito y el ejercicio de la acción respectiva falleciese el delincuente *alieni iuris* o el animal. Reforzando la idea que el castigo debía recaer sobre el hechor sujeto a potestad u objeto de dominio, las acciones noxales también tuvieron por característica la circunstancia que la muerte del primero antes de contestada la demanda, extinguían la responsabilidad del *paterfamilias* o *dominus* (D.9.1.1.13; D.9.4.39.4; D.9.4.42.1).

Sin embargo, la muerte también podía tener lugar entre la *litis contestatio* y la condena. En esta situación se aprecia una diferencia entre los animales y las personas sujetas a potestad. Respecto de los primeros, no era posible la entrega del cuerpo del animal muerto (D.9.1.1.14), de manera que el demandado estaba obligado a pagar la condena; o bien, si el animal había sido muerto por un tercero, ceder la acción otorgada por la *lex Aquilia* en contra de éste (D.9.1.1.16). Respecto de las segundas, se podía entregar el cadáver, en vez del pago de la condena, aun cuando hubiere tenido lugar por muerte natural, extinguiéndose la obligación (Gai. Aug. 4.82-83; D.9.4.39.4.).

Claramente “dal punto de vista dell’attore la consegna del cadavere non ha un carattere riparatorio ben netto”,<sup>104</sup> apareciendo como un resabio del origen histórico de la institución. Mas, la explicación de la mantención de esta posibilidad no es muy nítida para los romanistas, pues para algunos se debió a la existencia aún de una posibilidad de “vendetta”;<sup>105</sup> para otros, la entrega del cadáver no tenía vinculación con la venganza, sino con la continuación de un ceremonial de entrega que permitía acreditar la muerte del delincuente y evitar así falsas declaraciones, como asimismo, con el derecho fundamental del padre o del dueño de ser librados mediante la entrega del culpable.<sup>106</sup>

## 7. La noxalidad no generaba acciones diversas a las derivadas del delito respectivo

La mayoría de los romanistas están de acuerdo en que las acciones noxales no eran acciones distintas a las acciones penales civiles y pretorias

<sup>104</sup> Branca, *Danno temuto*, cit., núm. 61, p. 290, nota 1.

<sup>105</sup> Interesante la opinión de Lebigre, en cuanto la diferencia se encuentra simplemente en que muerto el animal, ya no representa ninguna ventaja económica, su cuerpo, para la víctima. En cambio, la posibilidad de dar al hijo o esclavo muerto, aún mantenía una utilidad, la cual era ejercer la venganza sobre él, consistente en la privación de sepultura, Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 231, nota 54.

<sup>106</sup> Biondi, *Le azioni noxales*, cit., pp. 250 y 276.

ya establecidas.<sup>107</sup> Desde esta perspectiva, la noxalidad era transversal a las acciones penales y no derivaba o generaba un tipo autónomo delictivo. Es decir, la víctima ejercía las mismas acciones penales civiles o pretorias a que el hecho ilícito daba lugar (de daño injusto, de hurto, de robo, etcétera), introduciendo a la fórmula la alternativa, para el demandado, de pagar la pena o de efectuar la *noxae deditio*.<sup>108</sup>

Además, es importante destacar que en la fórmula (*intentio*) figuraba, en su caso, el nombre del delincuente (hijo, hija, o del esclavo) que cometió el delito, puesto que el jefe de familia o propietario era demandado a nombre ajeno y no a nombre propio (*suo nomine*). Se le demandaba por el hecho ilícito cometido por persona sujeta a su potestad o dominio, no existiendo culpa de su parte en el hecho, lo que es coherente con la falta de culpa del demandado ya señalada. Otra cosa es que en la condena se indique su nombre, en cuanto obligado a pagar la pena o entregar en noxa.

En el caso particular de la *actio de pauperie*, en razón de haber causado el daño un animal, siempre el demandado era su actual propietario, motivo por el cual la noxalidad era un elemento de la esencia de esta acción, en cuanto siempre formaba parte de ella (no podría haber existido una acción de *pauperie* directa y una acción de *pauperie* noxal).

### 8. Concesión de acción directa por *scientia*

La situación del *paterfamilias* o *dominus* como sujeto pasivo no culpable de la acción, con derecho al ejercicio de ésta noxalmente cambiaba radi-

<sup>107</sup> En contrario, Gimenez-Candela, María Teresa, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Eunasa, 1981, p. 390.

<sup>108</sup> En este sentido, expresamente De Visscher afirma “c’est par l’insertion de la clause ‘aut noxae dedere’ dans l’*intentio* et la *condemnatio* des formules *in ius*, dans la seule *condemnatio* par contre des formules *in factum*, que les actions noxales se différencient des actions pénales ordinaires”. *Le régime*, cit., pp. 417 y 418. La diferencia por tanto estaba sólo entre acciones noxales civiles y acciones noxales honorarias, pues al no deducir estas últimas en razón de un derecho, la fórmula carecía de *intentio*, limitándose a la descripción del *factum* por el cual se ejercía la acción.

Conforme a lo anterior, tradicionalmente se ha coincidido con Lenel en la reconstrucción de la acción noxal que realiza a partir de D. 9.1.1 (*actio de pauperie*), y cuya *intentio*, de que se repita en cada acción civil al menos (según lo antes expresado), en lo fundamental, habría sido “*quam ob rem... aut noxam sancire aut in noxam dedere oportet*”. Lenel, Otto, *Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1927, en adelante EP<sup>3</sup>, p. 195. Así, aplicada por ejemplo al hurto, habría resultado “*quam ob rem Nm Nm aut pro fure damnum decidere aut Stichum servum noxae dedere oportet*”. Lenel, EP<sup>3</sup>, p. 330.

En cuanto al reconocimiento del carácter de generalmente aceptada, De Visscher, *Il sistema*, cit., p. 58, que comparte; y Gimenez-Candela, *El régimen*, cit., p. 389, que reconoce pero no comparte.

calmente en caso de *scientia* de su parte, pues se le consideraba autor del delito. Se le igualaba a la situación del *paterfamilias* o *dominus* que ordenaba la actividad constitutiva de delito.<sup>109</sup> Por lo mismo, estaba obligado de forma directa, y no a través de acción noxal, quedando impedido de efectuar la *noxae deditio* del hechor para poder librar la responsabilidad (D.9.4.2 pr; D.9.4.45 pr.).

El conocimiento implicaba no sólo haber sabido del hecho, sino que conociéndolo, y pudiendo impedir su ocurrencia, no lo hizo (D.9.4.2.1; D.9.4.3; D.9.4.4 pr.).<sup>110</sup> En otras palabras, la omisión de la acción “impedir” debía ser valorada y calificada como reprochable, y por tanto, como culpable. Recuértese que la jurisprudencia recurrió entre otras a *inscientia* para interpretar *iniuria* en la *lex Aquilia*, integrando luego el concepto de culpa (véase capítulo segundo, romano II). De esta manera, queda en evidencia como la *scientia* determinaba una responsabilidad por hecho y culpa propia.<sup>111</sup>

La concurrencia de ésta se muestra con especial claridad a propósito de los esclavos comunes,<sup>112</sup> puesto que sólo el copropietario que había sabido, quedaba obligado en nombre de todos, sin derecho a reembolso alguno, pues “mereció la pena por razón de su propio hecho” (D.9.4.9). Asimismo, el comunero que había tenido conocimiento, no sólo se obligaba por el todo, dicen las fuentes, sino que resulta obligado aun cuando hubiera enajenado al esclavo o éste hubiera fallecido (D. 9.4.5.1).

Si fallecía el dueño respecto del cual había concurrido *scientia*, el heredero no resultaba obligado (D. 9.4.5.1, parte final); con ello se demostraba que la obligación era personal.

Las fuentes en todo caso dan cuenta de algunas dudas interpretativas entre los juristas acerca de la *scientia* y sus efectos en la materia. Ellas dan noti-

<sup>109</sup> Por ejemplo, D.9.4.2.1, donde se da cuenta del caso que mandaba (*iussit*) al esclavo a matar.

<sup>110</sup> *Scientiam eius accipiendam, qui prohibere potest: et hoc in toto edicto intellegendum est circa scientiae verbum* (se ha de estimar el conocimiento de aquel que puede impedir una cosa; y esto es lo que se ha de entender en todo este Edicto respecto a la palabra conocimiento).

<sup>111</sup> “Il convenuto dell’a. nox. non doveva essere consapevole del delitto prima della sua consumazione, altrimenti ne risponderebbe in solidum. La scientia, trasformando in responsabilità diretta la sua responsabilità per fatto altrui, ne cancellerebbe il carattere nossale col vantaggio ch’esso porta (deditio)”. Branca, Giuseppe, *Danno temuto, cit.*, núm. 60, pp. 282 y 283.

<sup>112</sup> Esta problemática es bastante didáctica e ilustrativa del funcionamiento del sistema. Cuando todos ignoraban el hecho del esclavo, se podía deducir contra cualquiera de los comuneros la *actio noxalis*; el demandado condenado luego podía repetir en contra de los otros por el porcentaje respectivo de la condena pagada o del valor del esclavo entregado. Si en cambio alguno o algunos conocían, y los demás no, sólo quedaban obligados al pago de la pena, sin derecho a ser demandados noxalmente, el o los comuneros que tuvieron conocimiento; y el demandado condenado podía exclusivamente repetir en contra de los que hubieren conocido. Véanse D.9.4.5 pr; D.9.4.9; D.9.4.17; D.9.4.8; D.9.4.9; D.4.4.10.

cias de algunas opiniones en orden a permitir ya en época clásica a la víctima optar entre accionar directamente en contra del *dominus* que conocía anticipadamente de la comisión del delito, no obstante lo cual no lo impidió, o accionar noxalmente a nombre del esclavo delincuente.<sup>113</sup> Ello ante la consideración del *dominus sciens* y el siervo delincuente como cómplices en el delito.<sup>114</sup>

Asimismo, es relevante destacar que si bien la hipótesis del esclavo que actúa con conocimiento de su amo ya estaba presente en las XII Tablas (se trata en el acápite siguiente, romano II, inciso 1), la concesión de la acción directa en contra del *dominus sciens* tuvo su origen en la interpretación de la *lex Aquilia*, y se extendía a otras figuras delictivas. Entre ellas precisamente en materia de *effusis vel deiectis* “D.9.3.3.1” y de *positis vel suspensis* “D.9.3.5.6”. De ahí que se le reconozca como principio general.<sup>115</sup>

## II. LA NOXALIDAD COMO UN INSTRUMENTO ESENCIALMENTE LIMITATIVO DE LA RESPONSABILIDAD

### 1. Origen legal y expansión del sistema noxal: limitación y no venganza privada

No es claro el origen y desarrollo del instituto de la noxalidad, principalmente por la falta de información a su respecto. Con base a las escasas noticias

---

<sup>113</sup> En D.9.4.2.1 Ulpiano cita a Celso como jurista que era de la opinión de negar la acción noxal, fundando su postura en la diferencia que habría existido entre la ley de las XII Tablas, que permitía dicha acción, y la ley Aquilia, bajo la cual la noxalidad se extinguía en su concepto. Según Celso, la *lex Aquilia* perdonaba al esclavo que sólo obedeció a su señor y que de no hacerlo habría sido muerto. Juliano en cambio era del parecer que serían procedentes la *actio aquiliae* y la *actio noxalis*, pues correspondería que respondan los dos, se gravaba al propietario consecuencialmente, lo que había sido seguido por Marcelo y que el mismo Ulpiano ratificaba.

<sup>114</sup> Tilli, Giuseppe, *Dominus sciens e servus agens*, Rassegna di diritto romano, Labeo, 23, 1977, p. 40. D.9.4.4.2 en este sentido.

<sup>115</sup> Se trata de una cuestión pacífica en la romanística. Incluso se ha hipotizado sobre su presencia en el texto mismo de la *lex Aquilia* (y no sólo aplicado vía interpretación). Acerca de este punto, Lenel, EP<sup>3</sup>, p. 199, nota núm. 5; Albanese, Bernardo, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, BIDR, núm. 70, 1967, pp. 127 y 170.

Sólo se debate respecto de la extensión. Pampaloni y Biondi abrieron los fuegos en la materia. El primero niega el carácter clásico de ella, la cual habría tenido origen bizantino (incluso atribuye con precisión a Triboniano), salvo en materia de *posito et suspensio*, de *albo corrupto* y algunas leyes particulares (ley *Cornelia de falsis* y ley *Fabia de plagiariis*). Pampaloni, Muzio, *Studi sopra il delitto di furto*, Turín, 1900, vol. II, pp. 20-22. En el mismo sentido Albanese, *Sulla responsabilità, cit.*, pp. 171 y 172. De acuerdo con esta posición Longo, Giannetto, *I quasi delicta*, Studi SanFilippo, vol. IV, 1983, p. 429.

Biondi sencillamente declaraba la postura precedente inadmisibles. Reafirmando su desarrollo jurisprudencial clásico, respondiendo a un principio fundamental. Biondi, *Le actiones noxales, cit.*, p. 345.

que se encuentran en las fuentes jurídicas, literarias e históricas supérstites, los autores han elaborado teorías con mayor o menor fundamento sobre el particular.

En general, la mayoría tiende a coincidir en que los inicios de la institución estuvieron ligados a la simple “vendetta” arcaica, pretendida por un ofendido perteneciente a un grupo humano, respecto de un ofensor, miembro de otro grupo. Así, de una venganza material directa, y a fin de evitar los conflictos que socialmente ello implicaba, se habría pasado a la formalización de un mecanismo, conforme el cual el ofendido tenía derecho a reclamar al jefe del grupo del ofensor el cuerpo de éste, el cual se le debía entregar.<sup>116</sup>

En síntesis, se explica que ya en la época arcaica, y en el marco de naturales negociaciones que debieron haber tenido lugar, se generó la posibilidad para el *paterfamilias* o *dominus* de evitar esta entrega, ofreciendo una composición voluntaria, la cual desde luego podía ser rechazada por el ofendido.<sup>117</sup> En algún momento, tal posibilidad se transformó en una facultad legal que no se podía rechazar. Al final de la República, se advertiría el cambio conceptual producido, pues la víctima, en vez de tener derecho a la persona del culpable, tenía ahora derecho a la pena, facultándose al *paterfamilias* o *dominus* para entregar al culpable (*noxae deditio*). Se configuraría así una obligación facultativa para el *paterfamilias*.<sup>118</sup> En el principado, la novedad de la evolución habría sido que en caso de haber tenido lugar la *noxae deditio*, el ofendido era obligado a liberar al *filius* o *servus* si había resarcido el daño mediante servicios equivalentes a la pena o ahorros realizados.<sup>119</sup>

Si bien se trata de una explicación razonable, no necesariamente es histórica.<sup>120</sup> No profundizo sobre la cuestión por no ser objeto en sí de este trabajo.

Lo que sí me interesa destacar, en lo que respecta a las noticias que de la ley de las XII Tablas nos han llegado, es que dicha explicación no se aviene con la realidad de la noxalidad en ella, pues ni siquiera aparece como una

---

<sup>116</sup> Un resumen de los principales estudios sobre el origen de la noxalidad (Girard, Biondi, De Visscher, Sargentí, Pugliese y Kaser) se puede ver en Gimenez-Candela, *El régimen pretorio*, cit.

<sup>117</sup> Marrone, *Istituzioni*, cit., p. 403.

<sup>118</sup> Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, 1990, núm. 123, p. 619; Marrone, “condemnatio alternativa”, *op. cit.*, p. 99, nota 89.

<sup>119</sup> De ello da noticia Coll.2.3 respecto de los hijos e I.4.8.3, conforme al cual Justiniano extendió el régimen a los esclavos.

<sup>120</sup> Véase nota 116.



institución de aplicación general a todas las figuras penales que la misma contemplaba, advirtiéndose a lo más una presencia excepcional.<sup>121</sup>

En efecto, por una parte, la ley decenviral contenía ya el delito de daño causado por animal en campo ajeno, con la alternativa de resarcir el perjuicio causado (T.8.6). Si se entendiera que la *actio de pauperie* efectivamente pertenecía al sistema noxal (véase en este capítulo, romano I, inciso 1), se podría interpretar la imposibilidad de la entrega del animal muerto (véase en este capítulo, romano I, inciso 6) como una manifestación de la presencia de la idea de venganza privada en la disposición decenviral, en cuanto a que sobre un animal en tales condiciones, la víctima no podría haber descargado su ira (aunque parece sin embargo más convincente que tal imposibilidad se fundaba en la inexistencia de un valor económico para la víctima la recepción de un animal muerto).

Por otra, respecto de la entrega del delincuente a la víctima como alternativa al pago de la condena, en cambio se puede afirmar que no existió una disposición que contemplara esta posibilidad respecto de ningún delito, y consecuentemente, tampoco la consagración de una herramienta catalizadora del ánimo de venganza.

Eventualmente algún atisbo de noxalidad se podría encontrar en materia de hurto. Sobre el particular, se debe tener presente que éste podía ser manifiesto y no manifiesto. Si el hurto resultaba manifiesto, y lo cometía un hombre libre, la citada ley ordenaba que fuera azotado y luego “entregado” a la persona a quien se robaba (T.8.14). Sin embargo, y a pesar de esta alusión a la entrega, en esta figura delictiva no hay efectiva aplicación de la institución noxal, puesto que al ser una responsabilidad “personal” del hombre libre (y no por el hecho de terceros), intervenía y aplicaba la pena la organización social (el Estado, en terminología moderna). Forzando la norma, se podría interpretar la misma diciendo que era un resabio de la venganza privada en un estado más evolucionado, en cuanto la “vendetta” ya no se le permitía al particular, sino que la misma se aplicaba a través del “poder público”.

Si se trataba de un hurto manifiesto de un esclavo impúber, debía ser azotado al arbitrio del pretor y reparar su dueño el daño cometido (T.8.14); si en cambio el esclavo era púber, se le azotaba y arrojaba a continuación desde la roca de Tarpeya (T.8.14). Como se advierte, el esclavo en ambos casos respondía también “personalmente”, demostrando “capacidad” para ser sujeto pasivo de la acción penal.

---

<sup>121</sup> Amunategui, *op. cit.*, p. 214. Branca, Giuseppe, “La struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli”, *Studi in onore E. Volterra*, Milán, Giuffrè, vol. I, 1971, p. 102.



Se excluye entonces toda posibilidad de relación con el sistema noxalidad y de la venganza que originalmente ella conllevaba, en estos dos tipos penales. Ello no obstante posteriormente el hurto cometido por el esclavo se ubicará dentro de los principales casos de acciones noxales.<sup>122</sup>

En cuanto al hurto no manifiesto, la pena consistía en una condena ascendente al doble del valor del objeto hurtado (T.8.16). Si era un hombre libre, sufría el delincuente detrimento patrimonial personal; si se trataba de un esclavo o bien de un miembro de la familia, sufría dicho detrimento el *dominus* o el *pater familias* respectivamente. Se ha sostenido que las acciones noxales se introdujeron justamente para limitar en este caso la responsabilidad del dueño o jefe de familia, sea para que no se vea expuesto al pago de la condena pecuniaria, sea para evitar, en caso de falta de dinero, que tuviera que responder de forma personal a través de la *manus iniectio*, con lo cual resultaría adjudicado el mismo al acreedor.<sup>123</sup> Como fuere, lo cierto es que las XII Tablas no contenían respecto a este delito una acción noxal y no se advierte la introducción de una herramienta destinada a la satisfacción de los instintos vengativos de la víctima.

Finalmente, cabe aludir a la reconstrucción de una supuesta disposición de las XII Tablas, tomando por base D.9.4.2.1 y otras fuentes relacionadas,<sup>124</sup> del siguiente tenor: “si un esclavo robe o causase algún otro daño *a sciendae de su amo*, éste puede darle en noxa por el daño causado”<sup>125</sup> (la hipótesis

<sup>122</sup> Las noticias recibidas de Gayo (G.3.189, ratificadas en Gell.11.18.7), nos informan que delitos como los de hurto e injuria fueron los que habrían dado lugar a las acciones noxales (G.4.75), con lo cual niega de forma implícita la introducción de éstas en la ley decenviral.

<sup>123</sup> Con lo cual en la práctica se habría llegado al mismo resultado que el hurto manifiesto cometido por hombre libre. Ortega Carrillo, *op. cit.*, p. 51; Amunategui, *op. cit.*, p. 224.

<sup>124</sup> D.44.7.56; D.47.6.5; D.50.16.238.3; G.4.75 y 76; Fest. p. 175.

<sup>125</sup> Antequera, José María, *Historia de la legislación romana*, 3a. ed., Madrid, 1874, p. 283, T. 12.a.

En el mismo sentido Girard, P. F. y Senn, E., reproduciendo D.9.4.2.1, “Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem XII tab. Nam in lege antiqua, si servus — *Sciende domino* — furtum fecit vel aliam noxam commissit — *Servi nomine actio est noxalis* — nec dominus non suo nomine tenetur. at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non serui. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare. Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino parvit, periturus si non fecisset. Sed si placeat, quod Iulianus scribit — “*si servus furtum fax<<s>>it noxiamve no[x]<<v>>it, etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici, etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio*”. *Les lois des Romains*, Nápoles, 1977, pp. 22-73 (t. XII, 2. a).

En cambio, otras reconstrucciones, “*si servus furtum faxit noxiamve no[x]it*”, Bruns, C. G., *Fontes iuris Romani antiqui*, I, Tübingen, 1909, pp. 15-40 (t. XII, 2. a.) y Riccobono, S., *Fontes iuris Romani antejustiniani*, Firenze, 1941, t. I, pp. 21-75; “*si servus furtum faxit noxiamve no<x>it, <<<noxiae datus esto.>>>*”, Crawford, (t. XII, 2), *Roman Statutes*, II, Londres, 1996, pp. 555-721, núm. 40 (t. XII, 2).

ya adelantada en este capítulo, romano I, inciso 8). Puede advertir de inmediato el lector, que este tipo penal que habría permitido la noxa del esclavo, implicaba un delito del propietario, el que podía ser demandado por haber sabido que un *servus* de su propiedad cometería un hurto o daño (aunque pareciera por las fuentes que éste originalmente no se comprendía),<sup>126</sup> no haciendo nada para impedir el hecho ilícito de su esclavo. Se accionaba en contra del propietario como cómplice al menos, que en derecho romano es igual a autor, y no en razón de la falta de capacidad del esclavo y con ocasión de un delito exclusivamente de éste. De hecho, en D.9.4.2.1 se considera al *dominus* como autor del delito, sin que exista diferencia en este punto entre la ley de las XII Tablas y la *lex Aquilia* según Celso, sino en la consideración del *servus* también delincuente en la primera y la exclusión de tal calidad en cambio en la segunda, lo que impedía su entrega en noxa bajo la aplicación de la ley aquiliana.

Respecto esta dudosa reconstrucción, no se puede tampoco afirmar que la *noxae deditio*, consagrada del modo señalado, haya formado ya parte del sistema de las acciones noxales. La acción del perjudicado era ejercida contra el *dominus sciens*, a fin que éste fuera sancionado por un delito “personal”. En la práctica, el *dominus sciens* podía pagar la condena en dinero, o bien pagaba “con la cosa a través de la cual cometió el delito”. Luego, o la entrega del esclavo se miraba como una sanción equivalente a la condena para dicho propietario, o bien como una forma de limitar la misma a la pérdida del esclavo. Por supuesto, la *noxae deditio* en caso alguno se veía en este caso como injusta para el *servus* objeto de ella, pues también era considerado culpable del delito (por algo Celso explica en D.9.4.2.1 que lo que la ley de las XII Tablas quiso era que los esclavos no obedecieran a sus dueños, pues de lo contrario se exponían a ser entregados en noxa). Desde esta perspectiva, y sin tener en cuenta la sospechosa reconstrucción, se podría pensar otra vez de forma forzada, en otro resabio de la noxalidad a efectos de conseguir la “vendetta” contra el esclavo por parte de la víctima del delito cometido materialmente por éste.

De esta manera, de la revisión de las disposiciones de la ley de las XII Tablas que las fuentes permiten conocer hasta la fecha, resulta bastante claro que la noxalidad no está presente en la fijación de los *decenviri*, o bien, mediante interpretaciones o explicaciones forzadas, se puede llegar a reco-

---

Véanse las reconstrucciones de Bruns, Riccobono, Crawford y Girard en <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/legroman.html>.

<sup>126</sup> Gayo en G.4.76 alude como fuente de la noxa en la acción por el hurto a la ley de las XII Tablas, y en D.44.7.56 se distingue expresamente la acción de la ley decenviral de aquella de la ley Aquilia, de la injuria y del hurto mismo (su regulación era diferente).

nocer en ciertos casos muy puntuales. Por lo mismo, si su origen histórico se enmarcó en la evolución de un sistema de composición privada, y con la finalidad de evitar la venganza privada, pareciera ser que este objeto ya en la ley decenviral ha prácticamente desaparecido. En las pocas conexiones que se pueden establecer entre ésta y la noxalidad, cuesta advertir que su objeto haya sido la “vendetta”.

Pareciera entonces que a la fecha de la entrada en vigencia de la ley decenviral, el sistema histórico de la venganza colectiva y privada estaba superado, quedando sólo algunos residuos del mismo. Las penas eran ya en dinero, ya corporales (incluyendo la pena capital). El paso siguiente, si se mantiene la misma lógica evolutiva histórica con que se trata de explicar la noxalidad, hubiera sido su eliminación total, y no su expansión (I.4.8 pr-1). Cuesta creer que el paso del tiempo significó una involución, retornando a un estadio anterior a la ley de las XII Tablas, generalizando nuevamente la venganza individual con amparo jurídico.

Por lo mismo, me parecen muy verosímiles las afirmaciones de Amunátegui, en cuanto a que “las acciones noxales nacen como una supervivencia de un sistema anterior (sistema histórico de noxalidad), tolerada de forma excepcional por los decenviros por la utilidad social que presentaba al limitar la responsabilidad pecuniaria del *pater*. Desde este punto, lo que era un caso excepcional, se expandió en épocas sucesivas a otras realidades por obra de la ley Aquilia y el pretor hasta desembocar en el sistema de acciones noxales que sobrevivió sólo para el esclavo hasta la época de Justiniano”.<sup>127</sup>

En otras palabras, la noxalidad no se conservó excepcionalmente al inicio y se expandió después en razón de la “vendetta” que significaba. Lo que motivó dicha expansión fue en realidad la circunstancia de que se advirtió que ella constituía un efectivo instrumento limitativo de la responsabilidad. No en vano De Visscher, al destacar como característica del sistema de las acciones noxales que el jefe de familia era obligado a pagar la composición, pero con la facultad de efectuar el abandono, afirma que “riservare questa facoltà d’abbandono al convenuto rispondeva a una vera necessità. Limitando la legge stessa le conseguenze sfavorevoli del delitto alla perdita del colpevole (G.4.5)”.<sup>128</sup> Por lo mismo, dicho sistema se encontraba establecido en interés y para beneficio del *dominus* y del *pater familias* y no como pena.<sup>129</sup>

<sup>127</sup> Amunátegui, *op. cit.*, p. 226.

<sup>128</sup> De Visscher, *Il sistema, cit.*, p. 65. Reconociendo también expresamente el carácter limitativo de la noxalidad, Voci, afirma que “c’era un modello antico di responsabilità limitata, quella nossale”, *Diligentia, cit.*, p. 115. En el mismo sentido, Serrao, Feliciano, “Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale”, *Forme giuridiche di un’economia-mondo*, Pacini editore, 1989, p. 169, nota 21.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 52. Branca, *Danno temuto, cit.*, núm. 61, p. 288.

Se suele destacar de los pueblos antiguos la creación de figuras delictivas o tipos penales que habrían importado “responsabilidad objetiva” (como la responsabilidad por el hecho ajeno vía noxal). En esta línea, el derecho romano pudo en su alboros haber desarrollado una “responsabilidad objetiva”; pero a su vez, también desde muy temprano, advirtió la necesidad de limitar dicha responsabilidad, lo cual hizo a través del “reciclaje” de un sistema igualmente histórico que ya estaba cada día más en desuso.<sup>130</sup>

2. *De la aestimatio rei al id quod interest: la evolución que deja al descubierto la función limitativa de la noxae deditio*

La venganza privada, como explicación de la *noxae deditio*, se basa en la consideración de ésta como un instrumento que permitía a la víctima de un delito, que le causaba perjuicio, tener al victimario, fuera éste un animal, un esclavo o un hijo de familia. Por su intermedio, el *dominus* le entregaba “el cuerpo” al causante del mal, para que pudiera disponer de él del modo que estimase más conveniente, a fin de aplacar su ira y satisfacer su sed de “vendetta”.

En cambio, la consideración de ella como un instrumento que persigue la limitación patrimonial de la responsabilidad del demandado, no pone su acento en la *noxae deditio* como entrega de “un cuerpo”, sino como consignación de una cosa que tiene “un valor” económico. De manera que, quien entrega, pierde este valor; quien recibe, lo gana. Si el demandado entonces no entrega a la víctima todo “el valor” de la condena gracias al sistema noxal, sino sólo un cuerpo con un valor inferior, el resultado limitativo de la noxalidad resulta evidente. Se produjo una contención del valor de la pérdida para el demandado, y una restricción del valor obtenido por el actor.

Mientras la condena para el demandado tuvo el carácter de pena (revistiendo entonces una finalidad sancionatoria), podrá resultar difuso que la *noxae deditio* haya sido entendida como un instrumento que limitaba de forma cuantitativa la responsabilidad. Sin embargo, en la medida que la naturaleza de la pena evolucionó hacia una finalidad reparatoria, la naturaleza limitativa de la noxa apareció más claramente.<sup>131</sup> De ahí que el proceso

<sup>130</sup> Con independencia de las posibles críticas a la construcción histórica que hace, tiene razón De Visscher cuando afirma precisamente que “lungli dallo scomparire nell’epoca classica, esso persisterà, al contrario, come base indistruttibile di questo regime, fino ai tempi di Giustiniano”. De Visscher, Fernand, “Il sistema romano della nossalità”, *IURA*, núm. 11, 1960, p. 38.

<sup>131</sup> Schipani piensa que desde su origen fue más un resarcimiento que una sanción, *Responsabilità, cit.*, p. 88. Con ello retrotrae también la función limitativa al comienzo.

evolutivo operado respecto de la acción aquiliana, en cuanto al criterio de la determinación del *damnum* sufrido, permite ratificar lo expresado.

En efecto, como se dijo en el capítulo primero, inciso 2, la *actio legis Aquiliae* constituye el origen de acción civil indemnizatoria extracontractual moderna. La *lex Aquilia* ordenaba en su capítulo primero (D.9.2.2 pr.) condenar a quien hubiere matado con injuria al esclavo o a la esclava ajenos, a un cuadrúpedo, o a una res, a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo aquel año (*quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto*). En el tercer capítulo en cambio (D.9.2.27.5), respecto a las demás cosas, porque hubiere quemado, quebrado, o roto con injuria, a pagar al dueño tanto cuanto valieran en los treinta días próximos (*quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*). De esta manera, el criterio para la determinación del daño sufrido por la víctima, era “el precio mayor en el último año” en el primer caso; y “el valor en los treinta días próximos”, en el segundo. En ambos capítulos, la fijación por parte del juez de la condena o pena a pagar por el demandado, estaba fundada en una *aestimatio rei*, en la forma establecida por la ley.

La evolución del criterio de la determinación del *damnum*, es el paso de dicha *aestimatio rei* a la consideración del *id quod interest*,<sup>132</sup> es decir, del simple valor de mercado del cuerpo dañado, al valor del interés económico para la víctima que no se produjera el evento perjudicial (deterioro o destrucción del bien respectivo), incluyendo la posibilidad de evitar un gasto o de adquirir una ventaja patrimonial (daño emergente o lucro cesante). Por tanto, desde el pago de una pena, al pago de una indemnización del efectivo perjuicio sufrido por la víctima. En el caso de las acciones noxales, sería desde el pago de una pena, consistente en la entrega de una cantidad de dinero o del cuadrúpedo, siervo o *filius familias* autor del daño, al pago de una indemnización limitada al valor de éstos. Mas, no hay que esperar el fin del proceso evolutivo del criterio de la determinación del daño para apreciar la naturaleza limitativa de la *noxae deditio*, pues ella consta en varios pasajes de las fuentes, en una etapa intermedia entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest*, como es la fase del denominado por Valditara, el “precio formal”. En esta línea, de especial relevancia en la materia son los textos de D.9.2.37.1 y D.35.2.63 pr., cuya situación describo a continuación en forma breve, para la mejor ilustración de la cuestión.

<sup>132</sup> La expresión es tomada de D.9.2.21.2: “*eius quod interest*” (“aquello que es el interés”, siendo “id” el nominativo y “eius” el genitivo, ambos singular neutro, del pronombre “is”). Sobre la evolución, véase la completa obra dedicada a esta evolución de Valditara, Giuseppe, *Superamento dell’aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milán, Giuffrè, 1992, principalmente capítulos I y II.

A. D.9.2.37.1: “*Si quadrupes, cuius nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est, et cum eo lege aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam eius, in quo de pauperie actio est, referri debet; et tanti damnandus est is, qui occidit, iudicio legis Aquiliae, quanti actoris interest noxae potius deditione defungi, quam litis aestimatione*”.<sup>133</sup>

Se trata de un fragmento de Javoleno, que relata claramente los hechos que motivan la duda sobre la cual se pronuncia el juriconsulto. Un cuadrúpedo ha causado daño, lo que genera la responsabilidad de su “actual propietario” para con la víctima, por los hechos de su animal. El *iudicium* en que el afectado deduzca la *actio de pauperie*, terminará con una condena que estime el precio, pudiendo el demandado eludir su pago mediante la entrega en noxa del cuadrúpedo a la víctima. Sin embargo, esto último no es posible, porque un tercero priva al actual propietario y condenado de tal posibilidad, al darle muerte al animal. Como consecuencia de ello, el *dominus* se ve obligado a pagar la *litis condemnatio*, lo que implica un perjuicio patrimonial superior al valor del animal (que igualmente habría perdido) si hubiera podido optar por la *noxae deditio*.

La duda surgida de estos acontecimientos estriba en que si al *dominus*, luego de pagar íntegramente la condena (por ejemplo 1000), y que decide deducir la acción aquiliana en contra del tercero que mató a su animal, debiera en este segundo juicio pagar sólo el valor del cuadrúpedo que mató el demandado (por ejemplo 800), o si además, se le debía resarcir la pérdida de la opción de entregar en noxa al animal, equivalente a la diferencia entre el precio del animal y el valor fijado en la *litiscondemnatio* del juicio de pauperie (o sea, 200, siguiendo con los ejemplos dados). A la cuestión, Javoleno respondió según la última parte del fragmento transcrito: “el que lo mató ha de ser condenado por la acción de la ley Aquilia en tanto cuanto interesa al actor poder entregarlo por noxa, más bien que pagar la estimación del litigio”.

De acuerdo a lo anterior, me parece que no podrían existir dudas que estamos frente a un antecedente claro respecto a la consideración de los juristas en el siglo I d. C. del efecto limitativo de la responsabilidad del propietario actual que la noxa producía en el ámbito de la *actio de pauperie*. Y por

---

<sup>133</sup> “Si el cuadrúpedo, por razón del que hubiera causado un daño, fue muerto por otro, y contra éste se ejercita la acción de la ley Aquilia, la estimación no se debe referir al cuerpo del cuadrúpedo, sino a la causa de aquello por lo que hay la acción para la petición del daño; y el que lo mató ha de ser condenado por la acción de la ley Aquilia en tanto cuanto interesa al actor poder entregarlo por noxa, más bien que pagar la estimación del litigio”.

el contrario, la nula consideración de que se trate de una herramienta que permitiera la venganza de la víctima sobre el animal.

En efecto, la discusión se desarrolla en términos de valores patrimoniales: ¿*en cuánto* ha disminuido efectivamente el valor del patrimonio del *dominus*, producto de la muerte del animal a manos de un tercero, y que imposibilitó la dación en noxa en un juicio de pauperie seguido en su contra?

Hay que notar que de haber podido recurrir a la *noxā deditio*, habría perdido de todas maneras el animal, por lo que la salida del valor de éste desde su patrimonio (800), no es un daño causado por el tercero que amerite obligarlo a su reparación. El perjuicio que le produjo éste al propietario del animal fue sólo la diferencia entre el precio del animal y la condena pagada a la víctima de los daños causados por el cuadrúpedo (200). Este suplemento, por sobre el valor del animal, es su efectivo “interés”. Es ésta la pérdida real sufrida por no haber podido limitar, cuantitativamente, el detrimento económico que la condena judicial le significó, conforme el precio de mercado del animal.

El carácter limitativo de la responsabilidad de la noxa del animal para el propietario actual de que da cuenta el pasaje, no se ve modificado en ningún caso por las alteraciones que pudo haber sufrido por los compiladores para “actualizarlo”, de manera que reflejara el principio adoptado por Justiniano.

En efecto, el pasaje, en los términos descritos, parece consagrar ya el principio del *id quod interest*, conforme al cual, reitero, el *dominus* del cuadrúpedo sólo habría tenido derecho a reclamarle al tercero el suplemento. Empero, a decir de Valditara, originalmente el texto javoleniano aludía en cambio sólo al “precio formal”,<sup>134</sup> el que se traducía en términos simples en la suma del precio del animal más el suplemento (800 + 200). El pasaje entonces habría debido contener de origen las palabras “solamente” y “también”, de modo de expresar que “la estimación no *solamente* se debe referir al cuerpo del cuadrúpedo, sino *también* a la causa de aquello por lo que hay acción para la petición del daño”.<sup>135</sup>

Si Javoleno, en su época, quiso en realidad expresar que la obligación del demandado era pagar el “precio formal” en vez del “interés” para el *do-*

<sup>134</sup> “Formal” porque aparentemente respetaba las palabras de la lex Aquilia, pero conllevaba ya la consideración del interés de la víctima. El pasaje de D.9.2.37.1 en comentario (junto a D.9.2.23.2), sería uno de los ejemplos significativos del método interpretativo “intermedio” (entre *rei aestimatio* e *id quod interest*). Valditara, *Superamento*, cit., pp. 177 y 198.

<sup>135</sup> “... *aestimatio non < solum > ad corpus quadrupedis, sed < etiam > ad causam eius, in quo de pauperie actio est, referri debet*”. Valditara, *Superamento*, cit., p. 99. En cuanto a las motivaciones que habrían llevado a la intervención del texto, véanse las pp. 100 y 101.



*minus* demandante, lo que simplemente cambiaba era el resultado para éste, en términos más favorables (en vez de 200, habría recibido los 1000 pagados por concepto de condena). Pero *no* modifica la constatación que al siglo I d. C. la jurisprudencia consideraba como “pérdida patrimonial” el suplemento que debió pagar el propietario actual del cuadrúpedo frente a una condena por daños causados por éste, ante la imposibilidad de entregarlo en noxa, producto de la muerte del animal a manos de un tercero. En otras palabras, no altera la conclusión que los juristas, al tiempo señalado, veían en la *noxae deditio* del animal una contención de la disminución patrimonial que el cuadrúpedo producía a su *dominus* como efecto de los daños que causaba.

Ratifica y complementa lo expresado Ulpiano en D.9.1.1.16,<sup>136</sup> pues ante la misma hipótesis (imposibilidad de ejercicio de la alternativa de entregar en noxa al animal por haber sido éste asesinado por un tercero), este fragmento da cuenta de una solución distinta, pero destinada a la contención de la pérdida patrimonial para el propietario actual demandado: la posibilidad para éste de ceder al actor la acción aquiliana de cuya titularidad gozaba para que se pudiera dirigir contra el tercero que dio muerte al animal, en vez de pagar la *litis aestimatio*.

El hecho básico radica en la existencia de una suma de dinero a la cual fue condenado el propietario actual en favor de la víctima de los daños que un cuadrúpedo irrogó a ésta. Frente a dicha condena, entran en juego el interés del demandante de ver satisfecho su crédito mediante el cumplimiento de la condena, y el interés del demandado de lograr el menor perjuicio patrimonial derivado de dicha condena, la que tiene su causa en un hecho del animal y no en un hecho propio. Incluso, respecto a esto último, pudiendo no haber sido el propietario del animal al momento del daño. La injusticia es patente.

El pasaje de D.9.1.1.16 entrega entonces una alternativa de solución al conflicto, cuando los referidos intereses coinciden. Efectivamente, sería extraño que el demandante estuviera dispuesto a aceptar la cesión de la acción aquiliana en contra del tercero, teniendo la necesidad de iniciar otro proceso a fin de obtener una nueva condena, teniendo ya una sentencia a su favor. Lo lógico habría sido el rechazo de la cesión y el cobro de la *litis*

---

<sup>136</sup> *Si post litem contestatam ab alio sit animal occisum, quia domino legis aquiliae actio competit, ratio in iudicio habebitur legis aquiliae, quia dominus noxae dedendae facultatem amiserit: ergo ex iudicio proposito litis aestimationem offeret, nisi paratus fuerit actionem mandare adversus eum qui occidit.* “Si el animal hubiera sido muerto por otra persona después de contestada la demanda, como quiera que compete al dueño la acción de la ley Aquilia, en el juicio se tendrá cuenta de la ley Aquilia, porque el dueño habrá perdido la facultad de entregar por noxa. Así, pues, por el juicio entablado ofrecerá la estimación del litigio, a no ser que estuviere dispuesto a ceder la acción contra el que mató”.



*condemnatio*. Todo ello salvo que el propietario condenado no tuviera bienes o éstos no fueran suficientes para el pago de la correspondiente suma. La cesión lo favorecería, pues le permitiría obtener la reparación, que en la práctica no lograría, o sólo parcialmente.

Por otra parte, para el propietario condenado, si el animal hubiese valido más que la *litis condemnatio*, obviamente habría preferido su pago y perseguir el pago del precio del animal muerto respecto del tercero. Pero si el cuadrúpedo por el contrario hubiera tenido menos valor, habría preferido entregar al animal en noxa y limitar hasta el precio de este último la pérdida patrimonial sufrida.

De esta manera, el interés del demandante frente a la falta de bienes, y el interés del propietario frente a la posibilidad de limitar su pérdida al precio del animal que de todas maneras ya perdió, coinciden, haciendo posible que surja una nueva posibilidad: que el propietario condenado ceda a la víctima demandante su acción contra el tercero.

En todo caso, a pesar de la coincidencia de intereses, y que tendría que haber existido voluntad del cesionario, la posibilidad de la cesión de la *actio aquiliana* se establecía principalmente en favor del interés del actual propietario.<sup>137</sup> Es éste quien tenía la facultad de ofrecer la alternativa y quien nombraba al cesionario como *procurator in rem suam* según el texto ulpiano de D.9.1.1.16 (dice *actionem mandare*). Es decir, como su representante procesal en el juicio aquiliano contra el tercero, se radicaba en el patrimonio de dicho representante la condena que se obtuviera.<sup>138</sup>

Así, la posibilidad entregada al propietario de ceder su acción contra el tercero que mató al animal que debió entregar en noxa, después de la *litis contestatio*, constituye una hipótesis que confirma el cambio conceptual operado en época clásica. El propietario, ante la muerte del animal, habría quedado obligado sólo al pago de la *litis aestimatio*. Empero, la circunstancia que la posibilidad de *noxae deditio* fuese cancelada por la conducta culpable de un tercero, da pie a la jurisprudencia para otorgar al propietario una nueva alternativa para lograr efectivamente la limitación cuantitativa de

<sup>137</sup> En este sentido, Valditara, *Superamento, cit.*, p. 83. Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 204.

<sup>138</sup> En derecho romano la cesión de créditos propiamente tal no existió, lográndose indirectamente el efecto de la cesión mediante el mecanismo procesal del nombramiento de un *procurator in rem suam*. Por ello, al decir D.9.1.1.16 *actionem mandare*, las traducciones tanto de García del Corral como de d'Ors coinciden en que la facultad del actor era "ceder la acción". Mientras Schipani, más apegado a la letra, traduce como otorgamiento de "mandato di esercitare l'azione". d'Ors, Alvaro y otros, *El digesto de Justiniano*, versión castellana, Aranzadi, Pamplona, 1968 y Schipani, Sandro (a cura), *Iustiniani augusti digesta seu pandectae*, testo e traduzione, Giuffrè, Milán, 2005. Sobre el *procurator in rem suam*, véase Burdese, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, 5a. ed., Turín, 1998, núm. 641, p. 544.

su responsabilidad al valor del cuadrúpedo: cesión de su *actio legis aquiliae* a la víctima del daño. Por lo demás, ésta en nada se veía perjudicada, pues originalmente recibiría el animal en noxa, y luego de la cesión, el valor de dicho animal.

B. D.35.2.63.pr: *Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. Nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. Sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec exspectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur. Eadem causa est eius servi, qui noxam nocuit; nec enim delinquendo quisque pretiosior fit. sed nec heredem post mortem testatoris institutum servum tanto pluris esse, quo pluris venire potest, pedius scribit...*<sup>139</sup>

Si bien corresponde a un texto de Paulo perteneciente según el epígrafe del fragmento a su obra “Comentarios a la *lex Iulia et Papia*”, por su contenido, habría estado referido originalmente al debate sobre la interpretación de la disposición *quanti ad res plurimi fuit* del capítulo I de la *lex Aquilia* (D.9.2.2).<sup>140</sup>

En este contexto, opinaba el jurista que “los precios de las cosas se establecen no por el afecto, ni por la utilidad de cada una de ellas, sino por la estimación común”. Cita como se advierte varios ejemplos a fin de ilustrar la regla que defiende (por ejemplo, el afecto de un padre no aumenta el valor del hijo, de modo que el poseedor de un hijo natural no goza del valor en que eventualmente lo compraría si un tercero entrase en posesión de dicho hijo). El tercer ejemplo del texto pauliano resulta relevante para los efectos que trato: “la misma es la condición del esclavo que causó algún daño; porque nadie se hace de más precio delinquiendo”.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> “Los precios de las cosas se establecen no por el afecto, ni por la utilidad de cada una de ellas, sino por la estimación. Porque el que posee un hijo natural no es tanto más rico porque lo hubiese de comprar en muchísimo más si otro lo poseyera; y el que posee un hijo ajeno tampoco tiene aquella cantidad en que lo pueda vender a su padre, ni se ha de esperar a que lo venda; sino que se estima de presente, no por la cantidad que el hijo de determinada persona, sino por la que un esclavo. *La misma es la condición del esclavo que causó algún daño; porque nadie se hace de más precio delinquiendo.* Pero escribe Pedio, que tampoco el esclavo instituido heredero después de la muerte del testador es de más valor, porque puede ser vendido en más...”.

<sup>140</sup> Valditara, *Superamento*, cit., p. 39.

<sup>141</sup> Incluso, el hecho que no tenga relación el caso con el contenido de la *lex Iulia et Papia*, ha llevado a la romanística, entre otras razones, a su atribución a Sesto Pedio, no obstante éste sólo es citado a continuación del ejemplo. Valditara, *Ibidem*, p. 38.

La razón por la cual se agrega este ejemplo de la regla enunciada por Paulo para su mejor ilustración, radica en la circunstancia que el sujeto responsable por el hecho delictual del *servus* era el *dominus*. Luego, éste podía a su vez, frente a una eventual condena, entregar al esclavo en *noxae*, a fin de librarse de pagar la *litis aestimatio*. De este modo, si un tercero daba muerte o ejecutaba alguna otra acción que significara la pérdida del esclavo para su dueño, éste quedaba imposibilitado de efectuar la *noxae deditio* del primero, viéndose obligado a pagar la suma por la cual se le condenó. Si el *dominus*, a continuación, demandaba al tercero por la muerte de su esclavo, ¿podía solicitarle que le pagara como daño el valor de la *litis condemnatio* cancelada en el juicio anterior, dado que habría sido el perjuicio patrimonial final sufrido por el *dominus* al no poder entregar el esclavo muerto en noxa, o sólo podía exigir el valor comercial del esclavo?

En cuanto a la problemática que nos ocupa, está implícito en el texto que la condena que debió pagar el *dominus* en un primer juicio a causa de un hecho dañoso de su esclavo, era mayor que el valor de mercado que éste tenía. Luego, el debate está centrado en si se debe o no pagar como daño al *dominus* en el segundo juicio, la diferencia entre el valor de la *litis condemnatio* (por ejemplo 1000) que pagó en el primer juicio y el valor del *servus* asesinado (por ejemplo 800), muerte que es la causa del segundo litigio en contra de quien lo asesinó.

La duda deriva de la circunstancia que el asesinato del *servus* significó la pérdida de una posibilidad cierta para su propietario de entregarlo en noxa en el primer juicio, de modo que el daño no sólo estaría constituido por la disminución del patrimonio en una cantidad idéntica al valor del esclavo, sino que adicionalmente con el mayor desembolso (y disminución del patrimonio correspondiente) que el pago de la condena en el primer juicio importaron para dicho *dominus*.

En otras palabras, el problema es idéntico al contenido en D.9.2.37.1, y que fuera tratado en la letra anterior. La única diferencia está en la “cosa” que causó el daño. Mientras D.9.2.37.1 decía relación con la responsabilidad del dueño actual por el hecho dañoso de un cuadrúpedo, el texto que tratamos se refiere a la responsabilidad del dueño actual por el hecho de un esclavo.

Se desprende de D.35.2.63 pr. que aparentemente la opinión mayoritaria de la época entendía que la condena del asesino del esclavo debía ascender a una suma igual a la del primer juicio, esto es, el precio del esclavo más el suplemento que en el juicio noxal debió pagar el *dominus* (siguiendo con el ejemplo,  $800 + 200 = 1000$ ). Paulo (o más bien Sesto Pedio), expresaba un parecer contrario, negando simplemente la adición: el *servus* no se hace *pretiosior*, esto es, no puede aumentar su *precio* común por el hecho de delinquir. De ahí que sólo se debiese pagar su valor de mercado (800).

Claramente este pasaje y la discusión jurisprudencial que contiene, deja de manifiesto que desde el punto de vista de la evolución conceptual del daño, se está aún a mitad de camino, no arribando aún al *id quod interest*, que habría significado el pago sólo del exceso que debió pagar en el juicio noxal el propietario (esto es, 200 en el ejemplo), habida cuenta que igual el propietario, de haber entregado en noxa al esclavo, lo habría perdido, así como su precio.<sup>142</sup> Sólo el suplemento debería haber sido objeto de indemnización, pues ese habría sido el único interés en juego.

Sin embargo, lo anterior no tiene incidencia en definitiva en la cuestión de fondo que interesa, como tampoco lo tiene la opinión particular del autor del texto. En efecto, con independencia de la disputa jurisprudencial y de la solución en el fragmento, es evidente que el caso citado en D.35.2.63 pr. da cuenta de un entendimiento básico y común por parte de la *iurisprudencia*: la noxa del esclavo constituía una limitación cuantitativa a la responsabilidad del *dominus* por los hechos delictivos del *servus*. La *noxae deditio* del esclavo, permitía a su dueño limitar el valor del detrimento patrimonial sufrido en razón de la responsabilidad atribuida al propietario por los hechos dañosos de sus siervos. Es ésta precisamente la razón de la disputa: la disminución del detrimento patrimonial que se habría conseguido con la *noxae deditio* (¿debía o no ser pagada en el segundo juicio?) y que el tercero impidió.

*En síntesis*, D.35.2.63 pr. y D.9.2.37.1 son claros ejemplos de que “ben presto... la giurisprudenza si impegnò perché non si attribuisse all’*id* del primo capitolo il significato di una limitazione del danno da considerare al puro valore della cosa”, añadiendo entonces a éste, el valor de la explotación económica del respectivo *corpus*, así como también la “utilità che ad esso si collegassero direttamente”.<sup>143</sup> Es decir, más que al precio de la cosa, se estaba al valor de la *utilitas domini*, a todas las ventajas que la cosa representaba para los propietarios, analizada en su conjunto.<sup>144</sup>

Y precisamente, la utilidad particular vinculada a los animales y a los esclavos; y por tanto común a ambas cosas, era la posibilidad para el propietario de entregarlos en noxa, a fin de contener los efectos económicos negativos sobre su patrimonio, derivados de una condena en un juicio seguido en su contra por un delito no ejecutado por su persona. Por lo mismo, se reconocía el carácter limitativo de la responsabilidad desde un punto de vista cuantitativo.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>143</sup> Corbino, Alessandro, *Il danno qualificato e la lex aquilia*, Padua, Cedam, 2008, pp. 186 y 187.

<sup>144</sup> Valditara, *Superamento*, *cit.*, pp. 287 y 289.

En este sentido, se debe destacar la circunstancia que la discusión entre los jurisprudentes fuese acerca del “valor” y la pérdida de éste para el *dominus*: al “valor” del esclavo o animal, para efectos de la segunda condena, se debe o no agregar el “valor” adicional que el *dominus* debió pagar en la primera condena. Los términos de la discusión son en lenguaje de “valor”. La discusión por el contrario, no decía relación con la posibilidad para la víctima de ejercer la vendetta contra el animal o esclavo delincuente en caso que le hubiese sido dado en noxa, y por tanto sobre la responsabilidad personal del agente dañoso.

Sobre el particular, hago presente que las fuentes dejan entrever que había plena conciencia entre los juristas de la cuestión de los “valores” en juego: el valor económico que significaba pagar la pena y el valor económico limitado con la entrega del esclavo. En efecto, es en Paulo (clásico tardío) en quien se encuentra especialmente explícito el punto. En D.9.4.17 pr. afirmaba que es injusto que quede libre el *dominus sciens* por la entrega de “un hombre de ínfimo valor”, reconociendo que la víctima no recibió el “valor” de la condena, sino uno mucho menor. En términos actuales, Paulo demuestra tener conciencia que, desde un punto de vista cuantitativo, no se había indemnizado el daño íntegramente; incluso, había recibido un pago bajo, limitado al valor del esclavo.

La prueba de que no se trató de una frase aislada, sino efectivamente de un concepto maduro, se encuentra en los textos paulianos de D.9.4.17pr. y D.9.4.31. En ambos, en lo sustancial, se consagra la idea que frente al pago de penas posteriores a que diera lugar el delito en favor de la víctima, se debía computar “*el precio del esclavo* entregado por el daño”. Es claro entonces que no se estaba considerando el esclavo como simple cuerpo respecto del cual la víctima podía ejercer su “vendetta”, ni tampoco se le estaba valorando como cuerpo humano propiamente tal. La referencia al valor decía relación con las competencias o habilidades que poseía el esclavo, y que determinaban su mayor o menor valor comercial: a mayor utilidad, mayor valor; a menor utilidad, menor valor. Luego, este valor, se debía rebajar del monto de las futuras penas fijadas en relación al delito cometido.

### 3. *La calificación de mixta de la actio legis Aquiliae derivada del carácter limitativo de la noxalidad*

La relevancia histórico-jurídica de la *actio legis Aquiliae* radica en términos simples y sintéticos en su evolución, esto es, desde su introducción como acción penal, hasta la completa asunción del carácter indemnizatorio o rei-

persecutorio de la misma. El punto de inicio y el punto de término de la historia son conocidos. Sin embargo, resulta interesante hacer un alto, en vistas a este trabajo, en un momento intermedio del camino evolutivo seguido por esta acción, correspondiente a su calificación de “mixta”.

El pasaje I.4.6.16 informa de la distinción entre acciones reipersecutorias, penales y mixtas. Entre éstas, I.4.6.19 califica de tal a la acción de la *lex Aquilia*. Esta calificación de la *actio legis Aquiliae* tiene a su vez como fuente las *Institutiones* de Gayo (Gai.4.6 y 4.9).<sup>145</sup>

En términos simples, que la acción en comento fuese mixta llevaba a que la *summa condemnationis* que el demandado vencido debía pagar al actor, estaba compuesta en parte por una cantidad de dinero concedida a título de indemnización, y en parte por una cantidad concedida a título de pena. En el ejemplo que las propias *Institutiones* de Justiniano da en I.4.6.19, la condena fijada por orden de la *Lex Aquilia* igual al mayor valor que habría alcanzado un *servus* en perfectas condiciones el último año, al que se le da muerte sin embargo cuanto está cojo o tuerto, sería reipersecutoria en cuanto al valor del esclavo al momento de ser asesinado, y penal en cuanto a la diferencia entre este último valor y el mayor valor fijado en la sentencia.

La doctrina está de acuerdo en que la calificación de mixta obedece simplemente a un error de Gayo. En efecto, el ejemplo que este jurista da, es el de la *litis crescentia*, derivada de la *infiliatio*: el demandado debe pagar el doble cuando niega la demanda y resulta vencido. Se trata de una duplicación del monto a pagar producto de un aumento de la condena a título de pena o sanción procesal. El derecho justinianeo habría perseverado en el error, creando además la categoría de acciones mixtas.<sup>146</sup>

Aclarado que la calificación de mixta fue un equívoco, cabe la duda entonces si en definitiva la acción aquiliana en derecho justinianeo era penal, o bien tenía una naturaleza reipersecutoria. Al respecto, si el criterio fundante de la clasificación es la función que desempeñaba la acción, se debía concluir que se trataba de una acción reipersecutoria. El daño no era el presupuesto de la acción a fin de obtener el pago de una pena como castigo, sino el objeto mismo de la acción. El texto de I.4.6.19 de forma expresa dice que es mixta si se reclama por el doble (siguiendo el ejemplo de Gayo) como asimismo “a veces” cuando se reclama por el simple (colocando el ejemplo citado del esclavo cojo o tuerto asesinado). Luego, lo normal (sin perjuicio

---

<sup>145</sup> “Por último, perseguimos á la vez la cosa y la pena en aquellos casos, por ejemplo, en que procedemos por el duplo contra la parte que niega, como acontece en las acciones llamadas de lo juzgado (*judicati*), de lo gastado (*depensi*), de daño causado contra derecho (*damni injuriae*) y de cosas legadas por condenación de un modo determinado”.

<sup>146</sup> Guzmán, t. I, p. 182 y t. II, p. 236; Valditara, *Superamento*, cit., p. 193.

de las excepciones que procedían “a veces”) habría sido que fuera reipersecutoria o resarcitoria.<sup>147</sup>

Entonces, se estaría en presencia de una acción de naturaleza reipersecutoria que curiosamente mantenía a la época de Justiniano las características de las acciones penales. En efecto, a la *actio legis Aquiliae* eran aplicables aún en derecho justiniano la noxalidad, la intransmisibilidad pasiva y la acumulación de las penas en caso de dos o más participantes condenados.<sup>148</sup> Esta situación lleva a que en la práctica, la acción igualmente asumía un carácter mixto, no en cuanto a su función claro está, pero sí en cuanto a sus “efectos”. La acción, a dicha altura de la evolución, tenía por objeto exclusivo la obtención de la reparación del *id quod interest*. En ello no hay dudas. Empero, tampoco las hay en que los juristas, a pesar de lo anterior, la siguieran considerando como una acción penal.

Esta suerte de contradicción, de estar frente a una acción reipersecutoria “penal”, es un contrasentido real, pero aceptado por razones prácticas. Se debe principalmente a la necesidad de mantener vigente la noxalidad. Ésta, como se ha dicho en las páginas anteriores, constituía el instrumento que permitía limitar el monto del resarcimiento; era la herramienta a través de la cual se introducía un tope a la suma que el demandado condenado debía reintegrar al patrimonio del actor. Si se eliminaba el carácter penal de la acción, se eliminaba la noxalidad; eliminada ésta, se acababa el límite cuantitativo a la responsabilidad por el hecho de los *servi*. Con justa razón, y en este contexto, afirma Serrao, que la posibilidad para los patrones de liberar responsabilidad consignando en noxa el esclavo autor del hecho constituyó un freno al proceso de transformación de las acciones penales, en reipersecutorias que importaban responsabilidad civil.<sup>149</sup> Estoy plenamente de acuerdo con el autor italiano. Aquí están los motivos por los cuales no hubo un cambio “formal” o aparente del concepto de pena por el de indemnización en Justiniano, aunque en la práctica consistiera en una reparación pecuniaria. Hablar de indemnización importaba deteriorar el principio de la responsabilidad personal y hacer caer la *noxae deditio* del esclavo; si desaparecía la facultad alternativa de entregar en noxa, desaparecía conjuntamente la limitación de la responsabilidad. Precisamente la evolución histórica demuestra que ello necesariamente así sería.

De esta manera, el carácter penal justiniano no sólo se apoyaba en la “rama seca” que constituía el *plurimi* establecido en la Lex Aquilia, y que

<sup>147</sup> Valditara, *Superamento*, cit., p. 193.

<sup>148</sup> Así reconoce Valditara, *Damnum cit.*, p. 79; *Superamento*, cit., p. 185.

<sup>149</sup> Serrao, *Impresa*, cit., p. 336.



se podría entender de I.4.3.9.<sup>150</sup> Puesto que los mismos juristas fundaban en I.4.8.2 la *noxae deditio* del *servus*: era muy injusto o inequitativo que la maldad de los esclavos gravara a los dueños en “más” que en sus cuerpos. Se demuestra con ello la nula intención por acabar con esta herramienta. Así como existía plena conciencia del “interés” y su “valor” conforme lo explicado en el número precedente, también se debe reconocer la conciencia existente de los efectos limitativos cuantitativos que la noxalidad importaba para el condenado.

#### 4. Actitud limitadora a partir de la noxalidad en situaciones de “pluralidades”

La actitud limitadora de la responsabilidad se advierte también, confirmando lo ya dicho, en varias hipótesis particulares de conflictos que se les presentaron a los juristas romanos. Ello queda especialmente en evidencia a propósito de las “pluralidades”.

En caso de pluralidad de daños causados por el esclavo, podía ocurrir que la víctima los demandara todos ellos de una vez, o bien sucesivamente. En el primer caso es claro que la *noxae deditio* del esclavo extinguía la responsabilidad referida a todos los daños demandados. En el segundo caso, se producía el mismo efecto a pesar de ser juicios distintos en que se exigían daños también diversos. La razón jurídica se encontraba en que la propiedad del *servus* ahora estaba radicada en la víctima, por lo que una acción noxal se tendría que haber deducido contra sí mismo, lo que de forma evidente era imposible (D.9.4.20). Y contra el ex dueño, por los delitos cometidos por el ex *servus*, no era posible acción alguna. La noxa por tanto, respecto al propietario original, constituía una importante limitación a la atribución de responsabilidad por su calidad de tal.

Si la pluralidad era de sujetos activos, que demandaban al *dominus* cada uno por daños que les hubiere causado el *esclavo* (o el *filius*), la jurisprudencia estuvo de acuerdo en que dado en noxa el *servus* a uno de los actores, el condenado “no tiene necesidad, puesto que no puede entregarlo a todos, de ofrecer la estimación del litigio a aquellos a quienes no lo puede entregar” (D.9.4.14). Así, el primero que llegaba a sentencia se quedaba con el esclavo, si el demandado optaba por la *noxae deditio*, limitando hasta el valor de aquél su responsabilidad. Respecto a los otros, quedaba liberado de ésta, pues se les denegaba la acción en razón de cosa juzgada, de manera que en definitiva, la cuantía de la indemnización por los daños del esclavo ascendía sólo al valor de éste. Estamos en presencia de una suerte de abandono del

<sup>150</sup> Valditara, *Damnum*, cit., p. 79.



bien causante de los perjuicios a los acreedores, pero caracterizada por la asignación de aquél a una sola de las víctimas.

En el caso del *dominus sciens* al permitir el ejercicio de la acción directa por el delito en su contra (visto en este capítulo en romano I, inciso 8), como asimismo la acción noxal al considerarse coautores al amo y a su dependiente, la víctima resultaba titular de dos acciones por el mismo hecho, lo que podía llevar a dos condenas. Mas, esto no redundó en la obtención de dos penas para el actor. A éste se le permitió ciertamente el ejercicio de dos acciones pero se le obligó a elegir una de las penas, de manera que elegida una, se extinguía la otra (D.9.4.4.2). Esto implicaba el rechazo por parte de los juristas a la acumulación de penas en la materia, y consecuencialmente limitar por esta vía la responsabilidad del *dominus* (y del *paterfamilias* en general).

Podía ocurrir asimismo que el esclavo tuviera dos dueños (o más eventualmente), y que uno hubiese ignorado que el primero cometería un delito y el otro tuviera conocimiento de ello. La hipótesis presentaba la particularidad que contra el dueño ignorante sólo tendría la víctima acción noxal, mientras que contra el *dominus sciens* la acción directa del delito y la acción noxal.

De esta manera, si se demandaba al dueño ignorante, éste, para evitar la estimación del litigio, podía entregar en noxa al esclavo común. Si bien la jurisprudencia entendió que con ello se extinguía toda obligación a su respecto, consideró injusto que el mismo efecto se produjera respecto del propietario que tuvo conocimiento de que cometería un delito el esclavo, no haciendo nada para impedirlo. Por ello, se admitió que la víctima pudiera continuar persiguiendo al *dominus sciens*, pero imputando el precio del esclavo entregado por daño (D.9.4.17 pr.) al valor de la nueva condena. Tratándose de penas, una rebaja como ésta se debió haber considerado improcedente. Mas, queda en evidencia una vez más la consideración más bien de una condena con carácter indemnizatorio, como asimismo, un mecanismo que limitaba el valor total a pagar.

### III. NOXALIDAD Y EL BENEFICIO DEL *EDICTUM SI FAMILIA FURTUM FECISSE VIDETUR*

#### 1. *Edictum si familia furtum fecisse videtur* y la problemática que resuelve

Es interesante la conclusión de algunos autores, en cuanto a que el término “familia”, habría sido utilizado como criterio que determinaba por sí mismo

una atribución de responsabilidad objetiva por el hecho ajeno.<sup>151</sup> El concepto precisamente determina en el edicto *familia furtum fecisse videtur* quien comete el delito y, dado que se trata de esclavos, una responsabilidad para el *dominus* por el hecho ajeno. Así, la *actio per quod familia publicanorum vi ademerit*, la *actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur* y la *actio damni vi hominibus armatis coactisve dati* habrían sido configuradas por el pretor sobre dicho concepto o, al menos, estas acciones fueron aplicadas utilizándolo. Particularmente ocurrió esto último en la *actio damnum iniuria datum* como se observa en D.9.2.32 pr., gatillando la aplicación analógica del beneficio al que luego me referiré.

El uso de “familia” en el sentido indicado, y esta aplicación analógica, están en plena consonancia con lo expresado en los puntos 1 y 2 precedentes, de manera que reforzarán la tendencia advertida de introducir mecanismos limitativos de la responsabilidad del propietario por el hecho de sus *servi* delincuentes en hipótesis calificables de responsabilidad objetiva.

Las características examinadas sobre la noxalidad (romano I de este capítulo), generó ulteriores dificultades patrimoniales para los *domini*, cuando los delitos habían sido cometidos por dos o más esclavos. En efecto, frente a la pluralidad de esclavos participantes en el hecho delictuoso, lo que correspondía era el ejercicio de la respectiva acción noxal contra el propietario por cada uno de ellos, debiendo ser condenado, si el hecho resultaba efectivo, a tantas penas como esclavos hubieren cometido delito.

Se debe recordar sobre el particular que no estamos hablando aún de indemnización del “perjuicio” (en el sentido moderno de responsabilidad civil) causado por los esclavos, caso en el cual teóricamente habría dado lo mismo que el hecho lo ejecutase uno o varios esclavos. El *quantum* de la reparación habría dependido de los daños sufridos por la víctima, y no de cuántos lo produjeron (presumiblemente podrían ser superiores los daños cuando actúan más personas, pero aun así la reparación ordenada por el juez sería conforme al valor de los perjuicios). Otra cosa habría sido el problema de cómo se distribuiría la carga entre los partícipes del daño causado (modernamente todos quedan obligados solidariamente).

---

<sup>151</sup> Balzarini así lo afirma, aunque entiende que ello clásicamente sólo corresponde a la *actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur*, a la *actio per quod familia publicanorum vi ademerit* y a la *actio damni vi hominibus armatis coactisve dati*, pues según sus conclusiones, como se ha visto, originalmente no admitían la *noxae deditio* de los responsables, descargando en el *dominus* la responsabilidad por el hecho ilícito. Balzarini, Marco, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padua, Cedam, 1969, p. 361.

En la época clásica, y en la situación que comentamos, el *dominus* sufría la “multiplicación” de las penas (principio de la acumulación)<sup>152</sup> por el número de esclavos participantes en el delito. Así, por ejemplo, si el delito era un *furtum* no manifiesto, que tenía una pena del doble, y los esclavos participantes en el hecho delictivo eran 4, el *dominus* resultaba condenado al pago de ocho veces el valor de la cosa hurtada. Por supuesto, el demandado tenía la posibilidad de optar por la *noxae deditio* de los esclavos delincuentes, a fin de evitar el pago de la *condemnatio*, en especial si era elevada. Mas, una tal alternativa significaba una importante pérdida patrimonial para el *dominus*. Pareciera además que no se permitía a los propietarios condenados por delitos de sus esclavos, pagar parte de las penas en dinero, y poder cubrir el resto con la entrega del número de esclavos necesarios.<sup>153</sup>

El *edictum si familia furtum fecisse videtur* vino precisamente a resolver la situación relatada, injusta desde el punto de vista del principio de la personalidad de la responsabilidad, pues resultaba condenada una persona que no había hecho nada, y onerosa desde el punto de vista patrimonial, dada la pérdida económica que generaba al *dominus*, ya sea por el dinero que debía pagar o por el número de esclavos que debía entregar.

Un texto de Ulpiano, tomado de sus Comentarios al edicto y ubicado en la compilación en D.47.6.1 pr., y ratificado por D.9.4.31, da noticias de la existencia de un edicto del pretor<sup>154</sup> que favorecía a los dueños por el delito de los esclavos (*familia*), a fin de que cuando muchos de ellos cometieran un hurto, no arruinen el patrimonio de su señor, por estar obligado ya sea a dar en noxa a todos sus *servi*, o a ofrecer por cada uno la *litis aestimatio*. En caso que efectivamente sus esclavos fueran culpables, se le concedió al *dominus*, a su arbitrio, la posibilidad de entregar a todos los que tuvieron participación en el hurto o, si prefería, ofrecer la estimación, pero *sólo equivalente a tanto cuanto hubiera debido pagarse en el caso que un solo hombre libre hubiere cometido el hurto*, manteniendo en su poder a los esclavos delincuentes.

En otras palabras, con independencia del número de esclavos coautores del delito, si el propietario se inclinaba por la opción de pagar la *litis aestimatio*, le bastaba para satisfacer la obligación el pago de “una sola pena”, correspondiente a un esclavo. Una vez solucionada, se extinguían todas las

<sup>152</sup> Voci, Pasquale, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milán, Giuffrè, 1939, núm. 27, p. 117. Véase como claro ejemplo en materia de daño D.9.2.11.2.

<sup>153</sup> En este sentido, fundado en D.9.2.27.2, Pampaloni, *op. cit.*, p. 46.

<sup>154</sup> Según la reconstrucción de Lenel, el Edicto decía “... *aut praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum, si liber fecisset, consequeretur*”. EP<sup>3</sup>, *cit.*, p. 335.

demás condenas, como asimismo las acciones a nombre de todos los esclavos participantes, si es que no hubiera deducido todas ellas la víctima.<sup>155</sup>

Así las cosas, frente a un *furtum* cometido por dos o más esclavos, el beneficio que el pretor otorgó a los *domini* fue neto desde un punto de vista económico. El detrimento patrimonial, al pagar una sola pena equivalente a lo que pagaría un hombre libre, disminuía como mínimo en un cincuenta por ciento (en el caso que fueran dos esclavos los delinquentes). De paso, les permitía mantener bienes productivos (los *servi*) dentro de sus patrimonios, y el valor que los mismos representaban.

Estas favorables consecuencias que significaron para los *domini* la dictación del edicto, dejan al descubierto que a todas luces la ventaja y novedad introducida por el pretor consistió en una “limitación cuantitativa de la responsabilidad” que les cabía a los primeros por el hecho ilícito de sujetos incapaces jurídica y patrimonialmente objeto de *dominium*. Este carácter limitativo de la responsabilidad ha sido por lo demás destacado por la doctrina.<sup>156</sup>

Ahora bien, este límite cuantitativo de la responsabilidad introducido por el pretor en el caso del *furtum* cometido por una “*familia*”, no fue sino una reafirmación del carácter de límite que tiene la noxalidad a través de la *noxae deditio* como alternativa implícita en las acciones noxales. En efecto, si bien es cierto que los *domini* eran demandados gracias al sistema de las acciones noxales por los delitos cometidos por sus esclavos (incapaces de comparecer en juicio), no es menos cierto, como dije, que podían restringir

---

<sup>155</sup> No obstante lo dicho, según Serrao el comentario ulpiano no refleja fielmente el edicto, Serrao, Feliciano, “Appunti sulle azioni familiae nomine”, *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Madrid, 7-10 ottobre 1993, Turín, 1995, p. 65. Basado en D.9.4.31, según el cual cuando la familia cometía un hurto, el pretor prometía dar acción de modo que el actor consiga tanto cuanto obtendría si lo hubiese cometido un hombre libre, el citado autor concluye que la previsión edictal, lo que de forma efectiva establecía, era una garantía para la víctima del hurto, consistente en obtener una pena resarcitoria de un valor igual, y nunca menos, de cuanto habría pagado un hombre libre. Por ello originalmente no podría haber el edicto contemplado la noxa del esclavo, si el delito fue cometido por persona en esclavitud. En ello habría consistido la dureza del edicto. Después, la jurisprudencia habría permitido la noxalidad, por que se trataba de un principio general en favor del dueño. En tal caso, el valor de los esclavos entregados no podría haber sido inferior a la pena que habría debido pagar un hombre libre. *Appunti, cit.*, pp. 61 y 62.

Si bien es una razonable conclusión la de Serrao, esta última parte la vuelve crítica. De entregar el *dominus* algunos esclavos culpables, habría significado que otros culpables quedaban libres de toda responsabilidad, siendo contrario al principio de la personalidad de las penas, habiendo siempre el derecho romano tendido a su cumplimiento.

<sup>156</sup> Así Balzarini, quien afirma que el edicto aseguraba “un limite alla responsabilità del *dominus ignorans* la cui *familia* avesse commesso furto”, *Ricerche, cit.*, p. 357. También Maganzani, Lauretta, *Pubblicani e debitori d'imposta*, Turín, Giappichelli, 2002, p. 168.

los efectos de la pérdida patrimonial dando en noxa al esclavo delincuente. Sin embargo, esta ventaja no sólo se perdía, sino que además generaba mayores daños a los propietarios, cuando el delito había sido cometido por un grupo de esclavos. De ahí que el pretor, a través del edicto *si familia furtum fecisse videtur*, no hizo más que introducir una modificación que permitiera al sistema de la noxalidad mantener su efectivo carácter limitativo de la responsabilidad, que por la acumulación y la suma de las penas, se perdía. El instrumento del pago de una pena equivalente a lo que pagaría un hombre libre, fue un auxilio por tanto para la noxalidad.

Pero claro, permitir la entrega de sólo uno de los esclavos culpables, quedando libres el resto, además de haber resultado muy injusto a los ojos de la citada magistratura, constituía una medida contra el principio de la personalidad de la responsabilidad penal.<sup>157</sup> Por ello mantiene la *noxae deditio* como alternativa liberadora de la obligación, mas, del grupo completo de esclavos delincuentes. La posibilidad podía ser igualmente limitativa de la responsabilidad si los esclavos hubieren tenido poco valor económico, pero seguramente no fue lo habitual. Esto obligó al pretor a buscar en otro instrumento la limitación de la responsabilidad, encontrando ésta en el simple pago de una sola pena. De esta manera, se reafirmó el carácter limitativo de la responsabilidad noxal, al establecer expresamente la posibilidad para el demandado y condenado por un delito ajeno, de restringir nuevamente el *quantum* de la condena, y se introdujo un nuevo instrumento de equilibrio al sistema.

Pero los efectos del edicto en comento incluso fueron más allá. El texto de D.9.4.31 no sólo ratifica la existencia de la providencia pretoria y el beneficio concedido, sino que lo extiende. Según este pasaje de Paulo, en caso que la víctima ejerciera además la *condictio ex causa furtiva* en contra del *dominus* de la familia de esclavos, por su personal responsabilidad en los hechos, Sabino, Casio, Pomponio y Juliano, habrían estado de acuerdo en que se debía deducir de la nueva condena, la pena que el demandado hubiese pagado como *condemnatio*, en la acción por el hurto cometido por la familia o el valor de los esclavos entregados en noxa a causa de la misma. Si se hubiera tratado sólo de la pena, tal deducción no habría sido procedente, quedando a la vista un tratamiento más bien resarcitorio del dinero pagado como condena o de los esclavos entregados.<sup>158</sup> Con ello, el beneficio del que tratamos, adquiere con mayor fundamento un carácter de limitación cuantitativa de la responsabilidad del *dominus* de la familia de delincuentes.

---

<sup>157</sup> Es la razón que nos motiva a dudar de la explicación de Serrao sobre la previsión edictal original. Véase nota 155.

<sup>158</sup> En ese sentido, Serrao, *Appunti, cit.*, p. 63.

## 2. La extensión del beneficio del edictum si familia furtum fecisse videtur a otros delitos

Si la actitud adoptada por el pretor fue relevante al dictar el edicto, mayor importancia aún tiene la circunstancia que no sólo fue aplicado el beneficio edictal al delito de *furtum*, sino a otras figuras delictivas cuando el hecho ilícito era cometido por un grupo de esclavos. Al respecto, las fuentes nos informan expresamente de las siguientes extensiones:

### A. *Actio damni vi hominibus armatis coactisve dati*

Los textos de Ulpiano en D.47.8.2 pr. y Cicerón en *pro Tullio* 3,7, informan de la introducción de esta acción por parte del pretor Lucullo en el año 76 a. C., a fin de frenar los daños y hurtos violentos causados por bandas organizadas de esclavos,<sup>159</sup> incluso a veces dirigidas por el propio *dominus*, que actuaron en el marco de los desórdenes sociales ocurridos en la primera parte del siglo I a. C. Con tal objeto, el pretor estableció sanciones más duras para el propietario de los esclavos delincuentes que actuaban en las circunstancias que indica el respectivo edicto, elevando la pena al cuádruplo dentro del año, señalando expresamente la aplicación de la noxalidad. Ello por supuesto sin perjuicio de que los términos precisos del edicto son materia de discusión en la doctrina.<sup>160</sup>

En lo que aquí me interesa, resultando poco discutible la dureza de las sanciones en virtud de su objeto, si se debía pagar la pena cuadruplicada por cada esclavo participante en los hechos, o entregar todos los esclavos, se comprende la magnitud que podía llegar a alcanzar el detrimento patrimonial para el *dominus*, además de su responsabilidad personal. Al respecto,

<sup>159</sup> Balzarini destaca el hecho que el edicto fue introducido precisamente para esto. Balzarini, Marco, *Cic. Pro Tullio e l'editto di Lucullo*, Turín, Studi Grosso, 1968, t. I, p. 361.

<sup>160</sup> Dado que D.47.8.2 pr alude al daño y al robo, se ha discutido en la romanística acerca de la existencia de una o dos cláusulas distintas. Marrone cree que esta última posibilidad es poco probable. *Istituzioni*, cit., p. 504, nota 262. Por su parte, Balzarini, en base al texto de Cicerón y otros antecedentes, ha intentado reconstruir las características del edicto originario, destacando que habría sancionado sólo el daño doloso producido *vi hominibus armatis coactisve*, excluyéndose el carácter noxal. En un desarrollo posterior tardío, se habría reunido el material en una sola previsión edictal como la conocemos (*Cic. Pro Tullio*, cit., pp. 329, 333, 345 —reconstruye la cláusula— y 382). Ello no obstante reconoce Balzarini que la mayor parte de la doctrina acepta que la previsión edictal contemplaba en origen la sustracción de bienes (*Cic. Pro Tullio*, cit., p. 366, véase en esta página nota 133, abundante doctrina en este sentido citada), constituyendo la base de la *actio vi bonorum raptorum*, pues en Digesto 47.8 se comenta sólo una cláusula edictal bajo la cual ambas fueron reunidas (*Cic. Pro Tullio*, cit., p. 367, véase en esta página nota 134 abundante doctrina también en esta línea).

se debe tener presente que uno de los presupuestos de la acción era precisamente la actuación de dos o más sujetos.

Consta en D.47.8.4.15 la opinión de Ulpiano, en cuanto a que no cree que el actor pueda en este caso ejercitar a nombre de cada esclavo ladrón la respectiva acción contra el dueño, pues bastaría que éste ofrezca una sola vez el cuádruplo. Se advierte pues de forma nítida la aplicación del beneficio que existía para el hurto en favor del *dominus* a los robos cometidos por grupos de *servi*. Una vez pagada la pena, extinguía su obligación y las acciones por el resto de los esclavos.

Esta extensión del beneficio, que conforme a las fuentes no estaba incluido en un principio en el edicto (D.47.8.2 pr.), implicó claramente “un alligeringimento della posizione processuale del *dominus*, e ciò con completo superamento della *ratio* indicata da Cicerone come propria all’azione luculliana”.<sup>161</sup> Claro, pues una aplicación extensiva puede no llamar la atención y se puede entender más fácil, pero en el caso que tratamos, va además contra la *ratio* del propio edicto, en cuanto a perseguir un gravamen económico mayor para el propietario, de manera que éste controle de forma férrea a sus *servi*, a fin de no quedar expuesto a tan duras repercusiones patrimoniales. Por lo mismo, la limitación de la responsabilidad se hace en este caso más patente inclusive.

### B. *Actio damni iniuriae*

Los pasajes de Gayo en D.9.2.32 pr. y de Ulpiano en D.47.6.1.2 y D.39.4.3.3 coinciden de manera explícita y clara en la aplicación del beneficio otorgado en materia de hurto, al delito de daño sancionado por la *lex Aquilia*.

Particularmente interesante es D.9.2.32 pr., que se encuentra justamente dentro de los comentarios al *damnum iniuria datum*, el cual contiene la motivación de la aplicación extensiva. Reitera que la razón para el otorgamiento del beneficio en el *furtum* al propietario de los esclavos delincuentes, era que el *dominus* no fuese privado de todos los esclavos delincuentes (grave pérdida económica), motivo que también estaba presente en la acción de daño causado injustamente. Luego, y siendo menos grave el fundamento del delito de daños, que sólo exige culpa y no dolo (como el *furtum*), se debía aplicar la misma disposición favorable al *dominus*.

Sin perjuicio de las dudas de la romanística respecto de posibles interpolaciones del pasaje,<sup>162</sup> el texto de D.9.2.32 pr. se ha entendido al menos

<sup>161</sup> Balzarini, *Ricerche, cit.*, pp. 334 y 335.

<sup>162</sup> Precisamente, la expresa alusión a la *ratio* de la disposición llama la atención y hace dudar de su autenticidad, sin que existan en todo caso antecedentes que permitan afirmar



clásico en la solución que dieron los jurisconsultos a la cuestión,<sup>163</sup> lo que es avalado por los otros dos textos citados.

El punto tiene sólo una pequeña sombra a través de D.2.1.9, pues este pasaje, como luego se verá en el número 3 sucesivo, excluye del beneficio a la *iniuria*, pero agrega “*vel damnum dederunt*”. Esta cita, obviamente ha dejado perplejos a los estudiosos, pues D. 47.6.1.2, D. 9.2.32 pr. y D. 39.4.3.3, como indiqué en líneas anteriores, dicen todo lo contrario. Es lamentable que no se trate de una simple cuestión de época, pues estamos hablando de un pasaje de Paulo, que contradice lo expresado por un jurista que le precedió (Gayo), y por un contemporáneo (Ulpiano).

Por supuesto que las alternativas lógicas son sólo dos: D.2.1.9 ha sido interpolado, resultando los otros textos genuinos, o D.2.1.9 es genuino, habiendo sido intervenidos los textos que le contradicen. La mayoría de la doctrina se inclina por la primera opción. Tratándose de un texto aislado, en contradicción con el sistema, como se verá en el número 3, me parece que el de la mayoría es el único camino a seguir,<sup>164</sup> manteniéndose a firme la extensión señalada.

C. *L'actio per quod familia publicanorum vi ademerit e actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur*

Ya citamos el texto de D.39.4.3.3 a propósito del daño. Sin embargo, está contenido en el título dedicado a “*de publicanis et vectigalibus et commissis*”, con el propósito de extender el beneficio a las figuras delictivas que allí se tratan, distintas al *damnum* y al *furtum* propiamente tales.

Los publicanos eran sujetos privados a quienes mediante concesión (diríamos moderna) se les entregaba el ejercicio del servicio de recaudación de los impuestos (D.39.4.1.1; D.39.4.12.3),<sup>165</sup> sin perjuicio de la concesión de otros bienes o servicios públicos.<sup>166</sup> Se reconoce incluso que se organizaron en so-

---

con seguridad la intervención, y menos, qué partes del texto específicamente. Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 236. Posibles interpolaciones, véase *Index Interpolationum*, cit., Supl. I, p. 153.

<sup>163</sup> Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 238.

<sup>164</sup> Así, Schipani es terminante en dar su opinión: D.2.1.9 “è da ritenere senz'altro glossato”, *Responsabilità*, cit., p. 235. Asimismo, véase Balzarini, *Ricerche*, cit., p. 359, nota 439.

<sup>165</sup> En contra, como opinión aislada, se suele citar a Beseler, *Beiträge*, t. IV, pp. 285 núm. I y p. 299.

<sup>166</sup> Dado el régimen tributario existente a la época de la compilación justiniana, De Martino considera el nombre de publicano un fósil en edad justiniana. De Martino, Francesco, *Storia dei publicani e gli scritti dei giuristi*, Labeo, 39, 1993, p. 18.

<sup>166</sup> Maganzani hace presente que no sólo la actividad de los publicanos estaba circunscrita a la recaudación de tributo (*op. cit.*, p. 186).



ciudades con personalidad jurídica con estos fines.<sup>167</sup> Por supuesto, entre más recaudaban, más utilidades obtenían.

La persecución de estas últimas y el poder que la misma posición de recaudador de impuestos daba, permitió la comisión de diversos abusos por parte de los publicanos. Éstos, personalmente y/o a través de sus colaboradores (esclavos propios, ajenos y hombres libres), procedían a obtener bienes de forma ilegítima utilizando la violencia física, o la violencia moral, mediante la amenaza de uso de fuerza. En palabras simples, extorsionaban a los contribuyentes.<sup>168</sup> Es en este contexto que aproximadamente a fines de la República o inicios del principado<sup>169</sup> el pretor introdujo edictos dirigidos a remediar tales abusos.

Según el pasaje de Ulpiano contenido en D.39.4.1 pr.,<sup>170</sup> una disposición edictal estableció que si un publicano, o alguien en nombre de un publicano, o uno de la familia de los publicanos hubiere robado (quitado con violencia —*vi ademptum*—, que era lo que constituía la *rapina*) el pretor otorgaba, ante la falta de restitución de lo tomado, acción por el duplo dentro del año o por el simple después (*actio per quod familia publicanorum vi ademerit*). Asimismo, daba acción si injustamente se había causado daño, o se había cometido hurto, debiendo el dueño exhibir al esclavo ante las víctimas, dando acción a éstas contra los dueños en caso contrario. Esta exhibición permitía el ejercicio de la acción noxal respectiva, en virtud de la cual el publicano propietario podía pagar la pena o efectuar la *noxae deditio* del *servus*.

Asimismo, D.39.4.12.1,<sup>171</sup> también de Ulpiano, informa que un edicto dispuso que si la familia de los publicanos cometía un hurto o dañaba con injuria, y el esclavo no hubiere sido exhibido a aquellos a quienes pertenecía la cosa, daría acción contra el dueño *sine noxae deditio*, o sea, sin posibilidad de entregar a los esclavos delincuentes (*actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur*).

<sup>167</sup> De Martino, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

<sup>168</sup> Respecto a las motivaciones de los edictos hay constancia en las fuentes. Ulpiano en D.39.4.12 pr. expresamente se refiere a la audacia y temeridad con que actuaban los publicanos, debiendo el pretor dictar los edictos para ponerles freno.

<sup>169</sup> Esta ubicación cronológica le da De Martino, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

<sup>170</sup> *Quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur, in simplum iudicium dabo. item si damnum iniuria furtumve factum esse dicitur, iudicium dabo. Si id ad quos ea res pertinebit non exhibebitur, in dominos sine noxae deditioe iudicium dabo.*

<sup>171</sup> *Quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur, item si damnum iniuria fecerit et id ad quos ea res pertinet non exhibetur: in dominum sine noxae deditioe iudicium dabo.*

En la romanística existen diversas discusiones respecto de los *verba edicti* y las materias concretas reguladas por los edictos antes señalados.<sup>172</sup> Para los efectos de este trabajo, basta el hecho que existieron intervenciones pretorias en estos ámbitos, siendo razonable entender que el edicto *per quod familia publicanorum vi ademerit* concedía una acción a quien hubiese sufrido en general la sustracción ilícita de bienes (*ademptio*) por parte de un publicano o por su familia en la ejecución del servicio público concesionado al primero,<sup>173</sup> mientras el segundo condenaba hechos de parte de los mismos sujetos, que cumplieran con los elementos para ser considerados delitos de daño con injuria y hurto pero en el ejercicio de un servicio público, que determinaba un tipo penal diferente. La relación parece haber sido entonces de género a especie.<sup>174</sup> Dada tal relación, las condiciones de aplicación probablemente fueron en la práctica las mismas.

Estos edictos no pretendían castigar de forma más dura a los publicanos, sino introducir conductas ilícitas en el ejercicio de la función pública que desempeñaban. De lo contrario no habrían sido necesarios, pues las víctimas contaban con las acciones por el *furtum* y por el *damnum* (D.39.4.1.2). De hecho, la pena más dura dentro del año como señalé fue sólo del *duplum*,

---

<sup>172</sup> Respecto al edicto *per quod familia publicanorum vi ademerit*, D.39.4.1 pr claramente tiene dos partes (*Quod-dabo* e *Item-dabo*), aludiendo la primera a la *rapina*, mientras que la segunda al *damnum* y al *furtum*. De ahí que se pudo tratar de uno, dos, o más edictos, sintetizados en el pasaje en cuestión en la compilación. También es posible que el edicto sólo se refiriera en cuanto a la materia al robo, tratándose *Item-dabo* de un agregado justinianeo. La mayoría piensa en este sentido dice Maganzani, *Publicani*, *cit.*, p. 202. Para Vincenzo Aràngio-Ruiz, el *vi adimere* habría sido el único acto ilícito de los publicanos contemplado (*Sugli editi 'de publicanis' e 'quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur'*, *Scritti di diritto romano*, II, Jovene Editore, 1974, p. 136). Serrao entiende al *furtum* espurio, y aunque no en origen, se habría extendido al caso del *damnum iniuriae* (*Appunti*, *cit.*, pp. 69 y 72). En contrario Voci, quien califica sin fundamento las críticas de Aràngio-Ruiz, repetidas por otros (Voci, Pasquale, "Note sulle azioni pretorie contro i publicani", *SDHI*, núm. 60, 1994, p. 294).

Me parece razonable, si lo que el pretor pretendía era frenar acciones ilícitas de los publicanos, que además del robo haya incluido el daño y el hurto. Desde luego, las acciones violentas para tomar bienes ilícitamente debieron implicar daño. Asimismo, pudieron los publicanos y sus *familiae* simplemente haber tomado bienes a la vista, pertenecientes a las víctimas, sin derecho a ello, pero sin emplear violencia. Además, es sugerente el argumento de Voci en cuanto a que si Justiniano quería incluir en el edicto hechos delictuales omitidos, le habría resultado mejor la dictación de una constitución y no simplemente alterar un texto de un jurista clásico.

Respecto a D.39.4.12.1, se ha hipotizado incluso que sólo se habría reproducido la rúbrica del edicto. Aràngio-Ruiz, *Sugli editi*, *cit.*, p. 135. Balzarini, Marco, *Cic. Pro Tullio*, *cit.*, p. 336. Ello en razón de los errores que presenta el tenor literal, que sugieren al menos la presencia de interpolaciones tendientes a la asimilación de previsiones edictales diversas. Maganzani, *op. cit.*, p. 163.

<sup>173</sup> Maganzani pp.194 y 211.

<sup>174</sup> Voci, *Note*, *cit.*, p. 298; Balzarini, *Ricerche*, *cit.* p. 336.

en circunstancias que la rapiña y el hurto manifiesto eran sancionados con el cuádruple (D.39.4.1.3). Claro, tampoco se podía castigar severamente a los publicanos, pues la recaudación de impuestos interesaba de sobre manera al “fisco romano”, debiendo, en cierta medida, dar facilidades.

Sin perjuicio de la responsabilidad por actos propios, estos edictos fijaban penas para los publicanos por los ilícitos cometidos por su familia de esclavos. Probablemente era habitual que procedieran en grupo, de manera de generar la necesaria coacción contra los contribuyentes, y de ahí la utilización del término “familia”. No obstante responder por su familia, al publicano se le daba en todo caso la posibilidad de restituir a sus propietarios lo que les fue arrebatado o tomado de forma ilícita, extinguiendo de inmediato su responsabilidad (D.39.4.1 pr; D.39.4.1.4; y D.39.4.5).<sup>175</sup> En caso de no hacerlo, debía exhibir a los esclavos autores del hecho, procedimiento destinado a la identificación de ellos y permitir a la víctima el correcto ejercicio noxal de la acción.<sup>176</sup> Sólo en caso de falta exhibición, con independencia del motivo,<sup>177</sup> el publicano respondía directamente, sin poder limitar su responsabilidad mediante la *noxae deditio*.<sup>178</sup>

Conforme a lo anterior, exhibidos los respectivos esclavos, y en caso de resultar condenado el *dominus* publicano, gozaba éste del beneficio de pagar

---

<sup>175</sup> Aunque no hay comentario específico, por la relación entre ambos, la misma posibilidad debió existir para la *actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur*.

<sup>176</sup> D.10.4 contiene el título acerca de la “Acción de exhibición”. Paulo en D.10.4.2 decía que “exhibir es presentar en público, para que el que demande tenga la posibilidad de ejercitar su acción”. Se presenta como un mecanismo amplio, permitiendo la exhibición de cualquier cosa. Particularmente interesante para el tema que tratamos, Ulpiano en D.10.4.20 señala que la acción de exhibición de esclavos por delitos de éstos permite sujetarlos a tormento, de manera que delaten a sus cómplices.

<sup>177</sup> Se trata de una alteración de la regla general. Mientras en materia de acción de exhibición D.10.4.5.6 establece sólo que ante la imposibilidad de restituir se debe dar caución, sin perder el derecho a la entrega noxal, Ulpiano en D.39.4.1.6 comenta que la *actio per quod familia publicanorum vi ademerit* se otorga sin la entrega noxal, tenga el publicano o no a los esclavos en su poder, todavía o no bajo su potestad, pueda o no exhibirlos.

<sup>178</sup> La responsabilidad atribuida al publicano por falta de exhibición de los esclavos autores del hecho, aunque haya sido por un hecho ajeno a su voluntad, constituye uno de los elementos a los cuales algunos han recurrido para calificarla de objetiva. Sin embargo, la posibilidad de restitución no debe ser olvidada. Mediante ella, el publicano tenía la posibilidad de reparar el mal causado a la víctima por personas incapaces bajo su potestad, sin detrimento de su patrimonio. Miradas las cosas desde esta perspectiva, la responsabilidad para el publicano se debía a su propia conducta (la no restitución) y no ya al hecho de terceros. El pretor lo que pretendía era evitar que tuvieran lugar estos hechos ilícitos; pero si acaecían, que al menos la cosas volvieran efectivamente al estado anterior, colocando sobre el publicano la carga de restituir. Entonces, tenía la posibilidad de restituir, y no lo hizo; tuvo la posibilidad de exhibir, y no lo hizo. El carácter de responsabilidad objetiva del publicano, bajo esta perspectiva, tiende al menos a ser relativo.

sólo una pena equivalente a tanto cuanto entregaría si lo hubiese hecho un solo hombre libre, siendo absuelto respecto del resto de las penas, evitando la entrega de los esclavos involucrados. Este es el sentido del citado D.39.4.3.3,<sup>179</sup> limitando entonces la responsabilidad de los publicanos por el hecho ilícito de sus esclavos y el efecto que tenía el principio de la acumulación. De esta manera, encontramos en estos dos edictos nuevas extensiones del beneficio introducido por el *edictum si familia furtum fecisse videtur*.

Hago presente sí que D. 39.4.3.3 es un pasaje que se encuentra ubicado dentro de los comentarios de Ulpiano a la *actio per quod familia publicanorum vi ademerit* (D.39.4.1 pr.). Sin embargo, su sentido y ámbito de aplicación permiten entender claramente que era aplicable también a la *actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur*<sup>180</sup> (D.39.4.12.1).

Por lo expresado, es indiscutible que los juristas aplicaron el principio de la analogía, de manera que donde existiese la misma razón, debía existir la misma disposición. Las extensiones de que dan cuenta las fuentes, no formaban parte de los textos edictales. Se trataron de interpretaciones de los juristas, que demuestran la orientación hacia la limitación de la responsabilidad frente al ejercicio de las citadas acciones, cuando tenía lugar una pluralidad de esclavos delincuentes. De ahí que, además del razonamiento jurídico de la analogía, la extensión del beneficio introducido por el *edictum si familia furtum fecisse videtur* a otros delitos, parece encontrar en su base simplemente una permanente preocupación consciente o inconsciente de los juristas por atemperar los efectos patrimoniales que para los *domini* traían aparejados los hechos ilícitos ajenos cometidos por sus esclavos.<sup>181</sup>

### 3. Los alcances de la extensión del beneficio

Establecido que el beneficio del *edictum si familia furtum fecisse videtur* se extendió en su aplicación a otras figuras delictivas, la cuestión siguiente es la magnitud que alcanzó dicha extensión: amplia o restringida. Claro, es posible que la aplicación extensiva haya sido establecida expresamente como

<sup>179</sup> El pasaje ha sido puesto en duda, por las referencias a los delitos de *furtum* y *damnum*, no así a la rapiña. Aràngio-Ruiz, *Su gli editti*, cit., p. 137.

<sup>180</sup> En este sentido, Voci, *Note*, cit., pp. 298 y 299.

<sup>181</sup> A propósito de D.9.4.19.2, dice precisamente Serrao que consciente o inconscientemente los juristas se inspiraban, en evitar que el *dominus* perdiera dos esclavos por un solo ilícito o que su posición se agravara si el daño era cometido por más esclavos suyos cooperándose de cualquier modo. “Responsabilità per fatto altrui e nossalità”, *BIDR*, núm. 73, 1970, pp. 160 y 161, nota 99.

una excepción sólo en las figuras vistas, o bien se haya tratado en definitiva de una regla que alcanzó el nivel de principio, debiendo explicitarse, por el contrario, sólo los casos a los cuales no era aplicable (las excepciones).<sup>182</sup>

Los textos supérstites contienen pasajes donde aparentemente los juristas no estuvieron al menos de acuerdo en la aplicación del beneficio a los delitos de *iniuria* y de *albo corrupto*. “*Non similiter hic edicitur ut in furto*” (en este caso no se determina del mismo modo que en el hurto) habría comentado Paulo en D.2.1.9, rebatiendo la idea de Octaviano en orden a favorecer también al *dominus* en materia de *albo corrupto* (*Octavenus hic quoque domino succurrendum ait*), siendo este último citado precisamente para rebatirlo. El comentario incluye además a la *iniuria*, pues igualmente “*quia plura facta sunt, non, ut in furto, unum*” (existen varios hechos, no uno, como en el hurto). La inclusión de la *iniuria* y el fundamento de la exclusión, son coincidentes en D.47.10.34, conforme al cual Gayo afirmaba que si muchos esclavos hubieren golpeado al mismo tiempo a uno, o le hubieren hecho vocería a alguien, había maleficio propio de cada uno, resultando mayor la injuria, pues la cometieron muchos, existiendo tantas injurias como personas participaron en los hechos.

Los textos y las exclusiones precedentes, dejan en evidencia primeramente que los jurisconsultos debatieron acerca de la extensión o no del beneficio establecido en el *edictum si familia furtum fecisse videtur* a otras figuras delictivas. Luego, “l'esistenza medesima di una simile controversia conferma, comunque, il fatto che i giuristi classici dessero per scontata la possibilità teorica di estendere il *beneficium* ad altri casi che non fosse quello esplicitamente previsto con apposita clausola nell'albo pretorio e provinciale, limitandosi a discutere, poi, sulla concreta applicabilità del medesimo nei vari casi”.<sup>183</sup> Parece ser por tanto verosímil que el beneficio del edicto en comento se transformó en un principio general aplicado a todos los delitos privados,<sup>184</sup> que se excluía sólo cuando expresamente las circunstancias así lo ameritasen.

En esta última línea, también los pasajes citados dejan claro que el beneficio del *edictum si familia furtum fecisse videtur* se aplicaba conjuntamente con otro principio, el de la “unidad del delito”: *unum factum o unum delictum*. En lo sustancial, en las situaciones en que hubieren participado dos o más personas en la comisión del hecho delictivo, la jurisprudencia romana en-

<sup>182</sup> Por ejemplo, en materia de *actio de incendio, ruina, naufragio rate nave expugnata* (D. 47.9), el pretor prometía acción contra el esclavo y contra la servidumbre de alguien. No dice expresamente el pretor ni la jurisprudencia que nos llegó que el beneficio se aplicaba. ¿Se entendía implícitamente?, o por el contrario, ¿no se aplicaba porque no se había establecido así expresamente?

<sup>183</sup> Balzarini, *Ricerche, op. cit.*, p. 359.

<sup>184</sup> Pampaloni, *op. cit.*, p. 47.

tendió que dicha pluralidad subjetiva no modificaba la circunstancia que el delito fuese sólo uno: “el hurto” de una cosa, o “el daño” a un bien ajeno.<sup>185</sup> La pluralidad decía relación en cambio con la cuestión de la aplicación de las penas, pues si cada uno de los intervinientes cometió “el delito”, cada uno debía ser sancionado con la pena íntegra. El principio se encuentra de manifiesto en diferentes textos del digesto, por ejemplo, D.47.2.21.9, D.9.2.51.2 y D.9.2.11.4.

En virtud de lo anterior, se puede afirmar como base que el principio de la “unidad del delito” constituyó fuente y también medida del límite de responsabilidad establecido por el *edictum si familia furtum fecisse videtur*. El beneficio permitía al *dominus* sólo pagar una pena por la comisión de un delito ejecutado por un conjunto de esclavos; en cambio, si la actuación configuraba dos o más delitos, correspondía el pago efectivo de dos o más penas, excluyéndose el beneficio. Ello habría sido señalado por Gayo y Paulo en D.47.10.34 y D.2.1.9, pues la base de los delitos de *iniuria* y de *albo corrupto* era la “ofensa”: en el primero hacia otra persona, en el segundo hacia el pretor (*maiestas Praetoris vindicatur*). Luego, si eran varios sujetos los que participaban en el hecho delictivo, cada uno ofendía individualmente a otra persona en el delito de *iniuria* y al pretor en el delito de *albo corrupto*. Al no tener lugar uno, sino varios delitos, no había unidad y por tanto el beneficio no debía ser aplicado.<sup>186</sup>

La parte final de D.2.1.9 nos informa de una ratificación de lo expresado, a través del problema de los grados de participación de los esclavos en el hecho delictuoso.<sup>187</sup> Afirma el pasaje que la limitación de la responsabilidad sí tenía lugar en cambio cuando la participación de los esclavos había

---

<sup>185</sup> “La jurisprudencia romana admite la unicidad del delito cuando los actos de los sujetos que concurren, terminan por ocasionar un mismo daño”, Amaya García, Víctor Manuel, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Dykinson, 1993, p. 17.

<sup>186</sup> Ferrini explica la cuestión diciendo que “la doctrina poi che nega l’unità del reato se più persone iniuriano con atti o parole un terzo è profondamente vera, poichè sono tante le offese all’onore quante sono le persone che lo offendono, il che non si può dire per le lesioni alla proprietà, all’integrità personale e così via”, y en el caso del *albo corrupto*, “no si bada tanto all’effetto materiale del guasto dell’albo, quanto alla’offesa autorità del pretore: questa è tante volte lesa, quante sono le persone concorrenti”. Ferrini, Contardo, *Diritto penale romano, Teorie generali*, Milán, Ulrico Hoepli, 1899, p. 283. En relación a esto último, y a propósito de la pretensión de Octaviano de extender el beneficio para el *dominus* también al *albo corrupto*, precisamente dice Pampaloni que el disenso de este juriconsulto no tuvo justamente cuenta de la índole del delito de *albo corrupto* (*op. cit.*, p. 48, nota 9).

<sup>187</sup> Respecto al punto, aunque la diferenciación existió, no tuvo influencia respecto a la Pena. “I romani non ignoravano la differenza fra concorso necessario e concorso eventuale. Il regime della pena era, comunque, identico: ogni compartecipe era tenuto a pagare l’intera sanzione prevista”, Bonfiglio, Barbara, “Spunti di riflessione su istigazione e complicità”,

sido de distinta naturaleza, uno (o varios) como autor y otro (u otros) como instigador (*sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumpetur, quia tunc unum consilium sit, non plura facta*).<sup>188</sup> Según Paulo (opinión también sostenida por Pomponio), habría existido en tal caso “un” consejo pero “no muchos hechos”, con lo cual se reconduce la cuestión nuevamente a la aplicación del principio de la unidad del delito.

En síntesis, la dictación del *edictum si familia furtum fecisse videtur* y la aplicación analógica de éste por parte de la jurisprudencia, llevaron a la fijación del principio que toda vez que *servi familiarum* cometían un delito, y no se configurara en el caso concreto un hecho delictivo individual respecto de cada esclavo participante, el *dominus* tenía la facultad de limitar su responsabilidad *familiae nomine* al valor correspondiente a la pena a la cual un solo hombre libre habría sido condenado.

Lo anterior sin perjuicio de algunas voces disidentes en el fundamento, aunque coincidentes en el resultado de la extensión amplia del beneficio limitativo de la responsabilidad.<sup>189</sup>

#### 4. La supuesta responsabilidad objetiva de los *publicanos* por el hecho ajeno en razón de la inclusión de esclavos ajenos y hombres libres en el concepto de “familia”

La calificación de “familia” como criterio objetivo de atribución de la responsabilidad aparentemente tendría un ulterior refuerzo en la extensión del uso del término. Así, Ulpiano en D.39.4.12.2 y D.39.4.1.5, ambos en el

---

*Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milán 11-12 maggio 1995*, Milán, 1998, p. 232.

<sup>188</sup> En D.2.1.9 el texto “*consilium*” evocaría la figura del instigador. Sobre la fórmula “*ope consilio*” y tal sentido, Longo, Gianeto, “La complicità nel diritto penale romano”, *BIDR*, núm. 61, 1958, 106 y ss. Bonfiglio, *op. cit.*, p. 215.

<sup>189</sup> Pampaloni pulverizaba hace un siglo el principio de la “unidad del delito” para estos efectos, pues afirmaba que “evidentemente si tratta di una particolarità così estrinseca, che non può davvero essere elevata a criterio scientifico”. No aceptaba que Paulo y Gayo pudieran haber dado una explicación como la que nos ha llegado a través de D.2.1.9 y D.47.10.34. En su concepto, los compiladores fueron sencillamente engañados por algún texto de los clásicos, que los llevó a creer que la diferencia entre *iniuria* y *furtum* estaba en la comisión de tantas *iniuriae* como esclavos participaron, mientras que a pesar del número de esclavos “delincuentes”, siempre había sólo un *furtum*. De ahí que las frases *vel-unum* en D.2.1.9 e *inmo-facientium* en D.47.10.34, y *quia-facta* en D.2.1.9 que aplican la unidad del delito para la solución, serían interpolaciones. Para el autor, Paulo simplemente se dio cuenta que el delito de *albo corrupto* y de *iniuria* se asemejaban, en cuanto constituían modernamente delitos personales, llegando desde esta perspectiva a una idea distinta de Octaviano. Luego, si la participación de varios esclavos era complicidad y no coautoría, se podía admitir la noción del delito colectivo. *op. cit.*, pp. 46-51.



título “*de publicanis et vectigalibus et commissis*”, habría afirmado que “familia” comprendía también a esclavos ajenos y a hombres libres.

Serrao coloca como ejemplo a esclavos arrendados por los publicanos a su dueño para el primer caso, y a personas contratadas a través de una *locatio-conductio*, para el segundo.<sup>190</sup> Ello le consiente de afirmar en forma contundente que “specie in certi settori operativi, como quello degli appalti pubblici, si ebbe un’espansione del concetto di *familia*, fino comprendervi anche i lavoratori liberi che prestavano la loro opera nell’impresa e, conseguentemente, un’espansione della responsabilità dell’imprenditore per i fatti illeciti non solo dei propri schiavi, ma anche degli schiavi altrui che prestavano lavoro nell’impresa e dei dipendenti liberi”.<sup>191</sup> De ahí que el criterio de responsabilidad se habría ido modificando, desde el domino (potestad) al riesgo de empresa,<sup>192</sup> es decir, a un reconocido criterio moderno objetivo de atribución de responsabilidad.

De haber sido efectiva dicha extensión de “*familia*”, significa que el publicano no tenía la posibilidad de limitar su responsabilidad a través de la *noxae deditio*, inaplicable si el hechor era un esclavo ajeno o un hombre libre. Asimismo, la restricción de la responsabilidad a una condena equivalente a lo que habría pagado un hombre libre no habría tenido aplicación, pues el beneficio se concedía al *dominus* por el hecho ilícito de sus esclavos, relación que en la hipótesis en comento no se daba (precisamente D.39.4.3.3, que da cuenta de la extensión del beneficio a los edictos contra los publicanos, dice “*si plures servi...*”). Si los delincuentes no eran *servi* del publicano, no habrían tenido derecho a la alternativa del citado beneficio.<sup>193</sup>

Así las cosas, los publicanos habrían respondido plena, objetiva e ilimitadamente del hecho ilícito ajeno. El problema está en que los textos supérstites omiten toda referencia que permita la confirmación de un tal resultado y el régimen jurídico aplicable ante tal situación. Voci, tratando de colmar el vacío, entiende que dicho régimen debería haber sido igual al de los *nau-*

<sup>190</sup> Serrao, *Appunti, cit.*, pp. 71 y 72.

<sup>191</sup> *Appunti, cit.*, p. 74. Aceptan también la inclusión de esclavos ajenos y hombres libres, Balzarini, *Ricerche, cit.*, p. 336; Voci, *Note, cit.*, p. 293; Maganzani, *Publicani, cit.*, p. 174.

<sup>192</sup> Serrao, *Appunti, cit.*, p. 75. La asimilación con la moderna responsabilidad de la empresa por sus dependientes ya estaba presente en De Visscher (*Le régime, cit.*, p. 529) y que Maganzani incluso cita (*op. cit.*, p. 178).

<sup>193</sup> Serrao entiende como una de las características de las *actiones familiae nomine* el otorgar al propietario la posibilidad de limitar su responsabilidad pagando una sola vez la pena equivalente a lo que debería pagar un hombre libre, principio que sería alterado al ser incluidos los esclavos ajenos y hombre libres en el concepto de familia, tratándose más bien en este caso de acciones *proprio nomine* (*Appunti, cit.*, p. 60).



*tae, caupones y stabularii*.<sup>194</sup> Me remito al tratamiento que más adelante hago de éstos (capítulo sexto).

No obstante la autoridad de los juristas que la han sostenido, me resulta difícil compartir la extensión del término familia y las conclusiones señaladas extraídas D.39.4.12.2 y D.39.4.1.5. Estos pasajes se encuentran en evidente contradicción con lo señalado supuestamente por el mismo Ulpiano en D.50.16.195.3, según el cual en el título de los hurtos del edicto del pretor se suele hablar de “familias”, pero en el sentido de “familia de esclavos”, refiriéndose justamente a ésta la alusión “*familia publicanorum*”. Incluso el jurisconsulto precisa aún más el concepto, indicando que en “*familia publicanorum*” no quedaban incluidos todos los esclavos de los publicanos, sino sólo aquel grupo de *servi* organizados y adscritos a la empresa concesionaria de recaudación de impuestos. Es claro entonces que la expresión tenía un sentido restringido para los efectos de las acciones *per familia publicanorum furtum fecisse dicitur* y *per quod familia publicanorum vi ademerit*, y no amplio.

Luego, si D.39.4.12.2 estaba comentando “*familia publicanorum*”, supuestamente comprendida en el edicto *quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur* (D.39.4.12 pr.) o al menos se aplicaba a ésta, y D.39.4.1.5 explicaba la misma expresión comprendida en el edicto que introdujo la *actio per quod familia publicanorum vi ademerit* (D.39.4.1 pr.), o al menos se aplicaba a ésta, entonces, según D.50.16.195.3 (Ulpiano), se debía entender “familia” como el conjunto de *servi* de los publicanos destinados al servicio de la empresa concesionaria de recaudación de impuestos (*vectigalis causa*). A mayor abundamiento, el edicto *quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur* formaba parte del título “*de furtis*” del edicto,<sup>195</sup> al que expresamente se refería Ulpiano.

Explicar la contradicción de D.39.4.12.2 y D.39.4.1.5 con D.50.16.195.3 atribuyendo los textos a diversos grados de elaboración pretoria en respuesta a la evolución del comportamiento de los publicanos y su organización,<sup>196</sup> puede ser una alternativa, pero de haber sido ello efectivo, lo más probable es que Ulpiano hubiese realizado sus comentarios según el estado de la cuestión al momento en que escribía, quizás citando pareceres más antiguos que dejaran entrever la evolución.

Personalmente creo que simplemente no hay contradicción, y que el entendimiento de que D.39.4.12.2 y D.39.4.1.5 extendían el concepto de familia a los “siervos ajenos” y a los “hombres libres” a secas, es una lectura equivocada. Ambos textos simplemente aludían a los *servi alieni* y a los *homi-*

<sup>194</sup> Voci, *Note, cit.*, p. 293.

<sup>195</sup> Lenel, EP<sup>3</sup>, pp. 322 y 335.

<sup>196</sup> Así explica Maganzani, *op., cit.*, p. 183.

*nes liberi* poseídos como esclavos de buena fe por un publicano o sociedad de publicanos (la empresa concesionaria), no teniendo en realidad tal calidad. O sea, no estaban bajo dependencia del publicano en calidad de siervos ajenos o de hombres libres, sino en calidad de esclavos propios pues así lo creía el o los publicanos.

El paso de D.39.4.12.2 es muy claro sobre el particular. Literalmente dice “*si bona fide publicano alienus servus servit, aequae continebitur, fortassis et mala fide; plerumque enim vagi servi et fugitivi in huiusmodi operis etiam a scientibus habentur. Ergo et si homo liber serviat, hoc edictum locum habet*”.<sup>197</sup> Así, según la primera parte, se comprende en el concepto de familia los esclavos que sirven como *servi* al publicano de buena fe. Asimismo, la última parte (*Ergo- habet*) es una continuación del discurso, por lo que si bien no lo indica literalmente, no hay dudas que también se aplica el edicto al hombre libre que sirve de buena fe. Tanto es así, que d’Ors en su traducción agrega la buena fe: “por lo tanto, también se aplica este edicto cuando sirve como esclavo, de buena fe, una persona libre”.<sup>198</sup> La referencia por lo demás no extraña.

Por su parte, D.39.4.1.5 dice simplemente “*verum et qui in numero familiarum sunt publicani, sive igitur liberi sint sive servi alieni*”. Podría entonces en una primera lectura aparecer aludiendo a siervos ajenos u hombres libres en general (pues no indica textualmente en parte alguna como requisitos la buena o mala fe de ellos en su servicio ni que éste sea en razón de esclavitud).<sup>199</sup> Sin embargo, la apariencia no me resulta una realidad, al leer D.39.4.1.5 dentro de lo que debió ser su contexto original.

En efecto, este último pasaje fue tomado del libro 55 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto. La palingenesis realizada con los pasajes supérstites dan cuenta del tema que trataba el jurisconsulto al momento de escribir D.39.4.1.5: *causae liberales* y todas las problemáticas asociadas a ellas (como por ejemplo, qué se entiende por haber estado en libertad sin dolo malo, siendo esclavo; el que causaba daños al *dominus* durante el tiempo en que servía de buena fe y reclama su libertad; los que a sabiendas de que son libres, consintieron con dolo malo en ser vendidos; el que fingió ser esclavo y de

<sup>197</sup> Pernice, Alfred, entiende interpolada la frase “*fortassis-habentur*”, *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der kaiserzeit*, C, 1963, pp. 375, nota 4 y 479, nota 1; véase también *Index Interpolationem*, t. III, p. 100. Giuseppe Valditara replica esta interpolación en *Superamento*, cit., p. 366, nota 249.

<sup>198</sup> d’Ors, Alvaro y otros, *El digesto de Justiniano*, cit.

<sup>199</sup> Balzarini afirma expresamente la diferencia en la acepción del término familia entre los dos pasajes, pues en D.39.4.1.5, que transcribe, se comprenden los individuos libres o los siervos ajenos sin la exigencia de buena fe, como asimismo tampoco la exigencia de del “serviré”. Balzarini, *Ricerche*, cit., p. 336, nota 365.

esta manera se vendió para engañar al comprador; la transmisibilidad de la acción a los herederos del comprador engañado, etcétera).<sup>200</sup> Por lo mismo, dado el discurso que estaba desarrollando el jurista, es lógico que D.39.4.1.5 se haya referido a siervos ajenos y a hombres libres poseídos de buena fe, y que se encontraban en la misma situación que motivó su referencia en D.39.4.12.2. No había por tanto diferencia entre D.39.4.1.5 y D.39.4.12.2 respecto al tipo de siervos ajenos y hombres libres a que aludían.

Lo expresado no es banal. Evidentemente no es lo mismo la hipótesis de esclavos que trabajan para los publicanos por haber sido arrendados a sus dueños para recaudar impuestos, o de hombres libres contratados (arrendamiento de servicios) por publicanos con igual finalidad, que la hipótesis de “siervos ajenos” u “hombres libres” poseídos de buena fe como *servi* por parte de uno o más publicanos. En la segunda hipótesis, dada la creencia en que estaban los publicanos, eran esclavos propios para todos los efectos prácticos, y por ello, como es natural, formaban parte de la “familia”. De esta forma, no se trataba de que el concepto de familia fuera tan amplio que incluyera “siervos ajenos” u “hombres libres”, o que con el tiempo se haya ampliado a éstos. Simplemente los siervos ajenos y los hombres libres poseídos de buena fe como esclavos que trabajaban para la organización publicana, eran en efecto esclavos, y como tales formaban parte de su “grupo de esclavos” (familia). Ya se había hecho referencia a la posibilidad de dar en noxa precisamente a los esclavos poseídos de buena fe en este capítulo (romano I, inciso 2).

Aunque huelga decirlo, hago presente que es evidente que si el esclavo ajeno fue arrendado a su dueño o el hombre libre fue contratado por un publicano, en caso alguno éste podría haberlo estado poseyendo de buena fe.<sup>201</sup>

No habiendo entonces contradicción entre D.50.16.195.3 y los pasajes de D.39.4.12 pr. y D.39.4.1.5, no es posible compartir la idea que de las acciones *per quod familia publicanorum vi ademerit* y *per familia publicanorum furtum fecisse dicitur* dieron lugar a una responsabilidad objetiva, por el hecho de los dependientes de la empresa concesionaria de la recaudación de impuestos, sin limitación alguna de responsabilidad. Las providencias pretorias indi-

<sup>200</sup> Así, en la palingenesia de Lenel, bajo “*De liberali causa*”, encontramos “*Si ex libertate in servitulem etc*” (40.12.8; 7.7.6); “*Si controversia erit etc*” (40.12.10; 40.12.12 pr-4); “*Si quis ei cui bona fide serviebat etc*”; (40.12.12.6); “*Si quis, cum se liberum esse sciret etc*” (40.12.14 pr. 1; 40.12.14.2; 40.12.16 pr. 1; 40.12.16 2-4; 40.12.18 ; 40.12.20; 40.12.22), referidos al tema indicado y, a continuación, bajo “*De publicanis*”, “*Quod publicanus vi ademerit*”, dentro del que estaba D.39.4.1.5. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1960, V Alterum, Graz, p. 758.

<sup>201</sup> Precisamente por ello las normas de la *locatio operarum* no se podían aplicar para efectos de regular daños provocados durante la posesión de buena fe. Valditara, *Superamento*, cit., p. 396.

cadavés sólo tenían aplicación a los siervos ajenos o a los hombres libres, en cuanto se encontraban poseídos de buena fe como esclavos por los publicanos, y como tales, quedaban sujetos al estatuto de los *servi*. Es decir, podría el publicano exhibirlos, o podían ser objeto de tormentos, o bien podían ser dados en noxa por el publicano, o bien éste podía limitar su responsabilidad mediante el pago de una pena equivalente a lo que pagaría un hombre libre.

En otras palabras, el esclavo ajeno poseído como siervo de buena fe era tratado como esclavo de propiedad del publicano mientras no se acogiera la demanda reivindicatoria de un tercero que reclamase dominio sobre su persona; y el hombre libre poseído de buena fe por un publicano, era tratado como *servus* de éste hasta que una sentencia en *causa liberalis*<sup>202</sup> lo declarase precisamente hombre libre.<sup>203</sup> Todo ello sin perjuicio que en caso de pretender el publicano la *noxae deditio* del poseído de buena fe, en el juicio noxal respectivo, se alegara el dominio ajeno o el carácter de hombre libre (por ejemplo, D.9.4.42 pr.).

Aclarado que los siervos ajenos y los hombres libres poseídos de buena fe como esclavos por los publicanos eran tratados como esclavos simplemente para efectos de los edictos *quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur* y *quod familia publicanorum vi ademerit*, se comprende que no es necesario llenar ningún vacío, ni menos hipotizar que se aplicaba la *actio adversus nautas, caupones et stabularios*. Y para el caso que el publicano no lograra limitar su responsabilidad mediante la noxa, producto del éxito de la demanda reivindicatoria o de reclamación de la libertad, dejó constancia de que aún en este ámbito, la tendencia fue proteger patrimonialmente al poseedor de buena fe (*dominus* aparente), por tanto al publicano en los edictos tratados, intentando la jurisprudencia que soportara el detrimento patrimonial la persona misma del delincuente. Una muestra de ello son D.40.12.12.6 y D.9.2.13.1, en los cuales se comprenden una *actio in factum* por daño doloso y la posibilidad de recurrir también a la *actio ex lege Aquilia*, para que el *dominus* (que

---

<sup>202</sup> Sobre procesos en que hombres libres que se encuentran en estado de esclavitud o viceversa, véase Marrone, *Istituzioni*, *cit.*, p. 199.

<sup>203</sup> En este sentido Valditara, quien expresamente señala que mientras la sentencia de la *causa liberalis* no hubiese aclarado la real condición del siervo aparente, el poseedor de buena fe podía ser demandado en vía noxal como cualquier otro sujeto que ejercitara la potestad de un esclavo (*Superamento*, *cit.*, p. 409). Asimismo, comentando esta obra, Cannata, “In tema di “Aestimatio rei” nella azione aquiliana”, *SDHI*, núm. 58, 1992, p. 405.

Se debe tener presente que aunque pudiera un sujeto tener de forma original la calidad de hombre libre, conforme a las circunstancias se podía denegar el reconocimiento de ella. En este sentido, por ejemplo en D.40.12.7.2 consta que se deniega la reclamación de libertad al hombre libre que comprado por quien sabía de su condición (mala fe), es vendido después a quien lo ignoraba (buena fe).

no era) se pudiera resarcir de los daños causados por un hombre libre poseído de buena fe, entre ellos, el pago de la *litis aestimatio* en un juicio en que fue demandado noxalmente por un hecho del supuesto siervo, y que luego éste, tomando conocimiento de su situación, pidiese que se le liberase. Así lograba el propietario de buena fe el regreso de lo pagado, bajo el concepto de daño causado. Incluso, se podía ejercer la acción de resarcimiento en el mismo juicio de libertad (D.40.12.41.1).<sup>204</sup> De igual forma D.9.4.11, respecto del esclavo ajeno, conforme al cual el poseedor de buena fe demandado con la reivindicación, puede oponer la excepción de dolo o conseguir por el ministerio del juez una indemnización.

#### IV. CONCLUSIONES PARTICULARES

De todo lo dicho me parece que es bastante claro que la noxalidad operaba como límite indemnizatorio, apreciación no sólo que puede efectuarse hoy, pues ya en la época clásica del derecho romano existía entre los juristas conciencia de dicho rol. Tampoco es una apreciación personal, dado que ha saltado a la vista de los propios romanistas. Por ejemplo Branca afirma, sintetizando lo que he señalado en las líneas precedentes, que “nel sistema dei classici la consegna dello schiavo appare, dal lato passivo, un vantaggio offerto al domino, una mera facoltà (facoltà, si badi, nel senso di alternativa d’un *obbligo*) che si spiega agevolmente con lo scopo di limitare il sacrificio entro il valore della persona per cui si risponde”.<sup>205</sup>

Asimismo, es el efecto práctico limitativo lo que permite comprender su expansión desde la ley de las XII Tablas en adelante, como también diversos mecanismos “correctivos” creados por la jurisprudencia para la mantención de dicha función. Ello queda de manifiesto en las soluciones adoptadas a propósito de pluralidades concurrentes (varios daños; dos o más víctimas de daños por el mismo *servus* o *filius*; dueño y esclavo como coautores; dos o más dueños de un mismo esclavo, etcétera). En particular, cabe destacar el caso de dos o más esclavos delincuentes, que actuaban bajo la figura de la “familia”, concepto al cual se le ha dado modernamente el carácter de criterio

---

<sup>204</sup> En todo caso, de aceptar la extensión del concepto de familia, que existiese un vacío en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable al caso, y que éste hubiese sido el mismo de los *nautae cauponae stabularii*, debe incluirse por lógica la acción de regreso y la respectiva cesión de acciones como instrumentos destinados a trasladar el peso de la condena, desde el publicano que pagó al verdadero culpable. Sin perjuicio de las acciones contractuales derivadas del contrato de *locatio-conductio* con el *dominus* respectivo por los servicios del esclavo ajeno y del mismo celebrado con el hombre libre.

<sup>205</sup> Branca, *Danno temuto*, núm. 60, p. 285.

de atribución de una responsabilidad objetiva, al desembocar su aplicación en la obligación de pagar una pena por hechos ajenos. A su respecto, existió primero una intervención expresa del pretor a través del edicto *familia furtum fecisse videtur*, que llevó a la aplicación analógica a otras figuras (*actio per quod familia publicanorum vi ademerit*, *actio per familia publicanorum furtum fecisse dicitur* y *actio damni vi hominibus armatis coactisve dati* y *actio damnum iniuria datum*), como asimismo a la consagración definitiva del principio que toda vez que una *familia* cometía un delito que no configurara un ilícito individual respecto de cada esclavo participante, el *dominus* podía limitar el detrimento patrimonial al valor de la pena a la que habría sido condenado un solo hombre libre. La tendencia limitativa jurisprudencial por tanto me parece nítida.

El carácter de límite de la noxalidad explica también la resistencia de ésta y de su continuidad en la aplicación, a la evolución conceptual que desde la época clásica hasta Justiniano sufrió la responsabilidad derivada de daños. En efecto, esta evolución significó por una parte (como vimos en capítulo primero, romano II) el desarrollo de la culpa como requisito que ya en Justiniano se advierte como autónomo para que pudiera aplicarse la sanción por un delito de daños; y por otra, el concepto mismo de daño que es conceptualizado a través del *id quod interest*, en vez de la *aestimatio rei*.

Así, a pesar del desarrollo de la culpa, el criterio de atribución de la responsabilidad no cambió, respecto de los animales, esclavos o hijos de familia. Por los hechos dañosos de éstos, siguió respondiendo el “actual” *dominus* y el “actual” *pater familias*. En otras palabras, no se imputaron los perjuicios al dueño o titular de la potestad “culpable”, que por su falta de vigilancia o mala elección permitió la producción del daño. Ello porque condenar a un sujeto “culpable”, y no “actual” titular de dominio o potestad sobre el delincuente, habría implicado la imposibilidad para él de limitar su responsabilidad mediante la *noxae deditio*. Es decir, se mantuvo la exigencia que fuese el “actual” propietario, pues era el único legitimado para entregar en noxa al animal, al esclavo o al hijo de familia, de modo de conseguir el efecto limitativo.

Por otra parte, no obstante la asunción de un carácter reipersecutorio de la *actio legis aquiliae*, en desmedro de la característica penal clásica, la noxalidad no desapareció. La explicación nuevamente se encuentra en la posibilidad de limitar el detrimento patrimonial que la *noxae deditio* del esclavo, animal o hijo de familia otorgaba al demandado. Aunque no se entendiera la condena como una pena, sino el resarcimiento del *id quod interest*; y aunque la reparación fuere lo central y no la persecución personal del delincuente, ambos elementos que pudieran haber hecho desaparecer la noxalidad, ésta se mantuvo. No podía ser de otra forma, pues era una herramienta fun-

damental para limitar cuantitativamente la responsabilidad por los hechos ajenos y por los animales.

En resumen, una institución de probable origen antiguo, con su inserción excepcional en la Ley de las XII Tablas y su expansión posterior, dotó al sistema penal romano, en especial en materia de daños, de un exquisito instrumento regulador de la responsabilidad, permitiendo la armónica concurrencia de específicos casos fundados en criterios objetivos de atribución, con las generales hipótesis basadas en criterios subjetivos (capítulo primero).

Ni el pretor, ni los juristas tuvieron “temor” de atribuir la responsabilidad por el hecho del sujeto a potestad al *dominus* o al *pater familias*, ni que tal traslado resultare una “gran injusticia” al obligarlo a responder sin culpa, al existir conciencia que el propietario podría limitar cuantitativamente dicha responsabilidad a través de la noxa.

## CAPÍTULO TERCERO

### DAÑO CAUSADO POR EL HECHO DE LOS ANIMALES: LA *ACTIO DE PAUPERIE* Y EL EDICTO DE FERIS

#### I. LA *ACTIO DE PAUPERIE*

La responsabilidad por el hecho de los animales es el tema que trataré de más antigua data, pues la materia ya habría estado contenida en la ley de las XII Tablas a través de la *actio de pauperie*, sin perjuicio otros varios tipos penales relacionados.<sup>206</sup>

##### 1. *Los textos y el contexto*

Según cita de Ulpiano en D.9.1.1 pr., en la tabla 8.6 se habría contenido el siguiente texto:

*Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxae offerri.*<sup>207</sup>

El pasaje abre el libro IX, título I del Digesto, cuya materia se sintetiza en I.4.9 pr. Hago presente el punto pues permite tener conciencia que se trata de una síntesis del recorrido y aplicación de una institución luego de 1000 años desde sus primeros antecedentes “legales” (mitad siglo V a. C.). La cita ha sido en forma particular ratificada por otra fuente indirecta,<sup>208</sup> como son las Sentencias de Paulo, que aluden expresamente a ella en similares términos.<sup>209</sup>

<sup>206</sup> Como fue la *actio de pastu pecoris* por daños derivados del pastoreo, en las tablas 8, 7 (D. 19.5.14.3; PS I.15.1) y la *actio de frugem pavisse ac secuisse* (Plin. N. H. 18, 3, 12).

<sup>207</sup> “Si se dijese que un cuadrúpedo había causado daño, derivase una acción de la ley de las Doce Tablas; cuya ley quiso o que se diese lo que causó el perjuicio, esto es, el animal que hizo el daño, o que se ofreciese el importe del daño”.

<sup>208</sup> Sobre la transmisión, véase pp. XVIII y XIX obra citada en nota siguiente. Sobre las dudas acerca del título, fecha de composición y autor, pp. XXI-XXIII.

<sup>209</sup> PS I, 15.1: “*Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat. quod etiam lege pesolonia de cane*



Las noticias acerca del contexto histórico en que nació la *actio de pauperie* en la mitad del siglo V a. C. son escasos, aunque es posible imaginar al delito consagrado en la tabla 8.6 enmarcado en una sociedad rural, “precívica e proto-urbana”,<sup>210</sup> cuyas actividades principales de subsistencia eran el pastoreo y la agricultura. En ambas se advierte la presencia de animales, ya sea como objeto de la actividad (la primera), o bien como instrumento para su desarrollo (la segunda). Las posibilidades de contacto de los animales con otros ajenos, con personas y demás bienes materiales de éstos debieron ser frecuentes, así como habituales los daños generados con sus diversos movimientos, al punto de dar lugar a una figura delictiva (se debe pensar en animales que destruyen una siembra ajena con sus pisadas; o instrumentos de arado; o causar lesiones o muerte a rebaño ajeno; etcétera). La imaginación, como dije, puede generar una larga lista de hipotéticas de daños. La inclusión de una sanción por daños derivados de la actividad de cuadrúpedos en la ley decenviral, debió constituir entonces “el paso” de la composición privada a una social,<sup>211</sup> en la solución de los conflictos de interés que pudieron generar las acciones de los animales.

Asimismo, es este imaginable contexto el que explicaría su denominación (no se utiliza el término antiguo *noxia* ni el más moderno *damnum*, sino *pauperie*). La mayoría de los autores aceptan que al derivar *pauperie*, de *pauper*, *paucus*, habría aludido al “empobrecimiento” que el daño propiamente sufrido generaba, dada la imposibilidad o dificultades de productividad derivadas.<sup>212</sup> Y si bien algunos dudan de esta explicación,<sup>213</sup> lo interesante a destacar es la motivación histórica que llevó a la especial disposición en las XII Tablas, como fue la estrecha relación que existía entre animales y economía de la época.

---

*cavetur*” (si un cuadrúpedo causó un menoscabo o infligió daño o devoró algo, se da una acción contra el dueño para que pague la estimación del daño o entregue el cuadrúpedo: lo cual también se previene sobre el perro, por la ley Pesolania). Irigoyen Troconis, Martha, *Julio Paulo sentencias a su hijo*, libro I, 1a. reimp, Universidad Autónoma de México, 1995. Las siguientes traducciones de las PS siguen esta obra.

<sup>210</sup> Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 10.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>212</sup> Giangrieco Pessi, *op. cit.*, 97, p. 101; Marrone, *Istituzioni*, *op. cit.*, p. 513, nota 291; Rodríguez-Ennes, “Delimitación conceptual del ilícito edilicio de feris”, *IURA*, núm. 41, 1990, *cit.*, p. 73, nota 65.

<sup>213</sup> Watson restringe los daños contenidos en *pauperie* a “the instruments of production” (esclavos y pecudes), excluyendo una disminución patrimonial en general. Watson, Alan, “The original meaning of *pauperize*”, *RIDA*, núm. 17, 1970, pp. 361 y 362. No obstante las críticas a esta reducción del autor, no deja de ser interesante la relación que efectúa con el Capítulo 1 de la *lex Aquilia*. Desecha esta reconstrucción limitativa, Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 104.

Los sucesivos cambios históricos llevaron de forma evidente a la modificación de las situaciones de daños causados por animales, en especial en cuanto al tipo de daños y el espacio en que ello ocurría. Fueron perdiendo habitualidad los riesgos de animales destinados a la agricultura y al pastoreo, adquiriendo mayor relevancia daños provocados por otro tipo de animales (por ejemplo perros, cuestión que nos resulta bastante más cercana). Mas, la inclusión de la *actio de pauperie* en la ley decenviral, determinó el nacimiento de una figura de responsabilidad por el daño de los animales, con una fisonomía técnica que ha perdurado en el tiempo.

Ahora bien, el hecho básico que generaba responsabilidad era el daño causado por “*quadrupes*”, de manera que la acción en comento, aparentemente restringía la sanción de daños causados por animales, en base a una doble limitación material: el número de pies que tuvieran y su ferocidad. Sin embargo, la cuestión no es tan fácil, dada la antigüedad de la acción y las transformaciones sociales advenidas, consideraciones que se deben tener muy presentes a la hora de tratar la *actio de pauperie*.<sup>214</sup> Incluso, en un principio parece que se debió entender sólo como “ganado o animal de tiro y

---

<sup>214</sup> En principio, bípedos (por ejemplo gallinas) o reptiles (por ejemplo serpientes), no daba origen a la aplicación de la disposición. Lo confirma D.9.1.4 (Paulo), según el cual la acción por daños de otros animales procedía por vía útil y no mediante la misma *actio de pauperie* civil, así por ejemplo Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 161; Guzmán Brito, *Derecho privado romano, cit.*, t. II, p. 267. Asimismo por D.9.1.1.10, que excluía la aplicación de la acción a los daños causado por fieras, en razón de su “natural ferocidad” (“*naturalem feritatem*”), aunque se tratara de cuadrúpedos.

Sin embargo, el concepto de “cuadrúpedo” no da cuenta de la significación de la palabra en cuanto tal, sino de un sentido práctico que fue acogido en la ley decenviral. La intención no fue “limitar” los animales causantes de daños sólo a aquellos que tuviesen cuatro pies, sino que de forma sencilla “no habían otros” a la época que provocaron *pauperie*. La *actio* en estudio se configuró a partir de la realidad del siglo V a. C., y de acuerdo al problema que a través de ella se intentaba solucionar. Los animales que quizá podían causar los daños que la acción pretendía sancionar sólo eran “cuadrúpedos”.

Al momento de la dictación de las XII Tablas existían diversas especies de aves, y por ende, animales bípedos conocidos. Empero, o bien estas aves eran “salvajes” y no había entonces propietario demandable, o bien las “domesticadas” y con dueño identificable, no producían ningún daño relevante (por ejemplo Gallinas). Luego, es un hecho que animales como los reptiles (ni cuadrúpedos ni bípedos), o bien no eran conocidos en el instante del acto legislativo (por ejemplo serpientes); o, aunque conocidos, o no estaban en grado de causar daños, o no eran objeto de dominio, con lo cual resultaría imposible la eventual aplicación de la *actio* y su objeto vindicadorio/reparatorio.

Al contrario, ciertos animales participaban de la categoría “cuadrúpedos”, de forma potencial podían provocar daños (fieras), pero se excluían. Si tomamos ejemplos de D.21.1.40.1 (edicto *de feris*), como el lobo (incluso sustenta la leyenda de Rómulo y Remo), eran conocidos mas, si se mantenían en condición salvaje, no contarían con un propietario que respondiera por sus daños; otros, en forma directa fueron desconocidos a mitad del siglo V a. C. (por ejemplo osos, panteras y leones).

carga” (aunque de forma técnica la romanística discute aún si *quadrupes*, en la *actio de pauperie*, se identificaba o no con las *res Mancipi*).<sup>215</sup>

El legislador decenviral lo que observó fue que tenían lugar *pauperie* provocados por animales que formaban parte de la realidad social de la época, o sea, por los animales que constituían la base de la economía del momento: ovejas (*pecunia*, usado como medio de intercambio antes de la moneda, de *pecus*), bovinos, cerdos (su crianza sería tan antigua como la de ovejas y bovinos), caballos, asnos, mulas, cabras, etcétera (Gallo ha planteado que en la región del Lazio habían a la época bueyes, caballos, mulas y asnos en estado salvaje, en *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi*, Turín, 1958, p. 47, tesis refutada por Rodríguez-Ennes basado en textos de Varrón y Plinio, asegura que para los romanos, los citados animales jamás fueron “animales selváticos”, en Rodríguez-Ennes, Luis, *Estudio sobre el edicto edictum de feris*, Madrid, 1992, p. 40.

Éstos eran los animales que tenían contacto con los hombres, probablemente todos considerados *res Mancipi*, y que provocaban con sus acciones daños, ya fuese producto de movimientos espontáneos o bien incitados por sus propietarios o terceros. Característica común a todos ellos era que se trataba de “cuadrúpedos”. Esta observación quedó plasmada en las XII Tablas. Giangrieco Pessi, *op. cit.*, pp. 125-127.

El problema del uso del término “cuadrúpedo” estuvo en que si bien al principio identificaba de forma correcta al grupo de animales que provocaban daño y por los cuales se respondía, con el paso del tiempo comenzó a ser un término estrecho, que no daba cuenta con exactitud de la realidad. En este sentido, ya sea con fines productivos o no, se incorporaron bajo dominio animales de cierta peligrosidad conocidos en un principio o que se conocieron gracias a la extensión de las conquistas romanas. Mientras se tratase de animales con cuatro pies, el resultado dañoso aún se podía demandar a través de la *actio de pauperie*. Mas, ello hasta que fue necesario la dictación del edicto *de feris* que trataré luego. Es éste entonces el que explica el comentario de Ulpiano en D.9.1.1.10, sin pensar que se trató de una limitación original. Por ende, no es que en un principio la *actio de pauperie* tuviera como límite en su aplicación la naturaleza feroz de los animales, sino que los cuadrúpedos que entrasen en esta categoría, y sólo a partir de su dictación, quedaban sometidos a una reglamentación especial.

La incorporación de animales no cuadrúpedos a la sociedad y economía romana, si no se trataba de una fiera a la cual se le aplicase el edicto *de feris*, se topó con el término “cuadrúpedo” utilizado en la ley, el cual al parecer resultó un término insuperable para la jurisprudencia, se debía recurrir al instrumento alternativo de la *actio utilis* (D.9.1.3.4).

Sin embargo la tendencia, sustancial y procesal en el derecho post clásico, fue más bien a la superación de cualquier distinción derivada del número de pies, de manera que, fuese cuadrúpedo o bípedo, la *actio de pauperie* sería igualmente aplicable. Incluso más, si bien existió continuidad de la vigencia del contenido del edicto *de feris*, I.4.9 reconoce, además de la acción edilicia por daño provocado por fieras, la procedencia de la *actio de pauperie*. Esto, según dice el pasaje, porque concurriendo varias acciones penales “a un mismo objeto”, nunca una extingüía a la otra. De esta manera, con Justiniano se acepta el ejercicio de la *actio de pauperie* incluso en la hipótesis de daños causados por fieras.

Por último, cabe señalar que no obstante lo anterior, el término “cuadrúpedo” a propósito de en la *actio de pauperie* se mantuvo (aunque en las *Institutiones*, “*quadrupes*” sólo es usado en el título, porque en el texto se habla genéricamente de *animal*). Sin embargo, de ser entendido desde el principio como “ganado o animal de tiro y carga” en el siglo V a. C., pasó a significar sólo “animal” al siglo V d. C.; o al menos “animal no feroz”, si se quiere distinguir la acción *de pauperie* de la acción *de feris*.

<sup>215</sup> Me parece por lo dicho en nota anterior que en un principio sí había identificación, al designar la categoría *res Mancipi* a los bienes productivos relevantes (*instrumenta fundi*). No

Con el transcurso del tiempo surgieron nuevas providencias para hacer frente a daños causados por animales no cuadrúpedos. En este sentido, no sorprende el ejercicio de la *actio de pauperie* por vía útil, en el caso que el daño era causado por un animal doméstico “distinto a un cuadrúpedo”, según consta en texto de Paulo en D.9.1.4 (habría que entender que comprendía en especial a los animales bípedos).<sup>216</sup> Además, en las *Pauli Sententiae* (I. 15,1) se da cuenta de una *lex Pesolania*, que habría extendido la *actio de pauperie* a los daños provocados por perros. Al final, se debe considerar la dictación del edicto *de feris*, el cual reguló la tenencia de bestias feroces, el que se tratará por separado.

En cuanto al legitimado pasivo de la acción por el hecho del cuadrúpedo, ya adelanté en el capítulo anterior a propósito de las características de la noxalidad (capítulo segundo, romano I, inciso 3), que la *actio de pauperie* se ejercía contra el “dueño actual” del cuadrúpedo, y no el titular de la propiedad al momento en que tuvo lugar el perjuicio que se demandaba (D.9.1.1.12).<sup>217</sup>

También ya se ha señalado que sin perjuicio de algunas dudas respecto del carácter noxal en origen de la *actio de pauperie* (capítulo segundo, romano I, inciso 1), ninguna influencia en definitiva tiene esto respecto de la facultad en sí para el demandado y condenado con *actio de pauperie*, o de dar al animal en *noxae* al actor, librándose de toda ulterior responsabilidad, o de pagar la condena efectivamente (capítulo segundo, romano I, inciso 2). Todo ello

---

así en cambio después, debido a que el listado de los *quadrupes* de cuyos daños se respondía se amplió, con la incorporación de nuevas especies de animales a la actividad económica, mientras la categoría de las *res Mancipi* se mantuvo taxativa. Respecto a este último aspecto, los textos de Gai. 2.15 y Gai. 2.16 dan cuenta de la crisis de la distinción (con posiciones opuestas de Nerva y Próculo), cuya rigidez cada día se adecua menos a las nuevas realidades. Camellos y Elefantes podían ser domesticados y cumplir funciones de tiro y carga, pero la duda era si se podían considerar *res Mancipi*. La superación de la distinción por la realidad, llevó a su desuso en época imperial, siendo abolida con Justiniano.

Estoy de acuerdo que la taxatividad de las *res Mancipi* no se puede extender a los *quadrupes*, pues la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* se fundaba en las formalidades exigidas para la transferencia de las cosas: las primeras mediante *Mancipatio* y las segundas mediante *traditio* (Gai. 2.22; Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 140; Capogrossi Colognesi, Luigi, *La struttura della proprietà e la formazione dei “iura praediorum” nell’età repubblicana*, Milán, Giuffrè, 1976, t. I, p. 358). Por lo tanto, que *res nec Mancipi* formasen parte de los *quadrupes*, al único que afectaba era al propietario que quisiera dar en noxa al animal, en cuanto debía realizarla mediante tradición. No imagino que a la víctima de un daño se le negase la *actio de pauperie*, en razón que fue una *res nec Mancipi* la que había provocado el daño; o sea, que se negase la reparación por una mera cuestión de formalidades de transferencia del animal que causó *pauperie*. Si se toma el ejemplo de Gayo, camellos y elefantes domesticados eran *quadrupes*, mas para efectos de la *noxae deditio*, *res nec Mancipi*.

<sup>216</sup> Véase nota 214.

<sup>217</sup> Ratifican D.9.1.1.15, D.9.1.1.16 y D.9.1.1.17.

conforme la última parte del texto citado de D.9.1.1 pr: “*quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal, quod noxiam commisit*”; al hecho que los textos ulpianos siguientes giran en torno a la *noxae deditio* del animal; y que las *Institutiones* reiteran que la ley decenviral consagraba una *actio noxalis* (I.4.9 pr.) en la materia. Por último, indiqué (capítulo primero, romano I, inciso 6) que esta posibilidad se extinguía en caso de muerte del animal después de la contestación de la demanda (D.9.1.1.14 y D.9.1.1.16).

Por otra parte, hay autores que han creído ver diversas posibles interpolaciones en D.9.1.1 pr, negándole entonces autenticidad.<sup>218</sup> Mas, dichas críticas textuales dejan a salvo la frase “*aut dari id quod nocuit*”, de manera que a pesar de las dudas respecto a los *verba*, la facultad que tenía el propietario de “dar lo que causó el perjuicio”, al menos en época clásica, y aunque abstracta,<sup>219</sup> sigue intacta.<sup>220</sup>

<sup>218</sup> Varios autores creen interpolada la frase “*id est – commisit*”. Haymann, Franz, “Textkritische studien zum römischen obligationenrecht”, *ZSS*, núm. 42, 1921, p. 372; seguido por Biondi, *Actiones noxales*, cit., p. 13; y Lenel, Otto, “Die Formeln der actiones noxales”, *ZSS*, núm.47, 1927, p. 7. Biondi además estima que el pasaje no debió hablar de “*noxiae*”, sino de “*damni*”, como se encuentra en PS I,15 pr., *Idem*. Solazzi, además de estar de acuerdo a Haymann y Biondi, destaca diversas “imperfecciones” formales: “*quadrupes*” desentonaría con el neutro “*id est id animal rell.*”; “*descendit*” está en presente y “*voluit*” en perfecto; y el “*offerre*” de la Florentina es erróneo, en lugar de “*offerr*”. Mas, su crítica más importante, como el mismo destaca, es el hecho que el pasaje no indica el legitimado pasivo de la acción, que sería lo que Ulpiano se proponía ilustrar. El texto original, en su concepto, habría sido parecido a PS I,15 pr. “*si quadrupes pauperiem fecerit... in dominum actio datur rell.*”. Un erudito posclásico habría sacrificado “*in dominum actio datur rell*” por la noticia histórica “*actio ex lege... descendit*”. Solazzi, Siro, *Studi sulla tutela*, Facoltà di Giurisprudenza di Modena, núm. 9, Modena, 1925, I, p.10. Lenel en cambio considera “*aut – offerre*” auténtico, *Idem*. Véase *Index Interpolationum*, Suppl. I, cit., 145.

La situación del pasaje sería (en cursivas el texto resultante): “*si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, [id est id animal, quod noxiam commisit], aut aestimationem [noxiae] <damni> offerri*”.

<sup>219</sup> Observaba Lenel que si se elimina la frase *id est – commisit*, la expresión del objeto a ser entregado (*id quod nocuit*), queda un tanto abstracta (*ZSS*, núm. 47, 1927, 7), sobre todo si se piensa en una acción circunscrita a un tipo particular, como es el daño causado por cuadrúpedos, e introducida según el pasaje en comentario en una ley con tipos muy precisos. Sin embargo, esto es un problema para quienes han pretendido la interpolación, y no para reconocer la facultad que comentamos. En la *actio de pauperie*, lo que causa el perjuicio es sin dudas un cuadrúpedo (animal), y éste puede ser entregado por el propietario a la víctima, sin ulterior responsabilidad.

A su vez, la *Pauli Sententiae* (PS I,15.1), no obstante sus dificultades, refuerzan con su alusión el contenido de la *actio de pauperie*, como asimismo la clasicidad de la facultad del propietario, dado que el eventual autor original (Paulo) fue contemporáneo al redactor de D.9.1.1 pr., Ulpiano. De hecho, Biondi (cita anterior) utiliza como argumento para entender sustituido *damni* por *noxiae* es precisamente el texto de la citada sentencia.

<sup>220</sup> No deja de ser importante el hecho que autores que han pretendido la existencia de interpolaciones al pasaje, reconocen en todo caso, la facultad en comentario del propietario.

Por otro lado, D.9.1.1 pr. pende de las dudas sobre la existencia misma de las XII Tablas, pues la negación de éstas implicaría a su vez la negación completa del pasaje. Pero, sobre todo, significaría que la facultad de dar en *noxae* el animal habría tenido un origen clásico. Mas, ante la falta de fuentes que permitan una afirmación en este sentido, parece que no se puede sino admitir que se está de frente a un tipo penal de mitad de siglo V a. C. Los autores en general aceptan de forma verosímil esta posibilidad.<sup>221</sup>

Parece que no podría ser de otra forma. Resultaría muy poco explicable, y no se ve la razón para ello, que se hubiera introducido a través de una desconocida fuente una acción, en época también indocumentada, plenamente desarrollada y vigente en derecho clásico, pero atribuida por ignorados motivos al legislador de las XII Tablas. Suena muy poco sensato. Lo lógico es aceptar como verosímil el nacimiento decenviral de la *actio de pauperie* con el contenido señalado. Es cierto que pueden existir dudas respecto de los *verba* exactos, como de todas las XII Tablas, mas por ello no se debe negar la presencia sustancial de la facultad del *dominus*.<sup>222</sup>

De esta manera, a pesar de las dudas hechas presente en las anteriores líneas, el reconocimiento al *dominus* de la facultad de entregar el cuadrúpedo causante del daño a la víctima, y la consiguiente liberación de responsabilidad personal para él se mantienen inalteradas. Por tanto, “il dato testuale difficilmente controvertibile è che il passo ulpiano prevede esplicitamente la possibilità per il *dominus* dell’animale di liberarsi della sua responsabilità con la *nox a deditio*”.<sup>223</sup>

## 2. Movimiento contra naturam del cuadrúpedo: presupuesto de la acción y límite material a la responsabilidad del propietario

Se encuentra en D.9.1.1.7, el siguiente texto tomado de los Comentarios al Edicto de Ulpiano, donde se fijaba una regla general en la materia:<sup>224</sup> “et generaliter haec actio locum habet, quotiens *contra naturam* fera mota

---

En este sentido Biondi, quien a continuación de su crítica interpolacionista, afirma que “la consegna dell’animale” resulta “ammessa indiscutibilmente dalla legge con piena efficacia liberatoria”, *Le actiones noxales, cit.*, p. 13.

<sup>221</sup> Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 307.

<sup>222</sup> Véase notas 30 y 36

<sup>223</sup> Giangrieco Pessi, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

<sup>224</sup> Giangrieco Pessi de acuerdo en que es una regla general, *op. cit.*, p. 49. Ubaldo Robbe en contra, “La actio de pauperie”, *RISG*, núm. 7, 1932, p. 346.



pauperiem dedit”.<sup>225</sup> La *actio de pauperie* entonces, no habría procedido en todo caso de daño causado por cuadrúpedos, sino sólo en aquellas hipótesis en que el detrimento tenía su causa en un movimiento “contra naturaleza” del animal. A *contrario sensu*, si los movimientos del animal fueron *secundum naturam*, la *actio de pauperie* era improcedente, sin perjuicio de concurrir los presupuestos de otras acciones penales.

El texto ha dado lugar a un largo debate en la romanística, tanto respecto a la época a la cual pertenece la referencia al *contra naturam*, como al sentido y alcance de la expresión.

En cuanto a la época, la duda es si se trata de un pasaje auténtico, y por tanto expresión de requisito clásico del siglo III d. C., o bien dice relación con una inserción compilatoria, lo que llevaría a estar en presencia de un presupuesto tardo antiguo o justinianeo, desconocido en el origen de la figura como asimismo en su desarrollo clásico. En este último sentido, se califica como interpolado todo el texto o partes de él.<sup>226</sup>

En lo personal las críticas no me generan la convicción que D.9.1.1.7, y en particular la expresión *contra naturam*, sea de autoría compilatoria (o la menos post clásica)<sup>227</sup> Quizás algún manejo formal efectivamente tuvo lugar, lo que es siempre posible, pero no en lo sustancial. Giangrieco Pessi, autor que ha tratado la cuestión, concluye que “la genuinità delle indicazioni che si possono trarre da I. 4,9 pr, ed il confronto con D. 9.1.1.7, sembrano, dunque, confermare la classicità dell’espressione *contra naturam*, (almeno nel senso della sua attribuibilità quantomeno al giurista severiano e non ad un

---

<sup>225</sup> “Y en general, tiene lugar esta acción siempre que la bestia causó el daño movida contra su naturaleza”.

<sup>226</sup> En *Index Interpolationum, Supplementum I*, Weimar, 1929, p. 145, figuran: *respecto todo el §7, KRÜGER*, in *Novum Supplementum*; De Francisci, *Synallagma, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, Pavia, 1916, t. II, p. 66. *Respecto [Et-dedit]*, Haymann, “Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, núm. 40, 1919, p. 199; Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, p. 226, nota 7 y p. 227 núm. I; Pringsheim, *Beryt und Bologna*, Festschrift für Otto Lenel zum Fünfzigjährigen Doctorjubiläum am 16 Dezember 1921, Leipzig, 1921, p. 257. *Respecto [Et-ideoque]*, Beseler, “Miscellanea”, *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, núm. 45, 1925, p. 461. Kerr Wylie, “Actio de pauperie”, *dig. lib. IX, tit. I, Studi in onore di Salvatore Riccobono*, IV, Palermo 1936, pp. 461 y ss. Albanese, “Studi sulla legge Aquilia”, *AUPA*, núm. 21, 1950, 100 e ntt. ivi.. Giangrieco Pessi agrega que no obstante admisibles de forma, “non sembrano inficiare la sostanza del pensiero ulpiano”, *op. cit.*, p. 6, nota 5.

<sup>227</sup> Kerr Wylie de forma expresa afirmó que “the whole idea of an animal acting ‘*contra naturam*’, is post-classic: the classical jurists expressly ruled out any suggestion of an animal being chargeable with wrongdoing or fault”, *Actio de pauperie, cit.*, p. 471. Giangrieco Pessi dedica unas líneas al pensamiento de este autor, basado en Haymann y Levy, concluyendo que sus argumentaciones no convencen, por estar fundadas en reconstrucciones textuales y diferenciaciones no hallables en las fuentes, *op. cit.*, pp. 40 y 41, lo que comparto.

compilatore giustiniano)”;<sup>228</sup> sin perjuicio de otros argumentos en sustento de esta posición. Incluso, si D.9.1.1.7 fuese un texto intervenido por los compiladores justinianos, “non sembra comunque possibile dubitare che lo stesso fosse già esaurito in epoca ulpiana”.<sup>229</sup> A lo más se podría mantener la duda,<sup>230</sup> pues no es posible con certeza negar su autenticidad, caso en el cual por fuerza debemos sólo remitirnos a la única cosa segura: los textos del digesto en su estado actual.

En cuanto al sentido y alcance de la expresión *contra naturam*, no existe una definición o una explicación clara de la misma; mas, en forma conjunta con otros textos es posible entender su idea central. Al respecto, relevantes dos textos: a) D.9.1.1.4,<sup>231</sup> a través del cual Ulpiano cita a Servio, quien habría señalado que “tunc haec actio locum habet, cum *commota feritate* nocuit quadrupes”;<sup>232</sup> y b) I.4.9 pr., que hace aplicable la acción si “*quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint*”,<sup>233</sup> repitiendo lo expresado por Ulpiano con un agregado: “haec autem actio in his quae contra naturam moventur locum habet: ceterum si genitalis sit feritas, cessat”.<sup>234</sup> *Las Institutiones* siguieron entonces a Ulpiano.

Al hacer una relación y una síntesis de los textos precedentes, se concluye que en las fuentes constaría que la acción era procedente en caso que *commota feritate*, la reacción *lascivia aut fervore aut feritate* del animal fuese *contra naturam*; en cambio, la *actio de pauperie* no procedía, *si genitalis sit feritas*.<sup>235</sup>

<sup>228</sup> *Op. cit.*, p. 18.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>230</sup> Ragoni, al comentar la expresión de Kerr Wylie citada en nota núm. 221, señala que “malgrado la logicità degli argomenti apportati, non mi sembra essi siano definitivi al fine di accettare o rifiutare questa interpretazione”. Ragoni, Fabio, “Actio legis Aquiliae, actio de pauperie, edictum de feris: responsabilità per danno cagionato da cani”, *Rivista Internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana, Diritto@Storia*, núm. 6, p. 43, nota 86.

<sup>231</sup> Una de las dudas de la doctrina ha sido si Ulpiano expresa el pensamiento de Servio. Schipani, *Responsabilità*, *cit.*, p. 163. Véase en Giangrieco Pessi, nota 105 otros autores. Ésta analiza en detalle el punto, concluyendo la autenticidad de la cita, pp. 43-49.

<sup>232</sup> “Tiene lugar esta acción, cuando excitada su ferocidad hizo daño un cuadrúpedo”.

<sup>233</sup> “Si verdaderamente hubieren causado un daño por lascivia, o por fogosidad, o por ferocidad”.

<sup>234</sup> “Mas esta acción tiene lugar en aquellos que se mueven contra su naturaleza; pues por lo demás cesa, si la ferocidad fuese congénita”.

<sup>235</sup> Si bien es cierto que algunos autores han pretendido desligar el concepto *contra naturam* de los movimientos o reacciones conforme o no la “naturaleza” de los animales. Así, Schömann pretendió que era una referencia al tipo de daño que los animales causan: ejemplo, las ovejas al pastar causan un cierto daño, que sería el habitual, normal o “natural”; cualquier otro daño, sería un perjuicio *contra naturam*, citado por Giangrieco Pessi, *op. cit.*, pp. 37 y 38. Robbe no le encuentra sentido a la expresión *contra naturam*, luego de ver los ejemplos



La jurisprudencia habría entonces reconocido la existencia de una ferocidad congénita (*feritas genitális*) a cada animal, según su especie: los animales presentan comportamientos o reacciones que se podrían calificar de “normales”, determinados por la información genética —diríamos hoy— de la especie de la cual se trate. Hay un ADN común, que determina el modo en que se comportan los animales frente a las variadas situaciones en que viven o a las cuales se encuentran expuestos. Esto es lo que observan los juristas, y trasladan a regla jurídica.

Cabe tener presente que dicha *feritas genitális* correspondía a un concepto general, que no decía relación con un particular nivel de agresividad, esto es, si era muy agresivo o poco agresivo (manso). A cada especie se le reconocía su propio nivel de *feritas*, de acuerdo a los “antecedentes sociales” existentes a la época. Se podía tratar entonces de un perro, de un caballo o de una oveja, por dar algunos ejemplos, y a pesar de ser especies distintas, el concepto de *feritas genitális* les resultaba aplicable. Lo importante era la circunstancia que cada especie tenía una cierta ferocidad reconocible.

La idea precedente no cambiaba en caso de domesticación o adiestramiento, pues conforme a los mismos comportamientos connaturales, se les debían reconocer ciertas reacciones también como “normales”, en la hipótesis que un animal hubiese pasado por alguno de los procesos citados.

Aceptada la existencia de una *feritas genitális*, correspondía contrastar ésta con el comportamiento que el concreto animal había tenido en el caso sometido a la decisión jurisprudencial, lo que permitiría concluir si las reacciones a los estímulos recibidos fueron *secundum naturam* o *contra naturam*. En el análisis, cuestión importante a identificar y tener presente eran los vicios propios del animal, que si bien eventualmente pudieron ser conocidos del propietario, de forma razonable debían ser considerados como desconocidos para los terceros. Es decir, un comportamiento podía ser habitual en un animal concreto, mas dicho modo de actuar podía estar en disonancia con los de su especie, tratándose de un comportamiento *contra naturam* y de un simple vicio en consecuencia.

Los ejemplos de Servio de animales con vicios (D.9.1.1.4), a continuación de la idea de *commota feritate*, dejan en claro el punto: un caballo coceador (*equus calcitrosus*); un buey acostumbrado a acometer con los cuernos (*bos cornu petere solitus petierit*), y unas mulas muy feroces (*mulae propter nimiam*

---

que siguen a continuación de la expresión, por lo que creyó ver en la expresión *contra naturam* un particular concepto de culpa. Giangrieco Pessi, notas 96 y 97 en p. 39.

Dado que se trata de opiniones disímiles, aisladas y aparentemente forzadas, lo más serio parece que es seguir la primera idea que entrega el texto ulpiano, adoptada por la mayoría de la doctrina.

*ferociam*).<sup>236</sup> En los tres casos los animales tienen comportamientos en lo individual habituales pero que no concuerdan con la naturaleza de su especie. Se trata de vicios que los terceros no estaban en grado de conocer y por tanto las reacciones dañosas que tuvieron se pueden calificar de *contra naturam*, debiendo proceder al otorgamiento de la acción.<sup>237</sup>

De esta manera se concluye que la *actio de pauperie* podrá deducirse cuando el daño que se reclama sea “esclusivamente effetto della risposta sproporzionata dell’animale ad una situazione di normalità e, dunque, sia stata conseguenza di un comportamento anomalo e riconducibile ad un vizio (come tale non imputabile al terzo danneggiato a causa di una propria imprudenza, nell’accezione di comportamento colposo) del carattere dell’animale stesso”.<sup>238</sup>

Ahora bien, la valoración del comportamiento del animal, *contra naturam* o *secundum naturam*, no se realizaba tomando en consideración al animal en sí mismo y sólo de acuerdo a su especie, sino en un contexto de relación con los hombres. Se debe recordar que la acción nace en una época histórica de convivencia de los animales con los antiguos habitantes del Lazio, y respecto de aquellos que en el diario vivir (en pastoreo o en el trabajo) causaban daños, como eran los cuadrúpedos. Esta situación de contacto, como presupuesto de la acción, se mantiene en el transcurso de los siguientes siglos. Por lo antes dicho, he hablado de “reacción”, es decir, del comportamiento del animal que ha seguido a los estímulos que ha recibido de los hombres. Esta es la idea presente en la expresión *commota feritate*.

Conforme a lo anterior, se deduce que el “comportamiento natural” de los animales, para efectos de la aplicación de la *actio de pauperie*, está compuesto por dos elementos: a) movimiento o conducta según la especie a que pertenece; b) que dicho movimiento o conducta haya sido causado por un hombre.<sup>239</sup>

De esta manera, era deducible la acción si se excitaba la ferocidad (*commota feritate*), o en forma particular la lascivia (*lascivia*) o la fogosidad (*fervore*) del animal, al reaccionar éste *contra naturam*, es decir, de manera diversa a cómo debió actuar según el estímulo recibido. Verbigracia, si una persona

<sup>236</sup> Ferrini cree interpolada esta frase. *Digesta Iustiniani Augusti*, Bonfante y otros, Milán, 1931, p. 231, nota núm. 4; citado también en *Index Interpolationum*, Supl. I, t. I, 1929, p. 145.

<sup>237</sup> De forma precisa Giangrieco Pessi concluye que la expresión *feritas commota* “sta ad indicare un impulso impreveduto ed imprevedibile dell’animale che lo porta a porre in essere un comportamento il quale, non rientrando nei comportamenti abituali della specie, non appare ricollegabile alla situazione in cui viene di fatto a determinarsi così da porsi come innaturale”, *op. cit.*, p. 50.

<sup>238</sup> Ragoni, *op. cit.*, p. 13.

<sup>239</sup> En este sentido Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 53.

acaricia un caballo domesticado, y en vez de recibir el cariño sin inconvenientes enloquece, da coces, salta y destruye todo a su paso, es evidente que el equino reaccionó contra su naturaleza. Por el contrario, si una persona se acerca al caballo con un clavo y comienza a punzarlo, es perfectamente posible esperar una reacción como la descrita (D.9.1.1.7). De ahí que frente a una reacción *contra naturam*, la acción se concedía contra el propietario, pues el o los terceros jamás pudieron imaginar el comportamiento del animal, y tomar las providencias del caso. Al revés, en caso de una reacción *secundum naturam*, no se admitía la acción, pues era esperable la conducta del animal, de la cual derivaron los daños.

El resto de los ejemplos atingentes del título D.9.1 no vienen sino a confirmar cuanto se ha expresado. Así, tenemos que D.9.1.2.1 trata el caso del que huye, entra a una tienda ajena y es mordido por un perro amarrado, del cual no se podía esperar otra reacción, pues por algo estaba ligado; en cambio, si estaba suelto, lo esperable incluso para quien huye, era que si está en tal condición, es porque no se trata de un perro agresivo, por lo que se considera que el animal tuvo un comportamiento contrario a lo esperable por los terceros.<sup>240</sup> En D.9.1.5 al parecer entiende Alfeno que la mula olfateada por un caballo que tira una coz como reacción, actúa *contra naturam*.<sup>241</sup>

La no concesión de la acción en contra del propietario no significaba que el daño quedase sin sanción o resarcimiento. Pensemos en el ejemplo del que punzó al caballo con un clavo, dada la reacción *secundum natura*, el *dominus* no era demandable con la *actio de pauperie*,<sup>242</sup> quedándole a la víctima del daño el ejercicio de una acción directa contra el que causó la reacción del animal (*actio in factum ex lege aquilia*, porque el daño no fue causado con el propio cuerpo, según D.9.1.1.7).

Así entonces, la regla del comportamiento del animal *contra naturam*, de acuerdo a lo visto, vino a determinar el confín entre la responsabilidad del dueño del animal, en su calidad de tal, y la responsabilidad de otros posibles sujetos obligados *ex delicto*. Desde esta perspectiva, la regla *contra naturam* constituyó un límite a la responsabilidad del propietario, pues éste no respondía siempre y en todo caso por los comportamientos dañosos de sus animales, sino sólo cuando éstos fuesen una consecuencia de reacciones *contra naturam*. Por el contrario, todos los daños causados por animales *secundum*

<sup>240</sup> Ragoni, *op. cit.*, p. 12.

<sup>241</sup> Comparto el comentario de Giangrieco Pessi, en cuanto este caso se coloca en el límite entre comportamiento natural y no natural, faltando al jurista el conocimiento de la reacción habitual de una mula respecto de un caballo (*op. cit.*, p. 52).

<sup>242</sup> En específico en D.9.1.1.6 se señala que la acción cesa si la bestia causa daño por “hostigamiento de otro” (*instigatu alterius*).

*naturam*, lo eximían de responsabilidad, sin perjuicio, como se ha dicho, de la posibilidad que pudiese responder bajo los términos de la *lex Aquilia*.

Me parece que es imaginable cierta dificultad por parte de los juristas clásicos, que justo estaban desarrollando el concepto de *iniuria* en términos de culpa, la explicación de la atribución de responsabilidad al propietario, por el sólo hecho de ser tal. Ello más aún cuando con el paso del tiempo, el fundamento original de la vendetta en contra del animal se estaba diluyendo. Resulta entonces comprensible que en la jurisprudencia “è ritenuto equo limitare la tutela del terzo alle ipotesi in cui il danneggiamento non poteva essere evitato, in quanto il comportamento dell’animale era imprevedibile”.<sup>243</sup> Era un mínimo paso de justicia debido respecto del propietario.

### 3. La “propiedad actual”: factor de atribución objetivo de la responsabilidad y su rol en la limitación de ésta

El pasaje de D.9.1.1 pr., no contiene ninguna referencia expresa a la “propiedad” del cuadrúpedo;<sup>244</sup> sólo alude a “*aut dari id quod nocuit*”. No obstante ello, es difícil pensar en la aceptación de una tenencia del animal a título diverso, si la alternativa para el demandado al pago de la condena es de “dar” en propiedad el animal a la víctima, pudiendo transferir el dominio sólo un propietario (capítulo segundo, romano I, inciso 2)<sup>245</sup> La interpretación de la jurisprudencia clásica es clara y en este sentido no constituye objeto de litigio en la romanística, la que acepta sin inconvenientes como factor determinante de la legitimación pasiva de la *actio de pauperie* la “propiedad actual” del animal causante del daño demandado.

Luego, ya he afirmado en general que la persecución de la responsabilidad respecto del “propietario actual” en materia de acciones noxales, descarta que la noxalidad haya constituido una institución fundada en la culpa del *dominus* o del *paterfamilias* demandado (capítulo segundo, romano I, inciso 3). Ello porque el elemento “actualidad” de la propiedad deja en claro que el sujeto llamado a responder no tuvo ni pudo tener participación en los hechos dañosos del sujeto a potestad o del animal. No hay conducta alguna de su parte que analizar, y que pudiera llegar a ser calificada de reprochable y por ende culposa. Pareciera entonces que la cuestión no debe-

<sup>243</sup> Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 67.

<sup>244</sup> De hecho es un punto tomado en cuenta para considerar el texto como no auténtico, véase nota 218.

<sup>245</sup> Biondi, *Le acciones noxales, cit.*, p. 14.

ría tener una doble lectura, en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad atribuida: “objetiva”. De ahí que la mayoría esté conteste que en materia de *actio de pauperie* se configuraba una responsabilidad que admite la calificación moderna de “responsabilidad objetiva”.<sup>246</sup>

Otra cosa distinta es la *ratio iuris* de la solución; el por qué fue adoptado como criterio el “propietario actual”. Esta cuestión si se discute, y es a la que dedicaré las líneas siguientes.

Al respecto, opinión de fácil adhesión ha sido la idea que el propietario goza de las ventajas de ser dueño pero debe sufrir también las desventajas asociadas a tal calidad.<sup>247</sup> De ahí el criterio de la “propiedad” aplicado en la *actio de pauperie*: la obligación de responder por los daños causados por los animales habría derivado del mismo derecho de propiedad, como una carga impuesta por éste. Es una explicación coherente para un jurista de nuestros días, empero difícil de aplicar al derecho romano de mitad del siglo V a. C. Desde luego, porque no existía el “derecho”, sino de forma muy simple la propiedad. Pero además, porque aun existiendo, no había a su respecto lo que hoy denominamos una “teoría jurídica del derecho de propiedad” dentro de la cual se contuviesen sus elementos de configuración, facultades y efectos. De ahí que sostener que el fundamento de la atribución de *pauperie* fue deducido por los romanos del propio dominio resulta una idea muy difícil de insertar en el momento histórico de la dictación de la ley decenviral.

Pero por sobre todo, no puede olvidarse que el complemento del criterio era “actual” y no propiedad bajo la cual el animal causó daño. ¿Habría entonces que decir que el propietario gozaba o era gravado con las ventajas o desventajas, respectivamente, que la cosa portaba sobre sí, al momento de la adquisición? ¿Se adquiría el animal en el estado en que se encontraba? Algunos han caracterizado la obligación del propietario como *propter rem*, a partir de la idea que en los cuadrúpedos el daño sigue al causante (capítulo segundo, romano II, inciso 3). Mas, ella no fue manejada en el origen de la *actio de pauperie* ni se puede deducir de los textos supérstites que la manejaba la jurisprudencia clásica.

---

<sup>246</sup> Giangrieco Pessi de forma precisa concluye “che la responsabilità del proprietario dell’animale è una responsabilità oggettiva... prescindendo da qualsiasi valutazione di diligenza o meno nella custodia”, *op. cit.*, p. 54. Previamente ya había citado varios autores de fines de siglo XIX y primera parte del XX, en igual postura: Mommsen, Girard, Fliniaux y Branca, *op. cit.*, p. 7, nota 8. Por mi parte, además cito a Marrone, *op. cit.*, p. 514; Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual, cit.*, p. 75.

<sup>247</sup> Glück, Federico, *Commentario alle pandette*, IX, trad. de Pranzataro, Libreria, Milán, 1905, p. 13, nota 52, citando a Hübner y a Höpfner. Hoy es recurrente el argumento: Marrone, *op. cit.*, p. 514; Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual, cit.*, p. 75.

Por otro lado, la respuesta tampoco puede dejar de lado la noción de comportamiento *contra naturam*, tratada en el acápite precedente, que contrasta con fundar el factor de atribución en la misma propiedad. Si el propietario debía responder de las desventajas de la cosa, así como gozar de sus utilidades, ¿por qué sólo se podía deducir la acción en caso de reacción *contra naturam*?<sup>248</sup> ¿Por qué al propietario se le hacía responsable de las situaciones que no podía prever o controlar y por el contrario se le eximía de responsabilidad en todas aquellas que constituían la conducta esperada del animal? El punto no es menor pues aplicado el principio, habría que concluir que el propietario actual resultaba obligado por las “desventajas imprevistas” del animal, y por el contrario liberado si tenían lugar las “desventajas previstas”.

Hay que pensar en el *dominus* que había adquirido, por ejemplo, el día anterior. Con independencia del problema de las acciones a disposición del adquirente de cosa viciosa, dicho propietario no estuvo en condiciones de haber conocido el modo particular de comportamiento del animal. A él sólo se le pudo reconocer un conocimiento del mismo nivel que un tercero cualquiera, acerca del comportamiento de los individuos de la misma especie a que pertenecía el animal recién adquirido. Tercero o dueño estaban en idéntica condición mas, el reciente propietario actual, respondía de todo comportamiento *contra naturam*.

Al no cuajar estas explicaciones del fundamento del criterio “propietario actual” con el derecho de propiedad, la búsqueda se ha dirigido a otros ámbitos, entre ellos el “derecho de las obligaciones”. Así, se afirma de forma sencilla que sobre el dueño, como ciudadano, recae el deber absoluto (a fin de mantener la situación de igualdad), de responder por los daños causados a otro, personalmente o a través de una cosa animada o inanimada de su propiedad. Sin embargo, una filosofía como ésta, no se encuentra en las fuentes, ni menos a la época del nacimiento de *actio de pauperie*.<sup>249</sup>

Otro ámbito explorado ha sido el de la filosofía estoica, intentando que ésta sea el sustento de la responsabilidad del propietario. Me parece interesante citar esta corriente porque entre los autores que la han sustentado se cita ni más ni menos que a Pothier.<sup>250</sup> La idea central propugnada es que de acuerdo a las enseñanzas de dicha filosofía, los jurisconsultos habrían concluido que respecto de los daños *secundum naturam* causados por los animales,

<sup>248</sup> En este sentido Glück, *op. cit.*, p. 13.

<sup>249</sup> Así lo demostrarían las distinciones decía Glück. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>250</sup> Glück, además de citar a Hommel y Schmidt, reproduce en el texto las palabras de Pothier, en *Pand. Justin.*, t. I, h. t. num. II, nota b (*op. cit.*, p. 13). La cita, véase también en Pothier, R. J., *Pandette di Giustiniano*, versione italiana, a cura Antonio Bazzarini, Venezia, 1833, vol. 2, p. 66, nota 2.

no cabía sino que sean soportados por la víctima (estoicamente, diríamos hoy). Se trata de daños regidos por las leyes de la naturaleza, y por tanto no queda más que obedecerlas y aceptarlas. Ni al propietario ni a la víctima les corresponde participación alguna a su respecto: no pueden impedir que ocurran ni es posible atribuirles su ocurrencia. Distinto son los daños causados por un comportamiento *contra naturam* por el animal, al margen de dichas leyes naturales. Sería injusto para la víctima de este comportamiento soportar el daño, al ser ejecutado de un modo contrario al ordenamiento natural, y por lo mismo sin posibilidad de conocer y precaver por ella. El propietario entonces debía entregar al animal que había actuado contra su naturaleza, provocando daños; y si lo quisiera retener, debía pagar la condena respectiva.

Si bien es cierto que las ideas del derecho natural de los estoicos tuvieron influencia en pensadores romanos como Cicerón, resulta difícil, por la época de nacimiento de la acción en estudio,<sup>251</sup> que dicha escuela haya sido la base que dio sostén al criterio de la responsabilidad de la propiedad actual a mitad del siglo V a. C. Quizás podría explicar la distinción *secundum naturam* o *contra naturam* y las consecuencias vistas, dado que la regla figura en pasajes de Ulpiano,<sup>252</sup> quien pudo haber estado influenciado por una tal filosofía. Pero nada más.

La insatisfacción de las respuestas, la imposibilidad de explicar por qué responde el propietario actual del animal y doctrina subjetiva ya imperante en los inicios del siglo XIX, llevan indefectiblemente a cambiar el criterio y su naturaleza: en realidad, se trataba de una responsabilidad fundada en culpa.

Esta nueva explicación parte del supuesto que el dueño tenía conocimiento de que al animal de forma usual hacía daño *contra naturam*,<sup>253</sup> por lo que se debía deshacer del animal o de tomar las medidas de custodia necesarias para que no causara daño a terceros. Si así no actuaba el propietario, los daños causados por el animal le eran imputables por omitir la diligencia debida.

---

<sup>251</sup> Esta escuela del derecho natural tiene sus raíces en Zenón (350 y 260 a.C.). Glück manifestó de hecho que es difícil creer que los autores de las XII Tablas hayan razonado como los estoicos (*op. cit.*, p. 13).

<sup>252</sup> Glück duda también de esta posibilidad. Afirma que Ulpiano ni siquiera da motivo para pensar en una influencia como la señalada a la hora de escribir sus comentarios al Edicto (*op. cit.*, p. 13, nota 54).

<sup>253</sup> Se debe recordar que se persigue el fundamento de la responsabilidad del propietario actual en la *actio de pauperie*. La aclaración es importante porque supone entonces mantener la distinción *secundum natura* o *contra naturam*; su eliminación es uno de los factores que permitirá de forma moderna fundar en culpa la responsabilidad por el daño de los animales. Véase nota 684.



Por ejemplo en esta línea Glück, quien en conocimiento de las doctrinas de Domat y Pothier, pretende fundar la responsabilidad del propietario de la *actio de pauperie* en una presunción de culpa de su parte, afirmando que “chi possiede un animale, il quale *contra naturam* suole far danno, dovrebbe disfarsene o custodirlo, poiché nessuno in un rincontro può guardarsene. Se ciò non fece, egli, nel dubbio, è in colpa”.<sup>254</sup>

Claro, responsabilidad del propietario actual fundada en culpa por las actuaciones *contra naturam* del animal, mas con la facultad de entregar al animal en noxa, liberándose del pago de la *litis aestimatio*. Ello obliga a Glück a retomar la teoría de la propiedad, fundando dicha posibilidad para el *dominus* en la idea que todo propietario se puede deshacer de la cosa objeto de su dominio cuando ella representara para él más desventajas que utilidades.<sup>255</sup>

La solución del autor alemán deja perplejo al lector y evidencia los conflictos conceptuales en la materia. Luego de sus críticas, sucumbe ante las mismas ideas criticadas. Y así como las otras propuestas resultan poco convincentes para la época del nacimiento de la *actio de pauperie*, hablar de una posible presunción de culpa a mitad del siglo V a.C. parece inaceptable, más aún cuando la posible consagración de los delitos culposos en las XII Tablas es muy dudosa. Pero además, el efectivo desarrollo de la idea de culpa se producirá recién a partir de la *lex Aquilia*, siglo III a. C. (capítulo primero, romano II).

Asimismo, desechar como fundamento el derecho de propiedad, para luego fundar en éste la *noxae deditio*, implica en definitiva coincidencia del fundamento en lo sustancial con los autores que criticaba. La única diferencia es la perspectiva desde la cual se ve la cuestión: pasiva, desde la posición de las cargas del dominio; activa, desde el enfoque de las facultades que otorga.

En todo caso, por estos u otros argumentos, la crítica relevante es al fondo: a la pretensión de construir el criterio de responsabilidad de la *actio de pauperie* sobre una presunción de culpa. Dejando de lado la presencia o no de la culpa como elemento subjetivo en las XII Tablas, lo concreto es que la tendencia a reconducir todas las hipótesis de daño a culpa, dice relación con la *lex Aquilia* y su interpretación (véase capítulo primero, romano II), a la cual cierta y de forma particular los daños con o a través de animales no fueron la excepción, como lo demuestran variados ejemplos en el mismo título de la *actio de pauperie* en el Digesto. Por lo mismo, aludir a la culpa como fundamento antes de la entrada en vigencia de la ley aquiliana no resulta históricamente real.

<sup>254</sup> Glück, *op. cit.*, p. 14.

<sup>255</sup> *Idem.*



A mayor abundamiento, no consta en los textos ni se puede deducir de ellos que haya tenido lugar algún análisis de la conducta que habría tenido el propietario para establecer al menos la concurrencia de una eximente de responsabilidad por falta de culpa de éste. El análisis de comportamientos en los casos reportados por el Digesto es más bien para fijar la improcedencia de la *actio de pauperie*, en razón de la existencia de conductas del propietario o de un tercero, que determinan la procedencia de otra acción, o de la víctima, rechazando toda acción para ésta.

Entonces, sin la exigencia de prueba de culpa del *dominus* actual, y sin la posibilidad para éste de probar que no incurrió en culpa en su persona, no puedo sino descartar, y a pesar de las dudas reseñadas, que la *actio de pauperie* haya tenido un fundamento subjetivo.<sup>256</sup> Desde luego, hablar de una presunción de derecho de culpa, que equivale a una responsabilidad objetiva,<sup>257</sup> ningún sentido tiene y ningún aporte hace a la búsqueda del fundamento de la responsabilidad del propietario actual. Es quizás, la peor de las ideas en la materia.

En definitiva, las explicaciones precedentes dadas tienen en común el haber sido gestadas en vistas de la aplicación de la figura en época moderna o de una construcción codificatoria; o sea, mirando más el presente y el futuro que el pasado. En cambio, la explicación dentro del contexto en que nació la *actio de pauperie*, parece ser mucho más simple.

En efecto, hay tres cuestiones que convergen de forma simultánea para que tuviéramos como resultado la configuración del tipo penal en comento: la incapacidad civil y procesal del animal por estar, por su propia naturaleza, privado de voluntad; el ánimo de venganza, y la condición de cosa semoviente susceptible de ser objeto de dominio.

La falta de capacidad, además de ser evidente, consta en las fuentes: *pauperie est damnum sine iniuria facietis datum* (D.9.1.1.3). Luego, requería de un representante que lo “defendiera” en juicio y que, en caso de condena, pudiera pagar ésta y resarcir por esta vía a la víctima.

Luego, estamos en presencia de una solución que recogió una disposición decenviral, aunque como una excepción en las XII Tablas y constitu-

---

<sup>256</sup> Rodríguez concluye precisamente en su análisis que la *actio de pauperie* tenía lugar en razón de daño “causado por animales cuadrúpedos de modo inesperado y espontáneo —*contra naturam*— cuyo acaecimiento no cabe atribuir a *culpa* de nadie”. *Delimitación conceptual*, *cit.*, p. 78.

<sup>257</sup> Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, reimpresión 1a. ed., vol. 2, 1989, t. XX, p. 12. Una presunción que no puede ser enervada, es una realidad para el derecho, dice justamente De Trazegnies, *op. cit.*, p. 97.

tiva de un resabio histórico<sup>258</sup> (según ya se dijo en el capítulo segundo, romano II, inciso 1), que tuvo por lo mismo lugar en la realidad social en una época anterior, destinada a la composición de los intereses privados.<sup>259</sup> En este sentido, es verosímil la idea que su origen haya estado ligado a la idea de “vendetta”, de modo que, en un estadio más evolucionado, la víctima no se vengase del animal de forma directa, sino solicitándole su entrega al dueño, formalmente, y con la posibilidad para éste de pagar el daño causado, liberándose de la consignación.

Empero, si el propietario optaba por darlo en *noxae deditio*, el ejercicio de la venganza efectiva sobre el animal o a través de su goce, exigía la plena disposición del mismo, tanto jurídica (por ejemplo, venta) como material (por ejemplo, muerte). La única posibilidad que la víctima accediera a un tal poder respecto del animal, era a través de la adquisición de su propiedad (capítulo segundo, romano I, numeral 2).

De esta manera, frente a la “incapacidad” del animal derivada de su propia naturaleza, los juristas decenvirales fueron conscientes que no había “a quien” sancionar; mas, sabían “qué” debía sufrir las consecuencias de la ofensa causada. Así, la “propiedad actual” apareció como la única calidad que permitía a la víctima la satisfacción efectiva de la vendetta, o al menos, el resarcimiento del perjuicio sufrido. El propietario bajo el cual el animal causó el daño, podía comparecer en juicio y pagar los perjuicios, pero no podía efectuar la entrega.

Si bien la motivación primitiva en la configuración del delito aún está presente en el derecho clásico, con el paso del tiempo el carácter vengativo se fue perdiendo, adquiriendo mayor fuerza el aspecto indemnizatorio. Aunque mantenía el poder de matar o infligir castigo al animal, se valora más favorablemente la posibilidad para la víctima de destinarlo al trabajo, y obtener por vía de su explotación la reparación del “empobrecimiento” (*pauperie*) sufrido. Esta línea de evolución en el pensamiento de la jurisprudencia romana consta especialmente respecto del *servus* y del *filius familias*.

---

<sup>258</sup> Así la califican Guzmán, *Derecho privado romano, cit.*, II, p. 267; Branca, Giuseppe, *Danno temuto, cit.*, núm. 61, p. 290, nota núm. 1.

<sup>259</sup> Así Ragoni, *op. cit.*, p. 13; Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 306; Santalucia, Bernardo, *Dalla vendetta alla pena privata*, Storia di Roma, I, Roma in Italia, 1988, pp. 447 y 448.

En contra Rodríguez-Ennes, quien cree que tanto la *actio de pauperie* como la *actio de feris* fueron acciones fundadas única y exclusivamente en el interés material de que la víctima obtuviese una compensación económica, excluyendo que la *noxae deditio* obedeciera al instinto de venganza, *Estudio, cit.* p. 54. No es descartable, pero es evidente que al siglo V a.C., implícitamente el mecanismo permitía que los efectos recayeren en el “autor material” del hecho.

En este contexto más proclive al aspecto indemnizatorio, los juristas podrían haber vuelto tras sus pasos, sustituyendo el factor de atribución “propietario actual” por *dominus* bajo el cual el animal causó daño. Este último podía comparecer en juicio por el animal y pagar la pena respectiva. Sin embargo no lo hicieron, y por el contrario, mantuvieron a firme el carácter noxal de la *actio de pauperie* en derecho clásico, dejando en pie uno de los pilares importantes a partir de los cuales se produjo la expansión de la noxalidad.

En las razones de dicha mantención, son claves algunos efectos que el factor “propietario actual” permitía, a diferencia del posible sustituto señalado. Desde luego, la reparación mediante el goce del animal, requiriéndose la titularidad del dominio presente para su transferencia; pero además, la facultad de dar en noxa, por ser dueño, concedía al demandado por un hecho del animal la posibilidad de limitar cuantitativamente su responsabilidad, si así lo deseaba. Impedía que el “propietario” fuese obligado a pagar una condena por actuaciones comandadas por el instinto de un ser viviente que no podía controlar y por tanto que no tenían relación causal con actuaciones propias. El dueño del animal al momento que se producía el daño, si eventualmente había dejado de serlo, no habría podido efectuar la *noxae deditio*, y optar a una contención de su propio deterioro patrimonial derivado del hecho dañoso del animal.

De esta manera, entre el propietario del animal al momento del daño, que ninguna relación tuvo con el hecho dañoso, y el propietario actual, que tampoco había participado en el evento perjudicial para la víctima, y por tanto ambos candidatos a que se les atribuyese responsabilidad objetiva, los juristas romanos optaron por el segundo, que siempre estaría facultado para entregar en noxa y siempre podría, consecuencialmente, limitar su responsabilidad.

En otras palabras, la mantención en derecho clásico del factor de atribución “propietario actual”, con facultad de *noxae deditio*, era concordante con el carácter de instrumento limitativo de la responsabilidad alcanzado por la noxalidad ya comentado (capítulo primero, romano II).

## II. EDICTO EDILICIO DE FERIS

### 1. *Presentación de las fuentes y sus dificultades*

El contenido que habría tenido este edicto, ha llegado a nuestros días parcialmente a través de tres pasajes pertenecientes a Ulpiano y Paulo, ubica-

dos por los compiladores en el título 1, del libro XXI del Digesto, intitulado “*De Aedilicio edicto et redhibitione, et quanti minoris*”. Asimismo, vía las *Institutiones* justinianeas, que sintetizaron dichos pasajes en I.4.9.1. Además, contribuye de manera relevante a su conocimiento las referencias al mismo de las *Pauli Sententiae* en I.15.2. Sin embargo, se trata de un edicto sobre el cual las fuentes entregan escasos datos.<sup>260</sup>

Los textos de las fuentes citadas se transcriben a continuación para el mejor entendimiento de las exposiciones que siguen:

D.21.1.40.1 (Ulpiano): “*deinde aiunt aediles: ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem*”;<sup>261</sup>

D.21.1.41 (Paulo): “*et generaliter: aliudve, quod noceret, animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non possint*”.<sup>262</sup>

D.21.1.42 (Ulpiano): “*qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit. Si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dicitur, quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli*”.<sup>263</sup>

I.4.9.1 es la que sigue:

“*Ceterum sciendum est, aedilicio edicto prohiberi nos canem, canem, verrern, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter lit; et si adversus ea factum erit, et nocitum libero homini esse dicitur, quod bonum et aequum iudici videtur, tanti dominus condemnnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Praeter has aedilicias actiones et de pauperie locum habebit; nunquam enim actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam conosumit*”.<sup>264</sup>

PS I.15.2: “*Feram bestiam in ea parte, qua populo iter est, colligari [praeter prohibet]: et ideo, sive ab ipsa sive propter eam ab alio alteri damnum datum sit, pro modo*

<sup>260</sup> Es la queja entre los autores. Así, Rodríguez-Ennes, *Estudio, cit.*, p. 12, nota 12

<sup>261</sup> Después dicen los ediles: “que nadie tenga perro, verraco, o pequeño jabalí, lobo, oso, pantera, león”.

<sup>262</sup> Y en general: “o cualquier otro animal, que hiciera daño, ya estén sueltos, ya atados, si no pudieran estar de tal modo sujetos, que no causen daño”.

<sup>263</sup> “O por donde vulgarmente se hiciera camino quisiera tenerlos de modo, que pudieran causar perjuicio o producir daño a cualquiera. Si contra esto se hubiere obrado, y por consecuencia de ello hubiere perecido un hombre libre, se pagarán doscientos sueldos, y si se dijese que se había causado daño al hombre libre, sea condenado en cuanto pareciere al juez bueno y equitativo; y por las demás cosas, en el duplo de cuanto sea el daño causado o hecho”.

<sup>264</sup> “Por lo demás, ha de saberse, que en el edicto de los ediles se prohíbe que tengamos perro, berraco, javalí, oso, ó león allí por donde comunmente se hace camino; y si en algo se hubiere contravenido á esto, y se dijese que se había causado daño á un hombre libre, sea condenado el dueño á tanto cuanto pareciere bueno y equitativo al juez; y en los demás casos, al duplo de cuanto sea el daño causado. Pero además de estas acciones edilicias, tendrá también lugar la de pauperie; pues concurriendo varias acciones, principalmente penales, á un mismo objeto, nunca la una extingue la otra”.

[*admissi extra ordinem*]<sup>265</sup> *actio in dominum vel custodem datur, maxime si ex eo homo perierit*".<sup>266</sup>

Se trató de un edicto que presenta la particular característica de haber sido elaborado y dictado por los *Aediles Curules* ("De *Aedilicio edicto*"), en virtud del *ius edicendi* de que gozaban.<sup>267</sup> Ello es importante de tener presente pues estos magistrados tuvieron competencias restringidas, siendo principalmente ellas la *cura urbis, annonae* y *ludorum solemnium*.<sup>268</sup> En lo que respecta a su datación, los antecedentes para su fijación resultan escasos, pero las opiniones son coincidentes en cuanto a que se habría tratado de una providencia del último siglo de la República, tanto por la identidad de estructura que presenta con el edicto *de effusis vel deiectis*,<sup>269</sup> como por los antecedentes

<sup>265</sup> Las glosas indicadas serían comúnmente admitidas. Rodríguez-Ennes, *Estudio, cit.*, p. 44, nota 53. Lenel, EP<sup>3</sup>, § 295, p. 566, nota 9.

<sup>266</sup> "El pretor prohíbe que una bestia feroz sea atada en la parte por donde el pueblo tiene un camino; y, por ello, sea que ella misma le haya hecho un daño a alguien, sea que se lo haya hecho otro a causa de ella, según la gravedad del daño se da una acción por vía extraordinaria contra el dueño o el custodio, máxime si por ello murió un hombre".

<sup>267</sup> Constituyen igualmente "fuente de derecho romano" (Gai. 1.6; I.1.2.7). Se hipotiza que Juliano redactó en modo definitivo el edicto, lo que explicaría los comentarios orgánicos de Gayo, Ulpiano y Paulo. Impallomeni, *Edictum aedilitium curulium, Novissimo digesto italiano*, t. VI, p. 373. Rodríguez-Ennes, *Estudio, cit.*, p. 20.

Ha existido sí discusión en la romanística acerca de su pertenencia al *ius honorarium*, como señalan expresamente los textos justinianeos (I.1.2.7), o al *ius civile*. Volterra, en dos trabajos sucesivos, y fundado en la hipótesis de Nallino acerca del por qué el Libro sirio-romano de derecho contiene sólo *ius civile* y *ius novum*, concluye que en un inicio los edictos edilicios pertenecían al *ius civilis* y que habrían sido los justinianeos quienes habrían modificado su naturaleza. Véase Volterra, Edoardo, *Intorno all'editto degli edili curuli*, Scritti della Facoltà giuridica di Bologna in onore di U. Borsi, 1955, pp. 1 y ss; y del mismo autor, "Ancora sull'editto degli edili curuli", *IURA*, núm. 7, 1956, pp. 141 y siguientes. Contra la tesis de Volterra, Guarino, Antonio, en *L'editto edilizio e il diritto onorario*, Labeo 1, 1955, pp. 295 y ss.; y en *Ancora sull'editto edilizio*, Labeo 2, 1956, pp. 352 y ss. Asimismo, Pezzana, Aldo, "Recesione a Impallomeni y a Volterra", *IURA*, núm. 7, 1956, pp. 249 y ss., es especial pp. 254-260. Síntesis de los argumentos de la polémica, sin pronunciarse, en Rodríguez-Ennes, *Estudio, cit.*, pp. 20-22. Impallomeni, que estudió en profundidad el edicto, no trata de forma directa el problema pero a partir de pp. 109 y ss. *L'editto degli Edili Curuli*, se refiere al problema de la *iurisdictio* y el *imperium* respecto a los ediles curules, habiendo gozado del primero y no del segundo (p. 118) según el autor, lo que les habría permitido crear derecho honorario. Con ello indirectamente se pronuncia sobre la cuestión.

<sup>268</sup> Cicerón, *De legibus*, 3,3,7. Los autores le niegan al edil haber gozado de *imperium*, pero le reconocen *iurisdictio* de modo que en la época clásica se pudieron desarrollar ante ellos procesos formularios, dentro del ámbito de sus limitadas competencias. Pugliese, Giovanni, *Il processo civile romano*, t. II, *Il processo formulare*, t. I, Giuffrè, Milán, 1963, p. 107.

<sup>269</sup> Rodríguez-Ennes plantea que debe aplicar por analogía el edicto *de effusis vel deiectis*, ante la falta de información acerca del *de feris*. *Estudio, cit.* p. 23. Paricio está de acuerdo en que el régimen puede ser reconstruido con bastante aproximación por analogía del edicto *de*

históricos acerca de la incorporación de animales feroces a la ciudad de Roma.<sup>270</sup> Precisamente, es la multiplicación de la tenencia de estas bestias y la frecuencia de actividades con ellas lo que debió haber generado accidentes y daños corporales, llevando a la necesidad de reglamentar la responsabilidad asociada.

Ahora bien, los transcritos pasajes permiten desde conocer de cerca el contenido del edicto, pero no afirmar con certeza sus términos exactos, no obstante las reconstrucciones ofrecidas por la romanística.<sup>271</sup> Por lo mismo, son múltiples las discusiones existentes sobre los *verba edicti*.

---

*effusis vel deiectis*. Recensión a Rodríguez-Ennes, Estudio sobre el Edictum de Feris, Seminarios Complutenses, Supl. 1992 y 1993, p. 121.

Ciertamente es indiscutible la identidad de estructura que habrían tenido el edicto *de feris* y el edicto *de effusis*. La duda sin embargo es ¿cuál fue dictado primero?; ¿cuál fue modelado sobre la base del otro? Casavola sostuvo que el *de feris* es posterior al *de effusis vel deiectis*, y por tanto modelado sobre éste, fundando su opinión en un dato objetivo, como es la diferencia en el monto de las penas aplicadas por uno y otro edicto en caso de muerte de un hombre libre: la pena mayor debería ser posterior. Casavola, Franco, *Studi sulle azioni popolari romane*, Nápoles, 1958, p. 20, nota núm. 55, y en especial p. 161. En el mismo sentido, Paricio, Javier, *Estudio sobre...*, cit., 1986, p. 79. En contrario, Rodríguez-Ennes, quien basa su postura por una parte, en el lenguaje del edicto *de feris* (siguiendo en el punto a Kaser), que sería más antiguo que el del pretor; por otra, contrariamente a Casavola, dado que las hipótesis de daño son las mismas, parecería más lógico derivar una menor responsabilidad del *habitor* que respecto del que conduce animales fieros por calles transitadas. *Estudio...*, cit., p. 27. Impallomeni (también basado en Kaser) ha expresado que podría ser más antiguo el edicto *de feris* por el lenguaje, pero advierte que a veces los ediles recurrieron a expresiones arcaicas, siendo inseguro el argumento. *L'Editto degli Edili Curili*, cit., p. 108.

<sup>270</sup> La mayoría de los animales citados en D.21.1.40.1 fueron incorporados por los romanos en la medida que éstos conquistaron territorios, en especial africanos. De esta manera, desde fines de la República en adelante tuvieron lugar exhibiciones zoológicas, venationes, diversiones con duelos entre animales de diversas especies, juegos fúnebres, juegos en general, etcétera con fieras.

De ahí que algunos, más genéricamente, hipotizan el origen republicano del edicto *de feris* en el entendimiento que podría haber sido dictado inmediatamente después de las guerras con Aníbal, terminadas en el 202 a. C. con la batalla de Zama, lo que permitió acceso a animales africanos y a su libre transporte hacia la península itálica, generándose la necesidad de adoptar providencias relativas a la seguridad de los viandantes. En ese sentido Ragoni, *op. cit.*, p. 4, quien se basa en dato entregado por Onida, Pietro Paolo, en *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Turín, 2002, p. 238; repetido en otro trabajo del mismo autor, “Il guinzaglio e la museruola: animali, umani e non, alle origini di un obbligo”, *Rivista Internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana, Diritto@Storia*, núm. 3, 2004, p. 15, véase <http://www.dirittoestoria.it/3/Lavori-in-Corso/Contributi/Contributi-web/Onida%20-%20Il%20guinzaglio.htm>. Rodríguez-Ennes punta precisamente que tras la victoria de Zama, se extendió la costumbre de celebrar *venationes* o caza de fieras.

<sup>271</sup> En este sentido, según la reconstrucción de Lenel, la fórmula del edicto habría sido: “*Deinde aiunt aediles: ne quis canem, verrem [vel minorem], aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem, qua*

Entre las principales dudas, existen fundadas sospechas sobre D.21.1.41, tanto en cuanto a su no *clasicidad*, como asimismo en cuanto a su contenido mismo. La autenticidad del pasaje se cuestiona básicamente por la presencia en el inicio *et generaliter*, dejando en evidencia que se trata de un pasaje insertado por los compiladores, y porque la generalidad del texto contrastaría con el listado particularizado de D.21.1.40.1 e I. 4.9.1. Sin embargo, una cosa es que los compiladores justinianos, a fin de intercalar el pasaje de Paulo entre los textos ulpianos, introdujeran de forma efectiva *et generaliter* de manera de darle al pasaje pauliano continuidad con el precedente de Ulpiano;<sup>272</sup> pero otra distinta es, a partir de *et generaliter*, restar autenticidad a todo el pasaje. Me parece bastante más verosímil lo primero que lo segundo, siendo probablemente el pasaje clásico.<sup>273</sup>

En cuanto al contenido, no hay claridad acerca de si el pasaje de Paulo, sólo es un comentario al edicto edilicio, o bien una reproducción de los *verba edicti*. La mayoría de la romanística, reconociendo incluso su clasicidad, ha excluido esta última posibilidad,<sup>274</sup> lo que no es menor, porque incide en el alcance de la disposición *aedilitia*: si se incluye, se debe entender que sólo regulaba el modo de tener estos animales, sin referencia al lugar; si se excluye, regulaba el modo de tener estos animales sólo en lugares donde habitualmente se transita. En lo personal, me parece más verosímil que el texto de D.21.1.41 no haya formado parte del edicto, y que la disposición sólo sancionara los daños causados por fieras por donde de forma regular se

---

*volgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit. Si aduersus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, sestertiorum ducentorum milium, si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum iudici uidebitur, condemnentur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumue sit, dupli*”, EP<sup>3</sup>, núm. 295, p. 566.

<sup>272</sup> Los compiladores habrían advertido la amplitud del comentario de Paulo, quien no se refería a determinados animales feroces, sino a “cualquier otro animal, que hiciera daño” (*aliudve, quod noceret, animal*), por lo que lo tomaron, a efectos de que quedara clara la extensión de la protección edictal a cualquier animal feroz que pudiese dañar, y lo intercalaron de la manera que lo conocemos, agregándole al inicio *et generaliter* para generar la unión señalada del discurso.

<sup>273</sup> En este sentido, Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, cit., p. 55, y el mismo autor en *Estudio...*, cit., p. 30. Lenel, EP, núm. 295, p. 566, nota 8, que luego de la sospecha parece concluir que es clásico el pasaje.

<sup>274</sup> Nótese en la reconstrucción de Lenel cit. en nota núm. 265, que después de *leonem* no inserta el autor palabras de D.21.1.41, pasaje al cual alude mediante nota. EP, núm. 295, p. 566, nota 8. A ella se refiere Paricio cuando señala: En este punto los compiladores intercalaron un fragmento de Paul. 2 ad ed. ed. curul., D. 21.1.41 donde el jurista extiende el contenido del edicto a cualquier animal que pueda dañar. Desde esa extensión jurisprudencial se podría producir concurrencia entre la *actio de feris* y la *actio de pauperie*. *Estudio sobre las “acciones in bonum et aequum conceptae”*, Milán, 1986, p. 79, nota núm. 120. Paricio, Javier, *Notas sobre el edictum de sumptibus funerum*, en *Studi Senesi* 97, 1985, p. 459.



hiciera camino (D.21.1.42),<sup>275</sup> teniendo el edicto como objetivo general sólo la seguridad vial.<sup>276</sup> Además, una disposición restringida con esta finalidad

---

<sup>275</sup> La interpretación citada de Rodríguez-Ennes, sintetiza a mi juicio correctamente la prohibición que consagraba el edicto *de feris* (*Delimitación conceptual, cit.*, p. 58; *Estudio, cit.*, p. 34).

La conclusión es confirmada además por las fuentes. En I.4.9.1 se acoge la prohibición de tener animales peligrosos pero sólo respecto de donde comúnmente se hace camino, sin ninguna referencia a la tenencia general ya sea sueltos o atados; si no hay aplicación extensiva, es porque los *verba edicti* no la contenían. Luego, en PS I.15.2, se refería a la disposición edictal precisamente en los términos restringidos señalados: “*feram bestiam in ea parte, qua populo iter est, colligari praetor prohibet*” (“el pretor prohíbe que una bestia feroz sea atada en la parte por donde el pueblo tiene un camino”). Es cierto que la prohibición edictal en sí cambia un tanto en este texto, pues afirma que lo no permitido habría sido “*colligari*” a la bestia en vez de no llevarla suelta o sin las ataduras que su ferocidad requerían. Mas, en lo que nos interesa, mantiene la aplicación restringida de la disposición a un lugar concreto, como es el lugar por donde las personas transitan de forma habitual. Por último, en materia de *actio de pauperie*, encontramos un texto de Ulpiano según el cual si un oso escapaba (animal incluido en D.21.1.40.1 como fiera), no se podía demandar al dueño por los daños que causara, pues con su huida la relación de propiedad se extinguía (D.9.1.1.10). Es difícil pensar que el edicto hubiese establecido una suerte de prohibición general de no tener fieras sin las correspondientes medidas de custodia adecuadas, con independencia del lugar, de manera que en caso de sobrepasar el animal las seguridades dispuestas, respondiese el tenedor por los daños que al paso las fieras hubiesen causado, si en definitiva la relación jurídica con éstas desaparecía al momento mismo de la huida (los animales salvajes eran *res nullius*, que en caso de recobrar su libertad natural, podían ser capturadas y tomadas en propiedad por cualquier persona).

Lo contrario habría significado generar una alteración de fondo a los principios del *ius civilis*, lo cual es impensado al menos a través de una prohibición edilicia.

<sup>276</sup> Si se aceptara que D.21.1.41 formaba parte del edicto, significaría que éste reguló además genéricamente “el modo de tener animales feroces”, con independencia del lugar: atados o sueltos, pero en todo caso sujetos de modo que no causen daño. O sea, se habrían fijado las condiciones de la tenencia, dejando al arbitrio de cada tenedor de este tipo de animales las medidas a implementar conforme al animal y circunstancias en que lo tenía. Mas, cualesquiera que fuesen tales medidas, debían ser las suficientes como para que el animal no causase daño alguno.

Una tal interpretación de D.21.1.41, amplia y aislada de los otros pasajes, llevaría de forma inevitable a la absorción del texto de D.21.1.42 en él. Es decir, si en general se debían “tener” los animales feroces custodiados de tal manera de que no causaran daño, sea en lugares por donde de forma habitual pasan personas, sea en otros distintos, la alusión al “*qua vulgo iter fiet, ita habuisse veli*” en D.21.1.42 habría estado de más. Bastaba la genérica disposición de D.21.1.41, sin necesidad de efectuar algunas precisiones o de dar ejemplos de aplicación de la disposición.

A modo de ilustración de los resultados interpretativos, Guzmán afirmó que el edicto “prohibía tener animales bravíos... ya sueltos, ya atados o en lugares de tránsito público”. *La responsabilidad objetiva, cit.*, p. 180. La tenencia puede entonces no ser en lugares públicos. En cambio, Rodríguez-Ennes sostiene que en la disposición edilicia “se prohíbe tener animales peligrosos en los lugares de paso público —*qua vulgo iter-*



estaría más acorde con las competencias de los ediles curules, quienes tenían a su cargo precisamente el orden y la seguridad pública en la ciudad (*cura urbis*), lo que decía relación con los caminos y lugares públicos.<sup>277</sup>

Otra de las dudas relevantes dice relación con la enumeración que el edicto habría hecho de los animales que quedaban bajo su regulación, según los textos supérstites: “*canem, verrem, vel [minorem]*<sup>278</sup> *aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem*”. Una posibilidad es que efectivamente el edicto utilizara como fórmula la indicación precisa de los animales considerados peligrosos, correspondiendo el elenco que nos ha llegado al listado original, o al menos, luego de las agregaciones que con el tiempo se hicieron.<sup>279</sup> La otra posibilidad, en la cual concuerda la mayoría de la doctrina, es que la enumeración no haya tenido un carácter taxativo.<sup>280</sup> La cuestión importa para la aplicación o no del edicto:<sup>281</sup> si el daño fue causado por un animal excluido, no

---

*fiet*— tanto que estén sueltos como atados sino pudiesen ser sujetos de modo que no causen daño”. *Delimitación conceptual, cit.*, pp. 57 y 58. El lugar de la tenencia, para que se aplique el edicto, es restringido. La conclusión es distinta sólo porque el primer autor incluye en su explicación el contenido de D.21.1.41; el segundo lo excluye, entendiendo que el texto no formaba parte del edicto.

<sup>277</sup> Impallomeni, *L'editto degli edili curuli, cit.*, p. 122.

<sup>278</sup> Existen dificultades puntuales de la enumeración, entre las que destaca en D.21.1.40.1 la alusión a *vel minorem aprum*. La tendencia doctrinaria es negar autenticidad a “*minorem*” y entender que en realidad se refería a “*maialem*”. Rodríguez-Ennes, *Estudio, cit.*, p. 30; del mismo autor, *Delimitación conceptual, cit.*, pp. 54 y 55.

El fundamento de la crítica se encuentra en que hablar de “pequeño jabalí” tiene poco sentido al interior de la frase. En el resto del texto, no se efectúan distinciones sobre la medida de los citados animales; no hay separación entre los pequeños y los grandes. La no diferenciación sería lo lógico, pues la medida no se advierte como elemento que modifique la peligrosidad de los animales. Esta última más bien está vinculada a la naturaleza de las bestias. De modo que si se acepta que el texto original decía *vel minorem aprum*, la consecuencia no es sólo formal, sino que además se admitiría, junto a la peligrosidad de los animales, un segundo criterio, aplicado particularmente a los jabalíes.

<sup>279</sup> Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 132. La lista se habría ido engrosando en el tiempo, ídem, p. 147, nota 80.

<sup>280</sup> Así, Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, pp. 61 y 62; también en *Estudio, cit.*, p. 37; Ragoni, *op. cit.*, p. 21.

La conclusión mayoritaria parece lo más verosímil, pues de lo contrario no se explicaría el por qué en I. 4.9.1 la serie de animales es más breve, ya que falta el lobo y la pantera, y no parece que se trató de una decisión de fondo el recorte, de manera de alterar la figura delictual en comentario, sino sólo de una cuestión de economía (los ejemplos daban cuenta ya suficientemente del sentido de la providencia). Véase discusión en Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, p. 57.

<sup>281</sup> La preferencia por esta segunda alternativa exige la presencia de uno o más criterios según los cuales un animal debía o no quedar afecto a las disposiciones del edicto. Podría dar alguna luz sobre un criterio aplicado D.9.1.1.10, cuando afirma que a las *bestiae* no les resultaba aplicable la *actio de pauperie*, en razón de su *naturalis feritas*. De esta

era posible la punición del tenedor del animal por esta vía. Sin embargo, no incide la polémica en la naturaleza de la responsabilidad nacida de un hecho que sí fuera subsumible en la disposición edilicia.

Finalmente, es discutible también que el pasaje de D.21.1.42 reproduzca los *verba edicti*, aunque sí su contenido.<sup>282</sup> Desde esta perspectiva, sabemos al menos que el edicto *de feris* presentaba tres hipótesis diversas de daños, aplicando a cada una de ellas sanciones diferentes. Por lo mismo, podríamos hablar de tres acciones distintas en vez de una sola acción<sup>283</sup> por daño, según la naturaleza del detrimento: acción “*si homo liber perisse*”, acción “*si homo liber nocitum esse*” y acción “*si ceteri res damnati esse*”. Destaco la inclusión de muerte o lesión de hombre libre, que ni la *actio de pauperie* ni la *lex Aquilia* comprendían, y la circunstancia que el resultado de muerte imposibilitaba la deducción de la acción por el afectado de forma directa, motivo por el cual la acción debía ser popular. Dado que la similitud de estructura ya advertida con el edicto *de effusis*, y los mayores antecedentes sobre éste, me remito en estos puntos al capítulo cuarto, romano I.<sup>284</sup>

## 2. Naturaleza del criterio de atribución de responsabilidad

De las figuras estudiadas en esta obra, el edicto *de feris* es el que presenta mayores dificultades para poder concluir con certeza el criterio de atribución de la responsabilidad que contenía, así como su naturaleza, en virtud de la información que nos ha llegado sobre el mismo.

---

manera, el criterio suponía una bestia, de carácter feroz o no feroz, pero que esta última condición fuese natural y no derivada de la intervención humana. En otras palabras, que la bestia actuase *secundum naturam*. Pero también se podría pensar en una solución ecléctica. El edicto contemplaba una enumeración, la cual resultó ser insuficiente ante la aparición de nuevas especies traídas a Roma. Los *verba edicti* resultaron estrechos, así como lo sería cualquier nuevo elenco. Los juristas entonces adoptaron el camino de la formulación de un criterio, pudiendo D.9.1.1.10 ser un reflejo de la búsqueda de éste.

<sup>282</sup> Paricio pone en dudas que la segunda parte de D.21.1.42 constituya una transcripción literal, sin perjuicio de dar cuenta, a través del comentario de Ulpiano, del contenido que tenía el edicto. El uso de *bonum* de hecho lo considera más bien lenguaje del jurista. *Estudio sobre, cit.*, pp. 19 y 20.

<sup>283</sup> Nótese que D.21.1.42 como los pasajes precedentes no hablan de “acción” en momento alguno. Mas, la alusión a “*quanti bonum aequum iudici videbitur*”, y la consecuen- cial intervención de un juez, deja entrever que no podría haber tenido lugar la aplica- ción de las sanciones prescritas sino mediante el sistema de las acciones vigente en época republicana.

<sup>284</sup> Nótese allí en particular la similitud de las expresiones de D.9.3.1 de las cuales Giménez-Candela toma las denominaciones para el edicto *de effusis* con las de D.21.1.42: “*homo liber ex ea re perierit...*”, “*si nocitum homini libero esse dicitur...*”, “*ceterarum rerum, quanti dam- num datum factumve...*”.

Sobre el particular, I.4.9.1 expresamente dice “*dominus condemnnetur*”, con lo que parecería claro que el edicto aplicaba el mismo criterio de atribución de responsabilidad que la *actio de pauperie*. Sin embargo, D.21.1.42 no contiene dicha frase, y por ende, ninguna alusión al dominio como el criterio que determinaba al sujeto pasivo de las acciones que concedía. En cambio, el pasaje ulpiano recurre a la expresión “*si adversus ea factum erit*” (si contra esto se hubiere obrado) para identificar a la persona sobre la cual debía recaer las penas que indicaba, la cual es replicada por I.4.9.1. De esta manera, la fuente ulpiana y la fuente justiniana, coinciden en que se condenará al que hubiere contravenido, con resultado de muerte o lesión de un hombre libre, o daños materiales a un tercero.

Conforme lo anterior, el edicto *de feris* presenta una diferencia importante con la *actio de pauperie*, en cuanto a que el legitimado pasivo de la acción y punición era un “contraventor”, que podía o no ser el propietario del animal. Luego, es necesario determinar lo ordenado por los ediles curules, cuya contravención se sancionaba.

En este sentido, los pasajes de D.21.1.40.1 y D.21.1.42 entregan un requisito cierto del tipo: “tenencia” de fieras (*canem, verrem [vel minorem], aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem*) por donde de forma regular se hiciera camino (“*qua volgo iter fiet*”). Mas, no resulta claro si el edicto mandaba que “nadie tenga”, o bien que “nadie quisiese tener”. La diferencia es importante porque en el primer caso, lo sancionado es la tenencia en sí, resultando infractor “el que tenga”; en cambio, en el segundo caso, lo sancionado es la decisión voluntaria de tener, resultando infractor no el que de forma material tiene, sino el que decidió y tuvo por sí, o decidiendo, tuvo a través de otro. La duda se genera por la presencia de las expresiones “*ne quis*” en D.21.1.40.1 y “*habuisse velit*” en D.21.1.42.

El inconveniente queda a la vista en las mismas traducciones de los pasajes. Si estamos a la de García del Corral, observamos que “*ne quis*” la traduce como “nadie tenga” para darle sentido al texto individual, no obstante el verbo “tener” no figura; de lo contrario no quedaría claro qué es lo que le ordena a “nadie”. Luego, si se unen los dos pasajes (como lo hace Lenel en su reconstrucción), el sentido del texto sería: “nadie tenga” fieras “o (quisiera tenerlas) por donde vulgarmente se hiciera camino...”. Otros han preferido omitir traducir “*habuisse velit*” en D.21.1.42, incorporando (como García del Corral) “tenga” (aunque no figure expresamente) en la traducción de D.21.1.40.1, con lo cual el edicto habría ordenado simplemente “nadie tenga” fieras “...por donde vulgarmente se hiciera camino”.<sup>285</sup>

<sup>285</sup> Es el caso de d’Ors, Álvaro y otros, *El digesto de Justiniano, cit.*, y de Vignali, Giovanni, *Corpo del diritto*, Achille Morelli editori, Nápoles, 1857.

Si bien se entiende la omisión en la traducción de la expresión “*habuisse vellet*” en D.21.1.42 con la finalidad de hilar el discurso con el texto de D.21.1.40.1, se podría estar alterando gravemente el contenido del mandato de los ediles curules. La inserción del verbo “*velle*” en el pasaje ulpiano de D.21.1.42 pareciera que busca dar a entender que la “tenencia” de la fiera en la vía pública debía derivar de una decisión voluntaria, esto es libre, y no producto de una orden u otra fuerza externa que lo hubiese forzado a tal situación. Esta línea interpretativa sería ratificada por la *interpretatio* de Paulo en PS I.15.2, según la cual el edicto concedía la acción contra el dueño “*si hoc praecepit*” (si ordenó esto) o contra su custodio.

Según Paulo, la disposición *aedilitia* sólo se podía aplicar primeramente al *dominus*, si éste había dado la orden de conducir a la fiera a un lugar de tránsito habitual de personas, no obstante no se encontrara personalmente en la tenencia del animal al instante de las acciones dañosas de la fiera. Al *dominus* se le atribuían entonces los perjuicios no por el hecho de “tener” a la bestia feroz en el puesto señalado por el edicto, sino haber dado la instrucción de pasear a la fiera, trasladarla o simplemente exhibirla allí. Si el animal fiero se encontraba en el paraje donde acaecieron los daños, era porque el *dominus* así lo había dispuesto.

Por otra parte, el mismo Paulo, dejando en claro que el criterio de imputación no es la calidad de dueño, señalaba que el sujeto pasivo podía ser también el *custos*. A su respecto, se debe decir que no ha sido fácil la precisión del sentido y alcance de *custodia* en derecho romano, lo que necesariamente repercute en el sujeto que la ejerce (el custodio). Entre otras, recurrieron los jurisprudentes a “custodia” en materia de ocupación de animales salvajes, fijando como regla que se adquiría el dominio de éstos una vez cogidos, gozándose del mismo mientras fuesen retenidos bajo la custodia del ocupante; se perdía dicho dominio cuando escapaban de esta custodia (D.41.1.3.2; Gai.2.67; L.2.1.12). Guzmán, comentando D.42.2.3.13 y 15, y en lo que me parece una buena síntesis para estos efectos, señala que la custodia de muebles es la “posibilidad no impedida de *possessio naturalis*”.<sup>286</sup> De esta manera, la custodia es una modalidad de tenencia, consistente en que no se acaba ésta aun cuando se haya perdido de forma temporal el contacto físico directo con la cosa, si el tenedor mantiene el poder de entrar en la posesión natural de ella sin inconvenientes que lo impidan en definitiva.<sup>287</sup> El dominio adquirido por ocupación de animales salvajes, dependía por tanto de la custodia, pues se extinguía aquél si ya no existía el citado poder, caso en el cual el animal había recobrado su libertad natural.

<sup>286</sup> *La responsabilidad objetiva por custodia, cit.*, p. 182.

<sup>287</sup> *Ibidem*, nota 13.

En el pasaje de PS I.15.2, dominio y custodia se contraponen, en cuanto no se refiere Paulo a la *custodia* como criterio decisorio entre existencia de propiedad o extinción de la misma, sino a la sustancia del concepto: poder sobre la cosa que permite entrar en la posesión natural de la bestia sin impedimentos. El *custodio* por tanto, en la explicación del jurista, habría sido un sujeto meramente tenedor de la fiera, pero sin la exigencia que estuviera en contacto material con ella. Podía entonces, como el dueño, haber ordenado (no importa el motivo) que llevaran al animal feroz a un lugar público, y si causaba alguno de los daños descritos en el edicto, se le condenara en los términos de éste. Luego, la pena se aplicaba al *custodio*, y no al detentador material y ocasional de la fiera, que la portó a aquel paraje por una decisión voluntaria del *custodio*, y se encontraba con ella en el momento en que se producían los daños. *Custodio* y detentador (o tenedor ocasional) resultan términos diferentes para la aplicación del edicto, pues el primero, junto al *dominus*, resultaban ser los sujetos pasivos de la acción y no quien sólo tenía al animal cuando causó los perjuicios.<sup>288</sup>

De esta manera, conforme D.21.1.42 y PS I.15.2, podría haber concurrido en el caso particular un “tenedor” (que no era ni el propietario ni el *custodio*) que “no quiso” tener la fiera en las circunstancias enunciadas por los ediles curules (no concurre voluntad propia), habiendo sido sólo instruido en tal sentido, liberándose por tanto de responsabilidad; o bien un *dominus* o un *custos*, sin la tenencia material de la fiera, pero que “quiso” que la fiera fuese conducida al paraje de tránsito habitual de personas.

De todo lo anterior se desprendería que el criterio determinante para atribuir la responsabilidad en el edicto *de feris* para establecer quien tenía o no a la fiera, era la existencia de una voluntad o ánimo dirigido a la conducción de una fiera por donde por lo regular se hiciere camino, de modo que pudiera causar perjuicio o producir daño a alguien, con independencia de la tenencia material efectiva. No se habría estado al elemento objetivo “tenencia” sino al elemento subjetivo “decisión”.

Que el edicto *de feris* en vez de ordenar “nadie tenga”, hubiese ordenado “nadie decida tener” o “nadie quiera tener”, podría explicar que en I.4.9.1 se confundiera el criterio de atribución con el de la *actio de pauperie* pues, además de ambas figuras ser coincidentes en que el daño era causado por un animal, lo habitual probablemente haya sido que fuese el propietario quien decidiera tener a la fiera en la vía pública (con independencia de los motivos para ello).

---

<sup>288</sup> La conclusión debiera ser distinta entonces a la propuesta por autores como Rodríguez-Ennes, quien afirma que “responde única y exclusivamente el *detentador* del animal peligroso causante del daño”, *Delimitación conceptual*, cit., p. 72; *Estudio*, cit., p. 49.

Ahora bien, lo ordenado por los ediles curules no era sólo “querer tener” en el lugar de tránsito habitual de personas, sino que se quisiere tener “de modo que” (*ita*) pudieran causar perjuicio o producir daño a alguien. El punto no es menor porque este “*ita*”, que lo más seguro es que estaba presente en el texto *aedilium*, aparentemente habría determinado las condiciones en que se podía tener una fiera en los parajes descritos por el edicto, y las condiciones en que no se podía, siendo la contravención de esto último lo fundamentalmente sancionado por la providencia edilicia. El lugar sólo constituía un elemento de hecho de la hipótesis.

La cuestión del “modo” se encuentra directamente relacionada con el comentario de Paulo en D.21.1.41,<sup>289</sup> que no habría formado parte de los *verba edicti*, pero sí los interpretaba. En particular, explicaba el citado “*ita*”, y lo hacía en términos tales que pareciera dar a entender la imposición de un deber de diligencia.

Efectivamente, afirmar que no se quisieran tener en general animales feroces en lugares de tránsito habitual de personas, “suelos o atados, sino pudiesen ser sujetos de modo que no causen daño”, según se lee en el pasaje pauliano, podría conllevar a este entendimiento de la disposición edictal: si el animal no se puede sujetar de manera que no cause daño, entonces debía ser atado. Si lo llevamos a un nivel abstracto, el edicto habría tratado de impedir que se llevaran las fieras a lugares como los indicados, sin tomar las medidas de seguridad que las circunstancias ameritaban para que los animales no provocaran daños a los transeúntes<sup>290</sup> o si la ferocidad del animal podía superar las medidas de seguridad dispuestas.

Cuál era el modo o las condiciones o la debida diligencia (como se quiera expresar) para llevar a una fiera a un lugar de tránsito habitual de personas, era lo que le habría correspondido evaluar a quien *habuisse velit*. Los ediles no establecieron al respecto indicaciones particulares, esto es, no dictaron lo que hoy sería un reglamento de seguridad con las precisas medidas que se debían adoptar. Sólo señalaron que “el modo” debía ser tal de que no provocase daños la fiera, dejando en manos de quien quisiera tener animales feroces en lugares de tránsito habitual de personas la concretización de dicho “modo” o de las medidas de seguridad.

<sup>289</sup> Rodríguez-Ennes precisamente afirma: “según se infiere de D. 21,1,41, el daño se debe atribuir a un defecto de vigilancia del cuidador del animal al no poder *contineri vinculis, quo minus damnus inferant*”. *Estudio, cit.*, p. 49.

<sup>290</sup> Así lee el edicto Giangrieco Pessi, quien afirma que en la primera parte de la disposición “*vi è un precetto a portata generale, che impone ai proprietari di animali considerati pericolosi... di osservare quelle precauzioni necessarie... perché il passante non ne possa avere nocumento*”. *op. cit.*, p. 147. En igual sentido, Onida, *Studi sulla condizione, cit.*, p. 236, nota 48; Impallomeni, *L'editto degli edili curuli, cit.*, p. 87.

Conforme a lo dicho hasta acá, el edicto habría ordenado que ningún sujeto (nadie) quisiera tener fieras, personalmente o a través de otro, por donde vulgarmente se hiciera camino, de modo que causen daños. Por tanto, el que actuase en contra de esta disposición (*si adversus ea factum erit*), era el legitimado pasivo de la acción y sufría la pena correspondiente.

A lo expresado se suma la consideración del lugar (donde vulgarmente se hiciera camino), como elemento para el análisis de la contravención o no a lo dispuesto por los ediles. Se recuerda en este sentido el texto de I.4.3.4 (en relación con D.9.2.9.4), el cual sintetiza el caso del militar que se ejercitaba en el lanzamiento de flechas, matando a un esclavo ajeno que pasaba: si lo hacía en el lugar en especial destinado a estos efectos, no había culpa de su parte; si lo hacía en otro cualquiera, habría ejecutado una acción imprudente. Desde esta óptica, el edicto simplemente podría haber explicitado lo reprochable que es querer tener animales feroces en lugares por donde transitan habitualmente personas, dado el riesgo intrínseco que ello conlleva de que causasen daños, en especial a hombres libres, puniendo tal conducta.

Así las cosas, pareciera entonces que a la base de la responsabilidad del tenedor del animal, en definitiva lo que encontramos es una responsabilidad de naturaleza subjetiva. Por una parte, el tipo penal habría exigido una decisión voluntaria del demandado de portear o mandar a portear la fiera a un lugar donde existe el riesgo de que cause daño a las personas que transiten o se encuentren en el lugar, así como a sus bienes; y por otra parte, tomada la decisión, tenía en cuenta una subvaloración del peligro (una imprudencia o temeridad), al no haber ejecutado las medidas de seguridad exigibles de acuerdo a la especie de animal en cuestión y sus comportamientos habituales, conforme el paraje donde era llevado. Es decir, estaríamos al parecer frente a un tipo penal donde se valoraba la conducta del demandado, tanto desde un punto de vista volitivo como material (omisión de los debidos actos de custodia) considerándola reprochable frente al daño producido y, por ende, en vocabulario moderno, culpable.

Incluso más, conforme a PS.I.15.3,<sup>291</sup> si un tercero o la víctima instigaban a la fiera, no se daba acción ni contra el dueño ni contra el custodio. Agrega la *interpretatio* del pasaje, que no se podía “imputar” el daño que se causara a aquéllos, porque se entendía que el ataque se había producido por culpa del instigador. En términos modernos, la culpa de la víctima o la culpa de un tercero, eximían de responsabilidad al tenedor de la fiera.

---

<sup>291</sup> “Al que, por instigación propia, haya provocado una bestia feroz o cualquier otro cuadrúpedo contra sí, y éste haya causado daño, no se da acción, ni contra su dueño ni contra el custodio”.



El texto pauliano citado, no hacía sino reiterar y aplicar al edicto *de feris*, un principio ya expresado por Próculo (citado por Ulpiano) en materia de *lex Aquilia* (D.9.2.5.11), a propósito de un perro azuzado (animal que era citado por el edicto *aedilicio*): “*qui canem irritaverat*” (incluso en PS.I.15.3 se usa también el mismo verbo *irritare*). Por lo mismo, se podría concluir que si hubo aplicación de un principio cuya génesis estuvo en la responsabilidad por culpa, es porque los juristas advirtieron que el mismo tipo de responsabilidad tenía lugar a propósito del edicto *de feris*.

En la romanística encontramos algunos autores que precisamente se han pronunciado en el sentido anotado en las líneas anteriores, entendiendo que las fuentes dan cuenta de una hipótesis de responsabilidad subjetiva,<sup>292</sup> y no de responsabilidad objetiva, que sería la razón de su estudio en este trabajo.

A la misma conclusión se podría llegar desde una óptica distinta, como es la de entender que el edicto *de feris* constituyó una norma de policía a la época<sup>293</sup> y que en este contexto, prohibía sencillamente querer tener animales considerados peligrosos en la vía pública.<sup>294</sup> Hay varios antecedentes en este sentido. Desde luego, el criterio para atribuir responsabilidad: el que contraviniese (*si adversus ea factum erit*). Pero además, las *Pauli Sententiae* señalan en I.15.2 que “*praetor prohibet*”<sup>295</sup> y en su interpretación el autor insiste en que “*fera bestia in ea parte, qua populi transeunt vel frequentant, ligari vel custodiri prohibetur*”. Finalmente, las *Institutiones* justinianas así lo da a entender: “*aedilicio edicto prohiberi*” (I.4.9.1). Con todo lo anterior, ¿qué duda podría caber que el edicto sancionaba simplemente al infractor?; ¿qué duda cabría que se trató de una *culpa contra legem*?

Me parece que no se puede descartar del todo esta posibilidad, o bien que la evolución de la figura pudo llevar a dicho entendimiento. Sin embar-

---

<sup>292</sup> En este sentido, Rodríguez-Ennes afirma que el tipo está compuesto por un elemento subjetivo o intencional, ya que “según se infiere de D. 21.1.41 el daño se debe atribuir a un defecto de vigilancia del cuidador del animal al no poder *contineri vinculis, quo minus damnum inferant*”. *Delimitación conceptual*, cit., p. 72. Ragoni expresamente trata el *edictum de feris* bajo el título “Responsabilità per colpa e sicurezza nelle strade”, *op. cit.*, p. 20.

<sup>293</sup> Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, cit., p. 67. Por lo demás, este autor, la compara con la introducida por el edicto de *effusis vel deiectis*.

<sup>294</sup> Onida, *Il quinzaglio*, cit., p.15. Asimismo en *Studi sulla condizione*, cit., p. 238, aunque agrega acá “in modo da poter nuocere”. Guzmán Brito, *La responsabilidad objetiva por custodia*, cit., p. 180.

<sup>295</sup> Ya se destacó que la frase ha sido intervenida (véase nota 265), al menos en cuanto a la referencia al pretor, tratándose de un edicto edilicio. Giangrieco Pessi, funda la intervención en el haber pasado los pretores a cumplir las funciones de los ediles curules a la época, *op. cit.*, p. 153, nota 94.



go, se habría tratado de una providencia edilicia prohibitiva que ninguna consecuencia producía por su mera infracción (a diferencia de lo que ocurría por ejemplo con el edicto *de positis*).<sup>296</sup> Sólo resultaba punible el infractor cuando la contravención tenía como efecto uno de los daños descritos en el mismo edicto. Esta falta de sanción ante su mera infracción, y el contexto histórico, dan pie para una mirada distinta del edicto *de feris*.

En efecto, la tenencia de este tipo de animales era aceptada e incluso bien vista al tiempo de la dictación del edicto. Tener un león o una pante-ra, por ejemplo, no era considerado en sí riesgoso, sino sólo cuando eran llevados a un lugar donde la presencia o paso habitual de personas gatillara una posibilidad cierta de daño.<sup>297</sup> El problema entonces radicaba en que admitida su tenencia, ella implicaba el traslado y muchas veces la exhibición pública de las fieras, y por consiguiente la necesaria presencia de este tipo de animales en lugares de tránsito habitual de personas. De esta manera, la cuestión afrontada por los ediles curules habría sido más bien cómo evitar que causaran daños, sin introducir prohibición alguna.<sup>298</sup>

La fórmula a la cual recurrieron fue la de ordenar que no se tengan fieras en los citados lugares pero sólo “de modo” que puedan producir daño. Así se dejaba abierta la posibilidad a la tenencia de las fieras en lugares de tránsito habitual de personas, pero en condiciones que no produjesen daño. Luego, si las fieras provocaban muerte o lesiones a un hombre libre, o daños en otros bienes, se debían aplicar las penas respectivas.

Desde esta perspectiva, pareciera ser que la solución no fue prohibir, pero sí introducir “penas disuasivas” de negligencias o imprudencias. En este sentido D.21.1.42 informa de una pena ascendente a doscientos sueldos (*solidi ducenti*), que originalmente deben haber sido unos doscientos mil sestercios,<sup>299</sup> por la muerte de un hombre libre. Ello significaba una pena

---

<sup>296</sup> Véase *Infra*, capítulo quinto, romano II, núm. 1.

<sup>297</sup> La “*actio de feris* descansa en el *factum* propio, notoriamente peligroso de llevar un animal salvaje, fiero por naturaleza, a lugares donde los viadantes pueden sufrir detrimento de su integridad física patrimonial”. Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, cit., pp. 77 y 78.

<sup>298</sup> Lo entiende de esta manera Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual*, cit., p. 58. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 87.

<sup>299</sup> La cuestión de determinar la equivalencia original no resulta nada simple. Los compiladores reemplazaron el tipo de moneada original por la circulante a la época. Al respecto Lenel, en su reconstrucción de los Edictos, y efectuando el trabajo contrario, reemplaza “*quingenta Aureorum*” en D.9.3.1 pr, por “*sestertium quinquaginta milium nummorum*” (EP<sup>3</sup>, §61, p. 173); reemplaza “*solidorum decem*” en D.9.3.5.6 por “*sestertiorum decem milium nummorum*” (EP, §62, p. 174.); y reemplaza “*solidi ducenti*” en D.21.1.42 por “*sestertiorum ducentorum milium*” (EP, §295, p. 566). Entendió así equivalente un Áureo a un Sólido en edad justinianea, y ambos

cuatro veces superior para la misma hipótesis que la impuesta por el edicto *de effusis vel deiectis*, en circunstancias que para lesiones a un hombre libre o daños en general, las penas eran coincidentes con este edicto.<sup>300</sup> Ello dejaría en evidencia que la disposición edilicia pretendió proteger un bien jurídico en particular, como era la vida de los hombres libres.

Para conseguir un objeto como el antes reseñado, resultaba relevante la pena fijada, la cual constituía un desincentivo importante a la conducción de animales peligrosos a lugares públicos o bien, un incentivo para la adopción de medidas que imposibilitaran a las fieras matar a algún transeúnte. En cuanto a esto último, desde un punto de vista económico, forzaba a una mayor “inversión en seguridad”, si las fieras necesariamente se debían trasladar por caminos de tránsito habitual de personas, inversión que tendría un costo menor que la sanción establecida por el edicto para el caso que el animal matase a un hombre libre; o bien, a incurrir en mayores gastos para conducir la fiera por parajes diversos a los caminos habituales, costo aún menor que la pena en la citada hipótesis.

De esta manera, si la fórmula de los ediles no era en realidad de naturaleza prohibitiva, se debiera descartar una responsabilidad del tenedor del animal subjetiva por *culpa contra legem*.

Como señalé, para imponer una condena basada en el edicto en comento, era requisito indispensable, en palabras de D.21.1.42, que un hombre libre “*ex ea re perierit*”, o se dijese que “*nocitum homini libero*”, o “*damnum datum*” a otras cosas. Es decir, si un sujeto actuaba “*adversus ea factum erit*”, teniendo fieras en lugar señalado, sin tomar ningún tipo de precauciones, exponiendo a los viandantes a sufrir la muerte, lesiones o perjuicios materiales, y no tenían lugar daños de ninguna clase, no se aplicaba pena alguna. Por groseras que fuesen a su vez las infracciones al debido cuidado, la negligencia, o la imprudencia, o la desidia en la toma de medidas de seguridad, no había aplicación de pena alguna sin daño. Todo ello deja en evidencia que el edicto de los curules más bien “prohibiva... *provocare dei danni connessi* al comportamiento di un animale pericoloso portato in un luogo inappropriato

---

a 1.000 sestercios en época republicana. En el mismo sentido, Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 148; Casavola, *Studi, cit.*, p. 160; Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual, cit.*, p. 56 y en *Estudio, cit.*, p. 33.

<sup>300</sup> Casavola entiende que la diferencia de penas no está fundada en la mayor gravedad del ilícito, sino en la distancia del tiempo entre uno y otro, la cual siempre sería acompañada de un aumento de la pena. *Studi, cit.*, p. 161. Paricio cree inexplicable desde el punto de vista teórico el fundamento de la diferencia, pues no habría mayor gravedad objetiva del tipo en este ilícito con respecto al consagrado por el edicto *de effusis*. *Estudio sobre, cit.*, pp. 79 y 80.

(come una strada) per la presenza di persone”, como reconoce uno de los autores que propugna una responsabilidad subjetiva.<sup>301</sup>

Estaba “permitida” la conducta (sin perjuicio del desincentivo o incentivo referido en razón de la pena en caso de muerte de hombre libre), pero de causar perjuicios la fiera, se aplicaban las penas respectivas con la sola acreditación del nexa causal entre ellos y la actividad de una fiera en las circunstancias de lugar citadas. Identificado el *dominus* que instruyó el traslado o su tenedor, la acción era acogida sin ninguna otra evaluación, pues el demandado no podía alegar falta de culpa.

La situación es más clara aún si se la contrasta con casos de responsabilidad aquiliana por daños causados con animales fundados en culpa. Así, en el pasaje contenido en D.9.1.1.5, si un perro conducido por un camino se escapaba por su indocilidad y provocaba daño, se debía analizar si el que llevaba al animal reunía o no las aptitudes para tal tarea. Si otro hubiera podido retener al perro, la conducta resultaba reprochable y sancionable mediante *actio legis aquiliae*; de lo contrario, se eximía de responsabilidad y tenía aplicación sólo la *actio de pauperie*, respondiendo el propietario.

En la hipótesis del edicto *de feris* en cambio, el dueño o el custodio de la fiera no podían alegar falta de culpa, no podían alegar que eran peritos para tal menester o que se adoptaron todas las medidas imaginables e inimaginables de seguridad a la época. Eran sin más sancionados con la pena respectiva. Sólo se les admitía la alegación de falta de relación de causalidad entre la tenencia en lugar de paso habitual de personas y los daños por los cuales se les demandaba, como en los casos de culpa de la víctima o el hecho de un tercero. Por tanto, la única forma de evitar el pago de una pena era no llevando a la fiera a un lugar donde concurran transeúntes de forma frecuente, o llevarla y evitar por todos los medios que no produjese ningún daño. En caso contrario, asumían *dominus* y *custos* el riesgo de resultar condenado a la luz del edicto *de feris*. Una responsabilidad en estas condiciones, no puede sino ser calificada de objetiva.

La posible voluntariedad inicial (*habuisse velit*) del legitimado pasivo no cambia de manera alguna las cosas. Es posible que se sancionara al que “quisiera tenerlo”, pero ello constituía un elemento más (subjetivo) de los hechos del tipo, que permitía la atribución de los daños. La decisión de portar la fiera a sitios públicos no era al parecer en sí misma valorada, ni menos considerada una decisión a priori reprochable, pues no se le castigaba, salvo que de ella, objetivamente, derivaran los perjuicios descritos en la providencia edictal. La conducta desplegada por quien *habuisse velit* después

<sup>301</sup> Ragoni, *op. cit.*, p. 21.

de decidido el traslado del animal hasta el daño, no era tomada en cuenta ni valorada.

Entonces, ni lo “hecho” a favor de la seguridad de los viandantes ni lo “no hecho”, eran materia de prueba en el juicio. Por una parte, al demandado no se le admitía la prueba de todas y cada una de las medidas adoptadas para que el daño no se produjera, a fin de ser eximido de responsabilidad; y por otra, el demandante no debía probar todas y cada una de las acciones u omisiones negligentes, imprudentes, temerarias, etcétera, del demandado para obtener la condena a su favor. Bastaba sólo la prueba del daño, la identificación de quien *habuisse velit* a la fiera en lugar público y la relación de causalidad entre dicho daño la actuación de ésta. Desde esta perspectiva la naturaleza de responsabilidad del que contravino era objetiva.

Se podría afirmar que en vez de objetiva, se trataba de un caso de responsabilidad subjetiva basada en una presunción de culpa: quien decidió tener, había omitido la diligencia debida. Si así hubiese sido, se llegaría al mismo resultado, pues se trataría de una presunción de derecho, al contener un deber de custodia absoluto.<sup>302</sup> De acuerdo a los visto, por el sólo evento del daño provocado por la bestia directamente, o por un tercero a consecuencia de ésta (por ejemplo en el tentativo de eludir el ataque de la fiera),<sup>303</sup> quedaba en evidencia la infracción del deber impuesto y la responsabilidad consecuente. El demandado se encontraba en la imposibilidad total de probar la ausencia de culpa de su parte, como habría sido el haber tomado todas y cada una de las medidas de custodia debidas conforme a las circunstancias. Para ser eximido de responsabilidad, según las fuentes vistas, tendría que haber acreditado su falta de legitimación pasiva (no era quien quiso tenerlo en el lugar); o la falta de relación de causalidad, como sería concurrencia de culpa específica de la víctima o del tercero consistente en haber “irritado” a la fiera.<sup>304</sup>

Estoy de acuerdo en que una presunción como la anterior poco sentido tiene. Entre una presunción de derecho de culpa, y hablar directamente de una responsabilidad basada en un criterio objetivo, sería más claro esto último y más cercano a la realidad. Por lo mismo, se puede perfectamente

---

<sup>302</sup> Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 149 expresamente habla de “presunzione di responsabilità a carico del proprietario dell’animale feroce che lo tiene in cattività a contatto con il pubblico”. Estas expresiones son asimismo citadas, con lo cual entendemos su acuerdo, por Onida, *Studi sulla condizione, cit.*, p. 236.

<sup>303</sup> Justamente en la *interpretatio* de PS I.15.2, se señala expresamente que el daño podía haber sido causado accidentalmente por un tercero, por “terror” a la fiera.

<sup>304</sup> En PS.I.15.3 se descarga la responsabilidad en el tercero instigador, no admitiéndose la acción en contra del dueño o custodio.

bajo óptica moderna calificar la responsabilidad originada en el edicto *de feris* como objetiva.

No obstante esta conclusión, que ratifica su inclusión en esta obra, me parece que lo expresado en las líneas anteriores deja de manifiesto que el edicto *de feris* presenta matices que impiden la aplicación absoluta de la distinción actual subjetiva y objetiva. Al respecto, no se puede olvidar un principio importante del derecho romano, como es el de la personalidad de las penas, que influye fuertemente en su configuración e interpretación. En la *actio de pauperie*, el daño era causado por el animal, de modo que el *dominus* respondía por un hecho ajeno. La entrega en noxa del animal permitía que la pena (o las consecuencias del daño) recayesen sobre quien ejecutó el hecho. En cambio, en el edicto de los curules que comentamos, el daño era causado por haber decidido tener una fiera en un lugar de tránsito habitual de personas de un modo que permitió dicho *damnum*; es decir, no se sancionaba el hecho del animal, sino el hecho de quien lo tuvo por su voluntad en las condiciones establecidas por el edicto, recayendo en esta misma persona la pena. Téngase presente que una fiera que actúa agresivamente y causa daño, ningún castigo debiera soportar, pues actuó conforme a su naturaleza (no tiene culpa alguna de ser lo que es, una fiera). El que decidió tenerlo por el contrario, a sabiendas de su ferocidad, pudo haber tomado la decisión de tenerlo en otro lugar o con mayores medidas de seguridad.

No en vano Rodríguez-Ennes (que está por la tesis de una responsabilidad subjetiva), afirma que en el edicto *de feris* “existe, pues, un nexo de causalidad... entre el autor material del *factum* y el resultado dañoso”,<sup>305</sup> de modo de destacar que en las otras figuras de responsabilidad objetiva, esta relación no existe, pues la sanción se impone no a quien ejecutó el hecho dañoso, sino a quien tiene una calidad jurídica determinada: *dominus*, en la *actio de pauperie*; *habitor*, en el edicto *de effusis vel deiectis* (capítulo siguiente).

Desde esta perspectiva, el edicto *de feris* resultaba más cercano a la *lex Aquilia*, de la cual nacía una responsabilidad por culpa (capítulo primero, romano II), que la *actio de pauperie* y al edicto *de effusis vel deiectis*, de los cuales surgía una responsabilidad objetiva. En el edicto *de feris*, como en la *lex Aquilia*, se aplicaba una pena “a quien actuó”: en ésta, matando, quemando o quebrando con iniuria; en aquélla, matando o lesionando a un hombre libre o dañando otras cosas, con la decisión de tener una fiera en un lugar de paso habitual de personas de modo que causara estos *damna*. Es más, las reflexiones actuales permiten concluir que no se introdujo propiamente una prohibición cuya infracción fuera sancionada, pero perfectamente se

<sup>305</sup> *Estudio, cit.*, p. 49.

podieron entender los daños derivados de la actividad de una fiera como cometidos con injuria por el tenedor, en cuanto los provocó “contra ius”, contra lo establecido por el edicto edilicio.<sup>306</sup> La referencia en I.4.9.1 a una prohibición de los ediles curules, deja en evidencia que si bien en origen la providencia edictal pudo no ser prohibitiva, o bien el entendimiento actual lleva técnicamente a descartar tal posibilidad, la evolución de la figura o su comprensión pudo ser de prohibición.

Por otra parte, si la exigencia no era la tenencia de la fiera, sino la “decisión” de tener, condenándose a quien tuvo la voluntad y no al que materialmente tenía la fiera, estaríamos ante una actitud psicológica más grave que la mera *scientia*, cuya concurrencia permitía la sanción vía *actio ex legis aquiliae* por constituir culpa personal (capítulo primero, romano II y capítulo segundo, romano I, inciso 8). Si el hecho material personal acercaba al edicto *de feris* a la *lex Aquilia*, la presencia del verbo “*velle*” en D.21.1.42 y PS I.15.2, si no identificaba a los tipos provenientes de ambas fuentes, los dejaba al menos como especies de un mismo género.

### 3. *La inexistencia de la noxae deditio*

El edicto *de feris*, a diferencia de la *actio de pauperie*, no contempló la posibilidad para el demandado, a ser condenado al pago de la pena o a la entrega de la fiera. Desde esta perspectiva, salvo el límite implícito de la pena en caso de muerte de un hombre libre, no gozó de la limitación de responsabilidad que la entrega del animal objetivamente implicaba. Es decir, estaríamos en presencia de un caso de responsabilidad objetiva sin límite.

Sin embargo, esta conclusión en la práctica no resultó absoluta, o bien la revisión de sus fundamentos al menos la atemperó.

Así, si tienen razón los autores que propugnan que antes de la dictación del edicto *de feris* se aplicaba a estas situaciones la *actio de pauperie*,<sup>307</sup> significa que con precedencia a la intervención de los ediles curules, también respecto a los daños causados por fieras el propietario podía limitar su responsabilidad. Y aun cuando no hubiese tenido lugar tal aplicación, I.4.9.1 desconoce el comentario de Ulpiano de D.9.1.1.10, y reconoce en cambio que de ocurrir algunas de las hipótesis del edicto *de feris*, se podía además deducir la *de pauperie*, en cuyo caso la limitación de responsabilidad mediante la *noxa* procedía a favor del *dominus*.

<sup>306</sup> Véase nota 267.

<sup>307</sup> Giangrieco Pessi, *op. cit.*, p. 149.

El punto no es menor porque antes del edicto *de feris* y en derecho justiniano concurrentemente, por daños causados por fieras, habría respondido el *dominus* por el hecho de ser tal, objetivamente, mas con la posibilidad de limitar su responsabilidad. Por tanto, no es cierto que nunca por daños causado por fieras se admitió la entrega noxal de éstas.

En caso que tuviera aplicación el edicto *de feris*, y el demandante accionara conforme a éste, algunos autores han aventurado explicaciones acerca del porqué *de feris* no contempla *noxae deditio*. Rodríguez-Ennes cita por ejemplo a Pernice y Ferrini<sup>308</sup>. El primero advertía que “mal servicio se le hará al perjudicado si como compensación del daño padecido se le consignase un tigre o un león”. Sin embargo, más allá de ser una posición simpática, no me parece correcta. Por una parte, si se podía deducir la *actio de pauperie*, significaba que la fiera podía igualmente ser consignada; y por otra, dado el valor alcanzado por este tipo de animales, podría haber resultado una interesante compensación.

Ferrini por su parte planteaba que la explicación pudiera radicar en que quizás los animales feroces no se consideraban como objetos de propiedad susceptibles de *deditio*. La respuesta tampoco resulta satisfactoria, pues objeto de dominio si eran y en caso que se aplicase la *actio de pauperie* habrían podido ser dados en noxa.

Me parece que la explicación en realidad está relacionada con la personalidad de las penas y la formulación del criterio de atribución de los daños según el análisis realizado en el punto anterior.

En efecto, en el edicto *de feris*, aun cuando se introdujese un criterio que diera lugar a una responsabilidad catalogable de objetiva, el sancionado era el mismo que quiso tener la fiera a través de la cual causó daño en lugar de tránsito habitual de personas; era el mismo a quien el magistrado dijo, a través del edicto, que si llevaba la fiera a este paraje, y había un resultado dañoso, lo sancionaría; era el mismo que aceptó correr el riesgo; era el mismo que contravino; era el mismo autor de la conducta sancionada (“quiso tener de modo que cause daño”); etcétera. Por tanto, es claro que el principio de la personalidad de la pena se encontraba plenamente satisfecho, al existir coincidencia entre la persona que con su hecho produjo daño a través de una fiera y la persona condenada en definitiva. No existía razón entonces para alivianarle la carga patrimonial. Al contrario, si se admitiera la *noxal*

---

<sup>308</sup> Rodríguez-Ennes, *Estudio*, cit. p. 53, de Pernice, Alfred, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach Römischen Recht*, Weimar, 1867, p. 225, y de Ferrini, Contardo, “Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrina”. Estratto dall'*Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, Milan 1905, p. 329.



*deditio*, los efectos del hecho recaerían en la fiera, que sólo actuó *secundum natura*; o sea, no se podía esperar un comportamiento de su parte distinto. A diferencia de quien decidió tenerlo.

Además, a diferencia de lo que ocurría en la *actio de pauperie*, en el edicto *de feris* existía, sino una prohibición, al menos un imperativo de no querer tener a la fiera en lugar público de modo que cause daño a los pasantes, bajo amenaza de ser sancionado con una pena elevada. La actuación contraria al deseo de los ediles curules de evitar la presencia de estas fieras en lugares públicos, cabe dentro de la comprensión de una actuación *contra ius* y por tanto que parecía culpable, calificación de la conducta que no otorgaba la posibilidad de recurrir a la noxalidad para rebajar los efectos patrimoniales de la pena.

Lo anterior unido a la circunstancia que desde la dictación del edicto se pudo haber entendido que el sancionado era el que voluntariamente tenía, por sí o a través de otro. Esta exigencia fácilmente pudo por interpretación ser subsumida en el concepto de culpa, de modo que tampoco bajo esta perspectiva la *noxae deditio* debía tener algún lugar en el edicto *de feris*.

Pero además, la introducción de la noxalidad se vio impedida por un segundo problema no menor, cual era que al responder “el detentador” y no “el *dominus*”, conceptualmente no podía tener lugar la dación del animal. Quien se encontraba en situación jurídica de transferir la propiedad era desde luego “el *dominus*”, y no un tenedor cualquiera. El edicto por tanto tendría que haber introducido el agregado que en caso que el detentador fuese propietario, podría haber efectuado la entrega noxal del animal. Empero, ni siquiera esto resultaba necesario pues, para qué radicar en última instancia los efectos del daño en la fiera, que actuaba según su naturaleza, si el sancionado era el mismo *dominus* por querer tener. Es decir, el tenedor o quien decidió tener coincidía además con el propietario del animal.

Desde luego, el proceso de subjetivación no sólo impidió, sino que reafirmó la exigencia que la *noxae deditio* no fuera parte de los efectos del edicto en comento.

Los juristas romanos desconocieron las categorías responsabilidad subjetiva y objetiva. Por tanto, no se puede pensar que conscientemente introdujeron un criterio objetivo en un tipo penal (*de feris*) a fin de insertar una excepción a las fórmulas objetivas existentes con la omisión de la limitación de la responsabilidad. Simple, lo que ocurrió fue que de acuerdo al sistema jurídico penal de la época, en el tipo particular, la *noxae deditio* no tenía cabida.



### III. CONCLUSIONES PARTICULARES

De la revisión efectuada se advierte una disposición decenviral fijó como criterio de atribución de la responsabilidad a la “propiedad actual” en materia de *actio de pauperie*, lo que se tradujo en definitiva en la configuración de un tipo generador de una responsabilidad objetiva. La propiedad del demandado sobre el animal, resultaba requisito indispensable para que pudiera operar la *nox a deditio* en favor de la víctima del daño, sin perjuicio de haber permitido primitivamente a ésta hacer efectiva su venganza privada sobre la bestia, al pasar a sus manos en dominio, pudiendo por ello disponer libremente de la misma.

El proceso de subjetivación a que dio lugar la *lex Aquilia* (capítulo primero, romano II), debió haber dejado en evidencia la asimetría entre la norma general de responsabilidad por daño que exigía una conducta injusta (culpable) y la *actio de pauperie*, que permitía imputar responsabilidad sin concurrir ninguna conducta imputable al actual propietario (objetiva). Esta última acción, conducía a un resultado contrario en su totalidad a aquél proceso. Compatibilizar ambos resultados se convirtió entonces en una necesidad.

Una primera vía por la cual se atemperó la responsabilidad del propietario actual no culpable, que respondía no obstante no existía vínculo de causalidad alguna entre sus conductas y el daño alegado por la víctima derivado de comportamientos del animal, fue a través del desarrollo por parte de la jurisprudencia clásica del concepto de comportamiento *contra naturam* del animal, el cual constituyó un requisito para la aplicación de la pena y un “límite sustancial” a la responsabilidad del propietario actual. Así el demandado, que nada había hecho, se liberaba de toda obligación preparatoria si el animal actuaba por el contrario *secundum natura*. Curiosamente, esto se traducía en establecer la previsibilidad o no del daño de acuerdo a los comportamientos naturales de cada especie. O sea, un elemento hoy considerado subjetivo, y normalmente criterio para determinar la culpa, como la posibilidad de prever la reacción del animal, liberaba de responsabilidad en vez de atribuir ésta. En otras palabras, el propietario actual podía ser demandado sólo en el caso que el comportamiento del animal hubiese sido imprevisto o improbable, resultando en consecuencia imposible adoptar cualquier tipo de medida a efectos de impedir que se produzcan daños.

Una responsabilidad configurada en los términos antes señalados, no hace más que confirmar que estamos en presencia de una responsabilidad fundada sólo en un nexo de causalidad objetivo, que incluso expresamente concurre cuando el propietario no tuvo la más mínima conciencia de lo que

podía ocurrir, cuando las medidas de seguridad no eran posibles. Se trata de una responsabilidad que, para tener lugar, exigía justamente la no presencia de elementos subjetivos.

Pero además de lo anterior, los juriconsultos clásicos encontraron en la vieja institución de la *noxae deditio* una segunda e importante vía para contener la responsabilidad del propietario actual, cuyo carácter limitativo ya es apreciable incluso desde su inclusión en las XII Tablas (capítulo segundo, romano II, inciso 1) y que se consolidó en derecho clásico.<sup>309</sup> Si bien no se eximía totalmente al propietario de una pérdida patrimonial, al menos la *noxae deditio* concedía al *dominus* la posibilidad de circunscribirla al “menor valor”, fuese éste el correspondiente al animal causante del daño demandado (lo normal), fuese la *litis aestimatio*. Si excepcionalmente ésta era menor al valor del animal, se podía quedar con éste, pagando la condena.

Precisamente, la evolución que en paralelo tiene la noción de “valor”, ratifica la conciencia creciente de la función limitativa de la responsabilidad patrimonial del dueño actual. Cuando hablamos del “valor” del animal, no sólo se comprende su “precio de mercado”, sino también las eventuales utilidades o ventajas patrimoniales que el animal significaba para el propietario. Se recuerda que es precisamente la *actio de pauperie* la que entrega uno de los antecedentes demostrativos del paso de la *aestimatio rei ad id quod interest* a través de D.9.2.37.1 y D.9.1.1.16, considerando la muerte del animal por un tercero como una pérdida patrimonial (de valor) al ser arrebatado al *dominus* la facultad de entregar al animal, y consiguientemente de limitar su responsabilidad (capítulo segundo, romano II, inciso 2). Por lo mismo, si la *noxae deditio* constituye una limitación a la disminución patrimonial del propietario, dicha limitación no debe ser vista como un acto en perjuicio a la víctima inversamente proporcional, dadas las utilidades que le podían prestar los animales.

En razón de esto último, adquiere mayor importancia la circunstancia que el animal sólo se pudiera entregar si está vivo (D.9.1.1.14, capítulo primero, romano I, inciso 6). Si bien este requisito se podría desde el principio explicar porque era la única manera que la víctima ejercitara de forma

---

<sup>309</sup> Branca, antes de su cambio de pensamiento, concluía precisamente que “la regola ‘*pauperie caput sequitur*’ e la facoltà del rilascio si spiegano con la necessità di limitare la responsabilità del *dominus* esente da colpa entro il valore dell’animale, che, per giunta, era il vero colpevole nell’antico diritto ed autore spontaneo (*facies*) del danno” (*Danno temuto*, núm. 63, p. 298). Cuando Branca cambia de parecer, entendiendo que la idea de la responsabilidad del animal es más bien postclásica, y que habría sido lo que permitió que se alineara con la acción noxal, dado que el delito era del animal, el propietario se liberaba de la carga del resarcimiento mediante su entrega. *La struttura costante*, cit., p. 106. Por supuesto cambió el fundamento y la época, mas no el resultado práctico a favor del propietario.

efectiva su venganza contra el “animal responsable” (ya sea dándole muerte, castigándolo o destinándolo a los menesteres que su nuevo propietario determinara), superada la idea de la responsabilidad de la bestia, constituyó un elemento relevante para la consideración que estaba ante una real reparación para la víctima: incorporaba un nuevo valor a su patrimonio.

La muerte del animal antes de la *litis contestatio* significaba la extinción de la acción, librándose el propietario de toda responsabilidad, por una parte, y soportando la víctima el daño, por otra. La regla también pudo estar influenciada por el origen de la *actio* (el animal responsable ya no podía ser objeto de la venganza de la víctima), pero a pesar de ello, continuó siendo útil en derecho clásico. Si la acción no se hubiese extinguido, su propietario habría quedado impedido de obtener la limitación en la pérdida patrimonial, viéndose obligado a pagar una condena que a todas luces en dicha época habría sido vista como extremadamente injusta. De ahí que lo razonable era mantener la muerte del animal como eximente de responsabilidad penal para el *dominus*: la acción no era concedida a la víctima y por lo tanto una *litis aestimatio* tampoco tenía lugar. De esta forma, si en sus orígenes se extinguía la *actio de pauperie* por haber perecido el “responsable”, en derecho clásico se extinguía en cambio por no ser el propietario “responsable”. Cambia la visión, mas el instrumento, porque servía tal cual había sido configurado arcaicamente, se mantuvo.

Distinto si el animal moría después de la *litis contestatio*, pues a partir de ésta ya el propietario había asumido procesalmente la obligación de entregar el animal o de pagar la *litis aestimatio*. Se había comprometido a aceptar las consecuencias del litigio. Por tanto, había una causa jurídica, fundada en una voluntad formalizada, que sostenía la obligación del propietario de pagar la condena, sin posibilidad de limitar su responsabilidad.

Entonces, dado que el propietario del animal ninguna *iniuria* había cometido, y siendo éste el requisito que se había consagrado como necesario para ser condenado a la pena fijada por la *lex Aquilia*, los jurisconsultos (o pretores) podrían haber eliminado o modificado la *actio de pauperie* (subjektivándola); mas, la mantuvieron. La posibilidad de que el propietario pudiese limitar su responsabilidad a través de la *noxae deditio* del animal la hizo compatible con un régimen general basado en culpa. En este sentido, se debe recordar que la aplicación de la *actio de pauperie* era excluida cuando concurriese precisamente culpa del propietario o de un tercero, situaciones que quedaban sujetas a la *lex Aquilia* (capítulo primero, romano I, inciso 8). Si operaba esta ley, es decir, si había culpa, no tenía lugar la limitación de la responsabilidad implícita en la facultad de entrega del animal; la culpa volvía inaplicable el límite.

Así, los juristas clásicos tomaron las oportunidades que se les presentaron, conforme a los instrumentos a disposición, para continuar dando al propietario un límite a su responsabilidad desarrollado arcaicamente e introducido excepcionalmente en las XII Tablas. El primitivo instrumento de la *noxae deditio*, objeto inicial de la acción de la víctima, con el advenimiento de la idea de daño culpable como regla general a través de la *lex Aquilia*, se transformó en una relevante y necesaria herramienta para limitar la responsabilidad del dueño no culpable del animal causante del daño. El mantenimiento de la entrega del animal vivo a la víctima antes de la *litis contestatio* en época clásica y la introducción de la alternativa de cesión de la *actio legis aquiliae* al demandante en caso de muerte del animal a manos de un tercero después de la *litis contestatio*, constituyen reglas que refuerzan la idea de la búsqueda de delimitación de la responsabilidad del propietario ante la aplicación de un criterio objetivo para su atribución. Desde luego que en derecho justiniano, y bajo un ambiente de responsabilidad aún más subjetivado (capítulo primero, romano II), no se podía sino acoger en tales términos y aún más claramente.

El arribo a Roma de fieras externas a la península itálica, trajo al final de la República la presencia de nuevos daños en la sociedad romana, desembocando la problemática en la dictación del edicto *de feris* por parte de los ediles curules. Se trató de nuevas cosas introducidas al diario vivir romano, que quieren tenerse, que producen satisfacción personal y social (se quieren conocer, admirar y divertirse con ellas, y que constituyeron objeto de nuevas actividades comerciales.

Por lo mismo, la intención de los ediles no fue la prohibición absoluta de su tenencia, no obstante su peligrosidad. Sin embargo, la *actio de pauperie* no resultaba el instrumento adecuado para enfrentar los daños causados por las fieras, pues éstos eran producidos *secundum naturam* y no *contra naturam*. Además, la *actio de pauperie* protegía la propiedad pero no a los hombres libres.

Todo lo anterior determinó la dictación de una providencia edilicia, y de efectos urbanos, que modificó el criterio de atribución de responsabilidad contenido en la *actio de pauperie* para los daños causados por animales y el *quantum* de las penas, impidiendo de paso la limitación de la responsabilidad del condenado. Se observa entonces una adaptación social y jurídica a las nuevas circunstancias de peligro, sin pretender “eliminar” su causa.

De acuerdo a las fuentes que dan noticias del edicto *de feris*, y con todas las dificultades que presentan, es posible, de forma verosímil, afirmar que el edicto disponía que nadie, personalmente o a través de terceros, tuviera fieras por donde vulgarmente se hiciere camino sin la debida custodia, esto

es, de modo que causen daños. El que actuase en contra de tal disposición, resultaba sujeto pasivo de la acción y sufría la aplicación de una dura pena dineraria.

Así, el edicto *de feris* introdujo como criterio de atribución de la responsabilidad una conducta tipificada (querer tener en las condiciones señaladas por el edicto) y no una relación jurídica con el animal como en la *actio de pauperie* (dominio). De forma fundada se puede sostener que se sancionaba no al detentador material del animal al momento de la ocurrencia de los daños por los que se demandaba, sino a quien “quiso tener”, por sí o a través de terceros, en el lugar y demás condiciones señaladas por el edicto. Desde esta perspectiva, podía ser sancionado el *dominus*, pero no como tal, sino en cuanto sujeto que dio la instrucción de conducir la fiera a un lugar de tránsito habitual de personas, liberando de responsabilidad al tenedor ocasional.

Una tal configuración del edicto ha llevado a una legítima duda entre los juristas modernos respecto de la calificación de la providencia edilicia dentro de la categoría “responsabilidad objetiva” o de “responsabilidad subjetiva”, duda que (al margen de la terminología moderna) probablemente también tuvieron los juristas clásicos (en cuando se exigía o no la culpa). Al sancionar el edicto *de feris* una conducta, se acercaba bastante más a la *lex Aquilia* que a la *actio de pauperie*. Tanto *de feris* como la disposición aquiliana aplicaban una pena “a quien actuó” (y no al titular jurídico del animal causante del daño): en la segunda, a quien con injuria mató, quemó o fracturó; en la primera, a quien contravino la imperativa disposición *aedilitia*. Es más, si esta contravención se entiende como una infracción a una norma de policía de la época, la responsabilidad del dueño o custodio de la fiera adquiere naturaleza subjetiva, al concurrir en la especie una *culpa contra legem*; y desde la perspectiva romana, habría sido una actuación contra ius (con injuria), lo que constituiría un punto más de acercamiento a la *actio legis aquiliae*.

Al contrario, se puede sostener que la orden del magistrado de que nadie quisiese tener fieras en un lugar público de modo que pueda causar daño, no pretendió prohibir, sino sólo introducir “penas disuasivas” de negligencias o imprudencias, a fin de proteger un bien jurídico en particular: la vida de los hombres libres, o, bajo la óptica positiva, establecer un incentivo para que se invirtiera en mayor seguridad.

Además, la disposición edilicia tenía un carácter “absoluto”, lo que la alejaba de la responsabilidad aquiliana. El edicto *de feris* no admitía la alegación de falta de culpa por parte del demandado (como sería que adoptó todas las medidas imaginables e inimaginables de seguridad a la época), siendo sancionado sin más. La única forma de evitar el pago de la pena estaba en no llevar la fiera a un lugar donde concurrieran transeúntes frecuen-

temente, o evitar con todos los medios posibles a su disposición ella causase algún perjuicio a otro. Bastaba a la víctima sólo la prueba del daño y la identificación de quien *habuisse velit*. Es desde esta perspectiva que se arriba a la conclusión que el edicto *de feris* importaba una responsabilidad objetiva.

Se podría optar por una alternativa ecléctica como sería una presunción de culpa de derecho, pero la verdad es que una conclusión de este tenor nada aporta y poco sentido tiene. Sería más cercano a la realidad hablar de responsabilidad objetiva, en vez de estar revistiéndola de una subjetividad que habría tenido, pues ningún análisis de la conducta en definitiva se realizaba. En palabras modernas, se sancionaba a quien quería tener una cosa peligrosa, constituida por la fiera, si el peligro se actuaba, es decir, si se derivaban perjuicios para alguien o algo.

Respecto a la *noxae deditio*, su no presencia en el edicto *de feris* pareciera haber establecido una diferencia relevante con la *actio de pauperie* y un caso en derecho romano donde la responsabilidad objetiva no resultaba en definitiva limitada. Empero, esta conclusión sería incorrecta, pues al introducir los ediles curules un criterio de atribución de responsabilidad fundado en una conducta ejecutada por el propio responsable, el principio general del derecho penal romano de la personalidad de la pena resultaba satisfecho. Al sancionar en forma directa al que tuvo o decidió tener la fiera en lugar de tránsito habitual de personas, no había necesidad de radicar los efectos en la fiera. En clave primitiva, ¿quién podía reprochar algo al animal feroz, si éste había actuado simplemente según su naturaleza y no contra ella? El resultado era concordante con la *actio de pauperie*, donde se eximía de responsabilidad al propietario del animal que actuaba contra su naturaleza. Por tanto, la orden previa de que no se quisieran tener fieras en lugares de paso habitual de personas de modo que causen daños, existente en el edicto *de feris* y ausente en la *actio de pauperie*, cambió radicalmente la visión de la posibilidad de introducir la *noxae deditio*.

Pero además, la introducción de la *noxae deditio* no era posible en el edicto *de feris* debido a que el responsable era el que quiso tener en los hechos el animal y no “el *dominus*” en cuanto tal. Por lo mismo, conceptualmente no podía tener lugar la dación del animal, pues el que decidió tener podía o no coincidir con el *dominus*. Luego, el no dueño demandado no se encontraba en situación jurídica de transferir la propiedad del animal.

En definitiva, los ediles dieron respuesta al problema que se les presentó conforme las estructuras jurídicas y principios que gobernaban el derecho penal de la época clásica, según los cuales la *noxae deditio* no era procedente. Y si bien la configuración del edicto *de feris* ante el análisis moderno permite tender a calificar la responsabilidad de él derivada como objetiva, al

momento de su dictación ello no fue evidente (no lo es ni siquiera en la actualidad); es más, a la luz del derecho romano clásico, especialmente por la aplicación del principio de la personalidad de las penas, la solución era la más justa. El no manejo del concepto moderno de limitación de la responsabilidad y la posible subjetivación de la responsabilidad conforme el proceso de evolución de la culpa (entendiéndose la concurrencia de una falta de prudencia y diligencia en la tenencia de la fiera), impidieron una revisión y modificación posterior, pues la necesidad de ello no se advirtió.



## CAPÍTULO CUARTO

### EDICTO DE EFFUSIS VEL DEIECTI

#### I. PRESENTACIÓN DE LAS FUENTES

Las fuentes principales de este edicto<sup>310</sup> corresponden al título III del libro 9 del Digesto (D. 9.3), intitulado “De los que derramaren o arrojaran alguna cosa” (*De his, qui effuderint vel deiecerint*) y los pasajes de las *Institutiones* de Justiniano (I.4.5.1-2) relativos a la materia. En particular, los *verba edicti* que habría contenido se encuentran en el siguiente pasaje de Ulpiano, recogido en D.9.3.1 pr:

*Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicitur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicitur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicitur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere.*<sup>311</sup>

A diferencia del edicto visto en el capítulo anterior, esta providencia edictal fue dictada por un magistrado mayor como era el pretor, quien otorgó una *actio in factum* a la víctima de un daño causado por un líquido o una

---

<sup>310</sup> Giménez-Candela afirma que el edicto en realidad anunciaba cuatro acciones distintas, con lo cual el pretor habría dictado cuatro edictos y no uno. *Los llamados*, cit., p. 93. Por el contenido de D. 9.3.1 pr., podría tener razón la autora. Sin embargo, además de no existir mayores antecedentes de los eventuales cuatro textos, la cuestión no influye de forma sustancial.

<sup>311</sup> “Dice el pretor respecto de los que hubieren arrojado o derramado alguna cosa: por tanto, si se hubiere arrojado o derramado alguna cosa en el sitio por donde la gente se detiene, daré, contra el que allí habitare, acción en el *duplo* por cuanto *daño* con ello se hubiere causado o hecho. Si se dijera que del golpe de lo arrojado había perecido un hombre libre, daré acción de *cinquenta áureos*; si viviera, y se dijese que se le causó daño, daré acción para que aquel contra quien se reclama sea condenado en *tanto cuanto por tal cosa pareciere justo al juez*. Si se dijera que un esclavo lo hizo ignorando su dueño, añadiré en el juicio: o que lo dé por noxa”.

cosa derramada o arrojada, no importando quien o por qué derramó o arrojó, siempre que dicho vertimiento o arrojamiento se haya efectuado desde el piso superior de una casa, y que la caída de lo vertido o arrojado se haya producido en un lugar donde la gente transita o se detiene habitualmente,<sup>312</sup> no siendo relevante que el camino fuese público o privado (D.9.3.1.2),<sup>313</sup> y excluyéndose lugar de paso infrecuente o intermitente.<sup>314</sup>

El edicto es situado temporalmente por la romanística en la primera mitad del último siglo de la República,<sup>315</sup> pues ya era conocido el edicto por Servio Sulpicio Rulfo<sup>316</sup> y por Cayo Trebacio Testa.<sup>317</sup>

La intervención pretoria se encuentra asociada al desarrollo urbano de la ciudad de Roma a partir de su reconstrucción en el siglo IV, el cual, ya sea por problemas de espacio (la tierra comienza a ser más escasa), ya sea por razones económicas (es necesario dedicar la parte edificada a nivel de la tierra al comercio, requiriéndose pisos superiores para la habitación), ya sea por razones sociales (los más pobres requerían de habitaciones a bajo costo), o demográficas (creciente afluencia de extranjeros libres y esclavos producto de las conquistas), entre otras, derivó en la construcción de edificios de altura<sup>318</sup> y calles muy estrechas. De las abundantes construcciones en altura, pendían, podían o debían ser arrojados numerosos objetos, generando un peligro de daño constante a las numerosas personas y sus bienes

<sup>312</sup> Los comentarios de los juristas ratifican la idea edictal (D.9.3.1.2 y D.9.3.6 pr.). “Las previsiones edictales tomaban como base la frecuencia del tránsito de la población ciudadana (*vulgo iter fit*)”. Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 69.

<sup>313</sup> Respecto a posibles sospechas de interpolación por el uso de las expresiones *locus publicus* – *locus privatus*, Giménez-Candela, *Ibidem.*, p. 69.

<sup>314</sup> Ulpiano, en D. 9.3.1.2 segunda parte, deja claro el punto: “por lo demás, si antes no pasaba la gente por aquel camino, y se arrojó o derramó alguna cosa, cuando todavía fuesen lugares excusados, y luego comenzó a transitarse por allí, no debe quedarse obligado por este Edicto”.

<sup>315</sup> Serrao, Feliciano, “La Responsabilità per fatto altrui in diritto romano”, Estratto da *BIDR. “Vittorio Scialoja”*, Terza Serie, vol. V y vol. LXVI, Milán, 1964, núm. 3, p. 23; Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1104.

<sup>316</sup> D. 9.3.5.12. Vivió entre 105 a. C. - 43 a. C. Se sabe que fue Cónsul el año 51 a. C.

<sup>317</sup> D. 9.3.5.1. Contemporáneo a Augusto, cuyo advenimiento tuvo lugar el año 31 a. C. Sobre Trebacio, se puede ver Castro Sáenz, Alfonso, *El tiempo de Trebacio. Ensayo de historia jurídica*, Sevilla, 2002.

<sup>318</sup> “In Roma, l’antica casa familiare (*dominus*) non aveva tendenzialmente aperture verso l’estero; ma soprattutto a partire dalla ricostruzione della città posteriore all’incendio provocato dalla invasione dei Galli (387 a. C.; Livius 5,55), oltre a questo tipo di casa vennero costruite più spesso abitazioni a più piani (*insulae*). Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1104. Asimismo, Schipani, *De la ley Aquilia*, cit., p. 279.

que por las callejuelas de Roma transitaban o se detenían.<sup>319</sup> Al respecto, téngase presente que a la época no existían sistemas de evacuación de aguas servidas o de acopio y recolección de la basura como hoy conocemos. Por tanto, era habitual que los desechos fueran lanzados desde las ventanas, lo que creaba la situación de potencial daño para quienes se encontraban en la calle, parados o en tránsito. Ante estos riesgos entonces el pretor decide intervenir, “porque es de pública utilidad, que sin miedo y sin peligro se ande por los caminos” (D. 9.3.1.1).<sup>320</sup> De esta manera, aunque los *verba edicti* no hacen referencia expresa a su aplicación a casas en altura, el edicto está precisamente asociado a las problemáticas que surgen con la construcción en altura en Roma. Estos problemas urbanos se habrían mantenido “hasta muy avanzada la época imperial”,<sup>321</sup> prolongando con ello la vigencia de la protección edictal. Todo lo anterior sin perjuicio de las extensiones que pudieron tener lugar en la aplicación del edicto.<sup>322</sup>

La pena fijada como sanción por el edicto no era única, pues según D.9.3.1 pr hubo penas distintas según el daño irrogado al demandante, solución ya vista en el edicto *de feris* (y que motiva la relación estructural entre ambos señalada en el capítulo tercero, romano II, inciso 1). De tal circuns-

---

<sup>319</sup> Serrao, *La Responsabilità, cit.*, núm. 3, p. 23; Giménez-Candela, *Una perspectiva histórica, cit.*, p. 120.

<sup>320</sup> Sobre la autenticidad del pasaje existen sospechas, dado que contiene una justificación de la disposición, lo cual no correspondería al método utilizado por la jurisprudencia. Asimismo, en cuanto al contenido de la justificación, “classicamente, *l'utilitas publica non è mai ragione di Stato*”, Longo, *I quasi delicta, cit.*, pp. 431 y 432. No obstante ello, “el texto conserva un pensamiento clásico”, a decir de Giménez-Candela, *Los llamados, cit.*, p. 67.

<sup>321</sup> Giménez-Candela, *Ibidem*, p. 74.

<sup>322</sup> Al parecer el edicto se aplicó no sólo en zonas urbanas. Según Paulo en D.9.3.6 pr, no solamente se aplicaba el Edicto a *civitates et vicos* sino también a las *vías* por las cuales *vulgo iter fit*. Con relación a “*vicos*”, Giménez-Candela destaca que este término habría designado a un grupo de casas, y que por extensión se empleó también en el sentido de calle en Roma. D’Ors traduce “*vicos*” como “aldeas” (*El digesto, cit.*). Asimismo, a propósito de la expresión “*itineraria commeari*” en D.9.3.1.1, Giménez-Candela afirma que la protección pretoria se destinaba a los transeúntes, sin importar el lugar (*Los llamados, cit.*, p. 68) y no por tanto circunscrita a un núcleo urbano determinado (*Los llamados, cit.*, p. 90).

El texto de D.9.3.6.3 da cuenta además de la extensión de la aplicación a las cosas arrojadas desde una nave, y por tanto en un contexto distinto al urbano. Aparenta ser una aplicación extensiva del Edicto, por interpretación, pues claramente el edicto, sancionaba al *habitor*. Se ha señalado por la doctrina que se podría haber tratado más bien de una opinión de Paulo en cuanto a aplicar una *actio in factum* (el pasaje habla de *actio utilis*) para solucionar el problema de las cosas arrojadas desde una nave, que se debiera entender en el puerto para que le sea aplicable el edicto. Valiño opina que la propuesta sería una *actio in factum* decretal, mientras Giménez-Candela plantea que no tendría tal naturaleza, sino la misma acción del edicto, mencionada en otros pasajes como *in factum* (D.9.3.1.4; D.9.3.5.3), *Los llamados, cit.*, p. 106.

tancia han nacido algunas dudas acerca del número, naturaleza y nombre de las acciones que concedía. Giménez-Candela alude a cuatro acciones, a saber: acción “*damnum datum*”, acción “*si homo liber perisse*”, acción “*si viviet nocitumque*” y acción “*si servus vel filius fecisse*”,<sup>323</sup> ligada a la noxalidad. La distinción, haya o no sido efectiva, resulta interesante desde la perspectiva del diverso régimen aplicado, según fuera el daño de la víctima.

Así, la *actio* “*damnum datum*” habría sido la regla general (nótese la coincidencia con el “*damnum iniura datum*” de la *lex Aquilia* en D.9.2.1 pr.), castigándose al *haborator* condenado con una pena ascendente al *duplo* del *daño causado*. Este doblaje del perjuicio, demuestra su carácter punitivo, aunque implícitamente portase a un resarcimiento.

La acción “*si homo liber perisse*” (por muerte) tenía la particularidad que introducía de forma excepcional la sanción de esta hipótesis en el ámbito del derecho privado, en circunstancias que tradicionalmente fue castigado como *crimina*,<sup>324</sup> de modo que la *lex Aquilia* no la contenía. Asimismo, por la naturaleza del perjuicio, resultaba imposible a la víctima fallecida exigir la pena, lo que explica el que a fin de evitar que el *haborator* quedara sin sanción, se concedía como “popular”<sup>325</sup> (D. 9.3.5.5) y por ende era intransmisible.<sup>326</sup> La pena en este caso era una multa fija (50 Áureos)<sup>327</sup> en favor del actor,<sup>328</sup> que

<sup>323</sup> Las denominaciones son tomadas evidentemente por la autora de los *verba edicti* contenidos en D.9.3.1: “*quantum ex ea re damnum datum factumve erit...*”; “*Si viviet nocitumque ei esse dicetur...*”; “*Si eo ictu homo liber perisse dicetur...*”; y “*Si servus insciente domino fecisse dicetur...*”.

<sup>324</sup> En todo caso, en el año 81 a. C. se dictó la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* que sancionó el homicidio de hombre libre. La jurisprudencia interpretó que esta *lex* no hacía distinción entre esclavos y libres, de modo que caía bajo sus prescripciones el que mata a un esclavo ajeno (Guzmán, *Derecho privado, cit.*, t. I, p. 317). Los crímenes en derecho romano siempre requirieron la concurrencia de “dolo”. La *lex Cornelia* no es una excepción en este sentido, pues las situaciones por ella prevista exigían dolo (D.48.8.1.3; D.48.8.14). Por ello, si bien Gayo señalaba que “el señor del esclavo muerto puede escoger entre perseguir al matador como reo de un crimen capital, o pedir el resarcimiento del daño en virtud de la ley Aquilia” (Gai. 3.213; D. 48.8.1.2), hay que entender que para perseguirlo como reo de crimen el homicidio debía ser doloso. Ello es ratificado por D.48.8.7, que expresamente señala que no es aplicable la *lex* al caso del podador que mata a alguien con culpa, por no avisar, situación tratada en la *lex Aquilia* (D.9.2.31).

<sup>325</sup> Según D.47.23.1, es popular la acción “que ampara el derecho propio del pueblo”. La noción sin embargo es discutida en doctrina. Véase Fadda, Carlo, *L'azione popolare*, Roma, 1972, en particular pp. 298 y 299; 382; 385 y 386. Casavola, *Studi, cit.*, pp. 18 y 19).

<sup>326</sup> Si cualquiera del pueblo podía deducirla, no se podía conceder a los herederos. De ahí que llame la atención D. 9.3.5.5 y la suerte de prelación de legitimados activos a que alude.

<sup>327</sup> “Áureos” es una expresión introducida por los compiladores. Originalmente la pena debió ser de 50.000 sestercios (1 Áureo = 1.000 sestercios).

<sup>328</sup> Casavola, *Studi, cit.*, pp. 3 y 4. Fadda distingue las acciones populares con “*condanna a favore di una casa pubblica, o a profitto totale dell'attore, o finalmente a profitto di un*

resultaba bastante alta. El fundamento de por qué no era el doble como en el caso precedente, radicaba en que no cabía la *aestimatio* del cuerpo de un hombre (D.9.3.1.5).

La acción “*si viviet nocitumque*” (por lesión) no fijaba nominalmente el monto de la condena ni aplicaba un múltiplo, entregando al juez el deber de establecerla, condenando al demandado a cuanto le pareciere justo;<sup>329</sup> no tratándose de un daño pecuniario, la acción era “intransmisible”.<sup>330</sup> Se trataba de una acción emparentada con la llamada *actio iniuriarum aestimatoria*, en cuanto era ésta la que sancionaba en el ámbito de los delitos privados las lesiones corporales causadas a un sujeto libre.<sup>331</sup> Estas relaciones cobrarán importancia en el proceso de abstracción de las disposiciones romanas al momento de la confección de los códigos decimonónicos.

## II. NATURALEZA DEL CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

### 1. Criterio de atribución según los verba edicti: el habitator

De acuerdo a los *verba edicti*, el pretor concedía acción contra “*qui ibi habitaverit*”, resultando claro entonces que el criterio de atribución de res-

---

terzo”, correspondiendo la acción en estudio a la segunda categoría. Fadda, *L'azione popolare*, cit., p. 1.

<sup>329</sup> Sobre el sentido de una “*condemnatio in aequum*”, véase Paricio, Javier, *Estudio sobre*, cit., pp. 21-24.

D.9.3.1.6 clarifica en todo caso que los daños sancionados con la acción son específicamente los relacionados con las lesiones corporales, y no los causados o derivados de otras cosas del hombre libre (estas últimas ya contempladas en la primera acción). En todo caso, como el cuerpo de un hombre libre no tiene precio, el daño corporal en sí mismo no se valoraba (“las cicatrices, o de una deformidad”), sino el daño emergente y lucro cesante derivado de aquél (D.9.3.7).

<sup>330</sup> Al tenor de D.9.3.5.5, algunos autores han calificado esta acción como popular. Casavola, *Studi*, cit., p. 164. Interesante la postura de Sanfilippo quien ha pensado en la posible existencia de dos sub acciones que se podrían haber entablado acumulativa y no de forma electiva. *Il risarcimento del danno per l'uccisione di un uomo libero nel diritto romano*, Annali Semin, Catania 5, 1951, p. 125. Citado por Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., nota 167; y también por Casavola, *Studi*, cit., p. 164, nota 34. Ciertamente el pasaje citado le otorga al hombre libre acción perpetua, como asimismo, a cualquiera que quisiera demandar, acción por un año. Ello evidenciaría la posibilidad que fuesen dos acciones distintas, una privada a favor de la víctima y otra popular en favor de cualquiera que quisiera ejercerla.

<sup>331</sup> El delito de “injuria” (D. 47.10) ya era sancionado por las XII Tablas con penas pecuniarias (8.3; 8.4). Sin embargo, la obsolescencia de éstas por devaluación de la moneda, llevó al pretor a regular de nuevo la cuestión en torno al siglo II a. C., quedando a discreción del juez el monto de la *aestimatio*, según le pareciera bueno y equitativo (“*iniuriarum actio ex bono et aequo*”, D. 47.10.11.1).

ponsabilidad introducido al edicto era una calidad de hecho concreta: el *habitor*.

La jurisprudencia, fiel a su método de interpretar las palabras utilizadas por el tipo, asumió la tarea de precisar quién es *habitor*, trabajo extremadamente relevante para el caso, pues el resultado de la “precisión” determinaría al responsable. Según las fuentes, las características integradoras esenciales que habría tenido la calidad de *habitor* eran la *tenencia del inmueble*, esto es, quien tenía el poder de hecho de disposición material;<sup>332</sup> que existiese una *relación de hecho* con el inmueble, sin identificar la calidad de *habitor* con una situación o título jurídico; que hubiese *estabilidad en la tenencia*<sup>333</sup> (D.9.3.1.9), y que residiese en aquella parte del inmueble desde la cual se vertió o arrojó, *limitándose materialmente* la responsabilidad.

Si bien el *habitor* podía ser un sujeto plenamente capaz (*sui iuris*), sean *patres familiae* o *domini*, con frecuencia tuvieron también tal calidad *alieni iuris*: hijos o hijas de familia y mujer, por una parte, y esclavos por otra. Estas situaciones que presentó la realidad generaron problemáticas adicionales y la necesidad de establecer qué reglas se debían aplicar a estos incapaces, si alguno de ellos resultaban ser el *habitor*, lo que trataré de manera particular.

Eventualmente podía tener lugar una pluralidad de habitadores (se vertió o arrojó desde una parte del inmueble en la cual moraban dos o más personas), pues se trataba de un lugar común en el inmueble. La discusión se circunscribía sólo al *coenaculo*, habitación, aposento o estancia. En tal caso, a decir de Ulpiano en D.9.3.1.10, la acción se podía dirigir contra todas las personas que residían en la parte respectiva del bien raíz. Todos eran considerados *habitor* para los efectos del edicto. Lo anterior es sin perjuicio de las dudas que existen sobre el texto.<sup>334</sup>

Ahora bien, el edicto no establecía para la acción “*damnum datum*” que el daño debía ser causado con *iniuria*, ni menos que ella se concedería contra “el que haya” ejecutado el hecho descrito (verter o arrojar), fórmula que

---

<sup>332</sup> Schipani, Sandro, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggruenda ai principi della responsabilità civile dal corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, St. Gorla, II, 1994, p. 1106. En un sentido similar, Rodríguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjetivo del “edictum de effusis vel deiectis”*, *IURA*, núm. 35, 1984, p. 91.

<sup>333</sup> Schipani, Sandro, *Rileggere i Digesti: contributi romanistici*, p. 1071; Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 434.

<sup>334</sup> Ante la duda de autenticidad, Giménez-Candela comparte la opinión de Levy, quien considera que la redacción del texto pertenece a Ulpiano, “pues siendo la acción edictal *in factum* y no *in iuris*, no había obstáculo para pensar en una liberación a través de la *exceptio rei iudicate*”. *Los llamados*, cit., p. 86.

utilizaba la *lex Aquilia*.<sup>335</sup> Asimismo, para las acciones “*si homo liber perisse*” y “*si viviet nocitumque*”, no había tampoco referencia al dolo o a la *iniuria*, ni se utilizaba la forma “el que hubiera” matado o lesionado a un hombre libre, como en la *actio iniuriarum*.<sup>336</sup> El edicto entonces utilizó en la descripción del tipo una formulación distinta a la que se había recurrido en las figuras penales que podríamos considerar “generales”. “En el Edicto... se sancionaba al habitador... por el hecho de ser habitador”.<sup>337</sup> Y esta diferencia le ha valido ser considerado por la romanística moderna un caso de responsabilidad objetiva en derecho romano,<sup>338</sup> sin mayor discusión.<sup>339</sup>

Efectivamente, si se está a los *verba edicti*, no se encuentran referencias que obliguen o reenvíen a un análisis de las conductas ejecutadas por el *habitor* a efectos de la atribución de responsabilidad. El *iudicium* que el pretor concedía, no incluía la orden al juez para que *apud iudicem* verificara la concurrencia o no de una conducta precisa (por ejemplo, “si vertió o arrojó o no lo hizo”) o calificara la misma (por ejemplo, “si actuó con culpa o no lo hizo”). En sustancia, concurriendo los presupuestos de hecho citados, y pudiendo identificar un *habitor*, éste resultaba condenado.

El *habitor* podía haber sido la persona que vertió o arrojó causando daño, pero también podrían haber ejecutado tales acciones su mujer, alguno de sus hijos o hijas, un esclavo, un amigo, un cliente, un dependiente, un aprendiz, etcétera. En palabras modernas, podía responder por el hecho propio o por el hecho ajeno. Daba exactamente lo mismo, pues el punto no se debía discutir al no tener relevancia para condenar al pago de la pena, de acuerdo al tipo penal establecido por el edicto.

Incluso el *habitor* podría haber estado ausente en el momento de la ocurrencia del hecho, o temporalmente por un tiempo superior, lo que lleva a que una posible relación de causalidad entre el vertimiento o arrojó

---

<sup>335</sup> “El que hubiere matado con injuria” (“*Ut qui... iniuria occiderit*”, D.9.2.2 pr.); “si alguien hiciera daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado, o roto alguna cosa con injuria” (“*Si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria*”, D.9.2.27.5).

<sup>336</sup> “Está comprendido en ella... el que con dolo hizo...” (“*Verum ille quoque continetur, qui dolo fecit*” D.47.10.11 pr.); “el que hizo la injuria, esto es, el que golpeó” (“*Qui fecit iniuriam, hoc est qui percussit*”, D.47.10.11 pr.).

<sup>337</sup> Guzmán, *La responsabilidad objetiva*, cit., p. 179.

<sup>338</sup> “It is clear that the *habitor* is made strictly liable for the acts not only of his household but of anyone who happens to be in the house”, Mac Cormack, Geoffrey, “Culpa in eligendo”, RIDA, núm. 18, 1971, p. 548. En el mismo sentido, Guzmán, *La responsabilidad objetiva*, cit., pp. 179 y 180; Marrone, *op. cit.*, p. 516; Floris, *La responsabilidad objetiva*, cit., p. 264; Rodríguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjetivo*, cit., p. 91. Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 80.

<sup>339</sup> Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 441.



dañoso y las actividades del *habitor* fuera inexistente.<sup>340</sup> Tanto es así que Ulpiano afirma (D.9.3.1.3) que se aplica el edicto aun cuando se hubiese derramado alguna cosa que estaba colgando, “aunque nadie la hubiere derramado” (*quamvis nemo hoc effuderit*), con lo cual niega la existencia de una acción humana dirigida a verter algún líquido hacia la calle; el *habitor* “è tenuto anche in assenza di un atto”.<sup>341</sup> Esta última interpretación extensiva no se incluye en las *Institutas* de Justiniano, lo que se puede deber al clima subjetivo del momento.

## 2. ¿Subjetivación del criterio?

No obstante la *lex Aquilia* en parte alguna menciona la culpa, de la interpretación del término *iniuria*, el criterio de atribución de responsabilidad del *damnum iniuria datum* se consolidó como culpa en sentido amplio, y de naturaleza subjetiva en concepto moderno (capítulo uno, romano II). ¿Podría haber operado un proceso similar respecto al edicto en estudio? A la luz de la regulación actual en los códigos decimonónicos de la hipótesis, la pregunta es del todo necesaria; pero además, obligada en razón de algunos pasajes en las fuentes que aluden precisamente a la culpa.

Ulpiano en D.9.3.1.4 afirma que la acción se da contra el *habitor* “*culpa enim penes eum est*”; Paulo en D.9.3.6.2 señalaba que “*habitor suam suorumque culpam praestare debet*”; y según Gayo en D.44.7.5.5, “*quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi*”. Este último texto es reproducido íntegramente en las *Institutiones* (I.4.5.1).

Como se puede advertir, los textos citados parecieran entender que la razón de la atribución de responsabilidad al *habitor* se encontraba en una conducta culpable, propia o ajena, con lo cual el factor de atribución habría “adquirido” una naturaleza subjetiva, porque en su nacimiento una concepción de este tipo no hubiese tenido cabida. Desde luego porque los *verba edicti*, no dan pie en un principio para una interpretación subjetiva. Pero además, porque a la época de la dictación del edicto, la noción de culpa como criterio subjetivo de atribución estaba recién en formación, por lo que

<sup>340</sup> “Incluso el vínculo causal con el daño es débil”, Guzmán, *La responsabilidad objetiva*, cit., p. 179. Se sanciona al *habitor* sin darle importancia a elementos inherentes a la “possibilità di un rapporto di fatto fra la persona che ha la disponibilità ed il fatto dannoso”, Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1107. “El ilícito pretorio que nos ocupa está única y exclusivamente cualificado por el resultado; no existe, por tanto, relación de causa a efecto entre la conducta del *habitor* y el daño inferido”, Rodríguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjetivo*, cit., p. 97.

<sup>341</sup> Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1107.

una asociación con ella estaría fuera de contexto. En cambio, la situación de la evolución de la culpa a la época de los juristas citados era muy diferente. Nótese que los textos son de Gayo, Paulo y Ulpiano, o sea, de juristas entre mitad siglo II d. C. y primera mitad siglo III d. C. (los tres incluidos en la “ley de citas”), mientras el edicto lo ubicamos temporalmente en la primera mitad del siglo I a. C. Por lo tanto, los pasajes que aludían a la culpa, constituyen comentarios a la providencia pretoria de al menos dos siglos después. Gayo y Ulpiano son por lo demás autores que representan de mejor manera el arribo de la jurisprudencia romana a la noción de culpa como criterio general de atribución de responsabilidad, en base a la interpretación de *iniuria*.<sup>342</sup>

Si Justiniano recogió el criterio subjetivo respecto del delito de daño en las cosas (I.4.3.3; capítulo uno, romano II), no sería ninguna sorpresa que lo hiciese también respecto a otras figuras penales, como en el de *effusis vel deiectis*. La reproducción textual en I.4.5.1 del pasaje de Gayo tomado del Libro III de sus *Res Cotidianae* (D.44.7.5.5) sería una cuestión muy “natural”.

Ahora bien, en los textos citados, hay que distinguir entre la referencia a la culpa del *habitor*, de la alusión a la culpa de terceros, pues el *habitor* respondía de las conductas culposas de terceros, no obstante tal culpabilidad no era relevante, dado que aún sin ella habría tenido de igual forma que responder. Las referencias a las conductas culposas de terceros pueden tomarse simplemente por ende como una de las situaciones en que se le atribuía responsabilidad al *habitor*, entre otras. Algunas veces, podía haber concurrido culpa del *habitor*, pero no era requisito para la procedencia del Edicto según se dijo.

A pesar de lo anterior, dos de los textos citados se refieren a la culpa del *habitor*, y D.9.3.1.4 presenta una redacción que pareciera dar a entender claramente que la culpa es “el” fundamento de su responsabilidad: “*culpa enim penes eum est*”. Las traducciones de la frase no dejan dudas a este respecto: “porque la culpa está en aquél” (García del Corral); “porque aquél es el culpable” (d’Ors); “la colpa, infatti, è presso di lui” (Schipani).<sup>343</sup>

---

<sup>342</sup> Gai. 3.211; D.9.2.1. Se debe tenerse presente que las Instituciones de Justiniano “siguen el sistema expositivo de las homónimas de Gayo y su método dialéctico de presentación de las materias”. Guzmán, *Derecho privado romano, cit.*, t. I, p. 57.

<sup>343</sup> A la traducción que hemos usado de base de García del Corral, acudimos asimismo en esta ocasión a la de d’Ors, Álvaro y otros, *El digesto de Justiniano*, citada, y a la de Schipani, Sandro (a cura), *Iustiniani augusti digesta*, citada.

### 3. Posibles presunciones de culpa del habitator

La referencia a la culpa podría haber constituido de forma simple una explicitación de la idea generalizada que ella se presumía; pero ello es sólo una especulación si no se logra identificar el fundamento de tal presunción, el que hasta ahora no se conoce. Mas, es posible pensar en las siguientes dos hipótesis:

#### A. Presunción de culpa por “infracción de una debida diligencia”

Si ningún análisis sobre la conducta del *habitator* tenía lugar, ni se exigía prueba de ella, la conclusión “natural” sería que *la culpa se presumía* (ha sido por lo demás la tendencia moderna)<sup>344</sup> porque “presuntamente” el *habitator* habría infringido un deber de diligencia. El daño por *effusus vel deiectis* dejaba al descubierto entonces la comisión de la infracción.

Sin embargo, no consta en las fuentes qué diligencia concreta se habría considerado infringida, de manera que toda explicación que hoy demos es a su vez presuntiva. Se pueden buscar elementos generales que le pudieran dar sostén a la idea general que la culpa se presumía por una actuación negligente. Por ejemplo, la dureza de las penas fijadas por el edicto,<sup>345</sup> las que se podrían considerar “penas disuasivas” precisamente de negligencias o imprudencias (en general) en las descargas: ante la imposibilidad del pretor de prohibir éstas en razón de su necesidad pública,<sup>346</sup> fijó penas más gravo-

---

<sup>344</sup> Señala Guzmán que efectivamente “la doctrina suele subjetivar el tipo, interpretándolo como caso en que se presume la culpabilidad”, en *La responsabilidad objetiva*, cit., p. 179, citando como ejemplo en la doctrina chilena la obra de Arturo Alessandri Rodríguez. Véase nota 837.

<sup>345</sup> Mientras la regla general de *lex Aquilia* era el pago del mayor valor del esclavo, cuadrúpedo o res dentro del año o, para las otras cosas, dentro de los treinta días siguientes, se vio que para la acción “*damnum datum*” del edicto de *effusus vel deiectis* la pena ascendía al doble del daño; para la acción “*si homo liber perisse*”, la altísima cifra de 50.000 sestericios; y para la acción “*Si viviet nocturnaque*”, lo que le pareciera *aequo* al juez mas, dadas las anteriores, parece difícil pensar que en la práctica fuesen sólo equivalentes al valor del daño producido, cuando la finalidad original era sancionar y no reparar.

<sup>346</sup> En efecto, para evitar daños a los transeúntes, hubiese bastado que el pretor prohibiera verter líquidos o arrojar cosas desde habitaciones en altura, o al menos sancionar la conducta, con independencia que lo vertido o arrojado haya o no causado daño a alguien (esta última es la fórmula utilizada por el Edicto de *positis vel suspensis*). Pero ello no era viable, dada la necesidad para la población de deshacerse de los desperdicios líquidos o sólidos en general, frente a la inexistencia de instalaciones para ello. A lo más, se podía restringir el horario como a continuación se explica.

sas, que llevaran al *habitor* a ser extremadamente cuidadoso en las operaciones de descarga que efectuaba por sí mismo, y a la vez diera instrucciones a los suyos o a quienes habitaban con él en tal sentido. La altas penas habrían entonces pretendido constreñir al *habitor* y a los suyos, a ejecutar tales acciones “con cuidado”, “con precaución”, “con prudencia”, etcétera (es decir, con la debida diligencia). Luego, si hubo daño, fue porque en la práctica se actuó negligentemente.

Pero si bien ideas como las precedente son razonables, lo concreto era que así como el demandante no debía probar la culpa, tampoco el demandado se podía eximir de responsabilidad probando la inexistencia de culpa personal o de terceros. De manera que aun cuando fuese auténtico el pasaje, y sea cierto que “el habitante tiene culpa por definición... parece ser una presunción irrefutable de culpa. Esto nos lleva a una *responsabilidad objetiva*, o por lo menos a una *responsabilidad por el hecho ajeno*”,<sup>347</sup> dado que la presunción era de derecho.

Una ulterior dificultad dice relación con la circunstancia que si el *habitor* respondía por culpa, ésta debía concurrir a pesar que no haya tenido el *habitor* participación en el vertimiento o arrojado con daño. Podía ocurrir que el *habitor* ni siquiera estuviera presente. De ahí que algunos juristas interpretaran que había culpa, pero en una actuación anterior o coetánea. A partir del comentario de Paulo en D. 9.3.6.2, en cuanto a que el habitador debía responder de la culpa de los suyos, podría afirmarse, con una visión decimonónica, que “evidentemente aquí subyace el criterio de la *culpa in eligendo* —la responsabilidad por acto de tercero—, que se erige en criterio de responsabilidad en época bizantina”.<sup>348</sup> Lo mismo valdría para D 44.7.5.5 e I.4.5.1.

Sin embargo, “cercare una «colpa per mancata vigilanza» o «per scelta poco diligente» delle persone con le quali si abita nella casa in conseguenza delle condotte delle quali può essere accaduto l’evento, è sbagliato”.<sup>349</sup> Sin dudas ocurrirían situaciones en las que pudo haber algún descuido en las personas que se dejaron entrar al inmueble bajo tenencia o no se llevó adelante el control que correspondía de las actividades de los moradores, pero no en todos los casos. De igual manera, podría haber sido extremadamente diligente el *habitor* en la elección o vigilancia, haber ejecutado una diligencia que sólo tienen los hombres superiores; mas, de nada le habría servido,

<sup>347</sup> Wallinga, Tammo, *Effusa vel deiecta in Roma y Glasgow. De Roma al derecho moderno*, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Alfonso Murillo Villar Burgos (coord.), 2001, p. 910.

<sup>348</sup> Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 71.

<sup>349</sup> Schipani, Sandro, *Rileggere i Digesti: contributi romanistici*, cit., p. 1077.

pues no le era admitida la prueba de su falta de culpa, resultándole imposible la eximición de responsabilidad.

Una culpa presumida por infracción a la debida diligencia se debe por tanto descartar.

### B. *Presunción de culpa por “infracción de ley”*

Se podría también pensar en una posible presunción de culpa por “infracción de ley” (en sentido amplio), ya sea del *habitor* o por parte de terceros. ¿Cómo habría tenido lugar respecto al edicto en análisis? Las fuentes a disposición dan a conocer la posibilidad que existieren normas de policía que regulaban las descargas, cuya contravención habría constituido una conducta culpable (*culpa contra legem*).

Paulo, en D.9.3.6.1 reproduce la opinión de Labeón, quien sostenía “que tiene lugar este edicto, si se arrojó alguna cosa de día, no de noche”. Paulo manifiesta su desacuerdo, pues “por algunos lugares se pasa de noche”. Esta discordancia de opiniones tiene dos siglos de diferencia, y enfrentan a un jurista que abre la época clásica alta y otro que cierra la clásica tardía. ¿Qué pudo haber cambiado en el intertanto?

El vertimiento o arrojado de desperdicios a la calle, acarrea un segundo inconveniente: debían ser removidos. Este “servicio de aseo” era efectuado mediante carros tirados por animales. Ello consta en la *Tabula Heracleensis*, que en sus líneas 66-67, expresaba: “por prevención, esta ley no quiere (prohíbe) que los carros de bueyes o los carros de burros sean conducidos en la ciudad de noche ya sea para salir vacíos (descargar) o recoger el estiércol (inmundicia), sea dentro de la ciudad de Roma o a una milla de ésta, después de salida del sol (desde el alba) hasta la décima hora del día”.<sup>350</sup>

Con independencia del problema de la autenticidad de esta fuente,<sup>351</sup> lo importante es que hay antecedentes de que habría existido una norma de policía, conforme la cual las descargas de desperdicios hacia la calle estaban

<sup>350</sup> “*Quae plostra noctu in urbem inducta erunt quominus ea plostra inania aut stercoris exportandei causa / post solem ortum h(or)is X diei bubus iumentisve iuncta in u(r)be R(oma) et ab u(r)be R(oma) p(assus) M esse liceat e(ius) h(ac) l(ege) n(ihil) r(ogatur)*”.

<sup>351</sup> Sobre esta Tabula, existen algunas controversias entre los estudiosos. Así, ha sido identificada con la *Lex Iulia Municipalis*. Bravo Jiménez, Salvador, haciendo referencia a la *Lex Iulia Municipalis*, afirma que “de esta ley conocemos amplios fragmentos recogidos en la llamada *Tabula Heracleensis vulgo lex iulia municipalis*”, “La vivienda como reflejo de la sociedad urbana hispanorromana”, *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, U. de Barcelona, vol. VII, núm. 146(002), 2003, p. 8. Rodríguez Neila, Juan Francisco, señala en cambio que “durante algún tiempo fue erróneamente identificado con la *Lex Iulia Municipalis*

prohibidas en el día y permitidas en la noche. Por ende, el daño habría sido contra derecho (*iniure*), sólo cuando hubiera tenido lugar en el transcurso de la jornada diurna, por lo que, aunque el edicto no exigía *iniuria*, a Labeón le parecía inaplicable de noche. En el fondo, este jurisconsulto habría estado resguardando ciertas horas del día para acometer la necesaria labor higiénica.

Si disposiciones de policía como la citada ya no existían a la época de Paulo, las descargas en la noche resultaban tan contraproducentes como las efectuadas en el día, por lo que a los ojos de este jurista, el edicto resultaba igualmente aplicable, cualquiera fuera la hora en que el daño tuvo lugar.

Si bien esta culpa derivada de infracción a una norma de policía podría constituir una manera de sostener la culpabilidad como criterio de atribución del edicto, resulta poco segura.

Primeramente, aunque podrían haber coincidido, parece que el edicto es de fecha anterior, por lo que no habría sido dictado teniendo presente la *Tabula Heracleensis* o una disposición similar. De lo contrario sería de hipotizar que alguna referencia al tramo horario prohibido de verter o arrojar el pretor hubiese incluido en los *verba edicti*. Desde esta perspectiva, la *Tabula Heracleensis* podría haber quizás influido en las interpretaciones del edicto, modificando un tanto su sentido, lo que es distinto a haberse tenido como antecedente; mas, hablar de modificación, significa suponer que la concepción inicial era otra: objetiva y no subjetiva. En todo caso, no habiendo seguridad en la fechas, estamos sólo en el plano de las conjeturas.

En segundo lugar, la interpretación de una *culpa contra legem* no tiene una ratificación expresa en las fuentes. Sólo tenemos entre manos la opinión de Labeón, que no se refiere de forma explícita a normas de policía como las de la *Tabula Heracleensis*. Sólo se ha explicado la opinión de Labeón a través de ésta y su contexto, sin tener otras referencias posibles a infracciones de disposiciones administrativas. Ello no significa que no hayan existido, pudiendo los compiladores haberlas eliminado por no corresponder al ordenamiento “legal y administrativo” bizantino. Empero, lo único seguro, es que hasta nuestros tiempos noticias como las señaladas no pervivieron.

---

atribuida a César”, “Cuestiones entorno a la censura municipal romana”, *Gerión*, núm. 4, 1986, Universidad Complutense de Madrid, p. 74.

En cuanto a la fecha de dictación, “no está clara la cronología de la citada Ley y algunos la llevan a tiempos de Cayo Julio César”. Bravo Jiménez, Salvador, *La vivienda*, cit., nota 5. Crawford establece un periodo amplio dentro del cual se pudo dictar: entre los años 80 y 43 a. C., *Roman Statutes*, cit., pp. 355-391, núm. 24. La tendencia es ubicarla hacia los años 45-43 a. C., Rodríguez Neila, *op. cit.*, p. 74; Bravo Jiménez, Salvador, “Notas sobre aculturación romana. Integración, asimilación y municipalización en Provincia Hispania Ulterior”, *Eiáphoros*, núm. 4, 2002, p. 158; de Martino, *Nota sulla Lex Iulia Municipalis*, *Scritti di Diritto Romano*, I Diritto e Società nell’antica Roma, Roma, 1979, pp. 339-356.

#### 4. Negación de la autenticidad de los textos que aluden a la culpa

Lo que ha generado el problema, son los textos supérstites en las fuentes que aluden a la culpa. Por tanto, un vía simple de solución a cualquier dificultad, es negando autenticidad, al menos parcial, a D. 9.3.1.4 y D.9.3.6.2.<sup>352</sup> Esta postura implicaría reconocer que de inicio el edicto introdujo un caso de responsabilidad objetiva y que se transformó en un caso de responsabilidad subjetiva, siendo en este estado recepcionado por el derecho justinianeo.

Al margen de las críticas que se puedan efectuar a D.9.3.6.2, este último pasaje ha servido sólo a la romanística para reforzar la idea de D.9.3.1.4, y ratificar consiguientemente la posible incorporación del criterio subjetivo de atribución de responsabilidad. Ello porque su lectura aislada sugiere que Paulo afirmó una cosa distinta. En efecto, es muy distinto decir “el habitante debe responder de su propia culpa y de la de los suyos” (“*haborator suam suorumque culpam praestare debet*”), que es en forma parcial verdadero, a señalar que “sólo se debe responder por culpa propia o ajena”. Paulo afirma lo primero, pero no lo segundo; es decir, Paulo no niega que se responda aunque falte la culpa propia o ajena. Como dice Gayo (D.44.7.5.5), quizá “la mayoría de las veces” había alguna conducta que se le podría reprochar al *haborator* o a quienes moraban o se hospedaban con él, al momento en que se producía el daño, pero otras veces podría no concurrir. Esta última posibilidad no es negada. La diferencia es destacada por la romanística.<sup>353</sup>

Este matiz en el comentario de Paulo hace que, por sí sólo, no pueda llevar a dudar acerca de la naturaleza objetiva del criterio de atribución de responsabilidad en el edicto, cuestión que cambia si se relaciona D.9.3.6.2 con D. 9.3.1.4. Es decir, D.9.3.6.2 no tiene la fuerza de hacer cambiar el fundamento de atribución de responsabilidad por sí mismo, en vista de lo cual, aceptarlo como auténtico no provoca mayor problema. Por esta razón, en las líneas que siguen, concentro la atención en D.9.3.1.4.

---

<sup>352</sup> Gimenez-Candela afirma, a propósito de D.9.3.6.2, que “en realidad, la mención de la *culpa* en éste y en el texto anterior (D. 9.3.1.4), difícilmente se puede deber a Paulo y Ulpiano, respectivamente”. *Los llamados*, cit., p. 77. Longo señala que en D.9.3.6.2, en lugar de *culpa*, “forse si parlava di *factum*”. *I quasi delicta*, cit., p. 469. Albertario, Emilio, entiende D.9.3.6.2 interpolado. “Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell’art. 1097 del Codice Civile”, *RDCom.*, núm. 21, I, 1923, p. 507, nota 1.

<sup>353</sup> Así, Mac Cormack, *op. cit.*, p. 548.



Es larga la lista de autores que advierten que estamos ante un pasaje manipulado, negándole autenticidad parcial o total.<sup>354</sup> Mas, no existen certezas de que así haya sido. Además, aun cuando fueran efectivas una o más inserciones o cambios a los textos originales, no es posible saber si la autoría pertenece a los compiladores, o bien a ellos llegaron en tales condiciones producto de intervenciones posclásicas.

En D.9.3.1.4. están los dos textos relevantes sospechosos: “*culpa enim penes eum est*”, ya citado, y “*nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget*”.

Este último, más allá de las doctas opiniones de los romanistas que le niegan autenticidad, constituye un texto que confronta la responsabilidad del *habitor* con la regla general de la *lex Aquilia*, confirmando el criterio objetivo de atribución de responsabilidad de aquél. En efecto, D.9.3.1.4 alude a la acción “*damnum datum*” del edicto, la cual como se vio en el acápite 1 de este capítulo, estaba íntimamente emparentada con la regla general de responsabilidad por daño de la *lex Aquilia*. El jurista entonces aclaraba dónde radicaba la diferencia esencial entre la acción por el daño del edicto de *effusis vel deiectis* y la acción aquiliana: “*nec adicitur culpae mentio vel infitiationis*”. Ulpiano se estaba refiriendo a la fórmula de la acción, pero su comentario no fue formal, sino de fondo. El que no se añadiera mención de culpa o de negativa, implicaba que la concurrencia o no de culpa no entraba en el debate, no era objeto de análisis por parte del juez, quien condenaría al *habitor* por ser tal, al margen de toda culpabilidad. Agregaba el jurisconsulto, para reforzar aún más la idea, que la acción de *damnum iniuria datum* exigía análisis de la concurrencia o no de culpabilidad (para que tuviera lugar el requisito de la *iniuria*), lo que constituía la diferencia radical con el edicto de *effusis vel deiectis*.

Por tanto, no obstante las diversas críticas encontradas al texto *Nec adicitur – exiget* de D.9.3.1.4, me parece más bien verosímil y lógico pensar en su autenticidad,<sup>355</sup> pues está en plena concordancia con los *verba edicti*.<sup>356</sup>

<sup>354</sup> *Index Interpolationum*, 117, frase *Culpa - est* Schulz; frase *Quamvis-exiget* Rotondi (Scritti, II, 386 nt 2). Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 440. Aràngio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14a. ed., Nápoles, 1984, p. 377, nota 2. Albertario, *Le fonti*, cit., pp. 506 y 507.

<sup>355</sup> Serrao, contestando a Rotondi su crítica interpolacionista, señala precisamente que a pesar del defecto formal, “riconosciuta la paternità ulpianea della frase *Nec adicitur – actio*, il richiamo all’*actio damni iniuriae* appare naturale”. *Impresa*, cit., p. 124, núm. 14.

<sup>356</sup> Hago mías las palabras de Giménez-Candela: “a nuestro modo de ver, la crítica es excesiva, pues se puede rechazar la expresión del razonamiento probablemente retocado por los Compiladores, pero no se puede negar que el pensamiento que subyace es diferenciar el supuesto contemplado en el edicto de *effusis* de posibles supuestos afines castigados por la acción de la ley *Aquila* —pues ésta sería una de las novedades del edicto que más atrajo la atención

Más compleja es la situación de la frase de D.9.3.1.4 “*culpa enim penes eum est*”, la cual “ha sido tradicionalmente reputada espuria por la crítica interpolacionista”.<sup>357</sup> Tanto que autores como Serrao dan por cerrada la discusión de su no autenticidad, quien afirma sobre el particular: “la motivazione *culpa enim penes eum est*, come da più parti è stato rilevato, no è di Ulpiano: essa è in contrasto con l’editto, dove l’azione è data contra l’*habitor* esclusivamente in base alla sua posizione oggettiva”.<sup>358</sup>

Aceptar la crítica interpolacionista como verdadera, implicaría como dije liberar a D.9.3.1.4 de cualquier relación del edicto con la culpa como criterio de atribución de responsabilidad, ratificando que en derecho clásico el *habitor* respondía del daño causado a un transeúnte, ya sea a su persona o a sus bienes. Empero, significa aceptar que las inserciones postclásicas o compilatorias al texto, habiéndose hecho de forma intencional, tuvieron por finalidad la modificación de la naturaleza del criterio de atribución, con lo cual, en derecho justiniano, la figura del *effusus vel deiectis* se fundaría en la culpa del *habitor*, ya sea por falta de diligencia en las propias actividades, o en la vigilancia o elección de quienes residen con él o ingresan a su casa. Como esta culpa no se tendría que probar, se trataría de una presunción de culpa.

De esta manera, la afirmación que el texto de D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2) no hacía en derecho clásico referencia a una posible culpa del *habitor*, no resuelve la cuestión, sino que sólo traslada la problemática al derecho justiniano.

En efecto, si el texto del edicto finalizaba con la frase “*si servus insciente domino fecisse dicitur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere*”, significa que los *verba edicti* que hemos recibido disponían que si la conducta de verter o arrojar con daño era realizada por un siervo, el *habitor* podía entregarlo al demandante, liberándose del pago de la *litis aestimatio*. La contradicción entonces con D.9.3.1.4 (y de paso D.9.3.6.2) sería evidente: si el *habitor* respondía por *culpa* (presunta), basada en una falta de diligencia propia o en una falta

---

de los juristas—, y en este sentido, el final del texto nos parece que puede ser mantenido”. *Los llamados*, cit., pp. 76 y 77.

<sup>357</sup> Así, Arango-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Nápoles, 1927, p. 250; Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 439; Rodríguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjetivo*, cit., p. 92; Segré, Gino, “Sull’opera scientifica di Giuseppe Unger”, *RDC*, 1914, p. 505, Albertario, *Le fonti*, cit., p. 507; Stein, “The Nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law”, *RIDA*, núm. 5, 1968, p. 565; Provera, voz “actio de effusus et deiectis”, *Novissimo digesto italiano*, Turín, 1957, t. I, p. 261.

<sup>358</sup> *Impresa*, cit., p. 124. En nota núm. 14, cita Albertario, Arangio Ruiz y Segré (nota anterior), sumando a Schulz, Rotondi, Palazzo y Krüger.

de vigilancia o errónea elección, no podría haber tenido la posibilidad de dar en noxa al esclavo.<sup>359</sup> El culpable habría sido precisamente el *habitor*, no otro sujeto.

Buena parte de la romanística ha sostenido que “alguien”, en el derecho postclásico o bien por los compiladores, introdujo en D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2) la referencia a la culpa. Luego, estos últimos, o no se dieron cuenta de la contradicción generada por la intervención sufrida del texto que llegó a sus manos, o bien intervinieron el pasaje con plena conciencia de ella. Lo primero resulta muy poco creíble; y lo segundo, en lo absoluto descartable, más aún si sumáramos la opinión de los que creen que la última parte del edicto también constituye una interpolación, debiendo concluirse que las modificaciones fueron para generar un caos total.

Si de verdad los compiladores hubiesen creído que el *habitor* respondía por culpa, se puede conjeturar de forma razonable que la intervención debiera haber sido mayor. ¿Qué sentido habría tenido mantener como caso especial el *Edicto de effusis vel deiectis*, cuándo se podría haber otorgado la acción directa de la *lex Aquilia*? Efectivamente, los compiladores se habrían encontrado de frente a un caso más de *damnum iniuria* (culpa) *datum*. Por tanto, lo lógico habría sido que incorporasen el edicto dentro del título II del libro IX del Digesto.<sup>360</sup> Mas, no sólo no lo hicieron, sino que la figura continuó considerada como diversa al delito de daños, dentro de la categoría de los cuasidelitos.

Más aún, el comportamiento de los compiladores nos entrega el único punto cierto en la materia: para I.4.5.1, de total producción justiniana,<sup>361</sup> se toma como base el texto de Gayo de D.44.7.5.5, que no hacía ninguna referencia a una culpa directa o presunta del *habitor*. Si los compiladores intervinieron D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2), no se ve el motivo para que no hubie-

<sup>359</sup> En este sentido, Serrao, *Impresa, cit.*, p. 207.

<sup>360</sup> D.19.2.11 pr permitiría fundar una solución como ésta. El pasaje se reproduce en materia de contrato de arrendamiento, y plantea el problema de si el arrendatario responde de la culpa de los esclavos como de aquellos que hubiera introducido en la casa, a nombre propio, esto es, “como por propia culpa” (*quasi ob propriam culpa*), o a nombre ajeno (si es a nombre ajeno, podría precisamente entregar los esclavos en noxa, limitando su responsabilidad, o bien tendría derecho a que se le cedan las acciones para actuar contra los que introdujo, culpables del daño al arrendador). Ulpiano, siguiendo el parecer de Pomponio, fue de la opinión que respondía “en su propio nombre... si comete culpa al admitirlos” (*praestet suo nomine... si tamen culpam in inducendis admittit*). Por tanto, la situación admitiría el ejercicio de la acción directa conforme la *lex Aquilia* por concurrir *culpa in eligendo*.

Afirmé “permitiría”. Véase Fercia, *Criteri, cit.*, p. 65.

<sup>361</sup> Las *Institutiones* tendrían como autor a Doroteo, según interpretación de Falcone. Véase la posición y análisis en Fercia, *op. cit.*, p. 28, en especial nota 18.

sen incluido en I.4.5.1 la frase “*culpa enim penes eum est*”, lo que sería menos entendible si se le atribuyese también a los compiladores la frase de Alfeno en D.9.2.52.1.<sup>362</sup> Es más, I.4.5.1 sólo alude a que la mayoría de las veces se responde por la culpa de un tercero, pero no incluye referencia alguna a una culpa del *habitor*. Me parece que esto atenta de forma directa contra la idea de que los juristas tardo antiguos hayan creído verdaderamente en que la figura se fundaba en la culpa del *habitor*.

En definitiva, por muchos argumentos formales y de fondo que los autores hayan dado para sostener la interpolación de D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2), a lo único que se llega es a una contradicción inexplicable.

### 5. La alternativa de leer diversamente “culpa” en D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2)

Una alternativa distinta para superar la cuestión es descartar que la referencia a la culpa en D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2) sea producto de una interpolación, debiendo asumir una interpretación diferente frente a ellas. En el fondo, lo que se propugna es no leer “culpa” donde dice “culpa”, sino una cosa diversa, o sea, dándole una interpretación menos dogmática a los pasajes.<sup>363</sup> Asimismo, efectuar la lectura teniendo presente que fueron escritos

---

<sup>362</sup> Este pasaje contiene de forma exacta la misma frase: “*culpa enim penes eum est*”. Algunos autores han visto en ésta una frase introducida a posteriori, negando entonces la autoría a Alfeno. Así, Kunkel, Wolfgang, “Exegetische Studien zur aquilischen Haftung”, *ZSS*, núm. 49, 1929, p. 164. Albertario, en el contexto de su tesis que la responsabilidad *ex lege Aquilia* era objetiva (por actuación *non iure*), transformada en subjetiva por falta de diligencia, entiende “gravemente alterati” con tal objeto diversos pasajes, entre ellos D.9.2.52.1. *Le fonti*, cit., pp. 506 y 507, nota 4. Rodríguez-Ennes rechaza tales críticas, *Notas sobre el elemento subjetivo*, cit., p. 93.

Para la apreciación del sentido en D.9.2.52.1, se debe tener presente que la frase se refiere a la víctima del daño y no al hechor, y a efectos de establecer si éste ha actuado con *iniuria* o no. Por tanto, el demandado no habría tenido una conducta injusta, porque la culpa estaba en la víctima, eximiéndole de responsabilidad. En el texto, “appare che la *culpa* non esprime certo né la causa, né l'imputabilità, né la colpevolezza ecc. del risultato dell'altrui condotta; *culpa* individua la caratteristica della situazione in cui si trova il soggetto in quanto tiene una condotta riprovevole, che, mentre può da un lato renderlo responsabile dei danni che arreca, dall'altro lato può giustificare una reazione, cioè far venir meno il requisito dell'*iniuria* nella condotta di un altro soggetto diretta contra di lui”, Schipani, *Responsabilità*, cit., pp. 173 y 174.

<sup>363</sup> “Non sono del tutto convinto della necessità di considerare non genuina l'utilizzazione del termine *culpa* in D.9.3.1.4 [...] e D. eod., 6.2 per sostenere la responsabilità *oggettiva* dell'*habitor* nelle azioni basate sull'editto *de effusis vel deiectis*; potrebbe forse essere sufficiente cercare di interpretare il termine in un senso diverso da quello (dogmatico) con cui siamo abituati a ragionare”. Balzarini, Marco: Gimenez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 150.

en época clásica, pero leídos y compilados en Bizancio, conforme la cultura del siglo VI d. C.

Así, Rodríguez-Ennes da cuenta que de las investigaciones literarias y jurídicas realizadas, “se infiere claramente que es un hecho innegable la clasicidad del término, en el sentido de ‘acción culpable’ o ‘imputable’”. Por ello, de una parte, “la introducción de la referencia a la *culpa* no obsta en modo alguno a la pureza de los textos, cuya progenie clásica” le parece evidente al autor; de otra, la *culpa* “tal como es utilizada en el texto que nos ocupa [...] declara la autoría de un sujeto sin que aparezcan ulteriores reflexiones sobre su comportamiento”. De esta manera, además de salvar la autenticidad del texto, se entiende el por qué “Ulpiano emplea la expresión *culpa*” que la autorizada romanística tiene por imposible: sólo “se limita a señalar la responsabilidad objetiva en que había incurrido el *habitor* dejando al margen cualquier tipo de valoración psicológica y limitándose única y exclusivamente a la búsqueda de la pura imputabilidad”.<sup>364</sup>

Creo que el camino precedente es el correcto, frente a la historia del desarrollo del derecho romano. Cuando se dictó el Edicto, los juristas no manejaban la noción de “criterios de imputación”. Es más, ni siquiera está presente en la compilación justiniana. Asimismo, la culpa aparecía como uno de varios términos a los que se recurría para atribuir responsabilidad. Posteriormente, el término en torno al cual la jurisprudencia vertió la idea de criterio de imputación fue el de culpa, lo que es más o menos claro a la época de Ulpiano, pues ya con Gayo se advierte la referencia a la noción de culpa como un criterio general de atribución de responsabilidad (Gai. 3.211; I.2.); es decir, culpa se entiende como sinónimo de criterio de imputación en este tiempo. Y estamos hablando de unos años antes de Ulpiano, por lo tanto éste debió manjar la misma noción, al igual que Paulo.

De esta manera, cuando Ulpiano afirmaba en D. 9.3.1.4 “*culpa enim penes eum est*”, no estaba expresando que ‘el *habitor* responde por culpa’, sino que ‘al *habitor* se le atribuye el daño’, o ‘la responsabilidad es del *habitor*’, o si se prefiere, ‘la responsabilidad está en el *habitor*’. Esta es la lectura que me parece más verosímil del pasaje, si aplicamos las categorías conceptuales de nuestros tiempos.

Esta lectura no sólo soluciona el problema de la contradicción, en cuanto a que no concurriendo efectiva culpa del *habitor* no existía inconveniente alguno para que el *dominus* pudiera entregar al esclavo en noxa, sino que resulta ser la más natural para la época, pues aflora de las mismas fuentes miradas en su conjunto. Asimismo, luego de la “destrucción” de los textos,

<sup>364</sup> *Notas sobre el elemento subjetivo, cit.*, pp. 93 y 95.

evita efectuar “reconstrucciones” que pueden aparecer fundadas, pero que en definitiva, resultan ser meras conjeturas, que sólo nos llevan a un espiral interminable de teorías, que ya son tantas.

Lo expuesto en precedencia es reforzado a mi juicio por la teoría de Riccardo Fercia del “color de culpa”, que más adelante trato y a la que me remito, conforme a la cual “*aliquatenus culpa*” en I.4.5.3 (D.44.7.5.6) no es verdadera culpa, descartándose que se haya tratado de una *culpa in eligendo* como tradicionalmente se suele citar. O sea, Fercia reafirma lo dicho en cuanto a que no siempre donde dice “culpa” se debe leer efectivamente “culpa”.

La existencia de referencias en los textos a la culpa, que no corresponden al concepto de culpa propia y verdadera, sería en todo caso posible advertirla en el uso de otras expresiones similares, como en D.19.2.11 pr.<sup>365</sup>

Ahora bien, retomando D.9.3.1.4, señalemos que si el término “culpa” no estaba usado en este pasaje en sentido técnico, sino indicando a quien se le atribuía la responsabilidad, significa que no había impedimento para que el *habitor* pudiera entregar el esclavo en noxa y la contradicción desaparece. De hecho, a la misma conclusión se arriba desde la perspectiva de la teoría del “color de culpa” de Fercia. Es decir, la posibilidad de entregar el esclavo culpable en noxa perfectamente puede concurrir con la idea de ‘*culpa in habendo/utendo*’, no así con una *culpa in eligendo* o *in vigilando*.

## 6. No tuvo lugar una subjetivación sobreviniente del criterio de atribución

La exposición anterior ayuda a delinear algunas observaciones particulares interesantes en vistas a dar respuesta a la interrogante planteada, a saber:

- i. Si los autores que propugnan que el texto de D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2) fue interpolado tuvieran razón, no significa ello de forma obligatoria que la modificación haya tenido por objeto introducir “la culpa”

---

<sup>365</sup> Véase nota 360. Con independencia del parecer final de Ulpiano en D.19.2.11 pr, Voci advierte la existencia de una relación entre las citadas expresiones, las cuales constituyen una “giustificazione che acenna a qualche cosa come la colpa: *quasi ob propriam culpam...* e l’espressione corrispondente a quella che Gaio (*Res cottidianae*) usa ad altro propósito: *aliquatenus culpae resu est*”, *Diligentia, Custodia, Culpa. cit.*, p. 116. En ambos casos, entonces, “quasi” y “*aliquatenus*” cumplían la tarea de advertir que no concurría culpa como criterio de atribución de responsabilidad. Ésta se imputaba “como” si hubiera culpa, o porque “hasta cierto punto” se puede tener al sujeto culpable, pero no porque en realidad el responsable haya realizado alguna conducta reprochable susceptible de ser calificada como culpa.

- como criterio subjetivo de atribución de responsabilidad. Perfectamente la inserción de culpa pudo tener un sentido distinto, como I.4.5.3 deja entrever: en derecho clásico la responsabilidad habría sido objetiva, y en derecho post clásico y justiniano, objetiva-subjetivada. Por tanto, en ambos casos y en ambos momentos, compatible con el régimen de la noxalidad.
- ii. El texto de I.4.5.3 dice relación con la responsabilidad por el hecho ajeno, y la duda que del pasaje emerge es si se transformó en una responsabilidad por el hecho propio, como *culpa in eligendo*. Si a la luz del análisis de Fercia la *culpa in eligendo* ni siquiera fue introducida en I.4.5.3, no se ve razón para pensar que se modificó D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2) para establecerla de forma expresa.
  - iii. Como señalé, el pasaje de I.4.5.3 tiene como respaldo el texto de Gayo D.44.7.5.6. Con el edicto *effusis vel deiectis* sucede todo lo contrario, pues la expresión de D.9.3.1.4 (o de D.9.3.6.2) no fue incorporada en I.4.5.1, haciéndose alusión en este pasaje sólo a que la mayoría de las veces se responde por una culpa ajena.
  - iv. Conforme a ii e iii, en I.4.5.1 no sólo no se reproduce la expresión “*culpa enim penes eum est*” contenida en D.9.3.1.4 y D.9.2.52.1, sino que ni siquiera se atreven los juristas a hablar de una “*aliquatenus culpa*” o de un “color de culpa” o “*quasi ob propriam culpa*” del *habitor*. Esto último, a pesar que los compiladores tuvieron conciencia de la diferencia entre “un criterio soggettivo di responsabilità, come la *culpa in eligendo*, ed uno meramente ‘soggettivizzato’, quale la *culpa in habendo*”.<sup>366</sup>

De este modo, creo bastante equilibradas las palabras de Mc Cormack, cuando afirma que “there is no reason for attributing such a justification to the compilers rather than to the late classical jurists”,<sup>367</sup> pues efectivamente no se advierten cambios sustanciales en la atribución de responsabilidad del *habitor* entre el derecho justiniano y el derecho clásico.

Si se piensa bien, de cara a la crítica interpolacionista, las alternativas ante la frase “*culpa enim penes eum est*” en D.9.3.1.4 son en definitiva sólo tres: o es auténtica; o es una inserción postclásica; o es una inserción de los compiladores. En los tres casos, si se hubiera tratado de culpa propiamente tal, sería contradictoria con la noxalidad (capítulo segundo, romano I, núm. 3).

<sup>366</sup> Fercia, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

<sup>367</sup> *Op. cit.*, p. 548.



En cambio, si hubiera tenido un sentido diverso a culpa propiamente tal, en los tres casos, no se produce contradicción alguna.

Luego, si en lo particular fue obra de un interventor postclásico, en el sentido de culpa propiamente tal, a pesar de la contradicción que habría significado, se puede afirmar a la luz de I.4.5.1, que el criterio subjetivo no fue seguido por los compiladores; es decir, estos no tomaron en cuenta la intervención. Por lo mismo, la alternativa que finalmente resulta con menos sentido es que la frase haya sido introducida por los compiladores.

Me resulta muy poco creíble por tanto cualquier opción que pretenda sostener que la expresión “*culpa enim penes eum est*” contenida en D.9.3.1.4 tuvo el sentido de culpa propia y verdadera. Es decir, que *culpa* signifique “culpa” en el pasaje. La lectura debió ser entonces otra. Los aportes de Rodríguez-Ennes y Fercia son relevantes en esta línea; y aunque se aproximan al problema desde ángulos distintos, pienso que la idea de culpa como simple ‘atribución de responsabilidad’ del primero y la idea de *culpa in habendo* del segundo, no son sustancialmente distintas.

Una de las grandes contribuciones del derecho romano fue precisamente la noción de la culpa, no sólo como “criterio general de atribución de la responsabilidad”, sino como “el” criterio. ¿Por qué se debe responder? Un jurisconsulto de fines de la época clásica, postclásico y, sobretodo, justinianeo, no entendería por qué nosotros hablamos de “criterios de atribución de responsabilidad”, en plural (sin perjuicio que tampoco entendería ‘responsabilidad’), si sólo existe la culpa. Menos, que se distinga entre criterios “subjetivos” u “objetivos”, pues ni siquiera había un criterio subjetivo, sino simplemente “la culpa”.

Los juristas de fines del periodo clásico y posclásico se encontraron frente a figuras, como la del *habitor* o la del *exercitor*, que eran sancionados sin que concurriese culpa ¿Cómo imputarles responsabilidad sin culpa, si era ésta la que significaba “imputación”? La respuesta fue expresar la atribución de responsabilidad en términos “relacionados” a la culpa: “*aliquatenus culpae*” o “*quasi ob propriam culpam*” o simplemente “*culpa enim penes eum est*” (desechada esta última en las Institutas, porque podría haber hecho pensar en una efectiva culpa). Estas expresiones fueron entonces la manera de expresar la “atribución de responsabilidad”, pero sin dar cuenta de la presencia de culpa propiamente tal y en ninguno de sus grados.

Para efectos expositivos y mejor entendimiento, la cuestión se puede describir bajo las categorías de “culpa efectiva” y “culpa imputación”. La primera, constituye un concepto de fondo, pues identifica la existencia de una conducta social y jurídicamente reprochable, pudiendo presentarse en general como simple culpa, o bien especificada, como resulta ser la culpa

in vigilando y la culpa in eligendo. La “culpa imputación” en cambio, sólo comporta un concepto instrumental, dirigido a atribuir responsabilidad en el caso particular.

En conclusión, no importa si los textos de D.9.3.1.4 y D. 9.3.2.6 son clásicos o fueron interpolados, pues en uno y otro caso, las referencias a la culpa no fueron utilizadas como “culpa efectiva”, sino sólo como “culpa imputación”. Por tanto, la naturaleza jurídica de la responsabilidad del *habitor* nació como objetiva y se mantuvo con tal naturaleza hasta la compilación justiniana inclusive.

### III. RESPONSABILIDAD DEL *HABITATOR* POR EL HECHO AJENO:

#### *EXCEPTIO NOXALIS* Y ACCIÓN DE REGRESO

El *habitor* respondía en su calidad de tal, con independencia de quien haya vertido o arrojado, causando daños al demandante, lo que permitía el ejercicio de la respectiva acción, sin que se exigiese identificar al autor del hecho, o con independencia que en un caso particular fuese individualizado. Pero si esto último ocurría, ¿podía el *habitor* trasladar o limitar el perjuicio patrimonial que el pago de la pena le significaba?, ¿con qué alternativas contaba para ello antes o después de la condena?

Las respuestas dependerán de la calidad del hechor: se podía tratar de un esclavo, un *filiusfamilias* (u otro integrante miembro de la familia sometido a la potestad del pater), por una parte; o bien de un tercero absoluto o un sujeto con el cual se tuviese algún vínculo contractual, por otra.

Si el hechor era un *filiusfamilias* o un *servus*, surge necesariamente la cuestión de la facultad del *paterfamilias* o *dominus* respectivamente, de recurrir a la *noxae deditio* a fin de limitar su responsabilidad. Sin embargo, en materia de edicto de *effusis vel deiectis*, la noxalidad ha sido una cuestión muy debatida entre romanistas, y es la problemática que se trata luego en detalle.

Si el hechor era un tercero absoluto que por diversas circunstancias fácticas estuviera presente en el lugar, procediendo a verter o arrojar, o bien un arrendatario u otra persona que gozara de un título y que en tal calidad ejecutase el hecho dañoso, no concurría ningún vínculo de dependencia que admitiera ni una acción noxal ni la *noxae deditio* del *habitor* en favor del demandante. Con ello la limitación de la responsabilidad del demandado resultaba imposible. La solución al parecer fue una transferencia de los efectos patrimoniales negativos a través de acciones de regreso, lo que se expondrá en el número cuatro final.

## 1. Planteamiento de la problemática de la *exceptio noxalis*

La noxalidad en materia de responsabilidad del *habitor* por *effusis vel deiectis* es un tema que se ubica al centro del debate de los *verba edicti* a propósito de la acción *si servus vel filius fecisse*, en razón de la frase “*si servus - aut noxam dedere*” con que finaliza D.9.3.1 pr. Aunque, si el edicto nada hubiese señalado, el estudio de la posibilidad que tuvieran cabida en este edicto las acciones noxales habría sido obligado, dado que el régimen noxal se reconoce como una de las características de las acciones penales privadas en derecho romano.<sup>368</sup>

Ahora bien, si al *habitor* se le demandaba por ser tal, es decir, por una calidad de hecho propia y no por un hecho ajeno, ni el *dominus* ni el *paterfamilias*, como *habitor*, se habrían podido liberar (o limitar) de su responsabilidad por el hecho del *servus* o del *filius* respectivamente, consistente arrojar o verter con resultado dañoso. Ello porque no se les demandaba ni condenaba por el hecho de haber dañado arrojando o vertiendo, sino por ser *habitor*. Distinto era el caso en que la víctima ejercía la *actio legis aquiliae*, por el hecho dañoso del *servus* o *filiusfamilias* pues, por no tener éstos la calidad de *alieni iuris*, el *habitor*, no por ser tal, sino por ser *dominus* o *paterfamilias*, era sujeto pasivo de la *actio noxalis*, teniendo la posibilidad de dar en noxa al esclavo o al hijo, y así ser liberado (o limitado) de la responsabilidad.

Entonces, si no procedía la *actio noxalis* fundada en el edicto en comento, ¿cuál es la explicación para la inserción de la frase “*si servus-aut noxam dedere*” (en adelante “La Cláusula”) con que finaliza D.9.3.1 pr. con relación al esclavo? Si era parte de los *verba edicti*, significaría que el pretor prometía agregar a la fórmula *aut noxam dedere* en contradicción con el propio régimen noxal, introduciendo una regla excepcional en éste.

El debate sobre “La Cláusula” y la contradicción que aparentemente genera es de larga data en la romanística y tiene dos vías posibles de solución, mientras no se descubran nuevas fuentes que agreguen elementos de juicio. La primera, entender que “La Cláusula” es auténtica, lo que implica reconocer su carácter clásico, y que de haber alguna intervención de parte de los compiladores, ella se limitó simplemente a adecuarla “a los tiempos”. Esta vía conlleva la necesidad de explicar el sentido de la frase final de D.9.3.1 pr. para superar la contradicción. La segunda posibilidad en cambio, es negar la autenticidad, atendiendo la imposibilidad del otorgamiento

---

<sup>368</sup> En este sentido, Serrao, *Impresa, cit.*, p. 162, nota 2, ver lista de obras que cita Marrone, *Istituzioni, cit.*, p. 99.

de una *actio noxalis*, por lo que “La Cláusula” no sería clásica y su inserción sólo fue obra de los compiladores justinianos.

El detonante de la discusión en la romanística de frente a los dos caminos señalados está constituido por la teoría de Lenel, quien “avistó” en D.9.3.1 pr la consagración de un medio de defensa para el *habitor* demandado, semejante a una *exceptio*, dando pie para que la doctrina se refiriera al punto como *exceptio noxalis*. De ahí entonces que las alternativas se reducen en definitiva a la aceptación o a la negación de la llamada *exceptio noxalis*.

## 2. Aceptación de la llamada *exceptio noxalis*

Lenel, comentando el texto y dándolo por auténtico, desarrolló como dije la hipótesis reconstructiva sobre la existencia de una institución análoga a una excepción (noxal), esto es, la posibilidad de un abandono noxal por parte del demandado, derivado de una excepción introducida en la fórmula;<sup>369</sup> es decir, incorporar en la fórmula la circunstancia que el autor del hecho es un siervo del demandado. La excepción no serviría para evitar la condena, pero sí para que la *condemnatio* contuviese una alternativa, consistente en el pago de la *litis aestimatio* o la *noxae deditio* del autor del hecho.

Desde luego, esta tesis que ha generado sendos debates hasta hoy, se presenta como un instrumento extraordinario en el proceso romano por dos motivos: primero, porque el instrumento de defensa (excepción) no coincide con las características técnicas de las excepciones en derecho romano;<sup>370</sup> y, segundo, por la circunstancia de admitir la noxalidad, no dándose los presupuestos para deducir la *actio noxalis*. Estas críticas han tenido lugar no

<sup>369</sup> Lenel, EP<sup>3</sup>, 174.

<sup>370</sup> Mientras la *intentio* conllevaba un hecho positivo, la *exceptio* contenía un hecho negativo. De ahí que “l’*exceptio* era invece necessaria quando, senza di essa, il giudice non avrebbe potuto tenere conto di fatti che, al contrario, si voleva venissero in considerazione. L’*exceptio* era pertanto la difesa del convenuto che alla pretesa attrice opponeva, in sostanza: “e vero ma...”; oppure: “mettiamo che sia vero, tuttavia...”, Marrone, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

Compartimos las expresiones de Fercia cuando señala “non saprei dire sino a che punto possa parlarsi di *exceptio*, dato che, per quel ch’io sappia, le fonti non descrivono il problema in questi termini: forse i *prudentes* non si posero mai in concreto il problema della costruzione della formula, quantunque non paia comunque opportuno negare in termini apodittici e dogmatici addirittura l’esistenza, nel diritto processuale formulare, delle c.d. ‘eccezioni in diminuzione della condanna opportuno negare in termini apodittici e dogmatici addirittura l’esistenza, nel diritto processuale formulare, delle c.d. eccezioni in diminuzione della condanna”, *Criteri, cit.*, pp. 149 y 150, nota 17.

obstante que Lenel y los autores que lo han seguido, jamás han dejado de reconocer estas cuestiones.<sup>371</sup>

Sin embargo, la problemática que se enfrentaba era también doblemente excepcional respecto del *dominus o paterfamilias*, de frente al régimen general de responsabilidad de la *lex Aquilia*: habría respondido sin culpa (*iniuria*) y, además, no habría podido limitar su responsabilidad descargando ésta en el esclavo.

Lo anterior es más evidente si se recuerda la analogía de la *actio damni* del edicto con el régimen del *damnum iniuria datum* del *ius civile*. Se trata de dos figuras que tienen lugar en el ámbito extracontractual, donde la *noxae deditio* en favor del *habitor* aparecería “ammessa espressamente dal pretore quale temperamento di interessi giustificato dalla possibilità di ravvisare un’*eadem ratio* —la sussistenza di un mero fatto illecito— che consente, in una certa misura, di ‘assimilare’ l’azione in parola a quella aquiliana”.<sup>372</sup> A pesar de ello, el *habitor* no podía gozar de las ventajas de las acciones noxales propiamente tales.

Una situación tal, a partir de un edicto de la primera mitad del siglo I a. C., que violase los principios de la personalidad de las penas y que el esclavo no puede perjudicar ni jurídica ni patrimonialmente al *dominus*, me parece poco convincente. Es más, me resulta difícil pensar que el pretor lo hubiese pasado por alto. Por el contrario, creo de toda lógica aceptar que el magistrado que desarrolló tantos instrumentos para salvar las lagunas, vacíos o injusticias del *ius civile*,<sup>373</sup> haya en esta ocasión creado también una

---

<sup>371</sup> En efecto, Lenel no hablaba de *exceptio* propiamente tal, sino de una “institución análoga a una excepción”, a fin de explicar cómo se utilizaba, su función y oportunidad. Del mismo modo, Serrao de forma expresa ha aclarado que no se habría tratado de una *exceptio* en sentido técnico y tradicional, sino de un instrumento similar a una excepción, Serrao, *Impresa, cit.*, p. 163. De hecho pide perdón por el uso atécnico y poco ortodoxo del uso del término *exceptio*, pensando justo en los más puritanos romanistas, *Ibidem*, p. 169, nota 21. Asimismo, respecto a la segunda cuita, Serrao señala que “nell’*intentio* della formula non si sarebbe potuto dedurre il fatto del servo, come nell’*intentio* de una formula nossale”, *Ibidem*, p. 168. Claro, ello porque el demandado es el *habitor*, sin importar quien arrojó o vertió dañosamente, sin tener relevancia para la aplicación de la pena que la acción la haya ejecutado un esclavo. Por tanto, el nombre del autor del hecho dañoso, en este caso del esclavo, jamás podría haber figurado en la *intentio* así como tampoco en la *condemnatio*. De esta manera, Serrao no sólo no niega, sino por el contrario, está en total acuerdo con que la referencia de D.9.3.1 pr. no puede decir relación con una normal *actio noxalis*, *Ibidem*, p. 168.

<sup>372</sup> Fercia, *op. cit.*, p. 147.

<sup>373</sup> Debemos recordar que estamos hablando de acciones pretorias, las cuales podían ser en general, útiles, *in factum* y con transposición de personas. Marrone, respecto a estas acciones, precisamente comenta: “si trattava in ogni caso di rimedi volti a colmare lacune del *ius civile* (*supplendi iuris civilis gratia*) perché tutelavano rapporti *iure civili* non specificamente

herramienta, basada en el régimen noxal, destinada a atemperar la responsabilidad del propietario que surgiría del edicto que estaba dictando: un instrumento extraordinario, creado por uno que acostumbra a crear remedios de esta naturaleza, no tiene nada de extraordinario. Tampoco, a mi modo de ver, el punto pudo haber escapado a los jurisconsultos que llevaron adelante una tarea de colaboración con los magistrados.

Por tanto, no puedo sino concordar con Serrao en que efectivamente, “l’*habitor*, dimostrando che il fatto era stato commesso da un suo schiavo, poteva nel caso non essere trattato più rigidamente che nelle azioni *ex delicto servi*. Si spiega quindi perche il pretore usa una forma diversa da quella con cui normalmente promette le azioni nossali”.<sup>374</sup> En efecto, el objeto del pretor era el dar un instrumento de defensa al *dominus*, de manera de no “recargarlo” en la responsabilidad; y no de dar una acción a la víctima. En este sentido se debe entender que la frase final del edicto buscaba satisfacer el interés del demandado y no del demandante.<sup>375</sup>

La “forma diversa” usada por el pretor expresaría bastante bien el cómo funcionaría concretamente este medio de defensa del demandado. Si el *dominus* citado ante el pretor por la víctima “dijera que un esclavo lo hizo”, el magistrado prometía que ante una tal alegación añadiría (*adiciam*) en la fórmula que, si ello resultaba verdadero, se le condenara al pago de la pena “*aut noxam dedere*” (“o que lo dé por noxa”). Es decir, estas tres palabras del edicto se incluirían en la fórmula. De esta manera, por un lado “il mezzo escogitato dal pretore tendeva a correggere le deviazioni dal sistema, che la rigida applicazione del criterio della responsabilità oggettiva avrebbe comportato, e a salvare il salvabile del principio della personalità della pena”,<sup>376</sup> y por otro, “l’esclusivo responsabile edittale (che è l’*habitor* in quanto tale, convenuto con un mezzo processuale speciale rispetto all’ordinario rimeedio aquiliano) può vedere mitigata la sua posizione dalla possibilità di *noxae*

---

tutelati o reprimevano comportamenti *iure civili non specificamente repressi*”, *op. cit.* p. 90. Por otro lado, “la tipicità era però temperata dalla facoltà del pretore di provvedimenti decretali... spesso peraltro suggeriti dalla giurisprudenza”. *Op. cit.*, p. 74, nota 44. Los pretores dictaban *decreta* cuando en concreto las circunstancias lo sugerían, respecto de casos que no estaban contenidas en las previsiones edictales (llamadas providencias decretales).

<sup>374</sup> *Impresa, cit.*, p. 165.

<sup>375</sup> Esto en todo caso no sería novedad. De Visscher ha manifestado que el sistema de las acciones noxales en sí fue establecido en interés del jefe de familia, *Il sistema romano, cit.*, p. 52. Por lo mismo, ya la acción noxal como tal, sería una *acción creada en interés del demandado*, que es lo que en definitiva ha complicado a los autores.

<sup>376</sup> Serrao, *Impresa, cit.*, p. 168.

*dedere* un soggetto che, autore del danno, è pur sempre sottoposto alla sua *potestas*”.<sup>377</sup>

Por más que digamos que el edicto contenía un criterio objetivo de atribución de responsabilidad, lo más natural, si el hecho había sido cometido por un esclavo, es que el *habitor* lo comunicase al pretor e insistiera que nada había hecho contra *ius*; que él ningún daño causó. No creo que el magistrado, conforme los principios que enunciáramos, hubiese sido indiferente a un tal alegato del demandado. Incluso, podríamos hipotizar que si el edicto no contempló de inicio la referencia a la noxa, luego pudo ser incluida.<sup>378</sup> Como haya sido, es perfectamente entendible, por lo ya dicho, que el pretor incluyese en la fórmula concedida al actor, una referencia al alegato del *habitor*, que el *iudex* debía verificar. De esta manera, el *habitor* tendría que probar su alegación, y en caso de acreditar que el culpable fue el esclavo, el juez incluiría en la condena la facultad de no pagar la pena entregando al esclavo en noxa.

Sobre la fórmula concreta que el pretor concedería no hay antecedentes, y al respecto sólo tenemos las hipótesis de los autores.<sup>379</sup> El punto por tanto constituye una de las dificultades del tema, y cualquiera que haya sido el tenor exacto, será siempre distinta, o excepcional al de la *actio noxalis*, lo que no es aceptado por los críticos de la teoría en comentario.<sup>380</sup> La verdad es que mientras nos mantengamos en “lo excepcional” de la *exceptio noxalis* y en que no está conforme con el régimen de las “acciones” noxales, desde luego que nada se avanza.

<sup>377</sup> Fercia, *op. cit.*, p. 149, nota 17.

<sup>378</sup> Recuérdense que cada pretor debía dictar el *edictum* al momento de la asunción de su magistratura. Con el paso del tiempo había tendido a su petrificación. En este estado, el emperador Adriano encargó al jurista Salvo Juliano (primera mitad siglo II d. C.) que revisara el texto del edicto y elaborara un texto definitivo. El resultado de este trabajo es aprobado a través de un Senadoconsulto, disponiéndose que los pretores no podían modificarlo, sino por acto del príncipe. Nosotros conocemos por tanto el texto final del edicto de *effusis vel deiectis*, y no el inicial, con lo cual perfectamente pudo ser modificado, ya sea para incluir o eliminar elementos, como la noxa de los esclavos autores del daño. Por ello, “no hay que olvidar, en ningún momento, que el texto edictal, aunque sistematizado por Juliano, no deja de ser el resultado de un proceso de progresiva superposición de edictos, a lo largos de varios siglos”, d’Ors, *los llamados cuasidelitos*, Giménez-Candela, *zss*, núm. 109, 1992, p. 676.

<sup>379</sup> La fórmula de la *a. de effusis vel deiectis* podría haber sido “*aut, si paret servum N.N. insciente eo fecisse, noxae dedere*”“. Lenel, *EP*<sup>3</sup>, p. 174; Serrao, *Impresa, cit.*, p. 121; Fercia, *op. cit.*, p. 149, nota 17.

<sup>380</sup> Se debe hacer presente en el punto que en la *actio noxalis* la condena, según el derecho clásico, habría sido solamente pecuniaria. De ahí el rechazo de parte de la doctrina romanista, que no acepta la posibilidad de una condena alternativa como planteaba Lenel. En este sentido, Biondi, *op. cit.*, p. 267.



Participar de la solución aventurada por Lenel, implica el abandono de concepciones excesivamente esquemáticas y formalistas del proceso formulario, y entender que un instrumento de defensa como la *exceptio noxalis*, constituyó un medio que le permitió al pretor precisamente superar, sin contradecirla, la concepción rígida y totalitaria de la *exceptio* como condición negativa de la condena.<sup>381</sup>

En razón de lo expuesto en las líneas precedentes, no puedo sino hacer propias las palabras de Fercia cuando señala que “la tesi della c.d. ‘*exceptio noxalis*, dunque, pare una costruzione degna di rilievo scientifico e, per quanto riguarda la ricostruzione de la clausola di Ulp. D. 9.3.1 pr., tendenzialmente condivisibile”.<sup>382</sup> Porque más allá del nombre y de la estructura de la fórmula, la razonabilidad jurídica y temporal de la herramienta, me parece a todas luces innegables, que es lo que en definitiva se debe rescatar.

Es un hecho que el sistema de la *exceptio noxalis* implicaba consecuencias de fondo y forma contrarios a varios de los principios de la noxalidad vistos<sup>383</sup> y que son las que en definitiva llevan a la negación de la autenticidad de la *noxae deditio* en el edicto. Empero, resulta claro que no es posible que un instrumento extraordinario produzca consecuencias ordinarias. La *exceptio noxalis* habría permitido de forma justa una parcial aplicación de las reglas de la noxalidad, a casos en los cuales ellas no habrían sido aplicadas, dada la no coincidencia entre autor del daño y el sujeto al cual el edicto pretorio imputaba responsabilidad por el hecho. Desde esta perspectiva, en lo fundamental, la *exceptio* a favor del *habitor*, le habría permitido a éste gozar de una

---

<sup>381</sup> Serrao, *Impresa, cit.*, p. 169, nota 21.

<sup>382</sup> *Op. cit.*, p. 149, nota 17.

<sup>383</sup> Particularmente en el Capítulo I.1, dentro de la exposición de las letras f, d, c y b (conforme el orden que sigue). Tomo la síntesis de Serrao, por su claridad, pero además por dejar en evidencia la conciencia de los autores que sostienen la *exceptio noxalis*, de estos efectos anormales, a saber: “a) se dopo verificatosi il danno lo schiavo moriva, il dominus *habitor* permaneva obbligato e contra di lui si poteva intendere l’azione o continuare il giudizio già iniziato, così come nei casi in cui il padrone *sciens* del delitto dello schiavo era tenuto *in solidum* (sui quali Ulp. in D.9, 4, 5, 1); b) se lo schiavo veniva manomesso continuava ad essere tenuto il dominus *habitor* e l’azione non si sarebbe potuta intendere direttamente contro l’ex schiavo divenuto libero; c) se lo schiavo era venduto permaneva obbligato il dominus *habitor* e l’azione non poteva essere intentata contro il nuovo padrone; d) se, dopo l’evento dannoso, moriva l’*habitor*, pur vivendo lo schiavo, l’azione non poteva essere intentata contro gli eredi del primo. In tutti i quattro casi sopra esposti si sarebbero avute soluzioni completamente opposte ove si fosse trattato di *actiones noxales ex delicto servi*. Nel campo più strettamente processuale: e) essendo lo stesso dominus *habitor*, convenuto *suo nomine*, a dichiarare, nel suo esclusivo interesse, che il fatto era stato commesso da un determinato suo schiavo, i noti problemi delle *actiones noxales* relativi all’*interrogatio* del convenuto “*an servus eius sit*”, alla mancata difesa e alla mancata esibizione dello schiavo nemmeno si ponevano”, Serrao, *Impresa, cit.*, pp. 169 y 170.

facultad alternativa a la *litis condemnatio*, que desde un punto de vista práctico cumplía la función de disminuir el sacrificio patrimonial del demandado, manteniendo en lo posible el principio de personalidad de la pena y evitando que el esclavo causara un mayor perjuicio patrimonial al *dominus*.

Ahora bien, una cosa es entender que la facultad de dar al esclavo en noxa es original en D.9.3.1 pr., y otra pretender que la parte final del edicto no sufrió ninguna modificación. En este sentido, me parece bastante natural que originalmente además del esclavo el edicto hubiese incluido al *filiusfamilias*, como asimismo que esta referencia haya sido eliminada en época post-clásica o de forma directa por los compiladores desde los *verba edicti*, como consecuencia que la noxa del hijo cayó en desuso, y fue expresamente eliminada en la compilación<sup>384</sup> (I.4.8.7). No creo en cambio que de esta eliminación se pueda colegir sin más que tuvieron lugar otras modificaciones.<sup>385</sup>

Punto interesante a destacar es la referencia que hace el edicto a la *scientia domini* (“*insciente domino*”). El principio ya ha sido expuesto, indicándose que una de sus extensiones fue precisamente la providencia edictal en comentario (capítulo segundo, romano I, núm. 8). De esta manera, si el *dominus - habitator* estaba al menos en conocimiento que el esclavo realizaría el acto dañoso, dicho conocimiento se traducía en culpa directa propia, caso en el cual se le negaba la facultad noxal. Esto implicaba que en la fórmula de la *exceptio noxalis* se debía introducir una referencia al conocimiento del *habitor* y se investigara en el juicio respectivo el punto. Así, en términos actuales, se puede decir que la prueba de culpa del *habitor* hacía inaplicable el límite de responsabilidad.

### 3. Negación de la llamada *exceptio noxalis*

La tesis de la *exceptio noxalis* fue rebatida por Biondi,<sup>386</sup> dando lugar a la réplica de Lenel<sup>387</sup> y a una posterior réplica del autor italiano.<sup>388</sup> El debate entre tan insignes romanistas en el primer tercio del siglo XX, establecería las bases de la discusión hasta nuestros días.

Respecto a la postura de Biondi, fija un supuesto principio a partir del cual construye su doctrina: “*Ninguna* acción que no sea *ex delicto* se puede ejer-

<sup>384</sup> Al respecto, Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 101.

<sup>385</sup> Como por ejemplo, permitir la acción directa en contra del hijo *habitor*, dada la capacidad reconocida por I.4.8.7.

<sup>386</sup> *Le acciones noxales*, cit.

<sup>387</sup> *Die formeln*, cit., pp. 1-28.

<sup>388</sup> “Problemi ed ipotesi in tema di azioni noxales”, *BIDR*, núm. 36, 1928, pp. 99-126.

citar *noxaliter*; y todas las acciones *ex delicto* se pueden ejercitar *noxaliter*”.<sup>389</sup> No siendo la *actio de effusis vel deiectis* una acción delictual, no podría en ella concurrir noxalidad. Luego, Biondi sintetizó su postura en tres argumentos,<sup>390</sup> que nosotros seguiremos para una mejor descripción histórica de la cuestión:

- Primero, afirma Biondi: en D.9.3.1 pr., que usa la expresión “*noxam dedere*” en vez de “*noxae dedere*”, “*noxae dedere*” es adoperato nel significato prettamente bizantino di *corpus quod nocuit*” de acuerdo a I 4.8.1.<sup>391</sup> Lenel demostró<sup>392</sup> que el significado de noxa indicado en I.4.8.1 sólo aparece en las obras justinianas en tres textos del Digesto y en uno del Código, resultando contrarios tales usos al lenguaje de todas las fuentes clásicas y de todas las fuentes bizantinas. Por tanto, el sentido de las Instituciones es sólo una errada interpretación de *noxae* “come genitivo e non come dativo” por alguna de las fuentes utilizadas por los redactores.

Serrao da por terminado el asunto y entiende, como Lenel, que se trató de un error de interpretación también en D.9.3.1 pr., o bien simplemente de un error de copista. En todo caso, afirma que el sólo error en el uso de *noxam dedere* en vez de *noxae dedere* non puede llevar a concluir la interpolación de toda la cláusula, más aún si, por la caída de los demás argumentos de Biondi, el fundamento que estamos comentando pierde toda importancia.<sup>393</sup>

No obstante lo anterior, autores como Giménez-Candela, han vuelto a fines del siglo pasado a la carga en el mismo punto: la “forma incorrecta de *noxam dedere*”. Esta vez, la autora española, convencida de la interpolación de la frase final de D.9.3.1 pr., sostuvo que por la “comparación con la simétrica con que termina el edicto de *positis et suspensis*” (D.9.3.5.6), esto es, “*aut noxae dedi iubebo*” (“o mandaré que sea dado por noxa”), la parte final de D.9.3.1 pr no sería “*aut noxam dedere*” (“o que lo dé por noxa”), sino que debería ser para ambos textos “*noxali actione agere iubeo*”. Rechaza por ello expresamente la hipótesis de Lenel.<sup>394</sup>

<sup>389</sup> *Le acciones noxales, cit.*, p. 60.

<sup>390</sup> *Le acciones noxales, cit.*, pp. 266 y 267.

<sup>391</sup> Detrás está la postura de este autor en cuanto había tenido lugar un cambio del sentido del término noxa entre la época clásica y la compilación. Véase al respecto nota 92, especialmente últimos dos párrafos.

<sup>392</sup> *Die formeln, cit.*, pp. 11 y ss.

<sup>393</sup> *Impresa, cit.*, pp. 166 y 167.

<sup>394</sup> Giménez-Candela, *Los llamados, cit.*, pp. 102 y 103.

Sin embargo, la reconstrucción precedente, además de ser una hipótesis por contraste con D.9.3.5.6, ya ha recibido en cuanto al fondo, sustanciales críticas. Al respecto Fercia sostuvo que si la reconstrucción fuera cierta, el pretor daría, en caso de *factum servi*, una verdadera acción noxal y no una acción *in factum* como noxal.<sup>395</sup> Talamanca por su parte estima que “non si colgono, in quanto dice l’a., ragioni sufficienti contro la ricostruzione di questa clausola da parte di O. Lenel”.<sup>396</sup> Domingo le reprocha que no se da cuenta que la incorporación en una fórmula de la alternativa noxal alteraba la propia acción tanto en su legitimación como en su transmisibilidad, viéndose la autora obligada a considerar interpolado el texto y reemplazarlo con el citado, sin ningún apoyo textual sólido.<sup>397</sup>

- Segundo, afirma Biondi: “la forma con cui l’editto concederebbe l’azione nossale è del tutto straniera all’editto del Pretore”, es decir, non estaría en correspondencia con el lenguaje o fórmula común.

Estamos frente a una cuestión “bisagra” en la materia, pues esta crítica dice relación con un tema en la que todos están de acuerdo: “tal como aparece actualmente, no se habla sólo de acción noxal, sino de añadir a la fórmula de la acción la facultad de abandono noxal”.<sup>398</sup>

De ahí entonces que la crítica de Biondi al texto haya sido tan fácil como la respuesta que le dieron, dado que, o se entiende que la noxa sólo dice relación con acciones, con lo cual la frase final de D.9.3.1 pr. en efecto desentona y la crítica tiene vía libre (que es la postura de Biondi); o bien se acepta la posibilidad que diga relación con un instrumento de defensa diferente, abriéndose la posibilidad de una interpretación diversa.

Esta última es la línea de Serrao, quien naturalmente le dice a Biondi que “la clausola «Si servus etc.» non ha la funzione di promettere una formula nossale per la proposizione di un’azione, bensì di concedere un mezzo di difesa all’*habitor*”.<sup>399</sup> En otras palabras,

<sup>395</sup> *Op. cit.*, p. 149, nota 16.

<sup>396</sup> Talamanca, “Recensión a Giménez-Candela. Los llamados Cuasidelitos”, *BIDR*, núms. 94 y 95, p. 617.

<sup>397</sup> Domingo, Rafael, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio III*, Santiago de Compostela, 1995, Cuadernos compostelanos de Derecho Romano, núm. 7, p. 100, nota 377.

<sup>398</sup> Gimenez-Candela, *Los llamados, cit.*, p. 102.

<sup>399</sup> *Impresa, cit.*, p. 164. Si se hubiera tratado de una verdadera acción, la parte final del edicto habría tenido más menos el tenor siguiente según Serrao: “*si servus insciente domino fecisse dicitur; iudicium noxale dabo*”. *Impresa, cit.*, p. 168.

en efecto la fórmula de D.9.3.1 pr. no concuerda con la fórmula edictal a través de la cual se otorgaba la acción como noxal, porque no está concediendo una acción de esta naturaleza, sino otro instrumento.

La historia se repite con Giménez-Candela, que luego de rechazar la reconstrucción de Lenel, postula que “tal difícil estructura formularia parece incompatible con todo lo que sabemos de la *actio noxalis*”.<sup>400</sup> Pero Talamanca le responde: “che ciò vada contro quanto sappiamo dell’*actio noxalis*, dovrebbe esser provato; e, fra l’altro, si tratta di una noxalità, se vogliamo chiamarla così, ‘straordinaria’, non di quella ‘ordinaria’”.<sup>401</sup> Fercia comparte esta idea de Talamanca.<sup>402</sup>

- Finalmente, afirma Biondi: “i dubbi affacciati da Ulpiano nel successivo §8 sulla espertibilità noxaliter dell’*actio de effusis* sarebbero stati addirittura fuori di luogo se l’edicto avesse solennemente accordato l’*actio noxalis* si *servus fecisse dicitur*”. Por tanto, si la frase final de D.9.3.1 pr. fuera auténtica Ulpiano, según Biondi, no debería dudar en D.9.3.1.8 si la acción contra el *habitor* esclavo se debe deducir como noxal o de *peculio*. El edicto ya habría dicho que se admitía la acción noxal.

Este argumento de Biondi es el más débil, pues se fundó en un evidente error, al confundir el caso del *servus-habitor* con la hipótesis en que el *servus* sólo era el autor material de la conducta dañosa de verter o arrojar, mientras el *habitor* demandado era el *dominus*.<sup>403</sup> Por ello entonces la duda de Ulpiano resultaba del todo procedente.

A pesar de lo anterior, Giménez-Candela también retoma el punto, pero pretende el rechazo de la autenticidad del texto a partir justamente de la diferencia de los casos. Plantea al respecto que los *verba edicti* se habrían referido originalmente al *servus habitor*, que es la situación que habría comentado Ulpiano. Si hoy aparecen como dos casos distintos y por tanto una incongruencia entre los textos que los tratan, sería porque los compiladores quisieron mantener la noxalidad contra el esclavo autor del daño, luego de excluirla contra el siervo *habitor*.<sup>404</sup>

<sup>400</sup> Los llamados, *cit.*, p. 103.

<sup>401</sup> *Recensión*, *cit.*, p. 617.

<sup>402</sup> Fercia, *op. cit.*, p. 149.

<sup>403</sup> Serrao, *Impresa*, *cit.*, pp.167 y 168.

<sup>404</sup> Giménez-Candela, *Los llamados*, *cit.*, pp. 103 y 104.

El argumento no convenció entre otros a Burdese, a quien no le parece que se deba descartar que Ulpiano haya hecho el distinguo entre los casos de D.9.3.1 pr. y de D.9.3.1.8, con las consecuencias que anuncia en una y otra situación.<sup>405</sup> Por otra parte, la argumentación señalada se vuelve en contra de la propia Giménez-Candela pues como ha destacado Talamanca, si el Edicto se hubiese referido al *servus* o al *filius habitator*, la discusión en D.9.3.1.7-8, que serían clásicos, resultaría incomprensible si hubiese existido una expresa previsión edictal de la acción noxal.<sup>406</sup> Es decir, si la providencia pretoria ya establecía la solución, los juristas no se habrían tenido que plantear el problema: éste simplemente no habría existido.

En resumen, afirmar que “la hipótesis leneliana... no ha tenido acogida en la doctrina” como hizo Giménez-Candela,<sup>407</sup> está lejos de ser efectivo. Las numerosas recensiones al trabajo de la autora española,<sup>408</sup> dejaron en evidencia no sólo el debate histórico acerca de la cláusula noxal anunciada en D.9.3.1 pr, sino también la moderna adhesión a la reconstrucción de Lenel, quizás hoy más vigente que nunca luego de los últimos trabajos.

Por otra parte, desde la perspectiva de la noxalidad y el carácter limitativo de la responsabilidad que ésta había adquirido (capítulo segundo, romano II), parece bastante aceptable la autenticidad de “La Cláusula”, en cuanto a la idea original de una *noxae deditio* facultativa para el *habitor* demandado. En esta línea, Cursi objeta técnicamente varios puntos de la construcción de la *exceptio noxalis*. Sin embargo, en lo relevante, afirma de forma decidida que no le parece “debba mettersi in discussione l’esigenza di fondo che ha condotto, in questo caso come in altri, al funzionamento delle regole della nossalità”;<sup>409</sup> o sea, pone en dudas la construcción de la *exceptio noxalis*, pero no la existencia de un instrumento (al que no le da nombre particular) que haya permitido la *noxae deditio* del esclavo o hijo de familia culpable.

Me parece en especial importante, por tanto insistir, en que la circunstancia que “La Cláusula” no se haya ajustado al régimen de la noxalidad resulta sólo un hecho de la causa, y no un argumento. Parece más bien el

---

<sup>405</sup> Burdese, Alberto, *Recensión. Los llamados cuasidelitos, SDHI*, núm. 57, 1991, pp. 455 y 456.

<sup>406</sup> Talamanca, *Recensión, cit.*, pp. 617 y 618.

<sup>407</sup> *Los llamados, cit.*, p. 103, nota 188.

<sup>408</sup> Además de las de Balzarini, Burdese, d’Ors y Talamanca citadas, Paricio, *Estudio sobre el Edictum de Feris, cit.*, pp. 73 y ss. Mayer-Maly, Theo, TR, 60, 1992, pp. 194-198; Rainer, *Gnomon*, 67, 1995/1, pp. 45-48.

<sup>409</sup> Cursi, Maria Floriana, “Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta ‘exceptio noxalis’”, *Scritti per Franciosi, a cura di Ippolito I*, Nápoles, 2007, p. 663.

“aprovechamiento” de un instrumento histórico para solucionar una problemática que a la época de la dictación del edicto, y más aún a fines de la época clásica, se debe haber mostrado como muy injusta ante el desarrollo de la responsabilidad por culpa en materia de daños (capítulo primero, romano II).

#### 4. Acciones de regreso

Cabía la posibilidad que el sujeto que vertió o arrojó no fuese un *filius* (u otro miembro de la familia bajo el poder del pater) o *servus*, no resultando ni siquiera procedente el instrumento de la *exceptio noxalis*. Sin embargo, Ulpiano en D.9.3.5.4<sup>410</sup> da cuenta de otra herramienta aplicada, que si bien no lograba limitar patrimonialmente la responsabilidad del *habitor*, permitía al menos contener el detrimento patrimonial del *habitor*, no culpable, restableciendo en parte la justicia en el caso. Dicha herramienta consistió en el otorgamiento de acciones de regreso.<sup>411</sup>

En lo particular, el pasaje trata el caso del *habitor* condenado al pago de la respectiva pena en juicio en que se dedujo la *actio legis Aquiliae*, por los daños que un tercero causó en razón de haber vertido o arrojado alguna cosa. Frente a esta situación, Ulpiano cita a Labeón, quien habría sido de la opinión de dar una *actio in factum* al *habitor* en contra del “huésped u otro cualquiera que arrojó de la vivienda” (*quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit*); pero además, si el que vertió o arrojó era un arrendatario, el *habitor* tenía a salvo la acción derivada del contrato de locación. Por tanto, el texto trata la hipótesis que un tercero absoluto, o bien contraparte en un contrato que concediera la tenencia al menos parcial del inmueble, fuera el hechor culpable de los daños por los que debió pagar el *habitor*.

Se advierte de forma fácil que el pasaje presenta varios inconvenientes. Lo más relevante es que hace referencia a un *habitor* condenado por *lex Aquilia* y no a un *habitor* condenado por las disposiciones del edicto de *effusis vel deiectis*, lo que implica cambiar los presupuestos y requisitos del tipo. Para que el *habitor* resultara condenado por delito aquiliano, era necesario que la conducta del *habitor* hubiese sido injusta, lo que implica una valo-

<sup>410</sup> Ha sido muy discutido por la romanística, como consta en *Index Interpolationum*, t. I, p. 117. Sin embargo, Giménez-Candela sostiene que “es una pura crítica formal que respeta el fondo del mismo, con lo cual la dificultad de interpretación permanece”. *Los llamados*, cit., p. 81.

<sup>411</sup> Con esta calificación, por ejemplo, Wallinga, *op. cit.*, p. 910. Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 438. Schipani, *Il contributo del edictum*, cit., p. 1107.



ración de su propia conducta. Se le habría condenado por su propio hecho dañoso culpable y no por su calidad de *habitor*. Luego, no debería tener la posibilidad de recuperar lo pagado, total o parcialmente, incluso concurrendo concurso de culpas, pues de haber otros involucrados en el hecho, habrían sido a su vez obligados a pagar la respectiva pena en virtud del principio de la acumulación. Entonces, la posibilidad de repetir lo pagado, ya fuera a través de una acción de regreso *in factum*, ya fuera mediante acción derivada del respectivo contrato celebrado (como el arrendamiento), estaba descartada. La cuestión se ensombrece aún más, si efectivamente en tiempos de Labeón todavía no estaba sólidamente establecida la doctrina de las acciones de regreso.<sup>412</sup>

No obstante todo lo anterior, el pasaje deja a la vista que los jurisconsultos habrían estado de acuerdo en otorgarle al *habitor* —sin perjuicio de que dispusiera de una acción de repetición contractual— una acción que le permitiese el regreso de lo pagado en la hipótesis reseñada, y que es en definitiva lo esencial. La mayoría de la doctrina admite esta posibilidad, sin perjuicio de las diferencias respecto de la naturaleza que habría tenido dicha acción, en virtud de las dificultades que presenta el pasaje de D.9.3.5.4. Así, la referencia a la *lex Aquilia*, dado que formaba parte del *ius civile*, ha llevado a pensar que la acción que en realidad se consagraba en este pasaje era una acción útil;<sup>413</sup> o que se otorgaba «a modo» de acción de regreso pero modelada sobre la *actio de effusis* probablemente por el *duplum*;<sup>414</sup> o bien sencillamente la acción de regreso habría estado modelada sobre la acción de la *lex Aquilia*<sup>415</sup> que me parece lo más probable.

En fin, como haya sido, lo sustancial es la temprana preocupación demostrada por los juristas de reconducir la atribución del daño en última instancia al culpable, frente a la condena de un *habitor* no culpable, condenado por un hecho ajeno y en razón de la responsabilidad objetiva introducida por el edicto en cuestión. En este sentido, que sea Labeón el citado y no un jurista posterior, no puede pasar desapercibido. Si la datación realizada por la doctrina del edicto es correcta, significa que la opinión de Labeón es relativamente cercana a su dictación, dejando en claro la búsqueda de redirigir los efectos de la providencia pretoria en comentario al culpable, de modo tal de completar un verdadero sistema en torno al *damnum iniuria datum* de la *lex Aquilia*.

<sup>412</sup> Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 82, citando a Beseler.

<sup>413</sup> Valiño, *Acciones útiles*, Navarra, Pamplona, 1974, p. 224.

<sup>414</sup> Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., pp. 82 y 87.

<sup>415</sup> Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1107.

#### IV. SITUACIÓN DEL *HABITADOR ALIENI IURIS*

##### 1. *La problemática*

Hasta aquí se ha trabajado sobre el supuesto de plena capacidad del *habitor patres familias* o *domini*. Sin embargo, pudo ocurrir con frecuencia, que la posición de habitador la ocupasen *alieni iuris*: hijos o hijas de familia y mujer, por una parte, y esclavos por otra. ¿Qué reglas se debían aplicar si el *habitor* resultaba ser una de estas personas? La respuesta era trascendente de frente al *paterfamilias* o *dominus*, a cuya potestad estaban sujetos respectivamente y quien era además el titular del patrimonio.

Las fuentes hacen referencia sólo a la situación de una residencia separada del hijo respecto al padre<sup>416</sup> (D.9.3.1.7; D.44.7.5.5 e I.4.5.2) y del esclavo (D.9.3.1.8). Conforme a los pasajes respectivos, la acción se debía dirigir contra el mismo hijo o esclavo, según sea el caso, y no contra el *paterfamilias* o *dominus*, que es lo que habría procedido por conforme a las reglas de la capacidad.

La aceptación de la *actio effusis vel deiectis* directa en contra del *servus habitator* o del *filius habitator*, habría implicado reconocer a su vez que ambos respondían por lo vertido o arrojado con daño de sus propios familiares, esclavos, o inquilinos en general. O sea, atribuirles a su vez responsabilidad por el hecho ajeno. Sin embargo, no hay pasajes, como respecto a los *nautae*,

---

<sup>416</sup> No hay fuentes que se refieran a la situación de otros *alieni iuris*, *filiae familias*, personas *in cause mancipi* o *uxor in manu*, que tuvieran la calidad de *habitor*. Probablemente se debe a que ello difícilmente pudo tener lugar. Ya un hijo o un esclavo viviendo separado del *paterfamilias* fue de seguro anormal. En todo caso, los otros *alieni iuris* fueron ciertamente procesal y patrimonialmente incapaces (Pugliese, *Il proceso*, cit., p. 294; Gai. 4.104), por lo que no podían ser demandados de forma directa. Desde esta perspectiva, es muy difícil pensar que la misma solución que luego se comenta de D.9.3.1.7 y D.9.3.8 (D.44.7.5.5) se les hubiese aplicado por extensión. Podría existir alguna duda respecto a las hijas, pues por una parte I.4.8.7 señala que los “*veteres*” admitieron la noxa en general contra las hijas de familia, de modo que eran sometidas al mismo régimen que los *fili familias*; por otra, a las hijas también se les podía conceder un peculio, en las mismas condiciones que a los hijos. De este modo, si contra el *paterfamilias* eran deducibles las acciones de noxa y peculio en virtud de la responsabilidad de las hijas, en caso que éstas tuvieran la calidad de *habitor*, la duda planteada por D.9.3.1.7 también habría de resultarles aplicables, así como el rechazo, por las mismas razones, respecto de los hijos (D.9.3.1.7 y D.44.7.5.5).

No obstante lo anterior, algunas fuentes dan a conocer un tratamiento distinto para las hijas, como es el caso de D.13.6.3.4. Según este pasaje, mientras una deuda derivada de comodato se puede reclamar directamente en contra de un *filius familias*, respecto de la hija, sólo mediante la acción de peculio. Por lo demás, este texto asimila la situación de la hija a la de los esclavos.

*caupones* y *stabularii* que se refieran a esta situación particular.<sup>417</sup> Las dudas por los problemas que habrían traído aparejadas estas situaciones no son menores, dada la imposibilidad de aplicar las mismas reglas que al *habitor* capaz: por ejemplo, el siervo podía tener vicarios, pero no podía disponer de ellos, ya que la titularidad de los bienes de su peculio correspondía al *dominus*. Lo mismo respecto al *filius familias*, aunque se le podría haber reconocido capacidad en este sentido.

Por otra parte, los pasajes que tratan la cuestión del hijo y esclavo *habitor* antes citados, constituyen textos muy discutidos en cuanto a su autenticidad y, sobre todo, al carácter clásico de la solución dada al problema planteado. La confusión de la hipótesis con los casos en que se aplicaba la *exceptio noxalis* ha oscurecido aún más la cuestión (corresponde al tercer argumento de Biondi desechado, en el capítulo cuarto, romano III, núm. 3).

Justamente, a propósito de la noxalidad, se suele destacar que Ulpiano comenta de forma separada la situación del *filius familias* (D.9.3.1.7) y la del *servus* (D.9.3.1.8), mientras que la facultad noxal sólo aparece en el tenor del edicto respecto de este último. Como los hijos también podían ser entregados en noxa, el edicto en realidad debió comprender originalmente también a los *filius familias*, lo que sería ratificado precisamente por la existencia de estos dos comentarios de Ulpiano (los hizo porque esclavos e hijos aparecían en el texto del edicto), los que debieron después ser modificados, manejo compilatorio por lo demás que resultaría evidente.<sup>418</sup> Si así hubiere sido, otra cosa es hasta donde, una modificación como la señalada no significa que la problemática y la solución completa que recibimos sean espurias.<sup>419</sup>

A continuación doy revista a las dos soluciones que se encuentran en las fuentes supérstites.

---

<sup>417</sup> Precisamente, Serrao señala que la situación diversa del *habitor* respecto de los *nautae caupones stabularii*, que desarrollaba su actividad en un ámbito contractual, le habría impedido a la jurisprudencia extender al *habitor* los mismos principios adoptados en el caso del *exercitor servus* (*actio peculio*). *Impresa, cit.*, p. 230.

<sup>418</sup> A propósito de D.9.1.3.7 y D.9.3.1.8, Giménez-Candela literalmente dice: “en este lugar del comentario de Ulpiano, es donde creemos poder detectar alteraciones profundas del tenor original del texto”. *Los llamados, cit.*, p. 101.

<sup>419</sup> Talamanca, refiriéndose a la eliminación del *filius familias* de la cláusula final del edicto, ha expresado que efectivamente una posibilidad como ésta no se puede descartar. Sin embargo, por la forma como es tratado el tema, con las referencias a la *negotium gestum*, al *contractu* y al *delictum*, el pasaje de D.9.3.1.7 “difficilmente non è classico”, pues no se habrían aventurado en la imaginación de problemas los compiladores, sino sólo a las soluciones recepcionadas. Talamanca, *Recensión, cit.*, p. 617.

## 2. *El caso del servus*

Los esclavos eran incapaces procesal (D.50.17.107; D.2.7.3) y patrimonialmente (adquirían para su dueño). Por lo mismo, no podían ser demandados directamente por los delitos cometidos ni por obligaciones contraídas en las actuaciones comerciales que llevasen adelante, quedando como alternativa admitir la demanda en contra del *dominus*. Sin embargo, una condena contra éste habría entrado en contradicción con dos principios del derecho romano delineados desde la época arcaica: el primero, los actos de los esclavos no podían perjudicar la situación jurídico-patrimonial del *paterfamilias*;<sup>420</sup> el segundo, el de la personalidad de las penas.

En materia de delitos, esta contradicción quedaba solucionada a través del régimen de las “acciones noxales”, que le daba la posibilidad de pagar la condena, o bien entregar en noxa al actor, limitando su responsabilidad al valor del *servus* (capítulo segundo, romano II).

En materia de obligaciones contraídas por los *servi*, se creó el concepto de obligación natural, admitiendo su pago, pero negando su exigibilidad al *dominus*, lo que de ser aceptado lo habría perjudicado. Pero esta solución comenzó a perjudicar más que a beneficiar a los dueños de los esclavos. En virtud del desarrollo del tráfico comercial, los dueños comenzaron a conceder a sus *servi* un peculio personal para su administración, pero cuyos bienes seguían perteneciendo a los primeros. El peculio permitía que los esclavos participaran más activamente en negocios, los que de ser exitosos, significarían mayores beneficios económicos para los *domini*. El problema estaba en que si se mantenía incólume la irresponsabilidad de aquéllos por los actos lícitos de los esclavos, resultaba difícil que alguien quisiera celebrar negocios con esclavos a quienes no se les podía demandar directamente por las deudas que a su vez contrajesen. La situación fue salvada por el pretor a través de las denominadas en el medioevo *actiones adiectitiae qualitatis*, conforme a las cuales la responsabilidad “civil” del *dominus* se “adjuntaba” a la responsabilidad “natural” del esclavo, lo que era distinto a decir que respondía por el esclavo.

Entre estas acciones se encontraba la *actio de peculio aut in rem verso*, que podía ser ejercida por los acreedores del esclavo deudor en contra del *domi-*

---

<sup>420</sup> D.50.17.133 (en el mismo sentido Gai 4.75; D.2.10.2). Ratificado por la doctrina, por ejemplo, Cannata, Carlo Augusto, *Corso di Istituzioni di diritto romano* I, Turín, Giappichelli, 2003, p. 80; Manfredini, Arrigo, *Istituzioni di diritto romano*, 3a. ed., Turín, 2007, pp. 77 y 78 (en el mismo sentido Gai 4.75; D.2.10.2).

nus, cuando el primero hubiese contratado sin el consentimiento del dueño (“*sine voluntates dominiue*”).<sup>421</sup> La fórmula se caracterizaba por contener una *taxatio* que limitaba la condena tanto al valor del peculio del esclavo como al beneficio que eventualmente el *dominus* pudo obtener con el negocio respectivo llevado adelante por su esclavo.

Ahora bien, Ulpiano en D.9.3.1.8 planteaba la duda de cuál acción procedería contra el esclavo *habitor*: la acción noxal o la de peculio. ¿Por qué el problema?

En cuanto a la acción noxal, requería un daño o delito del esclavo (D.9.4.1), lo que en la especie no tenía lugar, pues no había un *damnum* propiamente tal de su parte.<sup>422</sup> Sólo se le imputa responsabilidad por el *factum*, por el hecho de que se produjo un daño con algo arrojado o vertido desde un inmueble del cual era *servus-habitor*. Por lo tanto, éste era responsable según el edicto sin haber “cometido” ningún acto ilícito, ningún delito. Si no había delito del *servus*, la acción noxal no tenía aplicación, pues sus presupuestos no concurrían.<sup>423</sup>

En cuanto a la acción de peculio, evidentemente el esclavo no había contraído ninguna obligación en virtud de una gestión de negocios, que era el ámbito de aplicación de esta acción según antes reseñamos. En este sentido, el *habitor* se encuentra en una situación diferente a los *nautae*, *caupones* y *stabularii* (que trataré en el capítulo sexto), respecto de los cuales existía un “negocio” entre uno de ellos y el responsable. De ahí que entonces tampoco en la hipótesis concurrían los presupuestos de la acción de peculio.

---

<sup>421</sup> Ulp. D.15.1.1.1; Gai. 4.73. El edicto se refiere en general a quien estuviese bajo potestad de otro (D.15.1.1.2) y comprendía a ambos sexos (D.15.1.1.3); en el caso, esclavos o esclavas (D.15.1.3.2).

<sup>422</sup> Longo sostiene que la duda original de Ulpiano era si procedía la acción noxal cuando el esclavo *habitor* no había causado ningún daño. Del conjunto de textos D.9.3.1.10, 2, 3 y 4 se concluiría que la acción expresaba claramente connotaciones de una acción penal y por tanto, de forma implícita, habría que deducir que este autor entiende que Ulpiano daba una respuesta afirmativa a la duda (*I Quasi delicta*, cit., pp. 455 y 456).

<sup>423</sup> La cuestión no es pacífica pues tradicionalmente la doctrina romanista ha sostenido que en la edad clásica “todas” las acciones penales son noxales. Por tanto, la *actio de effusis vel deiectis* debió haber tenido esta característica. Dado lo anterior, Ulpiano no habría podido rechazar la *actio noxalis* en D.9.3.1.8, lo que constituiría una prueba que el texto está interpolado. El punto no me convence, y estoy de acuerdo con Serrao en “l’inconsistenza delle varie diagnosi interpolazioniste avanzate dalla critica” (*Impresa*, cit., p. 233).

Recuérdese que Biondi entendió que la acción que se acogía era la noxal (y por tanto fue interpolado D.9.3.1.8), porque así lo decía D.9.3.1 pr., confundiendo claramente el caso del *servus habitor*, que estamos tratando, con el *servus culpable* del daño (*Le acciones noxales*, cit., p. 193, nota 3). En el mismo sentido Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 102. Véase *supra* capítulo cuarto, romano III, núm. 3, tercer argumento.

Si no se podía ejercer la *actio noxalis* ni la *actio de peculio* en contra del *dominus*, y el esclavo no podía ser demandado por su incapacidad ¿cómo se procedía? Según el texto que nos ha llegado, Ulpiano opinaba que el *servus* debía ser corregido “extraordinariamente” por el ministerio del juez (“*extra ordinem officio iudicis corrigendum*”), justificando esta alternativa en que no conviene que quede sin castigo.

Ciertamente que la alternativa de una acción directa contra el esclavo en época clásica sorprende,<sup>424</sup> y pone en seria duda la originalidad del texto, por lo que ha recibido una importante andanada de críticas.<sup>425</sup> No obstante éstas, me parece que la duda con probabilidad existió, porque en efecto la acción noxal y de peculio debieron haber resultado inadecuadas para el caso, como asimismo la acción directa contra el esclavo (al aparecer como la única alternativa que habría permitido mantener la personalidad de la pena, evitando al *dominus* un detrimento causado por el esclavo en su habitación separada del propietario), pero que contradecía la incapacidad de comparecer en juicio de los esclavos (situación como veremos distinta para los hijos de familia, a quienes se les habría reconocido).

Se comprenderá que si no se podía ejercer ni la acción noxal, ni la de peculio ni la directa, la alternativa que habría quedado es la irresponsabilidad del esclavo *habitor*, y por ende, el no pago de pena alguna a la víctima, con la consiguiente no reparación del daño que se le causó. Lo más seguro es que una solución como ésta no haya sido alternativa en definitiva. Por ello Serrao ha hipotizado que la jurisprudencia, no muy convencida y con dudas, haya quizás forzado la situación, concediendo contra el *dominus* del *servus habitator* l'*actio de effusis vel deiectis de peculio*,<sup>426</sup> posibilidad que me parece la más razonable entre las posibles.

---

<sup>424</sup> Sólo con Justiniano se habría aceptado la posibilidad de accionar contra el esclavo directamente *ex delicto*. Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 192.

<sup>425</sup> *Index Interpolationum*, t. I, 117. Según Serrao, descartando las razones esgrimidas por otros romanistas, la opinión que el esclavo “*extra ordinem officio iudicis corrigendum*”, no se puede atribuir a la misma persona que antes había excluido la existencia de un delito del siervo ni a un jurista que escribe en un ambiente en que el *habitor* sería responsable por culpa (D.9.3.1.4). *Sed ego puto* sería lo que quedó del texto original, insertando los compiladores a continuación la frase actual que sigue. *Impresa*, cit. pp. 233-235 (Véase en p. 234 argumentos de otros autores).

<sup>426</sup> Serrao, *Impresa*, cit., pp. 233 y 236. También Schipani cree que con posibilidad fue la solución en época clásica. *Il contributo*, cit., p. 1106.

### 3. *El caso del filius familias*

En cuanto al hijo, “la posizione dei *fili familias* era dapprima uguale a quella degli schiavi”:<sup>427</sup> incapaces procesal y patrimonialmente; el *paterfamilias* podía entregarles un peculio para su administración; y regía el principio que sus actos no podían perjudicar la situación jurídico-patrimonial del jefe de la familia. Si éste era condenado a pagar una pena o una deuda, por un delito o negocio celebrado por el hijo, el principio resultaba violado. Por lo mismo, se debía accionar en contra del *pater* quien, para no resultar totalmente perjudicado, tenía “derecho” a que se le demandara con la *actio noxalis* en caso de delito (Gai. 4,75), o con la *actio de peculio* en caso de obligaciones *ex causa negotium gestio* “*sine voluntates patris*” (Gai. 4,73). En ambos casos el *paterfamilias* veía limitada su responsabilidad, pues con la acción noxal gozaba de la facultad de entregar al hijo al demandante (*noxae deditio*), evitando la *litis aestimatio*; mientras que con la *taxatio* introducida a la fórmula de la *actio de peculio*, la condena sólo podía alcanzar hasta el valor del peculio del *filius familias* o de la ventaja obtenida.

Frente a un hijo de familia *habitor*, el problema entonces a que daba lugar la aplicación del edicto *de effusis* habría sido la misma que para el caso del esclavo: eran improcedentes en contra del *pater familias* la *actio noxalis* por no haber cometido el hijo ningún delito y la *actio de peculio* por no derivar la obligación demandada de un negocio obligatorio. Luego, no resulta extraño que los pasajes de D.9.3.1.7,<sup>428</sup> D.44.7.5.5<sup>429</sup> e I.4.5.2,<sup>430</sup> sin perjuicio de algunas diferencias en los textos, traten la cuestión y su solución también en los mismos términos que para los esclavos: se descartan las acciones en contra del *pater familias* y se acepta una acción directa en contra del *filius familias*.

<sup>427</sup> Marrone, *op. cit.*, p. 240. En el mismo sentido, Aràngio-Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14a. ed., Nápoles, 1991, p. 374. Manfredini, colocando como límite de esta situación de paridad el fin de la edad republicana, y destacando que no podían empeorar la situación del padre. *Istituzioni, cit.*, p. 92.

<sup>428</sup> “Si un hijo de familia tuvo arrendado un comedor, y de él se hubiera arrojado ó derramado alguna cosa, no se da contra el padre la acción de peculio, porque no procede de un contrato; y así, compete esta acción contra el mismo hijo”.

<sup>429</sup> En lo pertinente dice: “y por esto, si un hijo de familia habitare separado de su padre, y si de un cenáculo se hubiera arrojado ó vertido alguna cosa, ó si en él tuviere puesto ó suspendido algo, cuya caída es peligrosa, le pareció bien á Juliano, que no se ha de dar contra el padre ni la acción de peculio, ni la noxal, sino que se ha de litigar contra el mismo hijo”.

<sup>430</sup> En su primer parte señala: “si un hijo de familia habitare separado de su padre, y de la habitación de aquél se hubiere arrojado ó vertido algo, ó en ella hubiere tenido puesta ó suspendida alguna cosa, cuya caída es peligrosa, pareció á Juliano que no había ninguna acción contra el padre, sino que debe procederse contra el mismo hijo”.



Las explicaciones dadas por tanto en la letra precedente serían igualmente válidas para entender las respuestas de Ulpiano (D.9.3.1.7) y Gayo (D.44.7.5.5) respecto del habitador que es hijo de familia (al menos si no se tiene en cuenta la crítica interpolacionista a estos pasajes).<sup>431</sup>

Hay sin embargo dos diferencias relevantes con el caso del esclavo *habitor*: los *fili familias* adquirieron con el paso del tiempo capacidad jurídica y se eliminó la facultad a los padres de darlos en noxa (I.4.8.7), posibilidad que se mantuvo con Justiniano respecto de los *servi*.

Efectivamente, ya desde el derecho clásico alto se les habría reconocido, al menos parcialmente, capacidad jurídica procesal a los *fili familias*<sup>432</sup> para ser demandados por las obligaciones asumidas, derivasen de actos lícitos o de actos ilícitos, de lo cual dan cuenta varios textos.<sup>433</sup> Por tanto, “sembra che da età classica il *filius familias* fosse direttamente convenibile anche con azioni penali”,<sup>434</sup> al menos respecto a ilícitos pretorios como la *actio de effusis et deiectis* y de *positi et suspensio*, que no eran considerados delitos por los clásicos.<sup>435</sup> De este modo, la solución de Ulpiano en D.9.3.1.7 y del propio Gayo en D.44.7.5.5 no habría significado ninguna novedad en época clásica tar-

<sup>431</sup> Para D.9.3.1.7, Longo considera interpolada la parte “*de peculio-veni*”; la referencia a la actio de peculio y su rechazo sería de los compiladores como en D.44.7.5.5. Para D.44.7.5.5 Longo “*Cuius casus- dandam actionem*” es un texto interpolado. *I quasi delicta*, cit. p. 453.

<sup>432</sup> Aunque como excepciones a la regla general, la capacidad del *filius familias* en el derecho clásico habría sido “ampliamente riconosciuta”. Pugliese, *Il processo*, cit., p. 282. “Già in età classica si ammise che il figlio, ad evitare la *nox a deditio*, potesse difendersi da sé ove il padre trascurasse la sua difesa”, Aràngio-Ruiz, *Istituzioni*, 1991, p. 365. La capacidad general de actuar habría sido ya reconocida a partir del siglo I d. C., como implícitamente queda de manifiesto en el Senadoconsulto Macedoniano a la época de Vespaciano (D.14.6.1 pr.): Cannata, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, cit., t. I, p. 55, nota 21. Manfredini, destaca que a fines de la República se comienza a establecer que los hijos pueden contraer obligaciones civiles. *Istituzioni*, cit., p. 93.

<sup>433</sup> Entre los principales, por ejemplo, D.44.7.39 y D.5.1.57. En el primero, Gayo decía que “El hijo de familia se obliga por todas las causas como padre de familia; y por esto se puede ejercitar con él la acción, como contra el padre de familia”. Mas, Biondi crítica el texto, pues en su concepto no es clásica la posibilidad de actuar *ex delicto* contra el hijo. Tal posibilidad habría sido en calidad de *cognitor*, *procurator* o *defensor*, es decir, a nombre ajeno. *Le azioni noxales*, cit., p. 47. En el segundo, es Ulpiano el que afirmaba que “tanto por contratos, como por delitos, compete acción contra el hijo de familia”. A Pugliese le parece verosímil que la referencia a los delitos haya sido introducida por los compiladores. *Il processo*, cit., p. 284. Otros textos, D.15.1.44-45, D.9.4.35.

<sup>434</sup> Marrone, *op. cit.*, p. 241, nota núm. 118. Aunque según Cannata, “la cosiddetta capacità delittuale non è in realtà un aspetto de la capacità di agire”. *Corso*, cit., t. I, p. 80.

<sup>435</sup> Pugliese, *Il processo*, cit., p. 285. En el mismo sentido La Rosa que, si bien no acepta para el derecho clásico una capacidad general a los *fili familias* para ser demandados por obligaciones *ex delicto*, como en cambio si ocurriría por obligaciones *ex contractus*, admite que hubo excepciones cuando concurrían determinados requisitos (cita a Solazzi) que impedían

día: siendo capaz el hijo, se le podía demandar de forma directa con la *actio de effusis vel deiectis*.

En otras palabras, la duda existió y se generó entre los prudentes en tiempos anteriores, pronunciándose sobre ella, lo que obligaba a Gayo y a Ulpiano a tratarla en sus obras. Esto motiva la presencia de la cuestión en los textos citados; pero la respuesta que dan resultaba bastante natural al momento en que escriben, en virtud del estado de la capacidad del *filiusfamilias* (a diferencia de lo que ocurría con los esclavos). Por el contrario, habiéndose consolidado la solución entre la época clásica tardía y Justiniano, la referencia en los pasajes a la pregunta en el instante de acometer el trabajo compilatorio, resultaba simplemente un resabio histórico (algo así como “algunos siglos atrás existió una duda...”, pero que ya no era tal).

Desde esta perspectiva, los textos clásicos que aludieran a la duda de admitir la *actio de peculio* o la *actio noxalis* en contra del padre en materia del edicto en comento, se debían necesariamente readecuar al nuevo estatus jurídico consolidado del *filiusfamilias*, lo que implicaba eliminar de forma total o parcial las referencias a dichas acciones. Esto explicaría el por qué en el pasaje de Ulpiano en D.9.3.7 se mantuvo la referencia a la pregunta y la alusión a la *actio de peculio*, pero no así a la *actio noxalis* (eliminada por los compiladores), y por qué en I.4.5.2, de creación justiniana, sólo no figura ninguna referencia a la acción de peculio ni a la acción noxal, a pesar que la fuente textual directa es el pasaje de Gayo de D.44.7.5.5 que sí se refiere a ambas.

Pero la cuestión no es tan sencilla. Si bien hay coincidencia entre los romanistas en cuanto a que la solución de admitir la acción directa contra el hijo de familia contenida en D.9.3.7 y D.44.7.5.5 se funda (además de lo dicho respecto de los esclavos), en el reconocimiento de la capacidad al *filiusfamilias*, algunos discuten “el momento” en que operó dicho reconocimiento, negando que haya tenido lugar en época clásica.

Así, a propósito que D.44.7.5.5 e I.4.5.2 atribuyen a Juliano (inicio clásico tardío) la idea de que en el caso del *filiusfamilias* habitador no procede la acción de peculio ni la noxal, sino que la acción se da en forma directa contra el hijo, Giménez-Candela ha sostenido que si bien ello puede causar cierta perplejidad, ello es así debido “a la reforma compilatoria que parte de la capacidad patrimonial de hijos de familia”.<sup>436</sup> De esta manera, estaríamos en presencia de una solución de los compiladores, aunque desarrollada en todo caso en el derecho post clásico, con lo cual Gayo (D.44.7.5.5) nunca hubiese podido atribuir a Juliano ni el problema y ni la respuesta.

---

que se demandara al padre, entre ellos, las acciones de *effusis vel deiectis* y de *positis vel suspensis*. *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963, pp. 186-188 y nota 136.

<sup>436</sup> *Los llamados*, cit., p. 102.

En cuanto a la cuestión de la autoría de la solución, Burdese le ha representado a Giménez-Candela precisamente el hecho que al margen de la capacidad patrimonial del *filius familias*, es difícil que los compiladores se la hayan atribuido a Juliano, por lo que puede ser genuina y haberla recogido Gayo y Ulpiano.<sup>437</sup> De hecho, agregó, Juliano no era uno de los autores incluidos en la “Ley de Citas”,<sup>438</sup> por lo que citándolo no se le daba ninguna “autoridad” a la solución. Por tanto, si los compiladores intervinieron el texto y la solución les pertenece, y no a Juliano, ningún sentido tenía mantener la alusión a este jurista. Más fuerza se le habría dado a la respuesta dejando como autor directo a Gayo o a Ulpiano.

En cuanto a la cuestión de fondo del reconocimiento de la capacidad del *filius familias*, a juicio de Talamanca, y al contrario de lo afirmado por Giménez-Candela, la referencia en I.4.5.2 al *filius familias habitator* lo que hace es mostrar cómo este tipo de problemas era difundido entre los prudentes y como algunos de ellos buscaban soluciones uniformes,<sup>439</sup> comentario que me parece bastante cercano a lo que debe haber ocurrido en la realidad. De esta manera, I.4.5.2 es un reflejo de las discusiones clásicas, de las cuales dan cuenta D.9.3.1.7 y D.44.7.5.5, y no al revés. Así, I.4.5.2 sería la síntesis conclusiva de dichas discusiones, las que se habrían dirigido hacia la solución contenida en D.9.3.1.7 y D.44.7.5.5. Dicho en otras palabras, el problema del hijo *habitor* existía, lo que consta en estos pasajes clásicos, pero los compiladores, probablemente por el reconocimiento definitivo de la plena capacidad al hijo y la negación de la posibilidad de entregarlo en noxa, simplemente lo acentuaron junto a su solución en las *Institutiones*.<sup>440</sup> Nótese que si se comparan éstas con D.44.7.5.5, se aprecia claramente como este pasaje fue dividido en las *Institutiones* en dos textos diferentes (I.4.5.1 e I.4.5.2), aislando y destacando en especial la situación del hijo *habitor*.

Así, el problema era antiguo y la solución clásica; pero la relevancia dada al caso en I.4.5.2, resultó ser la novedad (si se puede hablar de tal) de las *Institutiones*.

Veamos la cuestión desde otra perspectiva. ¿Por qué D.9.3.1.7 sólo se refiere a la acción de peculio (a diferencia de D.44.7.5.5 que se refiere a ambas)? Es verosímil pensar que hubo intervención compilatoria, para eliminar la referencia a la acción noxal en contra del hijo, dado que ésta resulta-

<sup>437</sup> Burdese, *Recensión, cit.*, p. 455.

<sup>438</sup> Véase nota 73.

<sup>439</sup> Talamanca, *Recensión, cit.*, p. 617.

<sup>440</sup> Serrao advierte en cierta medida este punto, cuando afirma que con claridad el interés de los compiladores era “ribadire la capacità originaria del *filius* ad essere convenuto direttamente con la nostra azione”. *Impresa, cit.*, p. 231.

ba inaceptable en ambiente bizantino; mas, si se intervino el texto, y era un hecho que tampoco era posible ejercer *la actio de peculio*, ¿por qué no se eliminó también la referencia a ésta, más aún cuando justamente las dos fueron eliminadas para la confección de I.4.5.2 frente a su fuente D.44.7.5.5? A mayor abundamiento, si los textos se intervinieron y la “idea justiniana” en la materia era en definitiva la que consta en I.4.5.2, ¿por qué se dejó la referencia a las acciones de peculio y noxal, aunque sea para rechazarlas en D.44.7.5.5? Finalmente, si la solución planteada es de los compiladores, ¿para qué se le atribuye la respuesta definitiva de la problemática a Juliano, jurista del siglo II d. C., no sólo en D.44.7.5.5, sino también en I.4.5.2? La referencia no era necesaria para lograr el efecto de la intervención.

Quizás las cosas se explican mejor aceptando la autenticidad de los textos al menos en cuanto a la sustancia, conforme a los datos que tenemos. Que Gayo mantenga aún la alternativa en D.44.7.5.5 de la *actio noxalis*, planteada por Juliano, no extraña, cuando el mismo autor en Gai. 4,75 aún alude a la posibilidad de la noxa del hijo. Se ve que hasta sus días, aún se aceptaba, al menos jurídicamente (probablemente a nivel social la cuestión generaba rechazo).

Luego, que ya Ulpiano en D.9.3.1.7 no se refiriera a la noxa del hijo, se podría deber al hecho que estuviera afirme en la jurisprudencia la imposibilidad de ejercer la acción noxal por no existir un hecho dañoso del hijo,<sup>441</sup> pero si así hubiese sido, surgiría la duda de por qué no se eliminó la referencia también a propósito de los esclavos en D.9.1.3.8, que tampoco habrían ejecutado hecho delictuoso alguno. La eliminación puedo decir más bien relación (antes de ser atribuido de forma directa a una intervención compilatoria), al cambio cultural que a la época de Ulpiano ya había comenzado a operar, resultando bastante más natural esta explicación como dijimos. Hay que pensar que además de ser Ulpiano posterior a Gayo, a este último siempre se le ha imputado que con probabilidad estaba atrasado en las “noticias” del estado del derecho debido a su provincialismo (de hecho, es él quien habría citado a Juliano, anterior cronológicamente). En otras palabras, si bien la razón jurídica para que fuera imposible deducir la acción noxal es la misma tanto para el hijo de familia como para el esclavo *habitor*, es explica su omisión en D.9.3.1.7 referida al hijo y su alusión en D.9.3.1.8 referido al esclavo, en el entendimiento a la época de Ulpiano que no se podían entregar los hijos en noxa.

---

<sup>441</sup> Serrao, *Impresa*, cit., p. 229.

Supongamos que Giménez-Candela tiene razón y la capacidad sólo fue reconocida al *filius familiae* en época postclásica<sup>442</sup> para la generalidad de los casos. Aún en esta hipótesis, no habría sido tan sorprendente que Gayo y Ulpiano pensaran en una excepción para este caso en particular. El rechazo de la procedencia de la acción de peculio y de la acción noxal, llevaban indefectiblemente, y en el fondo, a la negación de una limitación de la responsabilidad al *paterfamilias*, ya sea al valor del peculio profesional del hijo o al no pago de la condena por la entrega de este último. El hijo no podía ser demandado de forma directa, así que sólo quedaba que el jefe de familia respondiera.

Un resultado como este, en pleno siglo II y III d. C., donde la culpa se había erigido ya como el criterio de atribución de responsabilidad principal (capítulo primero, romano II), habría sido con probabilidad considerado una “gran injusticia”. Es decir, condenar al *paterfamilias*, por un hecho en el cual ninguna conducta de su parte tuvo lugar, y no darle además la posibilidad de limitar o eximirse de responsabilidad, sin lugar a dudas no debe haber sido una solución que satisficiera a los juristas, sino muy por el contrario. De ahí que si a la época no se reconocía al hijo capacidad jurídica en el ámbito penal, estoy de acuerdo en que la introducción de una excepción habría sido posible de imaginar. Gayo y Ulpiano no deben haber tenido inconvenientes en “pasar por alto” la incapacidad del hijo de familia, si aún hubiese existido, para poder atribuir responsabilidad directamente al *habitor*, pues una responsabilidad “ilimitada” por el hecho ajeno (aunque el *filius familiae* pudo en realidad no haber “hecho” nada, sólo era el imputado por ser *habitor*), habría implicado una grosera injusticia en el estado del derecho en aquel momento.

En definitiva, aunque muy probablemente hubo algún manejo por parte de los compiladores de los textos en cuestión, es poco probable que las intervenciones hayan alterado el fondo de los citados pasajes. Desde esta perspectiva, la concesión de una acción directa en contra del *filius familiae* me parece que fue la solución clásica al problema del hijo *habitor*.<sup>443</sup> No en vano el redactor de las *Institutiones* dejó constancia en I.4.8.7 que “en los antiguos comentaristas de las leyes encontramos dicho muchas veces,

<sup>442</sup> *Los llamados*, cit., p. 101.

<sup>443</sup> Longo de forma precisa expresó que no está convencido de las críticas (de Biondi, Albertario, Arangio Ruiz y De Francisci), y piensa que tanto en el edicto de *effusis vel deiectis* como de *positis vel suspensis* la víctima podía accionar en contra del *filius* si vivía fuera del círculo familiar. *I quasi delicta*, pp. 453 y 454. Según Serrao, los pasajes de D.9.3.1.7 y D.9.3.1.8, salvo la última frase de éste, que analizamos en el acápite anterior, conservarían en forma sustancial el pensamiento de Ulpiano. *Impresa*, cit., p. 235.

que los mismos hijos de familia pueden ser citados a juicio por sus propios delitos”.<sup>444</sup> Ciertamente ello no necesariamente fue así desde la dictación del edicto; se trata de un problema que surgió, ante la laguna de la providencia pretoria, respecto de la cual no sabemos todas las alternativas que se discutieron, y que aparentemente con Juliano ya la solución se enderezó en la manera indicada.

Por lo mismo, me parece que tienen razón los autores que han postulado que el problema de si se debía dirigir o no acción, de peculio o noxal, contra el *paterfamilias* por la responsabilidad del hijo *habitor*, es clásica, así como la solución que hoy consta en las citadas fuentes también.

Respecto a esta conclusión, aún quedará pendiente una cuestión, referida a la ejecución de la sentencia: aceptada la acción directa contra los *fili familias* ¿sobre qué bienes se ejecutaba la sentencia? Ello porque la admisión de la acción directa no modificaba la situación de los hijos en cuanto a su calidad de *alieni iuris* y la no tenencia de un patrimonio propio; y que en caso de tener un peculio, la titularidad de los bienes correspondía al *paterfamilias*, salvo el peculio castrense.<sup>445</sup> Entonces, al ejercicio de la acción edictal, se une la duda de cómo se podía ejercer la *actio iudicati*, pues la falta de un patrimonio podía limitar o incluso impedir la satisfacción del acreedor.<sup>446</sup> Por lo mismo, se podría dudar de la posibilidad del ejercicio directo de la *actio de effusis vel deiectis* en contra del *filiusfamilias*, si luego no se podría deducir en su contra la *actio iudicati*.

La doctrina, dada la poca información que sobre el particular proporcionan las fuentes, ha sido un tanto vacilante en el punto. Sin embargo, es posible concluir de los autores que han tratado la problemática, que la cuestión del ejercicio de la *actio iudicati* no constituye óbice para la aceptación de una acción de fondo directa en contra del *filius*; y por tanto, las dificultades o el cómo se ejerza posteriormente la *actio iudicati* resultaría una cuestión distinta,<sup>447</sup> no resultando modificada la conclusión expresada.

---

<sup>444</sup> Biondi entiende que la referencia es a los juristas postclásicos, lo que estaría confirmado dice por el edicto de Teodorico (§ 118), a diferencia de Bonfante, que la califica de falsa. *Le acciones noxales*, cit., p. 45.

<sup>445</sup> D.49.17.11; D.42.6.1.9; I.2.12 pr. Gozaron los hijos de este peculio desde Augusto: Aràngio-Rùiz, *Istituzioni*, cit. p. 477.

<sup>446</sup> Manfredini, *Istituzioni*, cit., p. 93.

<sup>447</sup> Así, , quien acepta la acción directa contra el hijo en época imperial, no obstante que respecto a la *actio iudicati* sostiene Aràngio-Rùiz que no se podía ejecutar hasta que terminara la potestad del padre sobre su persona. *Istituzioni*, cit., p. 476. Pugliese, que acepta el ejercicio de la acción directa en cambio en época clásica, respecto a la ejecución, salvo el caso que cuente con un *peculium castrense* (por tanto se puede ejercer sin problemas la *actio iudicati* directa), no le parece imaginable una ejecución patrimonial de la condena mediante *missio in*

Es más, admitamos que la crítica interpolacionista tiene razón, y las referencias a una acción directa corresponden a inserciones de los compiladores. ¿Cambia la situación desde la perspectiva de la ejecución? La respuesta es negativa. Es cierto que las posibilidades mejoraron, al unirse al peculio castrense el peculio cuasi castrense en época imperial y el peculio adventicio; empero, el peculio profecticio sigue estando constituido por bienes cuya titularidad es del padre (C.6.61.6; I.2.9.1) y, desde luego, no necesariamente el *filiusfamilias* demandado tendría un peculio sobre cuyos bienes ejecutar la sentencia. Es decir, la adquisición de la legitimidad pasiva de la *actio de effusis vel deiectis* en época posclásica o justiniana no habría significado por este sólo hecho la adquisición de bienes o un patrimonio propio sobre el cual ejecutar la condena.

## V. CONCLUSIONES PARTICULARES

El edicto, de acuerdo a la datación que le ha dado la romanística, habría sido dictado en un momento histórico en que “la intencionalidad”, sea a través del término dolo u otro diverso, se había consolidado como elemento concurrente en los delitos públicos y privados. De hecho, en leyes del último siglo de la República, de forma expresa se aludía al dolo. Desde esta perspectiva, existía una consciente valoración de la voluntad del sujeto cuya conducta habría causado un resultado sancionado por el *ius civile*. Se puede entonces hipotizar que el pretor que en un principio introdujo el edicto *de effusis vel deiectis*, como asimismo los que lo repitieron en los años sucesivos, lo hicieron bajo el conocimiento y conforme al sentir de la época, en cuanto a que una sanción penal requería de la intencionalidad del imputado. Por el contrario, a la misma época no hay constancia de un claro desarrollo de la idea de “culpa”, concentrando la valoración de la conducta a efectos de determinar la concurrencia de la *iniuria* en la *lex Aquilia*, a través de diversos términos y restringida a ésta.

---

*bona e bonorum venditio*, siendo asimismo obstáculo a la *ductio* la patria potestad. *Il processo*, cit., pp. 285 y 286. Según Solazzi, podría cumplir pagando con el peculio profecticio. “Capacità del filius familias di stare in giudizio”, *BIDR*, núm. 11, 1808, pp. 115 y ss. La Rosa, así como entiende que respecto a D.9.3.1.7-8 “non vi siano ragioni plausibili per negare la sostanziale classicità del principio in essi accolto”, rechaza el ejercicio de la *actio iudicati* directa en contra del hijo en base a una serie de textos que analiza, sosteniendo la tesis de que los juristas, ante la “impossibilità d’intentare l’actio iudicati contro il filiusfamilias”, habrían sido empujados por las circunstancias a aceptar una *actio iudicati de peculio*, aún cuando la acción de fondo no se haya podido ejercer de esta forma. *Op. cit.*, p. 188, notas 136 y 200 respectivamente.



No obstante lo anterior, en el edicto no concurren referencias a voluntad del sujeto (salvo el conocimiento del *dominus* por el hecho del esclavo), que obliguen a un análisis de la intencionalidad de alguna conducta ejecutada ni tampoco a la determinación de una actuación realizada con *iniuria* (dado que ésta y no la culpa era el requisito en la ley general sobre daños vigente en ese momento). Muy por el contrario, se sancionaba a quien tuviera de hecho la calidad de *habitor*, de acuerdo a las precisiones efectuadas por la jurisprudencia, incluso cuando no existiera ninguna relación de causalidad entre conductas de su parte y el daño de la víctima.

Desde esta perspectiva, es claro que el pretor, vía edicto, pretendió introducir una figura construida sobre elementos diversos a los concurrentes en los tipos penales hasta la fecha en vigor, como era el *damnum iniuria datum* y el delito de *iniuria*, con los cuales se relacionaba en forma explícita a través de sus *verba edicti*. Así, el edicto dio lugar a sanciones sin necesidad que concurriera una conducta intencional o cometida con *iniuria* de parte del imputado (*habitor*).

Podríamos decir, bajo tal entendimiento, que se trataba para la época de una responsabilidad objetiva: no se atendía para la aplicación de la sanción a ningún análisis de los comportamientos ejecutados por el sujeto demandado, sino a la determinación de quien tuviera una calidad de facto (*habitor*), aunque ninguna conducta hubiese desarrollado en los hechos dañosos.

Hay un contexto histórico, relacionado con las nuevas problemáticas urbanas a enfrentar, como telón de fondo del edicto, el cual explica la decisión original del pretor y sus sucesores. De forma concreta, se advierte el potencial riesgo de daño a los transeúntes con cosas líquidas o sólidas que se vertían o arrojaban desde las nuevas casas construidas de dos o más pisos (seguramente las situaciones de daños en estas condiciones urbanas se habían hecho frecuente), acciones que constituían “el sistema de evacuación” de aguas servidas y desperdicios. Por lo mismo, tales actividades no pudieron ser prohibidas (sí al parecer reguladas), aunque claro está, las duras penas fijadas por el pretor más de algún efecto inhibitorio causaron, al menos en cuanto a posibles desprolijidades o descuidos en el verter o arrojar.

El edicto entonces restableció un equilibrio entre dos bienes públicos igualmente valorados: la necesidad de deshacerse de desperdicios bajo las condiciones de vida urbana del momento, por una parte; y la seguridad de los transeúntes o su adecuado resarcimiento al menos (pena en su favor), por otra. En ambos extremos se visualiza un claro interés público y la necesidad de dar una equilibrada solución a la problemática.

Sin embargo, el problema más grave generado por la nueva situación urbana no fue la reiteración de daños a los transeúntes, sino la imposibili-

dad para la víctima de individualizar a quien vertió o arrojó con resultado dañoso (que pudo inclusive consistir en la muerte del viandante). De lo contrario el daño se sancionaba y resarcía con la *lex Aquilia*.

En esta línea, el edicto buscó eliminar la pesada carga que para la víctima o demandantes significaba, además de soportar el daño, identificar al autor de la acción dañosa y luego afrontar la prueba de ello. Esta finalidad práctica probablemente incidió de forma sustancial en el criterio de atribución de la responsabilidad: el *habitor*. Se deduce entonces que el criterio de atribución tuvo por fundamento la noción de “garantía”, pues a los viandantes, producido el daño, se les “aseguraba” el pago de la pena fijada por el edicto para el caso particular, sólo individualizando al *habitor* de la casa de la cual cayó el objeto. Así, a través de la atribución de responsabilidad a quien tenía una tal calidad, el pretor daba seguridad a los demandantes de que podrían obtener la pena establecida para el caso. En palabras modernas, en pro de una garantía para la víctima, se consagró una situación de responsabilidad objetiva.

Tratándose de una garantía, bastaba el aseguramiento de ella; que el demandante pudiera ejercer sin inconvenientes la acción que le permitiría obtener la pena (y resarcimiento) contra un sujeto fácil de identificar. Empero, no era necesario para ello atribuir la obligación de pago de la pena a cualquiera, o hacer soportar las consecuencias patrimoniales del pago a cualquiera; más aún cuando la regla general era atribuir responsabilidad por actuación dolosa o con *iniuria*. Por ello, y teniendo presente los principios que se aplicaban al *dominus* y al *paterfamilias*, parece evidente que tratándose de un tipo excepcional, tanto el pretor como los juristas hayan tratado de limitar la responsabilidad sobrevenida con el edicto lo más posible, recurriendo con tal objeto a los instrumentos jurídicos con que contaban a la época.

Una primera limitación importante pareciera que fue introducida en el mismo edicto, no obstante las sospechas de algunos romanistas, permitiendo al *habitor*, mediante una suerte de *exceptio* introducida en la fórmula, ser condenado al pago de la pena con la facultad de entregar en noxa al *servus* o *filiusfamilias*. Esto por supuesto en el caso que uno de ellos haya sido el autor del hecho. El régimen noxal habría proveído entonces al pretor de elementos que le habrían permitido introducir en el mismo edicto, un instrumento limitativo de la responsabilidad del *habitor*.

Evidentemente, el cambio cultural llevó a que la entrega del hijo en noxa fuera en algún momento letra muerta, al no resultar para los jefes de familia una forma de evadir el pago de la pena sino una sanción inclusive más dura, lo que determinaría que su referencia haya sido al final eliminada del texto del edicto.

Una segunda limitación aparece en materia de “incapacidad jurídica”. En la práctica, se suscita el problema que el criterio de atribución de responsabilidad (*habitor*), puede conducir a un *servus* o a un *filius familias*, siendo inaplicable la noxalidad respecto del *dominus* o del *paterfamilias*, por no haber en la especie un hecho delictual. La jurisprudencia vacila ante la problemática y no hay certeza de la solución clásica a la cuestión. Sin embargo, creo verosímil que los juristas clásicos discutieron el punto. Asimismo, la problemática surge de la falta de legitimación pasiva del *habitor*, pero al mismo tiempo de la inaplicabilidad de la noxalidad, que de forma implícita contenía una limitación de responsabilidad para el *dominus* o *paterfamilias*. Por lo mismo, lo que se discutía en el fondo era cuál podría ser el instrumento limitativo de responsabilidad, dentro del sistema del derecho romano.

En cuanto a la respuesta concreta, una acción directa en época clásica en contra del *servus* parece muy poco probable, siendo ésta de todas maneras la respuesta justiniana a la cuestión, no obstante la mantención de su incapacidad y falta de patrimonio. Por ello, frente a la irresponsabilidad (el otro extremo), una *actio de peculio* parece bastante verosímil, no obstante las dudas que trae aparejadas. En cambio, una acción directa en contra del *filius familias* no es descartable incluso en época clásica, siendo ésta luego ciertamente la solución justiniana, aunque persistiera la posibilidad de que no tuviera patrimonio sobre el cual hacer efectiva la condena por parte el demandante vencedor.

De paso señalo que el reconocimiento de una *actio de peculio* en contra del *servus habitator* y la *actio effusis vel deiectis* directa contra el *filius habitator*, además de constituir una eximente total de responsabilidad para el *dominus* o *paterfamilias*, habría implicado que ambos respondieran por lo vertido o arrojado con daño por sus propios familiares, esclavos, o inquilinos en general; es decir, debieron haber asumido también una responsabilidad por el hecho ajeno, cuestión a la cual la fuentes no se refieren.

Aunque no es una limitación o eximente de responsabilidad en el propio sentido, se debe mencionar al menos la limitación material que los juristas efectuaron para determinar quién tenía la calidad de *habitor*, cuestión que se dio a propósito de la posible pluralidad de moradores de un inmueble. A través del método de interpretación de las palabras del edicto (*qui ibi habitaverit*) seguido por los juristas, éstos trataron de reducir lo más posible el cerco en torno al morador-autor del hecho dañoso o al menos al más cercano al hechor, arribando a la regla que es *habitor* el morador de la parte del inmueble desde el cual cayó el objeto líquido o sólido con resultado de daño.

A pesar de la poca claridad entregada por las fuentes, y con independencia de la naturaleza de la acción, lo más probable es que los juristas

hayan estado de acuerdo en la posibilidad de trasladar las consecuencias patrimoniales negativas desde el patrimonio del *habitor* al patrimonio del autor del hecho dañoso a través de acciones de regreso. Con certeza se trata de un remedio posterior a la condena y cumplimiento de ésta, pero deja entrever la vocación de liberar de la carga a quien respondía de forma objetiva (sin culpa).

La calificación de la figura penal del edicto de *effusis vel deiectis* como cuasidelito y su incorporación en tal calidad a la obra justiniana, no implicó un cambio en la naturaleza del criterio de atribución de responsabilidad ni en su fundamento, a pesar de las referencias a la culpa de algunos pasajes de los jurisconsultos. Si bien se ha estimado por un nutrido número de autores tales referencias como interpolaciones postclásicas o compilatorias, pareciera que una correcta lectura, adaptada a la época, lleva a identificar en tales pasajes solamente la idea de “culpa-imputación” y no de “culpa efectiva”. El término culpa vendría a dar entender en los textos citados que al *habitor* se le imputaba o atribuía la responsabilidad, resultando obligado a pagar la respectiva pena.

Por tanto, siendo clásicos los pasajes, ningún cambio conceptual tuvo lugar en el derecho justiniano, lo cual es ratificado por las *Institutiones*, que no hacen ninguna referencia a una posible culpa del *habitor*, se limitó a destacar que la mayoría de las veces responde por culpa de otro. El punto es relevante porque ya en las *Institutiones* de Justiniano la culpa aparece desvinculada de la *iniuria*, como elemento autónomo del tipo, entendida al menos para la mayoría como “omisión de la diligencia debida” o con una mayor amplitud como conducta reprochable. Por tanto, habiendo llegado la noción de culpa a un tal desarrollo, pensar en que los compiladores entendieron la figura fundada en culpa efectiva pero omitieron la inserción en I.4.5.1 es, por decir lo menos, poco convincente.

Incluso, por la ausencia de toda referencia en I.4.5.1, si se acepta que D.9.3.1.4 fue modificado, no se podría entender que ello fue realizado por los compiladores a objeto de introducir una “culpa efectiva”, quedando sólo la opción de una “culpa-imputación”. O bien, fue modificado en época post clásica, pero los compiladores, manteniendo la inserción, no tuvieron convencimiento de la concurrencia de una “culpa efectiva”, omitiendo toda referencia en I.4.5.1., efectuando sólo una lectura del Digesto en términos de “culpa-imputación”.

En síntesis, de acuerdo al objetivo planteado, el estudio efectuado y las conclusiones precedentes, me parece que el tipo penal de la acción *de effusis vel deiectis* fue fundado originalmente en un criterio objetivo de atribución de responsabilidad limitada, situación que se mantuvo invariable hasta el

derecho justinianeo inclusive. Esta vocación limitativa se expresa en forma particular a través de la denominada *exceptio noxalis* ante el hecho dañoso del esclavo. Pero también mediante la posible acción de peculio y posteriormente directa contra el *servus*; directa contra el *filius familias*; y la acción de regreso contra los terceros relativos o absolutos.

No obstante lo anterior, dicha tendencia a la “limitación de la responsabilidad” presentó una salvedad importante: sólo pudo tener aplicación en los casos de responsabilidad por hecho ajeno, y por actos de *servus* o del *filius familias*. En efecto, aplicada la limitación material a los residentes e individualizado el *habitor*, en caso de no poder alegar y probar que el vertimiento o arrojó fue ejecutado por algunos de los indicados, resultaba obligado al pago del total de la *litis condemnatio*. No podía el *habitor* probar que no concurría culpa de su parte, ni tampoco limitar su responsabilidad a un monto menor.

Lo anterior sin perjuicio que es presumible que se aplicaron limitaciones cuando el hechor hubiese sido otro incapaz. Empero, datos ciertos en las fuentes resultan esquivos para los romanistas hasta nuestros días (véase nota 416).

Desde luego, se debe tener presente que la temática se encontraba dentro del derecho penal privado, y en este contexto los juristas aplicaron los instrumentos jurídicos que el derecho de la época ponía a su disposición para trasladar los efectos negativos de la sanción al autor del hecho. Otra cosa es que de tal aplicación advirtieran efectos “secundarios” positivos, como una limitación o exención de responsabilidad. De aquí que no lograran, manejando el concepto de responsabilidad limitada, generar otras soluciones fuera de una óptica penal, que efectivamente atenuaran la responsabilidad del *habitor* cuando el responsable no podía ser dado en noxa.

## CAPÍTULO QUINTO

### EDICTO DE POSITIS VEL SUSPENSIS

#### I. PRESENTACIÓN GENERAL DEL EDICTO

Perteneciendo ambas al ámbito del derecho honorario, y considerado por los compiladores similares en contenido, las referencias a *posita aut suspensa* fueron ubicadas dentro del título “*De his, qui effuderint vel deiecerint*”, específicamente en D.9.3.5.6-13, todos textos pertenecientes a Ulpiano. Además, alusiones al caso *de positis aut suspensis* se insertaron en los pasajes de las *Institutiones* de Justiniano igualmente referidos a *de effusis vel deiectis* (I.4.5.1 e I.4.5.2), porque “a este se asemeja...”. Esta asimilación, y los textos de las Institutas, tuvieron a su vez por fuente el pasaje de Gayo contenido en D.44.7.5.5, en el cual se encuentra la frase “*id positum aut suspensum habet*” a partir de la cual la doctrina ha dado el nombre al edicto (los *verba edicti* no habrían en cambio hecho referencia a *suspensum*). El texto que habría tenido éste, según D.9.3.5.6, sería el siguiente:

*Praetor ait: Ne quis in sugruenda protectove supra eum locum, qua [quo] volgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo, si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo.*<sup>448</sup>

El pretor otorga una protección a los viandantes que el *ius civile* no comprendía, mediante la concesión de una *actio in factum*, cuyos presupuestos iniciales eran que se colocase (*positis*) una cosa<sup>449</sup> en el “cobertizo” (*sugruen-*

<sup>448</sup> “Dice el pretor: En el cobertizo o alero del tejado, que dan sobre aquel lugar por el que vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene, nadie tenga puesta cosa alguna, cuya caída pueda causar daño a alguien. Contra el que hiciere lo contrario daré acción por el hecho por diez sueldos, si se dijera que lo hizo un esclavo ignorándolo su dueño, o mandaré que sea dado por noxa”.

<sup>449</sup> Debía tener el carácter de “sólida”, pues los líquidos no estaban “colocados”, sino contenidos en recipientes, pasando éstos a constituir la cosa efectivamente “colocada” (D.9.3.1.3), por lo que el derrame de líquidos quedaba sujeta al régimen del edicto *de effusis*, mientras que el peligro de caída del recipiente quedaba bajo el régimen *de positis*. Longo se

da) o “alero del tejado” (*protectove*)<sup>450</sup> que sobrevolara un lugar de tránsito habitual de personas, y cuya “caída pudiera causar daño” a los viandantes.

Dado que los *verba edicti* no aluden al *suspensum* como se dijo, y que para Ulpiano lo que estaba “colgado” (*suspensum*) y cayó se tenía por arrojado, debiendo ser aplicada la *actio de effusis vel deiectis* en vez que la *actio de positis* (D.9.3.1.3), han surgido dudas acerca de si el presupuesto era sólo “colocado” (*positum*), o si también se incluía “colgada” (*suspensum*).<sup>451</sup> Sin embargo, es posible deducir que *suspensum* era equivalente a *positum* para los efectos

---

pregunta precisamente, sin desarrollar el punto, si desde “*proinde*” en adelante, en D.9.3.1.3, se trató de una generalización compilatoria o clásica. *I quasi delicta, cit.*, p. 433.

<sup>450</sup> No ha habido mayores dudas sobre su sentido, existiendo coincidencia en la traducciones de los términos “cobertizo” para *suggruenda* y “alero del tejado” para *protectove*. Tanto García del Corral como d’Ors utilizan idéntica expresión “cobertizo o alero del tejado”. Schipani utiliza asimismo “tettoia o nel cornicione”, palabras equivalentes en italiano. Ver sobre traducciones nota 343.

Por su parte, en base a las diversas fuentes que analiza, Giménez-Candela concluye que *suggruenda* “se trataba de una suerte de tejado o cobertizo, situado en la fachada de un edificio” y “*protectum* es un voladizo de la fachada a modo de cornisa, que se proyecta al exterior”. *Los llamados, cit.*, p. 116.

<sup>451</sup> El texto de D.9.3.1.3 no ha sido objeto de mayores críticas interpolacionistas. Longo expresamente no se aventura a hipotizar una interpolación de *quod-heberi magis est*, ni cree en alteraciones fundamentales las cuales, de sostenerse, más bien tendrían por base las personales convicciones de los intérpretes (*I quasi delicta, cit.*, p. 433). Asimismo, el *Index Interpolationum* no reporta opiniones de interpolaciones, véase t. I, 1929, 117 e Supp. I, 1929, p. 156. Entonces, habría una aceptación de la romanística del carácter clásico de la idea que lo que está en *suspensum* y cae, era una situación de *deiectis*. Cosa distinta, y sin mayor influencia en el fondo de la cuestión, es la ubicación dada por los compiladores, pues en efecto podría haber sido insertado el pasaje luego de D.9.3.5.6 (en este sentido, Longo, *I quasi delicta, cit.*, p. 433). El objetivo de Ulpiano en D.9.3.1.3 era lograr la sanción y, principalmente, la reparación de un daño causado por una cosa que estaba “colgando” de cualquier parte, y que se precipitaba a tierra. Por lo mismo, la *actio de positis vel suspensis*, de carácter meramente preventivo, y restringida en su aplicación a las cosas “colocadas” o “colgantes” exclusivamente desde *suggruenda protectove* (presupuesto de hecho siguiente), no era aplicable.

Sin embargo, Giménez-Candela, a partir de D.9.3.1.3 distingue precisamente entre “tener colocado” y “colgar” o “tener colgado”, constituyendo “una diferencia de matiz”, que explicaría por qué se aplicaba en caso de caída de una cosa “colgada” el edicto de *effusis* y no el de *positis* (*Los llamados, cit.*, p. 108). Talamanca no concuerda con esta posición, dando como fundamento el caso de la ánfora suspendida en una redecilla desde un lugar que no era *suggruenda protectove* y la opinión de Servio al respecto, contenidas D.9.3.5.12 (*et si amphora es retículo suspensa decidisset*). En efecto, este jurisconsulto romano planteaba la posibilidad de conceder en tal hipótesis, una *actio ad exemplum* de la *actio de positis*, “dando invece per scontata l’equivalenza fra *positum* od il *suspensum*”. Es decir, el problema no era que la ánfora no estaba “colocada”, sino “colgando” de una red; la dificultad se encontraba en que estaba “colgando” de una parte del inmueble que no era *suggruenda protectove*, por lo que a contrario sensu, de haber estado “colgando” la ánfora desde *suggruenda protectove*, habría sido aplicable



de la aplicación del edicto *de positis*, y que tal equivalencia fue considerada desde la época en que fue dictado el edicto o, al menos, muy cercana a ella, pues ya es posible advertirla en un jurista de la primera mitad del siglo I a. C. (Servio). Así entonces, la alusión de Gayo en D.44.7.5.5 (*positis vel suspensis*) no fue más que una explicitación de un antiguo entendimiento que se consolidaría de forma definitiva y hasta nuestros tiempos en las *Institutiones* de Justiniano (I.4.5.1 e I.4.5.2).

Si la cosa no estaba colocada o colgada peligrosamente en el “cobertizo o alero del tejado” de una vivienda, el edicto no resultaba aplicable. De ahí en parte la vocación restringida de los efectos de este edicto, frente a la extensión de la *actio de effusis vel deiectis* (D.9.3.1.3).<sup>452</sup> Tal vocación es la que Ulpiano habría tratado de superar de forma parcial con una interpretación extensiva del tipo de inmueble, a fin de que se aplicara la providencia pretoria a cosas colocadas en “edificios en general”, como atestigua D.9.3.5.9.<sup>453</sup>

---

la *actio de positis vel suspensis*, no siendo necesario buscar una *actio ad exemplum*. Talamanca, *Recensión, cit.*, p. 618.

<sup>452</sup> La tradición romanística de denominar a ambos edictos conforme a las palabras iniciales de “las leyes”, en cierta manera buscaba establecer esta diferencia en los alcances: edicto de *his qui deiecerint vel effuderint* (D.9.3.1 pr.) y edicto *ne equis in sugruenda* (D.9.3.5.6). Por ejemplo, Lenel, EP, pp. 173 y 174; Schipani, *Il contributo, cit.*, p. 1104.

<sup>453</sup> Pasaje discutido en la romanística. Así, Longo opina que la frase *etiam e vel cuius alterius aedificii* fue introducida por los compiladores, en especial *alterius*, que de forma verosímil se podría entender como no expresado por el jurista romano. *I quasi delicta, cit.*, p. 459. La afirmación es efectuada a partir de la opinión de Scialoja, quien propuso insertar después de *aedificii*, “*sugruenda protectove*” (*Digesta Iustiniani Augusti*, Bonfante y otros, Milano, 1931, p. 245, nota 8; citado también en *Index Interpolationum*, 1929, t. I, p. 118). De la crítica interpolacionista de Longo no participa Giménez-Candela, quien cree que conserva el genuino comentario ulpiano en la forma de una *laudatio edicti*” (*Los llamados, cit.*, p. 112).

El acento es colocado en *alterius*, pues el uso del término *aedificii* en el pasaje no es tan extraño, si se tiene presente que tanto D.9.3.5.7 como D.9.3.5.8 aluden a *aedium*, en ambos casos traducido como “casas” por García del Corral; como “edificios” y “casa” respectivamente por d’Ors; y como “edificio” por Schipani. Ver sobre traducciones nota 343.

Me inclino a pensar en su originalidad, al menos de fondo, pues en D.44.7.5.5, texto tomado de las *Res Cotidianae*, Gayo se refiere a las cosas *positis vel suspensis* en el cenáculo, sin referencia alguna a la restricción de *sugruenda protectove*. En efecto, en la primera parte del pasaje, el jurisconsulto trata la obligación derivada de *effusis vel deiectis*, señalando que estaba obligado aquel de cuyo “cenáculo” se arrojó o se vertió. Luego, afirma que “a éste es semejante el que en aquella parte por la que ordinariamente se suele pasar tiene puesto o suspendido algo que, si cayere, puede causar daño a alguien”, sin especificar “donde” con exactitud tenía “colocado” o “colgado”; mas, dada la asimilación al otro edicto, habría que entender colocado o colgado desde el cenáculo. Mayor claridad aún da el resto del pasaje, referido al hijo de familia que habitaba separado de su padre, donde expresa que “si de un cenáculo se hubiera arrojado o vertido alguna cosa, o si en él tuviere puesto o suspendido algo”.

Desde luego que para generar peligro de daño, la cosa tendría que haber estado puesta “en alguna parte exterior” del cenáculo, la cual sobrevolase un lugar de paso de viandantes.

En todo caso, de acuerdo a los *verba edicti*, para que tuviera lugar la sanción contemplada, no sólo se debía colocar una cosa en *suggruenda protectove*, sino que además se exigía que la “caída pudiera causar daño” (D.9.3.5.6). Por tanto, no se sancionaba la colocación misma de una cosa en una parte que sobrevolaba un lugar de tránsito habitual de personas, sino la “efectiva creación de un peligro” de daño con ello. Ulpiano explica claramente la cuestión al decir que “el pretor mira a que no pueda hacer daño no todo lo que está puesto, sino sólo aquello que está puesto de modo, que pueda causar daño”, teniendo lugar la sanción haya o no tenido lugar el daño (D.9.3.5.11),<sup>454</sup> lo que es ratificado por otros pasajes.<sup>455</sup> De manera que, en la práctica, “la responsabilità non era dipendente dall’effetto ma dalla prova di una situazione di pericolo”.<sup>456</sup>

Asimismo, elemento esencial es que el sector del edificio en que se colocó o colgó, se encuentre ubicado sobre un lugar donde de forma regular transitan o se detienen personas (D.9.3.5.6 y D.9.3.5.9). La seguridad de éstas es el objeto de la dictación del edicto. Por lo mismo, el pretor utilizó en D.9.3.5.6 una fórmula idéntica a la del edicto *de effusis vel deiectis*: “*qua [quo] volgo iter fiet inve quo consistetur*”<sup>457</sup> (“*quo volgo iter fiet vel in quo consistetur*” en el edicto *de effusis*).

Destaco la circunstancia que la pena con la cual se sancionaba el hecho era una suma única: diez sueldos (100.000 sestercios).<sup>458</sup>

---

Sin embargo, no necesariamente tendría que haber sido un cobertizo o alero del tejado, conceptos aplicables más bien al inmueble que a un cenáculo en particular. De esta manera, vemos en Gayo como “se generaliza el sector de la vivienda donde podría haberse tenido colocado o colgado”. A ello se debe sumar la circunstancia que para la aplicación del edicto *de effusis vel deiectis*, el mismo concepto de cenáculo había sido ampliado, según ya se dijo.

Hago presente que lo dicho es sin perjuicio del entendimiento de los traductores acerca de D.9.3.5.9, que contiene la frase “*accipere debemus positum sive in habitationis vel cenaculi*”. Esta última parte es traducida por García del Corral como “cobertizo o alero de una habitación, o de un cenáculo”, no obstante a *suggruenda protectove* no hay alusión expresa en el texto. D’Ors en cambio hace la referencia en la traducción, sin entenderla parte del texto mismo: “ya lo esté (en el cobertizo o alero) de una habitación o aposento”. Schipani en cambio, precisamente porque no está en el texto, omite toda referencia a *suggruenda protectove* y traduce simplemente “sia in una casa o nell’allogio di un piano superiore”. Me parece esta última traducción más acorde con la extensión de sentido que daba Ulpiano.

<sup>454</sup> Por razones formales Longo entiende que “non è interamente ulpiano”, recibiendo-lo así los compiladores. *I quasi delicta*, cit., pp. 459 y 460.

<sup>455</sup> “*Periculose positum*” (D.9.3.5.7); “*cuius casus periculosus est*” (D.44.7.5.5); “*quod potest, si ceciderit, alicui nocere*” (I.4.5.1).

<sup>456</sup> Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 460.

<sup>457</sup> El *Index Interpolationum* no reporta opiniones de interpolaciones respecto a esta frase. Véase t. I, 1929, 117 y Supp. I, 1929, 157 y 158.

<sup>458</sup> Lenel reemplaza “*solidorum decem*” por “*sestertiorum decem milium nummorum*”. EP<sup>3</sup>, núm. 62, p. 174.

En cuanto a la datación de este edicto, los autores lo han ubicado cronológicamente en la misma época que el *de effusis*;<sup>459</sup> de hecho Servio lo conoció (D.9.3.5.12), aunque por una cuestión de especificidad, pareciera que el de *positis vel suspensis* fue posterior, de modo de completar la protección vial pretoria. Las afirmaciones de Ulpiano, en cuanto a que el pretor debió proveer también sobre este caso (D.9.3.5.7),<sup>460</sup> además del *effusis vel deiectis*, parecieran confirmar que se trató de un edicto sucesivo.

Conforme a lo dicho, se colige fácilmente que el contexto histórico dentro del cual fue dictado el edicto bajo análisis (véase capítulo anterior), era idéntico al *de effusis*, coincidiendo con éste en la seguridad vial como objeto del edicto *de positis* y probablemente en su extensión.

Sí hay una diferencia importante entre ambos edictos: en *de positis*, la colocación o suspensión de cosas en las viviendas en lugares que sobrevolaban vías o lugares de paso de personas, y que generaban peligro de daño, no obedecían, como en el *de effusis*, a una necesidad pública, sino principalmente a razones de ornamento, o a otras variadas motivaciones. En efecto, los desperdicios debían ser eliminados desde las casas mediante su expulsión al exterior como vimos en el edicto *de effusis*; en cambio, de los artículos o accesorios decorativos podía prescindirse, sin afectar de manera importante la vida de los habitantes de la ciudad. Por tanto, el mismo contexto histórico da cuenta de un bien público a la base del edicto *de effusis*, que de forma obligatoria el pretor debió tener en cuenta, mientras en el edicto *de positis vel suspensis*, ni un tal bien público ni otro semejante o distinto concurría, lo que habría condicionado su contenido.

La exigencia de la mera posibilidad cierta de peligro de daño, como presupuesto de la acción, con independencia de un resultado dañoso (D.9.3.5.11), determina que estemos más bien frente a una acción preventiva que reparatoria. En este sentido, la configuración de los presupuestos vistos lleva a pensar en una *actio de positis vel suspensis* que nació para ser deducida única y exclusivamente con antelación al daño. Tanto así que el edicto no sancionaba la conducta de dañar a viandantes ni velaba por la reparación de las víctimas: sólo castigaba a los que infringieran la prohibición que preveía.

En efecto, lo primero que el edicto *de positis* establecía era una conducta que no se permitía a los habitantes de la ciudad, sin excepción alguna: “en el cobertizo o alero del tejado, que dan sobre aquel lugar por el que vulgar-

<sup>459</sup> Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 110. Schipani se refiere conjuntamente a las acciones *de effusis* y *de positis*. *Il contributo*, cit., p.1104.

<sup>460</sup> Aunque se trata de un pasaje pacífico, como reconoce, Longo sospecha algún manejo de su redacción. *I delicta*, p. 458.

mente se transita, o donde la gente se detiene, nadie tenga puesta cosa alguna, cuya caída pueda causar daño a alguien”. Luego, contra “*qui adversus ea fecerit*”, se daba la acción a fin de castigarlo (“*poenalis est*”, D.9.3.5.13); es decir, el que violara la disposición, resultaba obligado al pago de la pena ya fijada. Por supuesto que en el fondo lo que se castigaba era la creación cierta de un riesgo de daño.<sup>461</sup>

Así, la *actio de positis vel suspensis* resultaba no ser una acción de responsabilidad, sino una acción meramente preventiva, característica destacada por la romanística y sobre la cual no hay discusión.<sup>462</sup> Esto marcó una diferencia trascendental con la *actio de effusis vel deiectis* desde su nacimiento hasta el derecho justinianeo inclusive (I.4.5.1 e I.4.5.2 siguen refiriéndose a la posibilidad de daño: “*quod potest, si ceciderit, alicui nocere*” y “*cuius casus periculosus est*”).

Parece bastante obvio entonces que el titular de la acción no podía ser “la víctima” de un daño, pues la acción estaba diseñada para ser ejercida antes que éste se produjera. Por ende, su ejercicio quedaba abierto a todo aquel que advirtiera para sí y para los potenciales viandantes, la efectiva posibilidad de sufrir un daño por la caída de una cosa desde *suggruenda protectove* de una casa o edificio. De ahí que no sorprende la afirmación de Ulpiano en D.9.3.5.13: “*actio popularis est*”. El carácter preventivo cuadra perfectamente con la posibilidad que cualquiera del pueblo pudiera dirigirse al pretor invocando el edicto.<sup>463</sup> Sobre su naturaleza popular la romanística está de acuerdo, sin perjuicio de algunas dificultades que el pasaje antes citado ofrece.<sup>464</sup> El pago de la pena, de una cantidad nada despre-

<sup>461</sup> Guzmán, *Derecho privado romano*, cit., t. II, p. 269; Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 111.

<sup>462</sup> Así Longo, *I delicta*, p. 457; Wallinga, *op. cit.*, p. 909; Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 110; Glück, *Commentario alle Pandette*, cit., p. 91.

<sup>463</sup> Respecto a las dificultades de la naturaleza de las acciones populares, vid. nota 325.

<sup>464</sup> El carácter popular queda en entredicho al afirmar también D.9.3.5.13 que “*heredi similibusque competit*”. No tiene sentido la transmisión de la acción a los herederos o la cesión a terceros en el ámbito de las acciones populares, cuya titularidad la tenía todo individuo del pueblo (*unus ex populo*, según D.3.3.43.2). Además, D.9.3.5.5 (*actio de effusis vel deiectis*), también Ulpiano, dice todo lo contrario a D.9.3.5.13: “*neque in heredem datur neque heredi similibusque personis: nam est poenalis et popularis*”. Algunos, entienden que hay un simple error de copia, bastando corregir el pasaje (por ejemplo, Longo, quien elimina [*similibusque*] y sustituye [*heredes*] por <*heredem*>, en *I quasi delicta*, cit., p. 468). La profundización de D.9.3.5.13, dejando de lado una simple explicación formal, ha dado lugar a dos posturas: una, afirmando que la frase “*actio popularis est*” no dice relación con la *actio de positis vel suspensis*; otra, que sí estaba referida a esta última. La discrepancia sin embargo no ha sido óbice, y es lo esencial, para que unos y otros sostengan que la *actio de positis vel suspensis* era popular, a pesar de la disonante frase “*heredi similibusque competit*” en D.9.3.5.13.

ciable, constituía un buen incentivo para cualquier ciudadano de darse la molestia de accionar.

Respecto a la primera postura citada, se han pronunciado Scialoja y Fadda entre los más representativos. Entienden que “*actio popularis est*” en D.9.3.5.13 se refería a la acción que conforme D.9.3.5.12 se otorgaba por *daño* causado a un transeúnte en sus bienes por una cosa colocada o colgada en un lugar distinto a *suggruenda protectove*, en específico *ad exemplum actionis de posito et suspenso*. Esta acción *ad exemplum* se correspondía por tanto con la primera acción del edicto *de effusis vel deiectis* (acción “*damnum datum*”), con lo cual era “privada” y no “popular”. De ahí que el inicio de D.9.3.5.13 debería haber sido originalmente “*ista autem actio popularis <non> est*”. Bruns, Carlo G. “*Le azioni popolari romane*”, trad. al italiano de Scialoja, Archivio Giuridico, vol. 28, 1882, p. 533, nota del trad. (o); Fadda, *L'azione popolare*, cit., p. 183.

En cuanto a la segunda postura, Casavola también entiende que el caso de D.9.3.5.12 se refería a la *actio ad exemplum actionis de posito et suspenso* pero, a diferencia de lo opinado por los autores antes citados, se correspondería con la tercera acción del edicto *de effusis vel deiectis* (acción “*si viviet nocitumque*”), que sí era popular. Lucgo, “*ista autem actio popularis est*” en D.9.3.5.13 sería una expresión correcta, como también la frase “*heredi similibusque competit*” en D.9.3.5.13, pues era de competencia del heredero, no por derecho hereditario, sino por ser popular (Casavola, *Studi*, cit., p. 167).

Giménez-Candela, buscando superar posturas como las citadas, ha planteado que es posible que la incoherencia que presenta el texto se haya debido a la “abreviación del mismo” por parte de los compiladores, quienes habrían omitido en el resumen, la distinción entre *actio de positis* “popular”, a favor de cualquiera que quisiera ejercerla en pos de la seguridad vial, y *actio de positis* “privada”, en favor de la víctima del daño. Por tanto, si ésta sufrió daño en cosas de su propiedad, por tratarse de un daño patrimonial, la transmisibilidad habría procedido (*Los llamados*, cit., pp. 121 y 122). Con tal solución, la frase “*heredi similibusque competit*” no decía relación con la acción preventiva popular (eliminandose el obstáculo), sino con la acción reparatoria privada (que sería la misma *actio de positis* para la autora). Estaríamos entonces en presencia de una acción que tuvo una naturaleza híbrida, popular y privada (Burdese, *Recensión G-C*, cit., p. 456), siendo el elemento que determinaba uno u otro carácter, la existencia o no de daño. Era popular mientras tuviera un objeto preventivo; se transformaba en privada y a favor de la víctima, excluyendo a los demás, desde la ocurrencia de daño en cosas de un sujeto (concreta víctima).

La explicación de la autora española podría ser efectiva, como asimismo podría estar muy lejana al sentido original. Según la misma, el comentario de Ulpiano en D.9.3.5.13, por la reducción compilatoria, habría comprendido la acción general preventiva deducible antes que se produzca un daño material (cosas) o corporal (muerte o lesión de un hombre libre) y la acción específica privada derivada de daño material. En otras palabras, “*ista autem actio popularis est*” e “*in heredes autem non competit, quia poenalis est*” serían frases que eran aplicables a la acción popular y la frase “*et heredi similibusque competit*” a la acción privada patrimonial.

Un reduccionismo compilatorio que haya llevado hasta una tal confusión, no es fácil de aceptar. Asimismo, si Giménez-Candela ha relacionado “*heredi similibusque competit*” sólo con una de las tres posibilidades (daño a cosas, desechando la muerte y lesiones a un hombre libre), culpando de la oscuridad al “recorte” de los compiladores, no se ve por qué no se pueda explicar, en virtud del mismo resumen, de otra manera. Por ejemplo, que aludía a la acción en caso de muerte o lesión de un hombre libre, por una cosa colocada o colgada *in suggruenda protectove*, y que lo que decía Ulpiano era sólo que le correspondía la acción a los herederos (no por derecho hereditario) y a otros terceros interesados (D.9.3.5.5 y D.47.23.1).

## II. CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA

### 1. La conducta “*id positum habeat*” y la presunción quien “*tiene colocada*” es el habitator

Al tenor del edicto, el sujeto pasivo de la acción sería en este caso: “*qui adversus ea fecerit*” (el que hiciere lo contrario); es decir, el que “tenga puesta” alguna cosa (*id positum habeat*). La determinación de la legitimación pasiva en términos tan amplios, obligó a la jurisprudencia romana a buscar criterios para su mejor precisión, como dan cuenta los textos supérstites; y de paso, ha generado dudas a la romanística sobre su alcance.

El texto del edicto habría comenzado con la fórmula “*ne quis*” (D.9.3.5.6), que según el parecer de Ulpiano aludía “a todos, o a los inquilinos, o a los dueños de las casas, ora habiten, ora no, en ellas, pero que tienen expuesta alguna cosa” en los lugares que indicaba la disposición pretoria (D.9.3.5.8). De esta manera, el criterio para la aplicación de la sanción resultaba diverso al del edicto *de effusis vel deiectis*, pues la calidad de *habitator* no era suficiente ni definitorio para ser identificado como legitimado pasivo de la acción (D.9.3.5.12).

Resultaba entonces merecedor de la pena “el que tiene colocado”, noción diversa a “el que coloca”, cobrando especial importancia el sentido que se debía atribuir a la frase “*positum habere*”. El punto lo capta a la perfección Ulpiano, de quien nos ha llegado un pasaje en que precisamente intenta dar respuesta a la cuestión, precisando que en su concepto, quedaba comprendido en el tipo edictal tanto la acción de poner en lo personal como la omisión consistente en “consentir que otro ponga” (D.9.3.5.10). En ambos casos se “tiene colocada” una cosa, resultando una noción más amplia que “colocar”.

Es cierto que la opinión ulpiana implica un estado del entendimiento de la fórmula edictal al siglo III d. C., y que podría estar influida de manera importante por la tendencia subjetiva que tuvo lugar a partir de la interpretación de *iniuria* en la *lex Aquilia*; mas, otros antecedentes respaldan el que se trate efectivamente del sentido y alcance de *qui positum habeat* desde la

---

Longo está en esta línea. Relaciona el pasaje con D.9.3.5.5, caso del hombre libre herido, y entonces entiende que “la legittimazione attiva del ferito spetta all’erede precisamente perché è un’*actio popularis*”, no por derecho hereditario. Si el herido muere, el titular es el heredero como tercero. *I quasi delicta*, cit., p. 468. Es decir, la referencia sólo habría dicho relación con la solución de la legitimación activa, no alternado de manera alguna el carácter popular en cualquier caso, dada su función preventiva. Mas, el recorte de los compiladores habría llevado que se dijera de forma directa que le correspondía a los herederos y otros semejantes, sin la explicación del por qué.



dictación del edicto. Así, Servio en D.9.3.5.12 plantea la hipótesis del pintor que “*tabulam expositam habuisset*”, donde la fórmula utilizada por este jurista republicano está en consonancia con la distinción entre “exponer” (colocar) y “tener expuesta” (tener colocada).

Por tanto, a diferencia del edicto *de effusis vel deiectis*, se sancionaba a través del edicto *de positis* una “conducta”, y no una calidad determinada (*habitor*), consistente en *id positum habeat* (tener colocado).

La diferente solución pudo tener como fundamento, según Schipani, el hecho que el que vertía o arrojaba con resultado de daño podía ser demandado también con la *lex Aquilia*, mientras que el que *id positum habeat* no podría haber sido demandado por el sólo hecho de tener colocado con otra acción.<sup>465</sup> De esta manera, si el edicto *de effusis vel deiectis* fue introducido para agregar (a la aquiliana) una acción en favor de la víctima que no tuviera que pasar por el análisis de la conducta, el edicto *de positis vel suspensis* por el contrario, dado su carácter preventivo, debió introducir de forma precisa una conducta a sancionar. Lo que se pretendía era evitar una conducta concreta que podía derivar en un daño, sancionando al que obrara en contrario; en cambio, el edicto *de effusis vel deiectis* pretendía sancionar el resultado mismo, prescindiendo de la conducta concreta de la cual éste derivó, pues para ello ya existía una acción que analizaba las conductas dañosas (*actio ex lege Aquilia*).

No obstante lo dicho, curiosamente ha existido una opinión mayoritaria en la romanística en cuanto a entender que se aplicaba el edicto al *habitor*.<sup>466</sup> Sólo en los últimos años los autores han tendido a explicitar que era sujeto pasivo de la acción *is qui positum habeat*, más acorde de forma aparente con la sola lectura de los *verba edicti*.<sup>467</sup>

Punto central a partir del cual nacieron diversas dudas respecto al edicto en estudio, entre ellas el criterio que atribuye la legitimación pasiva de la acción, y que llevó a la citada opinión mayoritaria, es el primer párrafo de otro texto ulpiano, en D.9.3.5.12, que cito para una mejor exposición: “*si id, quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio, qui posuit, non in eum qui habitaverit, quasi haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur, qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium, vel inhabitator. Nam...*”<sup>468</sup>

<sup>465</sup> Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1111. La misma observación en Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 119.

<sup>466</sup> Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 117. Marrone afirma precisamente que “fu concessa dal pretore contro l’*habitor* (se la casa non era abitata, contro il *dominus*)”, ob., cit., p. 515.

<sup>467</sup> En esta última línea Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 462; Rossi, Debora, “In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D.9.3.5.12”, *Index*, núm. 27, 1999, p. 411.

<sup>468</sup> “Si lo que estaba puesto hubiera caído y hecho daño, compete acción contra el que lo puso, no contra el que allí habitare, cual si esta acción no fuera suficiente, porque no parece



La primera parte del texto parece estar en contradicción con lo dicho, en cuanto afirma que “compete acción contra el que lo puso” (“*in eum competit actio, qui posuit*”), pero descarta que el sujeto pasivo sea el *haborator*, al agregar “no contra el que allí habitare” (“*non in eum qui habitaverit*”). Pero luego la segunda parte, atendiendo a la distinción entre “poner” y “tener puesto”, afirma todo lo contrario, al decir que la acción no es suficiente (“*quasi haec actio non sufficiat*”), pues el que “lo puso” no es quien “lo tenía colocado”, si no es propietario o habitante (“*quia positum habuisse non utique videtur, qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium, vel inhabitator*”). Por tanto, según esta segunda parte, se le debía atribuir la responsabilidad al propietario o al *haborator*, quienes (se lee implícitamente) no removieron aquello que estaba puesto de forma peligrosa, y que al final causó daño. De esta manera, sin importar quien colocaba la cosa de forma peligrosa en *sugruenda protectove*, se habría imputado un deber al propietario o *haborator* de remover las cosas colocadas en lugares que sobrevolaban el paso de personas.

Por los problemas formales que presenta el pasaje, y su atribución de responsabilidad al *haborator* o al propietario, resulta sospechosa su autenticidad.<sup>469</sup> Sin desconocer algún manejo del texto<sup>470</sup> (como su abreviación), para poder insertarlo coherentemente después de D.9.3.5.11 y junto a los dos casos especiales que luego D.9.3.5.12 menciona (la caída de la tabla del pintor y de la ánfora suspendida en una redcilla), Giménez-Candela prefiere mantener la autenticidad del pensamiento ulpiano. Se trataría de “una contradicción aparente, pues... la acción del edicto se da contra *is qui positum habeat*, pero no se precisaba la prueba de que (había colocado)”, dándose habitualmente contra el *haborator* o *dominus aedium*.<sup>471</sup> Ello porque la figura “del que tenía colocado” coincidía de forma normal con alguna de estas últimas calidades.

La posición de la autora española me parece que permite una interpretación coherente de D.9.3.5.12 en conjunto con D.9.3.5.6, D.9.3.5.8 y D.9.3.5.10. En efecto, a mi parecer no debiera haber dudas en cuanto a que originalmente, el criterio para determinar la legitimación pasiva de la *actio*

---

ciertamente que lo tuvo puesto el que lo puso, si no fue o dueño de las casas, o habitante de ellas”.

<sup>469</sup> En este sentido, Longo afirma que “tutta la frase ‘*quasi haec actio ... vel inhabitator. Nam*’ è inserita”, lo que se debería a la confusión de los compiladores entre el régimen de la *actio de effusis vel deiectis* con el de la *actio de positis vel suspensis* *I quasi delicta, cit.*, p. 462. Agrega que “il *nam* è índice della ricutura compilatoria”, pues permitió a los compiladores hilar el pasaje citado con los casos especiales que se citan a continuación en D.9.3.5.12 (*Ibidem*, p. 464).

<sup>470</sup> Giménez-Candela, *Los llamados, cit.*, p. 126.

<sup>471</sup> *Los llamados, cit.*, p. 124.

*de positis vel suspensis* era el sujeto que tenía colocada una cosa en *suggruenda protectove* (*id positum habeat*, D.9.3.5.6). Por tanto, esta conducta, y no una calidad determinada, permitían fijar al demandado (legitimación pasiva) en cada caso concreto; daba lo mismo ser inquilino, dueño de la casa, habitador, etcétera (D.9.3.5.8). Otra cosa distinta es qué se entendió por “tener colocado” (o colgando), distinguiendo la jurisprudencia romana entre la conducta activa de colocar, y la conducta pasiva de dejar que otro coloque o no remover la cosa que amenaza con caer (D.9.3.5.10). Luego ¿quién normalmente tiene la posibilidad de remover las cosas colocadas o colgadas que peligran caída? Con certeza el habitador o el dueño del inmueble (D.9.3.5.12), pero claro, especialmente el primero, quien con su permanencia en la casa está en situación de verificar de forma cotidiana que las cosas a ella adheridas estén fijadas de forma tal que no amenacen caída y daños consecuenciales a los viandantes. Por tanto, la interpretación de Ulpiano que “tener colocado” incluía “consentir que otro coloque”, estaba a un paso de una presunción de responsabilidad para el *habitator*, que es lo que en definitiva contiene el texto de D.9.3.5.12 perteneciente al mismo autor. De ahí la identificación del criterio de imputación del edicto *de positis vel suspensis* con esta calidad en la doctrina mayoritaria.

Dicho lo anterior, y aunque explicado junto a D.9.3.5.6, D.9.3.5.8 y D.9.3.5.10, toma sentido desde la perspectiva del criterio aplicado para sancionar en base al edicto *de positis*, el verdadero problema planteado por el primer párrafo de D.9.3.5.12 es otro y muy distinto. A su respecto, y por todo lo dicho en las líneas precedentes, me parece bastante verosímil la afirmación de Giménez-Candela, en cuanto a que la cuestión afrontada por D.9.3.5.12, que era la determinación de cuál acción se debía deducir contra “el que pone”, y no contra “el que tiene colocado”.<sup>472</sup> La imputación de responsabilidad infraccional al *habitator* o al *dominus aedium* por su actitud pasiva, debe haber generado una sensación inmensa de injusticia en los juristas, al ver librado de responsabilidad “al que puso”. Frente a ello, resulta bastante atendible que en caso de daño, se considerase “insuficiente la acción contra el que habita” (la acción *de positis vel suspensis*), proponiendo fórmulas para responsabilizar en última instancia al que colocó.

## 2. Naturaleza subjetiva del criterio adoptado

El análisis de este edicto se debe a la tendencia en doctrina a considerar que el edicto *de positis vel suspensis* importaba una responsabilidad de

<sup>472</sup> *Ibidem*, p. 125.

naturaleza objetiva, por lo que habría estado en la misma línea del edicto *de effusis vel deiectis*. Si el primero era parte del segundo, no podría haber una diferencia en la materia. Mas, a la cuestión de cuál era el elemento que determinaba la objetividad, la respuesta presenta algunos matices. Mientras Giménez-Candela señala que la responsabilidad derivaba “del *positum* en forma peligrosa”,<sup>473</sup> Paricio afirma que “en los casos sancionados a través de la *actio de effusis vel deiectis* y de *positis vel suspensis*, el *haborator* era responsable de unos hechos que habitualmente serían ajenos a su dolo o a su culpa”.<sup>474</sup>

Por otra parte, la postura objetivista ha recibido diversas críticas en la lógica de lo expresado en el acápite precedente. En efecto, si el *positum habeat* de forma peligrosa es una conducta sancionada, su eventual concurrencia pasaba por un análisis tanto material como de la actitud del demandado (“*insciente domino*”, D.9.3.1 pr.), su conocimiento, o al menos conciencia, de la posibilidad de caída dañosa en perjuicio de los viandantes, lo que parece más bien llevar a una responsabilidad subjetiva que objetiva<sup>475</sup>. Wallinga efectúa esta ecuación: “la *actio de positis vel suspensis* se trata de una responsabilidad por *culpa*: el responsable es quien *positum habet* el objeto”, porque el demandado “tiene que saber que el objeto (y el peligro) está presente: entonces, si no hace nada es un caso de *culpa per negligentia*”.<sup>476</sup>

En esta misma línea Burdese, rebatiendo a Paricio, señala que “chi risponde non è (obbiettivamente) l'*haborator*, o il *dominus* della casa, bensì chi tiene collocato alcunché in situazione di pericolosa instabilità (D. 9.3.5.8), per cui si avrebbe, anziché una responsabilità obbiettiva anche per eventuali fatti altrui, una responsabilità per proprio comportamento (*suspensum habere*) implicante di per sé una obbiettiva imprudenza”.<sup>477</sup>

---

<sup>473</sup> Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 118. Igualmente Longo, según el cual la previsión edictal acerca de la legitimación pasiva de carácter objetivo emerge de la frase “*habent... aliquid expositum his locis*”, de D.9.3.5.8. *I quasi delicta*, cit., p. 459.

<sup>474</sup> *Los cuasidelitos*, cit., p. 48.

<sup>475</sup> Burdese, respecto al *positum* peligroso señala que “pare... che questo non costituisca un mero fatto oggettivo, come sarebbe in sé l'esistenza di quella situazione di pericolo, poiché l'*habere positum*, il tenere collocati gli oggetti in tale situazione, sembra implicare una qualche coscienza della stessa”, como se desprendería de D.9.3.5.10. Rec. G-C, cit., p. 456. Talamanca, afirma por su parte que “se la responsabilità fosse veramente oggettiva, il *dominus* o l'*haborator* dovrebbero rispondere per le *res positae aut suspensae* ad opera di persona illegittimamente od illecitamente immessasi nell'abitazione in loro assenza, ancor prima che, al rientro, potessero prendere le misure necessarie per la rimozione”, *Recensión*, cit., p. 619.

<sup>476</sup> *Op. cit.*, p. 910.

<sup>477</sup> Recensión Javier Paricio, Los cuasi delitos. “Observaciones sobre su fundamento histórico”, *SDHI*, núm. 56, 1990, p. 446.

Me parece que la crítica está en la línea correcta. Ya se dejó en claro en la letra precedente que el criterio de atribución de la pena no es una calidad, como la de *habitor*, pues la conducta de tener puesto o colocado peligrosamente puede ser ejecutada por diversas personas. Asimismo, que es una cuestión distinta el que la conducta de “tener colocado o colgando” se pueda imputar de forma preferente al *habitor* o al *dominus*, caso en el cual se sanciona no por tener una de estas calidades, sino porque se presume la omisión de las diligencias debidas.

Pero además, no se puede entender al edicto *de positis* como una simple prolongación del edicto *de effusis*. Es evidente que entre ambas providencias pretorias existió una diferencia fundamental: el segundo sólo punió conductas que producían un resultado dañoso, mientras que el primero castigó la mera ocasión de producir daños, independientemente de que se produjesen o no.<sup>478</sup> La diferencia se traducía en una prohibición expresa por parte del edicto *de positis* de tener colocados objetos en *suggruenda protectove* en lugares de paso habitual de transeúntes, mientras que el edicto *de effusis* no prohibía las conductas de arrojar o verter. Reitero que *de positis* sancionaba precisamente a “*qui adversus ea fecerit*”, al que contraviene, sin importar la presencia de daño. *De effusis* en cambio requiere de un resultado dañoso.

De lo dicho se desprende que si en la práctica se colocaba o colgaba peligrosamente una cosa, concurriendo los demás presupuestos del edicto, se estaba en presencia de una actuación ilícita, haya o no tenido lugar un resultado dañoso. Luego, una cosa es el criterio para determinar cuándo la actuación es ilícita y otra, el criterio para la atribución de responsabilidad cuando haya tenido lugar un daño como consecuencia de la caída de una cosa desde *suggruenda protectove*. Ello no obstante la íntima relación entre ambos.

En efecto, en el *positum habeat* del edicto *de positis*, para establecer si se estaba o no en presencia de la conducta prohibida, no sólo debía concurrir la circunstancia material que estuviere una cosa colocada o colgada peligrosamente, sino que además ella fuese “imputable” a un sujeto individual; es decir, que en los hechos se pudiera identificar un sujeto que estando en situación de remover la cosa o de tomar las medidas correspondientes para asegurar a *suggruenda protectove* la cosa, no hubiese ejecutado acción alguna, manteniéndose en actitud pasiva. La determinación de si se estaba o no en posición de actuar, implicaba una valoración de la conducta, tanto psicológica como material. Psicológica, en cuanto si tuvo o no conocimiento de que había una cosa colocada o colgada de forma peligrosa; material, en cuanto

<sup>478</sup> Esta diferencia es reconocida por Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 110.

a si habiendo tenido conocimiento, si podía o no removerla o asegurarla.<sup>479</sup> De esta manera, si había tenido conocimiento y tuvo la posibilidad de actuar y no lo hizo, el demandado debía ser sancionado.

Me parece entonces que el *positum habeat*, en la perspectiva moderna, comportaba de forma implícita la exigencia de “culpa”, aunque expresarlo con este término ciertamente no resulte adecuado a la época del edicto y pueda generar un mal entendido. Por ello, en lo que importa, el *positum habeat* se transformaba en un verdadero criterio de imputación de la conducta sancionada para el edicto *de positis*, de carácter subjetivo.

No es verdad entonces, como afirma Giménez-Candela para sostener su posición, que podía haber culpa o dolo, pero la prueba de su concurrencia no era condición necesaria para la aplicación de la sanción.<sup>480</sup> Ésta requería la prueba de la concurrencia de todos los presupuestos del edicto, lo que equivalía entre otras cosas a acreditar la omisión consciente de la debida conducta impuesta por el edicto por parte del sujeto demandado.

Otra cosa distinta es que el conocimiento como la omisión de la diligencia debida se presumiese. Ello porque lo habitual debió ser que cualquiera del pueblo ejerciera la acción preventiva en contra del *habitor* del inmueble que presentaba la cosa colocada o colgada en *suggruenda protectove*, presumiéndose el conocimiento de la situación y de que estaba en posición de removerla o asegurarla. Mas, la cuestión sólo habría dicho relación con la inversión de la carga probatoria, y no con el fondo de la cuestión, relativa a la naturaleza del criterio.

Me parece entonces, con bastante sustento, que el criterio que permitía establecer si la conducta era o no contraria al edicto *de positis*, que permitía fijar la responsabilidad infraccional en éste, fue subjetiva *ab initio*.

### III. LAS POSIBLES ACCIONES EN CASO DE DAÑO POR CAÍDA DE COSA “COLOCADA” O “COLGADA”

#### 1. Actio deducible en caso de daño causado por cosa “colocada” o “colgada” en suggruenda protectove

Si la *actio de positis vel suspensis* era una acción preventiva y popular, la pregunta lógica era cuál acción correspondía deducir a la víctima de daños producidos

---

<sup>479</sup> Imagínese a quien se encontraba de viaje, al cual un tercero extraño le colgó alguna cosa en *suggruenda protectove*. Una cosa es que estando ausente fuera informado de la situación, y otra que pudiese acudir a removerla.

<sup>480</sup> *Los llamados*, cit., p. 123.

por la caída de la cosa colgada o suspendida en un cobertizo o alero del tejado, que sobrevolaba un lugar donde transitaban de forma habitual personas. Es claro que no podía ser la misma acción, dada su finalidad.

Por otro lado, tanto en el edicto de *effusis vel deiectis* como en el de *feris* encontramos que se diferenciaban los daños causado a las cosas, de los daños provocados a un hombre libre, creando una subdivisión respecto a este último su muerte o el sufrimiento de lesiones. Las penas aplicadas a cada tipo de daño eran diversas (D.9.3.1 pr. y D.21.1.42). Frente a esto, no existe razón a priori para pensar que en caso de daños causado por cosas colocadas o colgadas *in suggruenda protective*, sobretodo porque el edicto de *positis* “pertenería al primero” (D.9.3.5.7), los juristas obraron de manera distinta. En caso de daño, conforme a la hipótesis en estudio, lo más probable es que hubiera tenido lugar la diferenciación de los daños (de cosas, muerte o lesión de hombre libre) y de las correspondientes sanciones.

Con relación a esto último, es en especial dudoso que se haya mantenido la pena fija para el condenado de 10 sueldos (10.000 sestercios). ¿Se podía sancionar de igual manera la violación de la prohibición que la violación con resultado de daño?, y aún más, ¿cualquiera que fuese éste?

Las fuentes no ofrecen muchas luces sobre la solución que adoptaron los juristas y el pretor. Por el contrario, el único texto que se refiere a la situación de daño causado por caída de cosa colocada o colgada es D.9.3.5.12, el cual presenta una redacción poco clara, generando diversas interpretaciones entre los autores.<sup>481</sup> Ante las dudas, resulta lógico pensar en que dependía de si tuvieron o no lugar daños, conforme a los hechos que las partes alegaran y las pruebas aportadas, se recurriera a la *actio de effusis o de positis*; o sea, a la que más se ajustara al caso concreto.<sup>482</sup>

De todos modos las posibilidades no eran muchas: o se concedía la *actio de positis vel suspensis* adaptada; o la *actio de effusis vel deiectis* adaptada; o una *actio* contra *qui posuit* modelada a partir de otra o especial para el caso. Por supuesto, se descarta una cuarta alternativa: que no haya habido acción con la cual sancionar el hecho dañoso.

Alguno, con mentalidad moderna, podría pensar que el daño provenía de una infracción al edicto de *positis*, que prohibía tener colocada una cosa peligrosa en *suggruenda protective*. De hecho, surgiría una actuación culpable (*iniure*) y por tanto habría permitido el ejercicio de la *actio ex lege Aquilia* directa. Sin embargo, esta posibilidad es descartada por la doctrina, pues es evidente que el daño no habría sido cometido directamente por quien sólo

<sup>481</sup> Véase nota 469.

<sup>482</sup> En este sentido Longo, *I quasi delicta*, cit., 461.

tenía “colocado”, sin cumplir con el requisito del *damnum corpore corpori datum* (Gai. 3.219).

Veamos a continuación las posibles hipótesis desarrolladas acerca de la acción deducible en caso de daño.

#### A. *Hipótesis actio de positis vel suspensis*

En principio esta respuesta debería ser la más natural, por ser de la misma hipótesis (cosa colocada en *suggruenda protectove* sobrevolando un lugar de tránsito habitual de personas). El elemento adicional sería “sólo” el daño. D.9.3.5.11 pareciera consentir en una postura como ésta, pues señala en su parte final que la *actio de positis vel suspensis* compete contra el que tenía colocada la cosa, haya o no producido daño. Es decir, si tuvo lugar un daño, que es el caso que aquí interesa, procedería igualmente esta *actio* según Ulpiano.

Luego D.9.3.5.12, no obstante todas las dificultades que el primer párrafo presenta, establece en su párrafo segundo una *actio ad exemplum* de la *actio de positis* para dos casos que no corresponden a daño por caída de una cosa colocada en *suggruenda protectove*. La razón por la cual se plantea la necesidad de acciones útiles en los dos casos que se mencionan, no es la inaplicabilidad del edicto *de positis vel suspensis* a la situación de daño resultante, sino porque no había concurrido un presupuesto de hecho por éste establecido: que la cosa haya sido colocada en *suggruenda protectove*.

Si la *actio de positis vel suspensis* era aplicable, entonces parece lógico que se sancionara al responsable con la misma pena: 10.000 sestercios.<sup>483</sup>

Esta solución, si bien es bastante atendible desde el punto de vista de los textos citados, resulta dudosa formalmente<sup>484</sup> como asimismo desde la perspectiva que, de haber sido cierta, no habría tenido lugar la distinción referida a la naturaleza de los daños y de sanciones correlativas que presentan los edictos de *effusis* y *de feris*. Por tanto, significa suponer que, si se trata de un daño a cosas o de lesiones a un hombre libre, la pena aplicada había sido idéntica: 10.000 sestercios.<sup>485</sup>

<sup>483</sup> Talamanca, *Recensión, cit.*, p. 619. Rossi, *op. cit.*, p. 413.

<sup>484</sup> Siempre son dudosas las soluciones que pasan por negar autenticidad al texto actual, ofreciendo luego una construcción de lo que podría haber dicho en su inicio el pasaje, pues sin nuevos antecedentes, no es posible su verificación. En este sentido, Rossi, luego de su interpretación, propone como inicio de D.9.3.5.12: “*si id quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio <qui positum habuit non in eum> qui posuit, [non] <neque> in eum qui habitaverit*”, *op. cit.*, pp. 413 y 414.

<sup>485</sup> Precisamente Fadda, criticando la teoría de Mommsen (Cuiacius), afirma que “l’*actio* no può qua essere contro il solito responsabile, perchè l’editto ha limitato l’obbligo di questo ad una penalità”, *L’azione popolare, cit.*, pp. 182 y 183, nota 2. La observación se debe a que



Lo anterior genera una serie de incógnitas: y si murió un hombre libre, ¿operaba cómo popular o sólo no existía acción? En el mismo caso, y si procediere como popular, ¿la demanda era efectivamente por 10.000 sestericios? ¿no habría sido injusto este monto frente a los 50.000 sestericios por muerte en caso de *effusis vel deiectis*?; en caso de lesiones a un hombre libre, ¿por qué fijar desde ya 10.000 sestericios como sanción, cuando en la *actio de effusis vel deiectis* es el juez el que debía determinar según lo que le pareciere justo, al no tener precio el cuerpo de un hombre libre?<sup>486</sup>

Pero más allá de tales interrogantes, y si a pesar de ellas en efecto la acción a deducir hubiese sido la misma del edicto,<sup>487</sup> se habría tratado de una *actio* cuyo objeto era sancionar el daño causado por cosas caídas desde el cobertizo o alero del tejado que sobrevolaba un lugar de tránsito o detención habitual de persona; esto es, causado con infracción de la prohibición establecida por el edicto de *positis*. Desde esta perspectiva, y en términos actuales, se habría tratado de una acción que tenía como presupuesto una actuación ilícita (*contra ius*) dañosa, que castigaba por tanto a quien dañaba con *culpa contra legem*. Así, el criterio de atribución de responsabilidad, aunque no tengamos fuentes que lo digan de forma expresa, habría sido subjetivo, de haberse deducido esta acción.<sup>488</sup>

---

en el entendimiento de Fadda, si hay daño, la pena debería haber sido diferente, pero si se aplica la misma *actio de positis*, tendrá que ser la misma.

<sup>486</sup> Me parece que dificultades como las anotadas han llevado a algunos autores a buscar soluciones híbridas. En esta línea Rossi, quien luego de afirmar que D.9.3.5.12 se refería a la *actio de positis aut suspensum*, entiende que ella era sólo un instrumento anexo a la vía ordinaria, constituida por la *actio de effusis vel deiectis* (funda su postura en la opinión de Ulpiano reproducida en D. 9.3.1.5). De esta manera, la víctima podía deducir la primera contra el que hubiere tenido colocada de forma peligrosa la cosa, y la segunda contra el *habitor*. Si en ambos casos el sujeto pasivo resultaba ser el *habitor*, para resolver el concurso de acciones que tendría lugar, sostiene que el demandante habría sido obligado a elegir entre una u otra, según le conviniera. Rossi, *op. cit.*, pp. 414 y 415.

Talamanca, además de hipotizar una cláusula en el edicto, de la cual no hay antecedentes para poder superar entre otras las dificultades de la pena, justamente afirma: “e qui sorgerebbe il problema se non vi fosse, eventualmente, un rinvio alla regolamentazione che si aveva, sul punto, nelle varie forme dell’*actio de effusis et deiectis*”, *Recensión, cit.*, p. 618.

<sup>487</sup> Aceptando además el carácter popular para que fuese deducida por cualquiera del pueblo y el carácter privado para la víctima, como propone Giménez-Candela. Véase nota 464.

<sup>488</sup> Se ha pretendido aplicar el pasaje de D.9.3.6.2 al edicto en estudio, dado que es un texto que viene a continuación de los pasajes referidos al edicto de *positis vel suspensum*. Y podría una tal aplicación ser correcta, dado que en efecto el criterio de atribución del edicto es subjetivo. Sin embargo, ello es criticable. Claro, algunos lo han atacado a efectos de sostener la postura de la responsabilidad objetiva, como es el caso de Aràngio-Ruiz, quien señalaba que para los clásicos, el edicto establecía una responsabilidad de este tipo, siendo la referencia a la culpa insertada por los justinianos en D.9.3.6.2 (alude a Betti). *Istituzioni di*

### B. *Hipótesis actio de effusis vel deiectis*

Interesante es también la postura de Mommsen, quien basado en Cuiacio,<sup>489</sup> invertía las posiciones *de posuit e habitator* en el texto de D.9.3.5.12, quedando: “...*in eum competit actio [qui posuit, non in eum] qui habitaverit, <non in eum qui posuit>, quasi haec actio non sufficiat*”.<sup>490</sup> Esta inversión permitiría leer el texto original, pues un error de un copista lo habría dejado en su actual estado. Así, en caso de daño por caída de un objeto colocado en *sugruenda protectove*, se aplicaba el edicto *de effusis et deiectis*, dirigiéndose la acción contra el *habitor*.<sup>491</sup> Esta conclusión sería ratificada por D.9.3.1.3.

Respecto a este último pasaje, se debe recordar que las tres hipótesis a que Ulpiano se refiere en él (incluyendo lo colgado), tienen por base “la caída” de una cosa. Encontrando el pasaje citado dentro del edicto *de effusis vel deiectis*, y perteneciendo *de positus vel suspensis* a éste (según D.9.3.5.7), se podría concluir que la acción general por “caída” de cosas desde altura (arrojadas, vertidas, colocadas o colgadas), fue la *actio de effusis vel deiectis*.<sup>492</sup> De lo

---

*diritto romano*, 14a. ed., 1984, p. 377. Mas, no es por ello que la aplicación resulta errada, sino porque el comentario está claramente referido al edicto *de effusis vel deiectis*, y no al *de positus*, no obstante su ubicación a continuación de éste (Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 464).

Por otro lado, tanto D.44.7.5.5 como I. 4.5.1, luego de declarar que “las más de las veces se obliga por culpa de otro, ya de su esclavo, ya de su hijo”, los textos agregan que el caso *de positus vel suspensis* se asemeja al *de effusis vel deiectis*. De estas referencias se podría entenderse que las fuentes explícitamente indican que el responsable del *positum habere* respondía de culpa propia y de culpa ajena. Sin embargo, en el edicto *de positus* la situación es la contraria: se responde de culpa propia y no de culpa ajena. Ello debido a que no es responsable *qui posuit*, sino quien *positum habere*, por lo que no importa si otro colocó o colgó de forma peligrosa, pues en vez de tomar las precauciones para eliminar la peligrosidad o retirar el objeto, se ha mantenido colocado o colgado, correspondiendo así la sanción por culpa propia. De esta manera, es difícil entender la referencia a la culpa de D.44.7.5.5 e I.4.5.1 como aplicable a la *actio de positus vel suspensis*.

<sup>489</sup> Cuiacio, *Observation*, lib. XXII, cap. 32. Es citado por Pothier, en *Pandette di Giustiniano*, cit., p. 105, nota (\*). Glück, *op. cit.*, p. 95.

<sup>490</sup> Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berolini, 1870, p. 296, nota 6.

<sup>491</sup> Rossi, no obstante que le resulta interesante la argumentación, la rechaza porque no explicaría la frase que sigue [*quasi-inhabitor*], *op. cit.*, p. 413. Longo tampoco la acoge, para él habrían sido, al parecer, los compiladores los que confundieron el régimen de las dos acciones con la parte que en su concepto fue insertada “*quasi haec actio ... vel inhabitor. Nam*”. *I quasi delicta*, p. 462.

<sup>492</sup> Citando la transposición propuesta por Mommsen a partir de D.9.3.5.12, Provera sostiene que “avrebbe trovato applicazione l’*actio de effusis vel deiectis*”, *op. cit.*, p. 261. Fadda, aunque propone una *actio in factum ex legis Aquilia*, sostiene al pasar que “certo in base al fr. 1 §3, *de eff.*, 9.3, si potrebbe dare l’*a. de effusis*, ma contro l’*habitor*” (*L’azione popolare*, p. 182, nota 2). Talamanca, *Recensión*, cit., p. 618.

contrario, ¿por qué Ulpiano habría realizado esta interpretación extensiva del edicto *de effusis vel deiectis*, si para el caso de daño por cosas colocadas o colgadas se deducía la *actio de positis vel suspensis*? (conforme a la posición referida). La respuesta a esta pregunta estaría en la circunstancia que la *actio de positis* fue pensada y diseñada por el pretor como una acción preventiva y no como una acción de reparación. En caso de caída dañosa de un objeto puesto o suspendido desde una *suggruenda protectove*, la reparación efectiva del daño no se podía obtener mediante la *actio de positis*.

D.9.3.5.12 habría tratado de expresar esta situación en su primer párrafo, siendo oscurecido su sentido por el hipotético error señalado de un copista.

Desde el punto de vista del criterio de atribución de responsabilidad, si se hubiera recurrido a la *actio de effusis vel deiectis* para reparar el daño sufrido por la víctima, lo lógico habría sido que se recurriera a la calidad de *habitor*, como manda el edicto, para fijar la legitimación pasiva. Ello, no obstante el *habitor* eventualmente no hubiese sido *qui positum habeat*. El criterio, en esta hipótesis, habría tenido entonces naturaleza objetiva.

### C. *Hipótesis actio contra qui posuit*

Dato objetivo, sin efectuar ningún tipo de intervención al texto, es el que D.9.3.5.12 establece como regla: “si lo que estaba puesto hubiere caído y hecho daño, compete acción contra el que lo puso, no contra el que allí habitaré”. Por tanto, el resultado dañoso habría llevado a involucrar a un sujeto que el edicto no mencionaba (“*qui posuit*”); y por el contrario, pareciera que dicho resultado liberaba de responsabilidad tanto “al que tenía colocado” como al *habitor* (criterios de imputación del edicto *de positis* y *de effusis* respectivamente).

Lo anterior estaría en consonancia con la naturaleza preventiva de la *actio de positis vel suspensis*, que no habría sido competente para sancionar las situaciones de daño ni para lograr su reparación: la “responsabilità non sembra perseguibile con questa azione”.<sup>493</sup> Esto sería ratificado por la circunstancia que, como se dijo, no tenía lugar en el edicto una distinción de daños y sanciones correlativas, como sí en cambio sucedía en los edictos *de effusis* y *de feris*. Igualmente, esta “lejanía” del edicto con el resultado dañoso es lo que podría explicar la interpretación extensiva de Ulpiano en D. 9.3.1.3, pues de haber tenido aplicación el edicto *de positis*, no necesitaba re-

<sup>493</sup> Schipani, *Il contributo*, cit., pp. 1111 y 1112.

currir al *de effusis* para el caso de daño por caída de lo colgado (incluso si se hubiera estimado que “colgado” no quedaba comprendido en “colocado”, podría haber efectuado una interpretación extensiva del edicto *de positis* en vez del edicto *de effusis*).

Conforme a estos antecedentes, se puede estimar que en caso de daño, sólo se habría podido deducir una acción contra *qui posuit*, o bien, ella habría concurrido con otras. Mas, ambas posturas tienen un problema común a resolver: cuál habría sido la acción deducible contra el que puso la cosa que con posterioridad cayó, dañando a un transeúnte. Las dificultades que presenta el pasaje de D.9.3.5.12 y la falta de fuentes explícitas han llevado a variadas respuestas, que se unen o forman parte de las alternativas vistas en los dos acápites anteriores, y que Schipani sintetiza diciendo: la responsabilidad “verrà fatta valere *in eum qui posuit* la cosa, con un adattamento, o di questa azione (*de positis*, n. del a.) o di quella *de deiectis* o dell’aquiliana (D.9.3.5.12)”.<sup>494</sup>

Ahora bien, dentro de estas tres alternativas generales, hay diversas particularidades en las respuestas ofrecidas por los romanistas. Algunos autores han propuesto una *actio de positis vel suspensis* “*utilis*” contra *qui posuit*.<sup>495</sup> Fadda en cambio advierte que de una parte la *actio de positis* no se podía otorgar contra “el que colocó”, pues se habría tratado de un tercero distinto al *habitor* o *dominus* que en cambio eran los que podrían haber tenido “colocado” según exigía el edicto; y de otra, si el que colocó se identificaba con quien habitaba o era propietario, por el monto fijo de la pena establecida, la víctima podía resultar no indemnizada, siendo entonces la acción insuficiente. Por estas razones, se le habría otorgado según Fadda al dañado otra acción, que no pudo ser la *actio ex lege aquilia* por faltar el requisito del *corpore corpori*, proponiendo entonces que contra *qui posuit* se otorgaba una *actio in factum legis aquiliae*.<sup>496</sup>

Interesante es la opinión de Giménez-Candela, pues a diferencia de la mayoría de los autores, entiende el texto como auténtico, intentando una interpretación a partir de lo que dice, y no de aquello que no dice o que pudo haber dicho. Bajo esta premisa, opina que el verdadero problema tratado en el primer párrafo de D.9.3.5.12, era la determinación de cuál acción se debía deducir contra “el que colocó”. De esta manera, “como la acción edictal se da contra el *habitor* (*dominus* o inquilino) *qui posuit*, se crea una acción especial (decretal *in factum*) para castigar a quien *posuit* pero no era inquilino

<sup>494</sup> *Ibidem*, p. 1112.

<sup>495</sup> Mommsen *cit.* por Giménez-Candela, p. 125, nota 78. Glück, *op. cit.*, p. 94.

<sup>496</sup> *L'azione popolari*, *cit.*, p. 183, nota 2.

o propietario; así la frase *quasi haec actio non sufficiat* quiere decir que la acción del edicto no bastaba para castigar a quien en efecto *posuit* no siendo *inquilinus* o *dominus*".<sup>497</sup> Por supuesto, más antecedentes acerca de esta acción decretal *in factum* que plantea la autora no existen. En todo caso, tampoco se salva de las críticas.<sup>498</sup>

Destaco también el parecer de Talamanca, quien a fin de eludir las dificultades que los textos supérstites presentan, sencillamente desliza la posibilidad que el edicto hubiese contemplado una "específica cláusula" que introdujera un acción especial contra *qui posuit*, para el caso que lo puesto hubiere producido daño. Una acción como ésta, no habría tenido la pena fija de 10.000 sestercios, sino una pena al estilo del edicto *de effusis vel deiectis*.<sup>499</sup> Esta solución habría sido la más simple, pero lo concreto es que se trata de especulación pura.

## 2. *Lo que se puso o quedó suspendido en lugar distinto a sugruenda protectove*

Conforme a los presupuestos de la *actio de positis vel suspensis*, en virtud de cosas colocadas o suspendidas en un lugar distinto de *sugruenda protectove*, ella no procedía; con mayor razón no tenía aplicación si caían y producían daño. En principio, además, se debería descartar la posible procedencia de la *actio de effusis vel deiectis*, porque no se trata de un daño producido por la acción de arrojar o verter. El hecho habría quedado por tanto sin sanción, y sobre todo, la víctima sin reparación (el ejercicio de la *actio lex Aquilia*, además de la prueba de culpa del demandado, exigía el daño se hubiese causado *corpore corpori*).

Probablemente, como ya se señaló, la situación antes descrita explica la extensión en la aplicación que hiciera Ulpiano del edicto *de effusis* en D.9.3.1.3, donde "el colgar" lo entendía forzosamente como "arrojar". A través de esta lata interpretación, era posible sancionar entonces al menos al *habitor* que tuvo colgada una cosa (desde cualquier parte) que cayó produciendo daño. El punto no es menor porque aplicar la *actio de effusis* implicaba

<sup>497</sup> *Los llamados, cit.*, p. 126.

<sup>498</sup> Talamanca duda que *competere* en D.9.3.5.12 diga relación con la introducción de una acción decretal. La frase *in eum competit actio, qui posuit, non in eum qui habitaverit* tendría por objeto resolver la legitimación pasiva de la acción y no la introducción de una nueva, lo que sería confirmado por el uso de *competere* por segunda vez, la cual sí daría cuenta efectiva de una extensión decretal de una acción edictal, que sería la *actio de positis et suspensis*. *Recensión, cit.*, p. 618. También es rechazada por Rossi, aunque no desarrolla claramente sus razones, *op. cit.*, p. 411.

<sup>499</sup> *Recensión, cit.*, p. 618.

atribuir de forma efectiva responsabilidad al demandado por una calidad determinada, lo que en el edicto *de positis* no tenía lugar.

Ahora bien, frente a la cuestión, resulta de particular interés la relación que Talamanca hace de D.9.3.5.12 y D.9.3.1.3. En el primer texto, sostiene el autor, hay dos aplicaciones en vía útil de la *actio de positis*, en las cuales se daría por descontada la equivalencia entre *positum* y *suspensum*; en el segundo, se extendía la aplicación del edicto *de effusis vel deiectis* al *suspensum* de una cosa. Luego, si *positum* es igual a *suspensum* (D.9.3.5.12) y el edicto *de effusis vel deiectis* se aplicaba al *suspensum* (D.9.3.1.3), concluye el autor italiano que “quando il danno stesso si sia verificato, il dominus o l’habitor rispondono con l’actio de effusis et deiectis, in quanto hanno la disponibilità dell’abitazione presupposta dall’integrazione del *positum habere*”.<sup>500</sup> Esto llevaría a entender que la regla general en el derecho clásico romano habría sido la *actio de effusis vel deiectis*, y que se habría aplicado tanto a los daños derivados de cosas arrojadas o vertidas, como asimismo causados por cosas colocadas o colgadas “en general”.

Si lo anterior fuese acertado, resurge necesariamente la duda respecto a la acción que correspondía en caso de daños provenientes de cosas colocadas o colgadas de forma específica en *suggruenda protectove*. Al respecto, podrían haber tenido lugar dos posibilidades. La primera, que tales daños quedaran solo bajo la supuesta regla general, porque el edicto *de effusis vel deiectis* no distinguía, con lo cual la solución habría sido la de la letra B. del acápite precedente. La segunda, que habiendo Talamanca tomado de D.9.3.5.12 sus conclusiones, y con base en el mismo argumento, se podría afirmar que en las aplicaciones por vía útil de la *actio de positis*, la razón por la cual Servio en el pasaje no ve posible aplicar la *actio de positis*, porque no se trata de cosas colocadas o colgadas en *suggruenda protectove*. A *contrario sensu*, de haber sido colocadas o colgadas en *suggruenda protectove*, habría debido operar el edicto *de positis*, aplicándose la acción consagrada en éste.

Por tanto, lo único claro es que si una cosa era colocada o colgada de forma peligrosa en un lugar distinto a *suggruenda protectove*, la acción preventiva de *positis vel suspensis* no procedía, así como tampoco la *actio de effusis vel deiectis* por no existir daño alguno. En cambio, si la cosa caía y producía daños, todas las alternativas posibles resultan, hasta la fecha, hipotéticas, salvo la cosa colgada que se precipita dañando, que en virtud de D.9.3.1.3 habría entrado en el ámbito del edicto *de effusis vel deiectis*.

Por otra parte, también es verosímil que la distinción entre colocar o colgar en *suggruenda protectove* o en un lugar distinto a éste, tendió a desapare-

<sup>500</sup> Talamanca, *Recensión, cit.*, p. 618.

cer, pues en D.44.7.5.5, I.4.5.1 e I.4.5.2 la diferenciación no se encuentra, lo que demostraría una absorción cada vez mayor de la situación *de positis* en la *de effusis*. A pesar de ello, el problema de la punición queda de todas maneras en la nebulosa, pues al momento de referirse a las sanciones, I.4.5.1 sólo alude a arrojar o verter y reitera las penas fijadas en D.9.3.1 pr.

En todo caso, ratifica la pérdida de importancia de la distinción, los casos especiales de D.9.3.5.12, texto según el cual se aplicaban acciones *ad exemplum* de la *actio de positis*.<sup>501</sup> Esta vía para integrar casos no sujetos a las acciones legales y honorarias existentes, más la aplicación del procedimiento extraordinario en época imperial, lo más seguro es que contribuyeron para que los compiladores no constituyera ningún problema la sanción de daños por cosas colocadas o colgadas en lugares distintos a *suggruenda protectove*.

#### IV. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

“*Si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo*” es la frase final que habría tenido el edicto de positis vel suspensis (D.9.3.5.6), muy similar como se puede apreciar al texto “*si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere*” que presentaba el de effusis (D.9.3.1 pr.). La disposición se encuentra complementada en las fuentes por el comentario de Ulpiano conservado en D.9.3.5.10, el cual explica que el *positum habere* comprende también al que no pone por sí mismo pero “consiente” (*patiatur*) que sea puesta por otro. Es esto último lo que determinaría, según el jurista que “si un esclavo la hubiera puesto, pero el dueño la permita puesta, el dueño no quedará obligado por la acción noxal, sino en su propio nombre” (*si servus posuerit, dominus autem positum patiatur, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur*).

Ahora bien, sobre esta posibilidad de dar en *nox* que otorga D.9.3.5.6, también hay alguna discusión en la romanística, aunque más bien porque se le relaciona con el edicto de *effusis*, se extendió la polémica de la concurrencia de la noxalidad respecto de éste al edicto de positis. En este sentido, algunos entienden que la frase “*aut noxae dedi iubebo*” en D.9.3.5.6 fue insertada por los compiladores, lo que significaría que la posibilidad de la *noxae deditio* originalmente no estaba contemplada en el edicto.<sup>502</sup> Con todo, la

<sup>501</sup> Según Giménez-Candela, ya no habrían dudas que se trató de acciones decretales *in factum*. *Los llamados*, cit., p. 127.

<sup>502</sup> En esta línea por ejemplo Biondi, quien creyó interpolada toda la frase *si servus iubebo*, pues la formulación coincidiría con la usada por los compiladores cada vez que querían introducir la *noxae deditio*. Biondi, *op. cit.*, p. 266 y nota 5 en la misma página. Rechaza por



mayoría de los críticos no objeta en sí la alternativa de la *noxae deditio* en el edicto de *positis*, sino su formulación.<sup>503</sup> La circunstancia que la autenticidad de D.9.3.5.10, que alude a la procedencia de la noxalidad, no sea discutida por la doctrina,<sup>504</sup> constituye un piso para pensar que la referencia en el edicto efectivamente existió.

Que el texto del edicto de *positis* contemplara la *noxae deditio* del hechor, no debiera en todo caso constituir ninguna extrañeza, pues por su propia naturaleza se le debía aplicar el régimen general de la noxalidad. Ello porque no obstante el edicto de *positis vel suspensis* habría sido parte del *de effusis*, su situación era muy distinta a la de este último en materia de responsabilidad por el hecho ajeno. Como se ha dicho de forma reiterada, el criterio de imputación en el edicto de *positis vel suspensis* era el *positum habere* peligrosamente (concurriendo además los otros presupuestos de hecho vistos); esto es, una conducta, y no una calidad determinada. Dicha conducta podía ser ejecutada por un sujeto *sui iuris* o *alieni iuris*: si era *sui iuris*, respondía en forma directa *qui positum habere*; si era *alieni iuris*, como un *filiusfamilias* o un *servus*, la víctima podía eventualmente ejercer contra el *paterfamilias* o *dominus* la acción noxal. En el edicto de *effusis vel deiectis*, al responder quien tenía la calidad de *habitor* pero que no había ejecutado ningún hecho dañoso, no se podía ejercer la acción noxal. La aplicación de un criterio objetivo (*habitor*) modificó de forma sustancial la regla aplicada sobre responsabilidad por el hecho ajeno, modificación que no tenía lugar en el edicto de *positis*.

Con todo, podría surgir una razonable duda: si tenía aplicación el régimen noxal general, por qué habría sido necesario incluir la cláusula en el edicto. Se puede hipotizar que cuando se trata de un tipo penal nuevo, que establecía una sanción por simple contravención de *alieni iuris* o *sui iuris*, sin

---

tanto la proposición de Lenel por considerar que se trata de una forma insólita en el edicto, en el cual se habla siempre de concesión o no de la acción noxal. Es evidente en todo caso, que si Biondi rechazaba la fórmula de D.9.3.1 pr, no podía luego aceptar la misma para el edicto de *positis*.

<sup>503</sup> Giménez-Candela, dando por auténtica la fórmula, delinea sobre ella su propuesta de cláusula para D.9.3.1 pr. (actio de effusis).

Por el contrario, Lenel sostuvo que lo más probable fue que la fórmula original del edicto de *positis vel suspensis* no haya sido distinta a la del edicto de *effusis vel deiectis*, y que los compiladores, sin mayor reflexión, habrían tomado de forma literal la frase (“*aut noxam dedere*”), dándose cuenta que *in iudicio adiciam* no tenía ya sentido para su tiempo, sustituyéndola en el edicto de *positis* por la frase que recibimos “*aut noxae dedi iubebo*”. EP<sup>3</sup>, p. 174, §62, nota 10. Están de acuerdo con Lenel, Longo, *I quasi delicta, cit.*, p. 458; Albanese, *Sulla responsabilità, cit.*, p. 158, nota 62.

<sup>504</sup> Albanese, *Sulla responsabilità, cit.*, p. 157. El *Index Interpolationum* y su *Supplementum* no contiene referencias de interpolaciones para el pasaje.

la exigencia de daño, pudo haber existido alguna vacilación en los jurisprudentes en la procedencia de la aplicación del régimen noxal. Sin embargo, establecida la conducta como ilícita, como si fuera un delito (*quasi delicta*), y ejecutada por un esclavo, lo razonable era que la noxalidad tuviera lugar. Expresarlo así en el texto resultaba por tanto de mayor claridad a los destinatarios de la norma.

Lo más probable entonces (salvo por la duda precedente) es que el texto del edicto *de positis vel suspensis* haya finalizado, respecto al *positum habere* del *servus*: “*aut noxae dedi iubebo*” (D.9.3.5.6); es decir, al igual que el *de effusis* (D.9.3.1 pr.), el edicto *de positis vel suspensis* habría aludido a la posibilidad de entregar en noxa al esclavo autor del hecho. Empero, la *actio de positis vel suspensis* procedía noxalmente, conforme al régimen regular de la noxalidad, mientras que la *actio de effusis vel deiectis* no. Esto último explica y genera la teoría comentada de la llamada *exceptio noxalis*.

En consecuencia, si era un esclavo el que *positum habere* de forma peligrosa, él tenía la calidad de “autor del hecho ilícito”, pues era el sujeto que contravenía la prohibición edictal y quien había cometido el *maleficio* en términos de D.9.4.1 e I.4.8 pr. Pero, producto de la imposibilidad de ser demandado en juicio, la víctima dirigía la acción con carácter noxal en contra del *dominus* actual, quien tenía la posibilidad de pagar la *litis aestimatio* o entregarlo en noxa. Esta posibilidad, se recuerda, mantenía incólumes los principios tanto de personalidad de la pena como aquél según el cual los actos del esclavo no pueden perjudicar patrimonialmente al propietario.

Respecto a los posibles sujetos en virtud de los cuales podía ejercerse una acción noxal, hago presente que las fuentes sólo aluden al *servus*, sin referirse en parte alguna a un *positum habere* del *filius familias*, como en el edicto *de effusis*. Empero, debería entenderse, si la acción noxal era procedente en materia *de positis vel suspensis*, que el *paterfamilias* pudo ser demandado por esta vía en razón de cosas colocadas o colgadas peligrosamente por parte del *filius* (o bien de la *filia*). No es descartable por tanto que haya existido alguna referencia al *filius* en el texto mismo del edicto, alusión que luego fue eliminada por los compiladores en virtud del reconocimiento de plena capacidad para ser demandado, y el venir a menos de la noxa contra el hijo o la hija (I.4.8.7).

Ahora bien, una cosa es que el régimen noxal fuese aplicable al edicto *de positis*, y otra distinta son las posibilidades prácticas de que ellos ocurriese, pues ya se señaló que el sujeto sancionado sería *qui positum habere*, quien coincidiría normalmente con un sujeto *sui iuris*, dueño de la propiedad o *habitor*. Desde esta perspectiva, la responsabilidad por el hecho ajeno se encontraba más restringida que en edicto *de effusis*, pues quedaba circuns-

crita exclusivamente al *positum habere* ejecutado por personas “sin capacidad jurídica”. La situación se presentaba, en este sentido, idéntica a la que tenía lugar con la *lex Aquilia*.

Es más, como se puede apreciar en los pasajes citados de los *verba edicti* y su complemento (D.9.3.5.6 y D.9.3.5.10), nuevamente la *scientia domini* tuvo aplicación en este edicto, de manera que su concurrencia determinaba que el hecho ilícito había sido ejecutado por el *dominus* y no por el *servus*.<sup>505</sup> La novedad estuvo en una nueva referencia al contenido de la *scientia*: el *patere* del *dominus*.<sup>506</sup> Si éste consentía que el esclavo colocara o colgara peligrosamente, la acción se dirigía de forma directa hacia su persona, excluyéndose la noxalidad.

## V. CONCLUSIONES PARTICULARES

El edicto de *positis vel suspensis*, conforme a la época y contexto histórico de su dictación, constituyó una medida pretoria en favor de los viandantes, compartiendo con el edicto *de effusis* la seguridad vial como finalidad inmediata. Sin embargo, hay una diferencia entre dichos edictos respecto al “de qué cosa” fueron protegidos los pasantes: en el edicto *de effusis*, fueron protegidos de daños causados por una actividad de necesidad pública (vertimiento o arrojamiento de los desperdicios líquidos o sólidos), mientras que en el edicto *de positis*, se les protegió de acciones del ornamento de los edificios, del cual podía prescindirse. Tal diferencia influye de forma sustancial en el instrumento adoptado por el pretor para la protección perseguida. A diferencia del edicto *de effusis* y de la *lex Aquilia*, el edicto *de positis* introdujo un mecanismo punitivo —preventivo, y no punitivo— reparatorio.

Como se podía prescindir de cosas colocadas o colgadas peligrosamente en cobertizos o aleros de los tejados que sobrevolaran lugares de paso habitual de personas, el pretor prohibió esta conducta (tener colocadas o colgadas), sancionando a quien obrase en contrario, antes que algún daño tuviese lugar. La pena podía ser por lo mismo demandada popularmente. El edicto *de effusis* en cambio simplemente era aplicable en presencia de alguno de los daños que señalaba, concurriendo las circunstancias fácticas que describía: caída de una cosa vertida o arrojada desde altura en un lugar de tránsito habitual de personas.

Si el edicto *de positis* estableció “una conducta” prohibida y una pena para quien actuara contra la prohibición, fundamental resultaba la claridad

<sup>505</sup> Véase capítulo segundo, romano I, núm. 8 (regla general *scientia domini*).

<sup>506</sup> “*Il pati* include la *scientia*”, Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 465.

acerca de “lo prohibido” y quién se entendía infractor de la prohibición (legitimado pasivo de la acción). Según el texto que habría tenido el edicto *de positis vel suspensis*, lo prohibido era la conducta consistente en tener colocada o colgada una cosa (*id positum habere*), en un cobertizo o alero del tejado (*suggruenda protectove*) que sobrevolase un lugar donde pasaban o se detenían habitualmente viandantes, cuya caída podía causar daño (la concurrencia de éste, se reitera, no formaba parte del tipo penal). Una prohibición en estos términos, de acuerdo al entendimiento por parte de la jurisprudencia, implicó distinguir entre el presupuesto de hecho básico que el edicto exigía, consistente en “colocar” o “colgar” una cosa, concurriendo las demás circunstancias descritas por el tipo, y la conducta seguida a partir de este hecho, correspondiente al “*id positum habere*”.

No bastaba por tanto que alguien hubiese colocado o colgado una cosa para que procediera la aplicación de la sanción. Se requería además que “alguien” ejecutara la conducta consistente en “*id positum habere*”. Dicho de otro modo, podía ocurrir que una cosa estuviere colocada o colgada, porque alguien, en un momento pretérito, la colocó o colgó; pero que, posteriormente, no pudiese identificarse a un sujeto que “la tenga colocada o colgada” (*id positum habere*). Claro, para tenerla colocada o colgada previamente se debió colocar o colgar, pero esta actuación sólo era un antecedente fáctico, y no la conducta sancionada. Así, se llegó a distinguir entre *qui posuit* (presupuesto) y *qui positum habeat* (conducta prohibida). La distinción es ratificada en las fuentes por la circunstancia que una de las problemáticas que enfrentaron los juristas fue justamente si correspondía sancionar a *qui posuit* si la cosa se precipitaba causando daños.

La temática de los criterios de atribución de responsabilidad tiene como elemento basilar la presencia de un daño a la persona o patrimonio de un sujeto. Precisamente, el problema de fondo es quién debe soportar el perjuicio en definitiva, la víctima o un tercero. Como en el edicto *de positis vel suspensis* no concurre daño alguno como presupuesto de la acción que introdujo (en virtud de su carácter preventivo), preguntarse por un criterio de atribución “del daño” (o de “la responsabilidad por daño”) y su naturaleza, no tiene sentido alguno. Hablar de responsabilidad objetiva o subjetiva a su respecto resulta entonces bastante fuera de lugar. Lo único que procedería en cambio, es la revisión de los elementos del tipo que deben concurrir a efectos de configurar o no la infracción edictal, y eventualmente la determinación de la naturaleza objetiva o subjetiva de ellos.

Bajo la óptica precedente, la conducta sancionada “*id positum habeat*” exigía un elemento psicológico constituido por el conocimiento (*scientia*) del demandado de que había una cosa colocada o colgada en las condiciones que

el edicto señalaba; un elemento material, constituido por la omisión de las acciones destinadas a remover la cosa o asegurar su no caída luego de haber tomado conocimiento; y un elemento jurídico, consistente en la valoración de si tal omisión se debió a una imposibilidad en el actuar o a simple desidia. Tales elementos determinaban efectivamente la diferencia entre un simple colocar o colgar, y la “verdadera” conducta sancionada (*id positum habeat*), que tenía lugar en un momento posterior. Aunque hubiese sido un tercero distinto la habitator el que *posuit*, y tuviera en los hechos la disposición y control material de la casa, se encontraba sujeto al deber de remoción de la cosa o a su aseguramiento, siempre y cuando tomara conocimiento de que había sido colocada o colgada (si no había sido el mismo) y estuviera en condiciones de actuar.

Por tanto, dados los elementos que exigía la conducta prohibida, se puede afirmar que la situación de no remoción de la cosa colocada o colgada (*id positum habeat*), requería “implícitamente” de culpa para ser considerada infracción sancionable. O bien, que dichos elementos conformaban un criterio subjetivo de determinación de la efectiva actuación contra *ius* del demandado.

A pesar de lo anterior, de forma tradicional la doctrina ha afirmado que el edicto *de positis*, como el *de effusis*, sancionaba al *habitor*, lo que es conceptualmente inexacto aunque coincidente en la práctica. La afirmación se sustenta en el hecho que habitualmente el sujeto en situación de remover la cosa colocada o colgada, o de asegurarla, y por tanto infractor del edicto *de positis*, era el *habitor*. Empero, a pesar de una eventual coincidencia en la persona, las razones para que el *habitor* fuese sancionado por un edicto o por otro eran distintas: por la *actio de effusis*, se le punía en virtud de tal calidad, no obstante ninguna conducta realizase y no tuviese siquiera conocimiento de lo ocurrido; por la *actio de positis* respondía porque tenía la cosa colocada o colgada peligrosamente, o sea, porque conscientemente omitió las medidas que se requerían. Entonces, podía demandarse al *habitor* en razón del edicto *de positis*, por presumirse que era *qui positum habeat*; mas, resultaba sancionado porque así era, pudiendo eximirse de responsabilidad entonces si demostraba que no había ejecutado la actividad penada por el edicto.

Desde luego, siempre era posible que el remedio preventivo introducido por el edicto *de positis* no funcionase, y una cosa colocada o colgada en el cobertizo o alero del tejado de una casa que sobrevuela un lugar de paso ordinario o detención de personas, infringiendo la prohibición pretoria, se precipitara a tierra, causando daños a los transeúntes. Las fuentes no aclaran la acción otorgada a la víctima o a sus herederos (en caso de muerte) al

dictarse el edicto y durante la primera época de vigencia, existiendo sólo hipótesis avanzadas por la doctrina al respecto, las cuales presentan variados inconvenientes: pudo haberse concedido la *actio de positis vel suspensis*, pero necesariamente adaptada; la *actio de effusis vel deiectis* con alguna modificación; o una *actio* contra *qui posuit*. En este último caso, las posibilidades se multiplican, pudiendo haberse tratado de una adaptación de la *actio de positis*, de la *actio de effusis* o de la *actio ex lege aquilia*; o bien, alguna acción especial decretal *in factum*, creada después al edicto *de positis* o como parte de éste.

De lo anterior, quizás lo único que se puede concluir de modo cierto es que la romanística no ha podido establecer, de acuerdo a las fuentes disponibles, qué acción o acciones se otorgaron y consecuentemente su configuración. Este desconocimiento sobre la acción que se concedía tiene especial consecuencia para el presente trabajo, pues impide fijar con exactitud el criterio de atribución de responsabilidad en caso de “daño” bajo las condiciones originales establecidas por el edicto *de positis*: cosa colocada o colgada en *suggruenda protectove*. Al igual como ocurre con las supuestas acciones, sólo caben hipótesis sobre el particular. Así, podría aventurarse que la naturaleza del criterio de atribución de la responsabilidad era directamente dependiente de la acción tomada como base.

En efecto, si la acción admitida hubiese sido la *actio de effusis vel deiectis*, dado que correspondía aplicar el criterio del *habitor* para determinar la legitimación pasiva, la responsabilidad surgida habría sido objetiva. Si en cambio el instrumento procesal concedido era misma *actio de positis vel suspensis*, el criterio de atribución de responsabilidad hubiese sido subjetivo, en una doble perspectiva: por una parte, el criterio que permitía determinar quién era el infractor de la prohibición edictal era subjetivo; y por otra, la sola actuación contra ley determinaba que la conducta fuese reprochable (*iniure*), configurando modernamente una *culpa contra legem*. Si la acción otorgada hubiese sido la *actio* contra *qui posuit*, la naturaleza de la responsabilidad habría dependido de si el modelo fue la *actio de effusis*, *de positis* o *ex lege aquilia*: conforme la primera alternativa, objetiva; conforme las dos últimas, subjetiva. Finalmente, si la acción utilizada fue una decretal *in factum* contra quien colocó o colgó, salvo que haya tenido un modelo y sea aplicable lo antes expresado, la falta de antecedentes sobre su existencia impiden algún pronunciamiento.

No obstante este panorama, ante la situación de daño como consecuencia de la caída de una cosa que había sido colocada o colgada en *suggruenda protectove*, se debiera entender que si se concedió una acción, ello fue con la intención de castigar al sujeto que con su conducta personal causó efectivamente el daño (y no ya sólo al que ha mantenido el peligro de que caiga).

Desde esta perspectiva, resulta razonable que se hubiese otorgado una *actio* contra *qui posuit* con resultado dañoso, y que su carácter haya sido subjetivo, independientemente del modelo. Se sancionaba pues al que colocó en *suggruenda protectove* dañando a otro, y por ende, se valora y castiga la conducta personal del hechor demandado.

En cuanto a la situación de cosas colocadas o colgadas “en partes del edificio diversas” al cobertizo o alero del tejado durante la República, originalmente la acción preventiva otorgada por el edicto *de positis* era inadmisibles, por encontrarse fuera sus límites (salvo pensar en el otorgamiento de una *actio* vía *ad exemplum* de la *de positis*). Sin embargo, la restricción de la ubicación de lo colocado o colgado tendió a desaparecer, no encontrándose ella en Gayo (D.44.7.5.5) ni en las *Institutiones* (I.4.5.1 e I.4.5.2). Ello significaría que la acción preventiva se otorgó, al parecer desde el siglo I d. C., ampliamente respecto a cosas colocadas o colgadas en cualquier parte exterior de las habitaciones, siempre que sobrevolasen lugares de paso o detención habitual de personas.

Si en cambio la cosa colocada o colgada en lugares distintos al cobertizo o alero del tejado de una casa, caía y provocaba daño, también presenta dificultades el conocimiento de la acción que pudo haberse concedido. En particular, originalmente no habría podido recurrirse al edicto *de effusis vel deiectis* por no darse sus presupuestos (una cosa colocada o colgada de alguna parte de un inmueble, que caía y provocaba daño, no era una cosa que hubiese sido arrojada o vertida). Sin embargo, D.9.3.1.3 da cuenta de una interpretación jurisprudencial clásica tardía, conforme a la cual se debía distinguir entre *positum* y *suspensum*. Así, mientras lo colgado (*suspensum*), sea en *suggruenda protectove* o en otro lugar, se entendió como arrojado, resultando aplicable el edicto *de effusis vel deiectis*, lo colocado (*positum*) se mantuvo excluido del ámbito de este último. La concesión de la *actio de effusis vel deiectis* al *suspensum*, significa que respecto a esta situación de daños, la responsabilidad era objetiva y procedía la *exceptio noxalis*.

Así las cosas, desde la dictación de los edictos *de positis* y *de effusis* hasta la compilación justiniana, el caso que aparece entonces como excluida de la protección edictal, tanto por los *verba edicti* de ambas providencias pretorias, como por la amplitud de las interpretaciones de la jurisprudencia, fue el caso de daño por caída de una cosa “colocada” (*positum*) en cualquier parte exterior del inmueble. El vacío pudo haber sido llenado con acciones *ad exemplum* contra el que puso la cosa (D.9.3.5.12), o bien, que se considerara la *actio de effusis vel deiectis* como acción general en la materia, dado lo expresado en D.9.3.1.3 y la identificación del *positum* con el *suspensum* en D.9.3.5.12. La primera alternativa habría significado la generación de una



responsabilidad subjetiva, y la segunda de una responsabilidad objetiva limitada a través de la *exceptio noxalis*. No existen los antecedentes para definir cuál fue la real solución, pero la absorción cada vez mayor de la situación de *positis* en la *de effusis* que puede advertirse en D.44.7.5.5, I.4.5.1 e I.4.5.2 pueden inclinar la balanza hacia la segunda sin perjuicio del problema de si se aplicaban o no las mismas penas también.

En materia de responsabilidad por el hecho ajeno, no obstante el edicto de *positis* es tratado conjuntamente en el mismo título que el *de effusis*, se aplicaban a su respecto las reglas generales. Ello porque quedaba sujeto a la sanción quien tuviese colocada o colgada la cosa (esto es, siempre por un hecho propio), y no quien tuviese la calidad de *habitor*, aunque ninguna participación le cupiese en los hechos (situación que daba lugar a responsabilidad por el hecho propio). De ahí que si *qui positum habeat* era un sujeto *sui iuris*, respondía personal y directamente; si en cambio *qui positum habeat* era un individuo *alieni iuris*, como *filiusfamilias* o *servus*, en virtud de su incapacidad procesal, podía ser demandado el *paterfamilias* o el *dominus* mediante acción noxal, y eventualmente responder por el hecho ajeno. Si esto último tenía lugar, y era condenado el demandado, tanto el fundamento de la condena como la posibilidad de limitar su responsabilidad con la *noxal deductio* se encuentran en el régimen noxal (capítulo segundo), y no en la introducción de un criterio objetivo de responsabilidad atemperado a través de la noxalidad como ocurría en el edicto de *effusis vel deiectis*.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad por el hecho ajeno, también debe tener presente cuanto se ha dicho respecto a la posible *actio* deducible para el caso de daño causado por lo que se tenía colocado o colgado, en *suggruenda protectove* o en otro punto exterior de la casa habitación. Para los casos ya indicados en que la acción hubiese sido la *actio de effusis vel deiectis*, o una contra *qui puosit* basada en ella, el *habitor* podría haber tenido que responder objetivamente por el hecho de un *filiusfamilias* o de un *servus*, caso en el cual debiera haber tenido lugar la llamada *exceptio noxalis*. Si la acción fue la *actio de positis vel suspensis* adecuada, o una acción contra *qui puosit* modelada sobre ella, o sobre la *actio legis aquiliae*, el *paterfamilias* o el *dominus* también hubieran podido ser demandados por el hecho de su *filiusfamilias* o el *servus* vía noxal. Luego, sea a través de la *exceptio noxalis* como de la *actio noxalis*, el demandado podía limitar su responsabilidad con la entrega en noxa del hijo o siervo.

## CAPÍTULO SEXTO

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Presentación de las fuentes

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

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

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

---

*llamados*, cit., p. 131.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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



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

### B. *Actio damni in factum*

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

<sup>583</sup> Véase notas 589 y 590.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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



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

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

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

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

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

<sup>594</sup> Véase nota 138.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

## V. CONCLUSIONES PARTICULARES

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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



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



## 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 occidental”.<sup>604</sup>

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.<sup>605</sup> 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.<sup>606</sup>

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

---

<sup>604</sup> 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.

<sup>605</sup> 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.

<sup>606</sup> 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 senior 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,<sup>607</sup> 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

---

<sup>607</sup> 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.<sup>608</sup>

### 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 glosadores<sup>609</sup> 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*.<sup>610</sup>

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

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

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

<sup>610</sup> 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”.<sup>611</sup> 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.<sup>612</sup> 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.<sup>613</sup>

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.<sup>614</sup> Finalmente, también tuvieron a la vista unas figuras que eran consideradas “cuasi delito” y no delito por los romanos, que se carac-

---

<sup>611</sup> 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.

<sup>612</sup> Rasi, *op. cit.*, pp. 732 y 734.

<sup>613</sup> *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.

<sup>614</sup> 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,<sup>615</sup> 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*.<sup>616</sup>

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*.<sup>617</sup> De esta manera, la *actio generalis in factum*, en lo que concierne a la *reintegratio*, ya habría perdido con los glosadores su carácter penal.<sup>618</sup>

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

<sup>615</sup> 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.

<sup>616</sup> Rasi, *op. cit.*, p. 745.

<sup>617</sup> *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*.

<sup>618</sup> *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;<sup>619</sup> y Bartolo, desde el ámbito contractual, distinguirá seis tipos diversos de culpa: *culpa latissima*, *culpa latior*, *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levior*, *culpa levissima*,<sup>620</sup> llegando a decir que en materia de daño aquiliano el agente es obligado por *culpa levissima*.<sup>621</sup>

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.<sup>622</sup> En este autor, la culpa es el fundamento de la responsabilidad del *habitor*, del *exercitor*, del *caupo* y del *stabularius*.<sup>623</sup> 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*.

<sup>619</sup> Bellomo, *op. cit.*, p. 727.

<sup>620</sup> *Ibidem*, p. 728.

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

<sup>622</sup> Cerami, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

<sup>623</sup> *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*.<sup>624</sup>

### 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 justiniana se entendía a través de aquélla, dada la formación de sus redactores e intérpretes.<sup>625</sup>

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

<sup>624</sup> Talamanca, *Colpa, cit.*, núm. 22, p. 532.

<sup>625</sup> 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.<sup>626</sup> 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*.<sup>627</sup>

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 concorra culpa en el demandado.<sup>628</sup>

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.<sup>629</sup> 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

---

<sup>626</sup> 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.

<sup>627</sup> *Op. cit.*, nota 29, p. 267.

<sup>628</sup> *Op. cit.*, nota 31, p. 267.

<sup>629</sup> *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.<sup>630</sup>

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”.<sup>631</sup> 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.<sup>632</sup> Este último resultado fue compartido por otros autores de la época,<sup>633</sup> 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”.<sup>634</sup>

---

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

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

<sup>632</sup> *Ibidem*, p. 347.

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

<sup>634</sup> *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.<sup>635</sup>

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-

---

<sup>635</sup> 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”.<sup>636</sup> 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.<sup>637</sup>

Pero es en Johannes 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,<sup>638</sup> bastando que esta sea leve.<sup>639</sup> 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.<sup>640</sup> Además, el delito de la ley Aquilia, presenta la singularidad que otorga acción persecutoria de la cosa y de la pena.<sup>641</sup>

---

<sup>636</sup> *De iure belli ac pacis*, Caput XVII, par. I.

<sup>637</sup> *Idem*.

<sup>638</sup> *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.

<sup>639</sup> *Elementos*, *cit.*, núm. 1029, p. 282.

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

<sup>641</sup> *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.<sup>642</sup> 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.<sup>643</sup> 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 cauponas et stabularios* porque hay culpa en servirse de hombres malos.<sup>644</sup> Esto último sin perjuicio de responder del hecho de los extraños por la recepción, en virtud de un cuasicontrato.<sup>645</sup> Por lo mismo, de todos los cuasidelitos emana una acción común *in factum*.<sup>646</sup> 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.<sup>647</sup>

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.<sup>648</sup> Si bien no lo dice expresamente, y a pesar de la explicación precedente, de sus dichos se puede deducir que si se

<sup>642</sup> *Elementos, cit.*, núm. 1028, pp. 282 y 283.

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

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

<sup>645</sup> *Recitaciones... cit.*, l. 4, t. 5, p. 80.

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

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

<sup>648</sup> *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.<sup>649</sup> 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”.<sup>650</sup>

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-

---

<sup>649</sup> *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.

<sup>650</sup> *Recitaciones...cit.*, t. III, p. 160, nota 1.

culos a la formulación genérica.<sup>651</sup> 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 justinianeas que considera principios y que titula *Legum delectus*.<sup>652</sup> Pothier en cambio, se preocupa de elaborar una obra que dé un nuevo orden al tratamiento de las materias, intitulada *Las Pandectas de Justiniano*.<sup>653</sup> Por lo

<sup>651</sup> *Op. cit.*, p. 539.

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

<sup>653</sup> 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.<sup>654</sup>

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-

---

<sup>654</sup> 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”.<sup>655</sup> 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.<sup>656</sup> 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

<sup>655</sup> *Las leyes civiles*, cit., núm. 1, p. 76.

<sup>656</sup> *Las leyes civiles*, cit., núm. 5, p. 77.

de perjuicios.<sup>657</sup> 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,<sup>658</sup> 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*<sup>659</sup> (imprevisita) de un hecho. El autor ilustra su idea mediante ejemplos del Digesto o que se relacionan con los contenidos en éste.<sup>660</sup>

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

---

<sup>657</sup> *Ibidem*, núm. 2, p. 76.

<sup>658</sup> *Ibidem*, núm. 1, p. 76.

<sup>659</sup> *Ibidem*, núm. 3, p. 76.

<sup>660</sup> 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).<sup>661</sup>

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”.<sup>662</sup>

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”,<sup>663</sup> 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.<sup>664</sup> 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*

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

<sup>662</sup> *Op. cit.*, núm. 116, p. 72.

<sup>663</sup> *Le Pandette, cit.*, v. 2, p. 82.

<sup>664</sup> *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.*<sup>665</sup>

---

<sup>665</sup> “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.*<sup>666</sup>

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,<sup>667</sup> ambas cuestiones necesarias de tener presente al momento de leer los artículos 1382 y 1383 del Cc.Fr.

---

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

<sup>667</sup> “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 discusión<sup>668</sup> 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”.<sup>669</sup>

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

<sup>668</sup> 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.

<sup>669</sup> 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.<sup>670</sup>

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-

---

<sup>670</sup> 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).<sup>671</sup> Respecto a las “bestias mansas” (caballos, mulas, asnos, bueyes, camellos, elefantes y otras cosas semejantes),<sup>672</sup> el propietario era obligado a indemnizar.

<sup>671</sup> 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.

<sup>672</sup> 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.<sup>673</sup> 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

---

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



exclusiva de derecho civil particular.<sup>674</sup> 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,<sup>675</sup> 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.<sup>676</sup> 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.<sup>677</sup> 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 custodia 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*

---

<sup>674</sup> *De iure belli ac pacis*, t. II, caput XVII, par. XX.

<sup>675</sup> 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.

<sup>676</sup> Domat, *Las leyes civiles*, cit., p. 68.

<sup>677</sup> *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”.<sup>678</sup> 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.<sup>679</sup>

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”.<sup>680</sup> 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”.<sup>681</sup> 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.<sup>682</sup>

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-

<sup>678</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>679</sup> 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.

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

<sup>681</sup> Pothier, *Tratado, cit.*, núm. 116, p. 72.

<sup>682</sup> *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”.<sup>683</sup>

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, entendiéndolo 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.<sup>684</sup> 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 *nox a 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

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

<sup>684</sup> *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'".<sup>685</sup>

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".<sup>686</sup> 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*".<sup>687</sup>

---

<sup>685</sup> 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.

<sup>686</sup> 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".

<sup>687</sup> 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*”.<sup>688</sup>

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

<sup>688</sup> *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”.<sup>689</sup> 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.<sup>690</sup>

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),<sup>691</sup> 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

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

<sup>690</sup> Respecto a todas las referencias, García Goyena, *op. cit.*, p. 256.

<sup>691</sup> 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”.<sup>692</sup>

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.

<sup>692</sup> *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”.<sup>693</sup>

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

<sup>693</sup> 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 *effusis 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,<sup>694</sup> y aún en ausencia del dueño y sin tener noticia de ello.<sup>695</sup> 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.<sup>696</sup> Los motivos de establecer reglas para estas situaciones, expresamente lo entendía como el aseguramiento del libre tránsito y seguridad de los pasantes.<sup>697</sup>

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”<sup>698</sup> (pues de lo contrario habría delito y no cuasidelito); y no importa el lugar en los cuales “semejante imprudencia podría causar algún daño”.<sup>699</sup> 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-

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

<sup>695</sup> *Las leyes civiles*, cit., t. II, p. 65, núm. 1.

<sup>696</sup> *Ibidem*, p. 67, núms. 9 y 10.

<sup>697</sup> *Ibidem*, pp. 65 y 66, núm. 2; p. 67, núm. 9.

<sup>698</sup> *Ibidem*, p. 67, núm. 8.

<sup>699</sup> *Ibidem*, pp. 65 y 66, núm. 2.

bilidad del habitador por los hospedados, siendo diferente en el punto con la jurisprudencia romana;<sup>700</sup> 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.<sup>701</sup>

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.<sup>702</sup> 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-

<sup>700</sup> *Ibidem*, p. 66, núm. 5.

<sup>701</sup> Fenet, *Recueil Complet*, cit., t. II, p. 203.

<sup>702</sup> *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”.<sup>703</sup>

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

---

<sup>703</sup> 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.<sup>704</sup>

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.

<sup>704</sup> 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.<sup>705</sup> 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,

<sup>705</sup> 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”.<sup>706</sup> 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

<sup>706</sup> 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.<sup>707</sup> 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.<sup>708</sup>

### 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.<sup>709</sup> 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

<sup>707</sup> 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.

<sup>708</sup> 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.

<sup>709</sup> *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.<sup>710</sup>

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.<sup>711</sup> 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*.<sup>712</sup> 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-

<sup>710</sup> *Ibidem*, par. XXI.

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

<sup>712</sup> *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.<sup>713</sup> 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.<sup>714</sup>

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.<sup>715</sup> 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”.<sup>716</sup> 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.<sup>717</sup> 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

---

<sup>713</sup> 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.

<sup>714</sup> *Las leyes civiles*, cit., t. 1, pp. 349 y 350.

<sup>715</sup> *Ibidem*, p. 351.

<sup>716</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>717</sup> *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.<sup>718</sup> Todo ello sin perjuicio de afirmar que el capitán del barco respondía “por el hecho” de su tripulación.<sup>719</sup>

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.<sup>720</sup> 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”<sup>721</sup> (lo mismo para el hostel o establo). Pothier se encarga de precisar que esta falta de culpa “se entiende leve”,<sup>722</sup> 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

<sup>718</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>719</sup> *Ibidem*, p. 352.

<sup>720</sup> *Ibidem*, p. 353.

<sup>721</sup> *Le Pandette, cit.*, vol. 1, p. 458.

<sup>722</sup> *Ibidem*, nota 1.

hombre, obra del cual se sirve”,<sup>723</sup> porque “es culpa suya haber empleado tales personas”.<sup>724</sup> Por lo mismo, no es responsable por los hechos de los viajeros o huéspedes, porque él no lo elige.<sup>725</sup> 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,<sup>726</sup> caso en el cual sólo podía ser de peculio,<sup>727</sup> 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,<sup>728</sup> 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

---

<sup>723</sup> *Ibidem*, vol. 6, p. 357.

<sup>724</sup> *Ibidem*, p. 358.

<sup>725</sup> *Ibidem*, p. 356.

<sup>726</sup> *Ibidem*, p. 357.

<sup>727</sup> *Ibidem*, p. 358.

<sup>728</sup> *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.<sup>729</sup> 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.<sup>730</sup>

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

<sup>729</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>730</sup> Fenet, A., *Recueil, op. cit.*, t. II, p. 203.

<sup>731</sup> 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.<sup>732</sup> 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...*<sup>733</sup>

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

<sup>732</sup> *Ibidem*, pp. 459 y 460.

<sup>733</sup> *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 *navatae cauponas 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*?<sup>734</sup> Simplemente estaba el autor pensando en personas que pudieren 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 menciona<sup>735</sup> 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”.<sup>736</sup> 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

<sup>734</sup> *Las leyes civiles*, t. II, p. 66, núm. 7.

<sup>735</sup> *Tratado*, cit., núm. 121, pp. 73 y 74.

<sup>736</sup> *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*.<sup>737</sup>

### 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.<sup>738</sup> 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*.<sup>739</sup>

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.<sup>740</sup>

---

<sup>737</sup> Deroussin, *op. cit.*, p. 793.

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

<sup>739</sup> 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.

<sup>740</sup> *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.<sup>741</sup>

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.<sup>742</sup>

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*”.<sup>743</sup>

<sup>741</sup> 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.

<sup>742</sup> Pacheco, *ibidem*, p. 290. *Código Penal de España, ibidem*, p. 38, nota 1.

<sup>743</sup> 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.<sup>744</sup> La argumentación era compartida por otros autores.<sup>745</sup>

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.

---

<sup>744</sup> Febrero, *op. cit.*, p. 103.

<sup>745</sup> 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.<sup>746</sup> 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,

---

<sup>746</sup> *Ibidem*, p. 291.

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

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.<sup>748</sup>

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.<sup>749</sup>

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,

---

<sup>747</sup> Pacheco, *op. cit.*, p. 292.

<sup>748</sup> García Goyena, *op. cit.*, p. 258.

<sup>749</sup> *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.;<sup>750</sup> 2241 Cc.Ec.; 2341 Cc.Col.;<sup>751</sup> y 2065 Cc.El Sal.).<sup>752</sup>

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.<sup>753</sup> De esta manera, luego de los casos particulares de la res-

---

<sup>750</sup> 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).

<sup>751</sup> 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.

<sup>752</sup> 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.

<sup>753</sup> 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.<sup>754</sup> 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,<sup>755</sup> la doctrina está en búsqueda de alternativas.<sup>756</sup>

## 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.

<sup>754</sup> 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.

<sup>755</sup> Barros, *op. cit.*, núm. 97, p. 157.

<sup>756</sup> 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.<sup>757</sup> 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,<sup>758</sup> 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

---

<sup>757</sup> 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.

<sup>758</sup> *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.<sup>759</sup>

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.<sup>760</sup> 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,<sup>761</sup> 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 culposo.

---

<sup>759</sup> 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”.

<sup>760</sup> “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.

<sup>761</sup> 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.<sup>762</sup>

Así, el artículo 1833, basado en los artículos 1066, 1067 y 1068 del Cc.Arg.,<sup>763</sup> 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.<sup>764</sup>

#### 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

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

<sup>763</sup> Pangrazio, Miguel Ángel, *Código civil paraguayo*, comentado, Asunción, 1998, p. 915.

<sup>764</sup> 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.<sup>765</sup>

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.<sup>766</sup>

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-

<sup>765</sup> Gamarra, *op. cit.*, t. XXI, vol. 3, parte V, p. 13.

<sup>766</sup> 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”.<sup>767</sup> 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,<sup>768</sup> 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*.<sup>769</sup>

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

---

<sup>767</sup> “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).

<sup>768</sup> 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.

<sup>769</sup> 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 contrapone 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,<sup>770</sup> 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).<sup>771</sup> 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”.<sup>772</sup> 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.<sup>773</sup>

## 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.<sup>774</sup> Esta última se debió

---

<sup>770</sup> “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).

<sup>771</sup> 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.

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

<sup>773</sup> *Idem.*

<sup>774</sup> 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 conteste<sup>775</sup> (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.

<sup>775</sup> 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);<sup>776</sup> 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.<sup>777</sup> La historia del establecimiento del código ratifica esta lectura de las normas.<sup>778</sup>

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.<sup>779</sup>

### 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.,<sup>780</sup> 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.

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

<sup>777</sup> Véase, Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 193.

<sup>778</sup> 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, “ahorrandose” 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.

<sup>779</sup> Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 182.

<sup>780</sup> 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-Goyena<sup>781</sup> (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.<sup>782</sup> 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.<sup>783</sup>

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*...”.<sup>784</sup> 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.

<sup>781</sup> 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.

<sup>782</sup> 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).

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

<sup>784</sup> 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.<sup>785</sup>

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.<sup>786</sup> 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,<sup>787</sup> 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.

<sup>785</sup> 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.

<sup>786</sup> Melich, *op. cit.*, t. II, núm. 145, p. 150.

<sup>787</sup> 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.<sup>788</sup> 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.<sup>789</sup>

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.<sup>790</sup>

## 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.<sup>791</sup> El código de 1852, también de influencia francesa, man-

---

<sup>788</sup> 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.

<sup>789</sup> “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.

<sup>790</sup> 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.

<sup>791</sup> 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.<sup>792</sup> “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.<sup>793</sup>

---

<sup>792</sup> 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.

<sup>793</sup> 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...”.<sup>794</sup> 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”.<sup>795</sup> 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-

---

<sup>794</sup> 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).

<sup>795</sup> 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”.<sup>796</sup> 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.<sup>797</sup>

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,<sup>798</sup> 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.<sup>799</sup>

<sup>796</sup> De Trazegnies, *op. cit.*, p. 97.

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

<sup>798</sup> De Trazegnies, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

<sup>799</sup> 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.<sup>800</sup>

*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

---

<sup>800</sup> 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.<sup>801</sup>

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.<sup>802</sup>

*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.<sup>803</sup> 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,<sup>804</sup> algunos pretenden imponer como principio general, el de la responsabilidad objetiva,<sup>805</sup> alterando gravemente el sistema.

---

<sup>801</sup> 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.

<sup>802</sup> *Ibidem*, p. 88.

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

<sup>804</sup> “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”.

<sup>805</sup> 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.<sup>806</sup> 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 sustancias 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.

---

<sup>806</sup> 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,<sup>807</sup> aunque curiosamente había tenido entre otras fuentes directas a Domat y a Pothier.<sup>808</sup> También constituyó excepción el código civil del Perú de 1852, el que en su

---

<sup>807</sup> 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.

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

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

El único que se refería hasta el 2016 a la noxa expresamente pero para rechazarla, fue el Cc.Arg. en su artículo 1131,<sup>812</sup> 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.<sup>813</sup> 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.<sup>814</sup> Luego, la mayoría de los países que siguieron al Código Civil chileno mantienen también hasta hoy la misma norma: artículos

---

<sup>809</sup> “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”.

<sup>810</sup> Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., p. 334.

<sup>811</sup> 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.

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

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

<sup>814</sup> 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.<sup>815</sup> 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.<sup>816</sup>

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.<sup>817</sup>

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.

<sup>815</sup> 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.

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

<sup>817</sup> 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.<sup>818</sup> 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 riesgo<sup>819</sup> (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.<sup>820</sup>

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-

---

<sup>818</sup> 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.

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

<sup>820</sup> 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.<sup>821</sup> 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”,<sup>822</sup> presumiendo *iuris et de iure* la culpa del tenedor del animal.<sup>823</sup> Empero, en la actualidad, dado que el efecto práctico es el mismo, la moderna doctrina ya de forma directa la califica de responsabilidad estricta.<sup>824</sup>

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

---

<sup>821</sup> 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.

<sup>822</sup> Borda, *Manual, cit.*, p. 479.

<sup>823</sup> 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.

<sup>824</sup> 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.<sup>825</sup> 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.<sup>826</sup> 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

---

<sup>825</sup> 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.

<sup>826</sup> 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.<sup>827</sup> 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.<sup>828</sup>

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.<sup>829</sup> Pero además, constituiría no sólo una

---

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

<sup>828</sup> Guzmán Brito, *La codificación civil*, cit., p. 333.

<sup>829</sup> 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).<sup>830</sup>

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.<sup>831</sup> Ésta se ha hecho realidad con el nuevo artículo 936.<sup>832</sup>

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.

<sup>830</sup> 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.

<sup>831</sup> 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.

<sup>832</sup> 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.<sup>833</sup> 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*.<sup>834</sup>

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.<sup>835</sup> 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,<sup>836</sup> 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).

---

<sup>833</sup> 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.

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

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

<sup>836</sup> 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,<sup>837</sup> 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.,<sup>838</sup> 2255 Cc.Ec; 1330 Cc.Ur; y 2079 Cc.El Sal.

---

<sup>837</sup> 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.

<sup>838</sup> 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.<sup>839</sup>

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,<sup>840</sup> 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

<sup>839</sup> 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).

<sup>840</sup> 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.<sup>841</sup>

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.<sup>842</sup> 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.<sup>843</sup> tratamiento conjunto de los antiguos edictos; sin referencias literales a imputación subjetiva, permitiendo la calificación de responsabilidad objetiva para el caso;<sup>844</sup> 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.<sup>845</sup> Ello aunque sólo se diferencian de

---

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

<sup>842</sup> 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.

<sup>843</sup> 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.

<sup>844</sup> 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.

<sup>845</sup> 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.<sup>846</sup> 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.<sup>847</sup>

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).<sup>848</sup> La situación de estos códigos se debe a la influencia directa o indirecta francesa o italiana en ellos.<sup>849</sup> Desde luego ya el *Code* había optado por esta alternativa

---

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

<sup>847</sup> Véase, nota 840.

<sup>848</sup> 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).

<sup>849</sup> 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.<sup>850</sup> 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.<sup>851</sup> Asimismo, hoy el caso tiende a ser incorporado dentro de los daños colectivos.<sup>852</sup>

### 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

---

<sup>850</sup> 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”.

<sup>851</sup> 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.

<sup>852</sup> 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;<sup>853</sup> 2071<sup>854</sup> 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,<sup>855</sup> además de prescindir del artículo 2322 del Cc.Ch.

---

<sup>853</sup> 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”.

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

<sup>855</sup> 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.<sup>856</sup> 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,<sup>857</sup> si no como objetiva.<sup>858</sup>

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.

<sup>856</sup> 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.

<sup>857</sup> 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.

<sup>858</sup> “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;<sup>859</sup> para los segundos, como Las Partidas, subjetivó la responsabilidad, aunque se podría entender la situación de los hurtos aún objetiva.<sup>860</sup>

---

<sup>859</sup> 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.

<sup>860</sup> 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 comercio<sup>861</sup> 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.<sup>862</sup>

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.<sup>863</sup>

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.).

<sup>861</sup> 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.

<sup>862</sup> 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.

<sup>863</sup> 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 juriconsultos 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,<sup>864</sup> 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.

---

<sup>864</sup> 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.<sup>865</sup>

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.<sup>866</sup>

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

---

<sup>865</sup> 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.

<sup>866</sup> 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”.<sup>867</sup>

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.<sup>868</sup> 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.

<sup>867</sup> De Trazegnies, *op. cit.*, p. 341.

<sup>868</sup> 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*.<sup>869</sup> Otros en cambio pretendieron la existencia de una presunción de derecho, con apoyo jurisprudencial incluido,<sup>870</sup> llegando a ser declarado como no escrito por algunos.<sup>871</sup> 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 estableceros, sea *in vigilando* o *in eligendo*.<sup>872</sup>

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.<sup>873</sup>

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

---

<sup>869</sup> 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.

<sup>870</sup> 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.

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

<sup>872</sup> Gonçalves, *op. cit.*, pp. 100, 120 y 135.

<sup>873</sup> “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.

<sup>874</sup> 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,<sup>875</sup> 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.<sup>876</sup>

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

---

<sup>875</sup> 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.

<sup>876</sup> 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;<sup>877</sup> 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;<sup>878</sup> alguno expresamente se remite a su respecto a las normas del código civil;<sup>879</sup> etcétera.

---

<sup>877</sup> 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).

<sup>878</sup> 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.

<sup>879</sup> 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”.<sup>880</sup>

---

<sup>880</sup> Por ejemplo Menezes, *op. cit.*, p. 213; Gonçalves, *op. cit.*, pp. 121; Villaça, *Téoria 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.

## CAPÍTULO OCTAVO

### LA NEO-LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO MODERNO

#### I. LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES Y LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD EN LATINOAMÉRICA

En la actualidad, diversas convenciones internacionales y leyes nacionales contemplan casos especiales de responsabilidad que se caracterizan por establecer límites cuantitativos a ésta, en especial en el ámbito del transporte. Es más, se suele citar específicamente al transporte marítimo como la cuna de las limitaciones modernas al resarcimiento de los perjuicios.

Ciertamente, es en la actividad marítima donde desde hace varios siglos es posible advertir la presencia de la institución del “abandono de nave”, la que consiste en una expresa declaración de voluntad del naviero de abandonar buque y fletes en favor de sus acreedores, limitando entonces su responsabilidad hasta la concurrencia del valor de éstos.

Los autores plantean distintos antecedentes respecto a cuál habría sido el primer texto que la contempló modernamente. Así, se suelen citar la ordenanza francesa de Carlos VI del año 1415,<sup>881</sup> el código sueco de 1667 y su adaptación por las Ordenanzas de Colbert del año 1681, que habrían sido a su vez la fuente indirecta de todos los códigos de tradición continental inspirados en el código comercial napoleónico de 1807.<sup>882</sup>

Sobre su origen histórico, dentro de la discusión si el instituto es báltico o mediterráneo, se ha planteado en favor de esta última alternativa, que su nacimiento está relacionado con la *actio noxalis*, con la *actio de peculio*, o en

---

<sup>881</sup> Pugliatti, *op. cit.*, p. 83.

<sup>882</sup> Ray, José Domingo, *Derecho de la navegación*, Abeledo-Perrot, t. I, Buenos Aires, 1991, p. 367; García Infante, Félix, *Derecho del transporte marítimo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1993, p. 184; Pellegrino, Francesca, *Studio sulla limitazione del debito del vettore terrestre di merci*, Messina, 1994, p. 77.

forma más general, en la *cessio bonorum*. Se le critica a esta postura que las citadas figuras romanas suponen la transferencia de la propiedad (lo que se ha destacado en los capítulos anteriores), efecto que no se presenta en el abandono de nave a los acreedores, pues en éste se constituye un fondo de limitación con el precio que se obtenga de la nave conjuntamente con el flete y lo percibido por el viaje bajo otros conceptos.<sup>883</sup> Me parece, no obstante la objeción, que se trata de una explicación muy verosímil.

La configuración que le conocemos al abandono de la nave, que precisamente permite distinguirla de otras instituciones, no es sino el estadio final de su propio desarrollo, pero sólo una etapa intermedia en la evolución de los límites de responsabilidad en derecho marítimo. Precisamente el abandono de la nave fue reemplazado en derechos estaduales y en las convenciones internacionales que luego se tratarán, por límites cuantitativos.<sup>884</sup> Es decir, el proceso evolutivo en la materia ha continuado. De la misma manera, antes del abandono, existieron otras alternativas que constituyen sus antecedentes, dentro de los que se debiera contar a las figuras romanas.

Desde luego, son estas últimas a partir de las cuales se genera el concepto de limitación de la responsabilidad del naviero; y en particular, de la noxalidad, que conllevaba “el abandono noxal” que producía el efecto de limitativo. Pero claro, se ha visto que por su origen, las instituciones romanas (sea la *actio noxalis* o de *peculio*) no pudieron dar respuesta a las distintas situaciones que se presentaban. De hecho, la citada noxalidad no tenía aplicación en caso de daños causado por dependientes que no fuesen esclavos (o hijos, en época clásica), surgiendo otras soluciones como la cesión de acciones (capítulo sexto, romano IV). No resulta entonces nada de extraño que, ya aprehendido por los juristas el concepto de limitación de la responsabilidad del naviero, plantearan otras alternativas que implicaran a ésta y, en particular, al abandono de los bienes del deudor con los cuales se causó el perjuicio (como su nave), así como los frutos de su explotación (los fletes), en favor de los acreedores. Es más, la justicia del abandono de la nave se fundamentó en el riesgo intrínseco que significaba la navegación por mar, y por tanto como una institución necesaria para el desarrollo de las empresas marítimas. Desde esta perspectiva, se advierte una suerte de continuidad desde los tiempos del imperio romano hasta nuestros días, en lo que corres-

---

<sup>883</sup> Ray, *op. cit.*, t. I, p. 378.

<sup>884</sup> A decir de Pellegrino, las motivaciones que fundamentaron el abandono fueron superadas por el tiempo, pues la institución se mostró inadecuada a las nuevas exigencias. Significaba la pérdida de la nave, como asimismo el débito podía ser inferior al valor de la nave, o bien quedaba exento de la responsabilidad por pérdida de la nave. *Op. cit.*, pp. 78 y 84.



ponda a una actividad acechada por diversos riesgos extrínsecos, que obligan a soluciones especiales.

Ahora bien, el abandono de la nave se instaló ciertamente como uno de los pilares de la actividad marítima, siendo acogido por las codificaciones decimonónicas. Así, el artículo 216 inciso 2 del Code de Commerce francés de 1807 expresamente estableció que “la responsabilité cesse par l’abandon du navire et du fret”. Similar regla contuvo el artículo 231 del Codice di Commercio Albertino de 1842, el cual, junto al francés, constituyeron el antecedente del artículo 311 del Codice di Commercio del Regno d’Italia de 1865,<sup>885</sup> tradición que en el país de la bota fue continuada por el artículo 491 del Codice di Commercio de 1882. Destacaba en el sistema francés y en el sistema italiano del abandono de la nave, la imposibilidad de recurrir a este instituto cuando el propietario hubiera incurrido en culpa, en el primero, o en dolo o culpa grave, en el segundo. La exclusión de la limitación no pueden sino recordarnos las instituciones romanas, inaplicables, y consecuentemente los límites, en casos de dolo o culpa personal del propietario. La continuidad de principios es evidente.

La institución también fue recepcionada en Latinoamérica. En algunos países formó parte del derecho marítimo pero fue eliminada para dar paso a las nuevas formas de limitación de la responsabilidad en el ámbito de la navegación, como es el caso de Chile.<sup>886</sup> Mas, en la mayoría de los Estados del continente se mantiene incluso hasta hoy su vigencia, a pesar de los sistemas limitativos modernos incorporados en las convenciones internacionales del ramo. Así, con matices distintos, en Uruguay (artículo 1050 código de comercio), Venezuela (artículo 623 código de comercio), Ecuador (artículo 738 código de comercio) y Perú (artículo 600 código de comercio). En Panamá rige para deudas de fuentes distintas a los contratos de transporte de mercaderías (Ley núm. 55 de 2008, del comercio marítimo, artículos 20 y 63). En otros, se reserva la institución del abandono para daños diversos a los casos de muerte y lesiones corporales, siendo el caso de Argentina (artículos 175 y siguientes de la ley de navegación) y Colombia (artículos 1481 y 1487 código de comercio).

---

<sup>885</sup> “I proprietari di navi sono risponsabili dei fatti del capitano e tenuti per le obbligazioni contratte da questo per ciò, che concerne la nave e la spedizione; possono in tutti i casi liberarsi dalla responsabilità e dalle obbligazioni mediante l’abbandono della nave e del nolo”.

<sup>886</sup> El artículo 879, inciso 1 del antiguo Código de Comercio establecía: “el naviero, sea o no propietario de la nave, podrá libertarse de responder de los hechos del capitán y tripulación y de las obligaciones contraídas por aquél, *abandonando la nave* y los fletes percibidos o por percibir en razón del viaje a que esos hechos y obligaciones se refieran”.

La idea de limitar la responsabilidad del propietario de la nave en materia de transporte marítimo, sea a través del abandono de la nave primero o de sumas fijas después, fue tomada y desarrollada tanto en el transporte aéreo como en el terrestre (ya sea por carretera o a través de ferrocarril), expansión que luego ha contagiado otros ámbitos que constituyen también fuente de responsabilidad civil. No en vano, y en especial por los límites de la responsabilidad, Busnelli se ha permitido afirmar que el derecho de los transportes es como un banco de pruebas de las nuevas fronteras de la responsabilidad civil.<sup>887</sup>

Luego, como la actividad del transporte implica el ejercicio de un comercio entre diferentes Estados, tanto el derecho de los transportes como los casos modernos de limitaciones cuantitativas de la responsabilidad han encontrado en las convenciones internacionales una vía natural para su desarrollo, algunos de los cuales recogen además responsabilidades objetivas. La necesidad de un estatuto común y claro en materia de tráfico comercial interestatal, la transversalidad de los daños y la magnitud de éstos, ya sea porque abarcan grandes extensiones de espacio aéreo, terrestre o marítimo, y/o porque afectan a un número relevante de personas, han derivado en la adopción de este tipo de instrumentos.

Interesa especialmente para efectos del presente trabajo, la circunstancia que entre los países firmantes de dichas convenciones se encuentran latinoamericanos, constituyendo entonces estatutos legales comunes en los respectivos casos de límites indemnizatorios. Por ello, a continuación revisaré brevemente cuatro ámbitos convencionados, que por las razones antes indicadas, tres de ellos se relacionan con el transporte de carga y de pasajeros.

### 1. *Responsabilidad por daños a la carga en transporte marítimo de mercancías bajo régimen de conocimiento y por muerte o lesiones de pasajeros*

La emisión y existencia de un conocimiento de embarque bajo el cual se ejecute el transporte marítimo de carga, deja de inmediato a la vista la existencia de un contrato de transporte de por medio. Conceptualmente, se vincularía más bien con el edicto *de receptis nautae cauponum stabularium*, pues acredita la recepción de la carga y la asunción de su custodia.<sup>888</sup>

<sup>887</sup> Busnelli, *op. cit.*, p. 2.

<sup>888</sup> Para un mejor entendimiento, cito la definición que da el artículo 977 del Código de Comercio chileno: “el conocimiento de embarque es un documento que prueba la existencia de un contrato de transporte marítimo, y acredita que el transportador ha tomado a su cargo

El primer convenio internacional que busca uniformar la regulación de la actividad del transporte marítimo de mercancías fue el de la “Convención de Bruselas para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento” (Reglas de La Haya) de 1924, en vigencia desde 1931. Se caracterizó por fundar la responsabilidad del transportador en culpa, exigiéndole una diligencia razonable, presumiéndose ésta en caso de pérdidas pero admitiendo prueba en contrario. A pesar de dicho fundamento, su artículo 4o., núm. 5 estableció para el caso de pérdidas o daños causados a la mercancía, o concernientes a las mismas, la suma de 100 libras esterlinas por bulto o unidad como monto de responsabilidad limitada. Interesante es la circunstancia que en su articulado se refería a la responsabilidad del transportador o del buque, referencia esta última entendible a la luz de la institución del abandono de la nave. Se adhirieron a esta convención Bolivia, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Paraguay y Perú.<sup>889</sup>

El protocolo de Visby (Reglas de La Haya/Visby) de 1968, reemplazó todo el texto del artículo 4o., núm. 5. Junto con cambiar la unidad de cuenta al franco poincaré, basado en el valor “oficial” de oro, elevó la cifra a 10.000 francos poincaré por bulto o unidad de carga, y a 30 francos poincaré por kilo, según la opción del reclamante, lo que vino a significar, según estimación de García, un aumento de un 400% en los montos a indemnizar con límite.<sup>890</sup> Pero además, la responsabilidad se objetiva, se establece que ni el transportador ni el buque se podrían beneficiar con esta limitación cuantitativa de la responsabilidad, si se comprobaba que el daño derivaba de un acto o de una omisión del transportador ejecutada sea con la intención de ocasionar un daño, sea de forma temeraria y con conciencia de que cabe la posibilidad de causar un daño. Dentro de los países latinoamericanos, sólo Ecuador se adhirió a este Convenio.<sup>891</sup>

En 1979, las llamadas Reglas de La Haya/ Visby cambian la unidad de cuenta a los “Derechos Especiales de Giro” (en adelante DEG), determinados por el Fondo Monetario Internacional (FMI), estableciéndose el límite en 666,67 DEG por bulto o unidad perdida o dañada, y 2 DEG por kilo, manteniendo el derecho del reclamante a escoger la que resulte más elevada (artículo II).<sup>892</sup>

---

o ha cargado las mercancías y se ha obligado a entregarlas contra la presentación de ese documento a una persona determinada, a su orden o al portador”.

<sup>889</sup> Fuente <http://www.comitemaritime.org/Uploads/pdf/CMI-SRMC.pdf>.

<sup>890</sup> García Infante, *op. cit.*, p. 257.

<sup>891</sup> Fuente citada en nota 889.

<sup>892</sup> Las tasas de conversión diaria de derechos especiales de giro (DEG) se pueden encontrar en el sitio Web del Fondo Monetario Internacional <http://www.imf.org>.

El Convenio de Naciones Unidas para el Transporte Marítimo de Mercancías (las llamadas Reglas de Hamburgo) no tuvo tampoco mejor suerte en Latinoamérica. De los 34 estados parte, ratificó Chile, se adhirió República Dominicana y Paraguay, y sólo la firmaron Brasil, Ecuador, México, Panamá y Venezuela.<sup>893</sup> Con vigencia internacional desde 1992, establecieron un régimen de responsabilidad que Rodríguez Carrión califica de “cuasi objetiva”, fundada en la presunción de culpa del transportador marítimo.<sup>894</sup> Ello en razón que el porteador responde de los perjuicios resultantes de la pérdida o el daño de las mercancías, así como del retraso en la entrega, si el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia, a menos que pruebe que él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que de forma razonable se podían exigir para evitar el hecho y sus consecuencias (artículo 5o., núm. 1).

Los montos de limitación mantienen al DEG como unidad de cuenta y alcanzan a 835 DEG por bulto y 2,5 DEG por kilo de peso bruto, en caso de daño o pérdida de las mercaderías, sin perjuicio de la limitación a una suma equivalente a dos veces y media el flete en caso de retraso de las mercaderías. El beneficio de la limitación para el transportador se pierde en la misma hipótesis de La Haya/Visby (artículo 8o., núm. 1).

No obstante estamos en una actividad basada en el contrato de transporte, destaco que el artículo 7 de las Reglas de Hamburgo extiende la aplicación de las disposiciones antes referidas, en especial los límites de responsabilidad, a toda acción contra el porteador respecto de la pérdida o el daño de las mercancías a que se refiera el contrato de transporte marítimo, así como respecto del retraso en la entrega, sea que se funde en responsabilidad contractual, o en responsabilidad extracontractual.

Mención aparte merece el Convenio Internacional Relativo a la Limitación de Responsabilidad de los Propietarios de Buques que Navegan por Alta Mar (1931), cuyo único país latinoamericano que lo ratificó fue Brasil, mientras República Dominicana sólo adhirió a su protocolo modificatorio de 1957.

Señalo finalmente como antecedente que el año 2008 se celebró el “Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo” (“Reglas de Rotterdam”). En él se desarrollan y modernizan los antiguos convenios. Man-

---

<sup>893</sup> Fuente, [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/transport\\_goods/Hamburg\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_status.html).

<sup>894</sup> Rodríguez Carrión, José Luis, “Responsabilidad del naviero y su limitación”. Cuestiones actuales, II Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, 1994, p. 137.

tiene en todo caso la prueba que no hubo culpa de parte del transportista o de sus dependientes (artículo 17 núm. 2) y sube a 875 DEG y 3 por Kilogramo los límites respectivamente (artículo 59). Mas, ningún país latinoamericano lo firmó, y ninguno a la fecha tampoco se ha adherido.

En materia de transporte marítimo de pasajeros también ha habido regulación, sin embargo no ha tenido acogida entre los países latinoamericanos, probablemente por el menor desarrollo en ellos de esta industria. Cito de todos modos como antecedente la “Convención de Atenas sobre el transporte de pasajeros y sus equipajes por mar” de 1974, modificada por los Protocolos de Londres del año 1976 y del 1990. Se trata de una convención que atribuye responsabilidad al naviero por culpa, propia o de sus dependientes, en caso de muerte o lesiones a un pasajero y por la pérdida o daño a su equipaje (artículo 3o.). No se responde por objetos de valor salvo depositados en custodia y hasta el límite establecido.

En caso de muerte o de lesiones a un pasajero, a pesar de ser una responsabilidad basada en culpase estableció un límite de 700.000 francos por pasajero (artículo 7o.). Los Protocolos subieron este valor en forma sucesiva a 46.666 DEG y a 175.000 DEG respectivamente. En cuanto al equipaje, por su pérdida o daño, el límite establecido fue de 12.500 francos por pasajero, llegando a 833 DEG en 1976 y a 1.800 DEG en 1990. Por pérdida o daños a vehículos, incluyendo el equipaje, la indemnización no podía exceder los 50.000 francos por vehículo, siendo este monto alzado a 3.333 DEG y 10.000 DEG con los protocolos. Se estableció en todo caso que la indemnización no superaría los 18.000 francos por pasajero y por transporte (artículo 8o.), llegando con el reajuste a 1.200 DEG y 2.700 DEG respectivamente.

Sólo Argentina se adhirió a la convención del año 1974 y a su protocolo de 1976. En todo caso, lo expresado es sin perjuicio de la existencia de regulación en los ordenamientos internos de cada país que los siguen. Ejemplo de ello es Chile.<sup>895</sup>

---

<sup>895</sup> Según el Código de Comercio de Chile, el transportador responde por culpa o negligencia propia o de sus dependientes o agentes (artículo 1057), invirtiendo la carga de la prueba sólo si la muerte o las lesiones corporales del pasajero o la pérdida o daños sufridos por su equipaje, sea o no de camarote, han sido resultado directo o indirecto de naufragio, abordaje, varadura, explosión, incendio o deficiencia de la nave (artículo 1058).

El límite para el caso de muerte o lesiones de pasajeros es de 46.666 DEG, multiplicado por el número de pasajeros que la nave esté autorizada a transportar, no excediendo la responsabilidad máxima la cantidad de 25 millones de unidades de cuenta. Si hay más de una víctima, el límite máximo por cada una se obtiene dividiendo el total que resulte por el número de víctimas (artículo 1065). Para la pérdida o daño del equipaje del camarote, el límite es de 833 DEG; 3.333 por vehículo incluyendo equipajes; y 1.200 DEG por equipajes

La revisión de las convenciones precedentes deja a la vista que si bien no existe un estatuto común para Latinoamérica, pues las firmas, ratificaciones y adhesiones a las mismas han sido disímiles, al menos la mayoría de los países latinoamericanos en definitiva han incorporado limitaciones cuantitativas a la responsabilidad en estos ámbitos. Desde esta perspectiva, la diferencia en las disposiciones vigentes internacionales para cada país no resulta sustancial, sino cuantitativa.

Por otra parte, habiendo fundado en culpa la responsabilidad regulada por la mayoría de estas convenciones, no se debería limitar la responsabilidad. Es aquí donde aparece una mezcla entre la regla general de responsabilidad por culpa en ámbito contractual, con la *actio ex recepto* y la *actiones in factum adversus nauta caupones et stabularios* romanas; éstas últimas generadoras de responsabilidad objetiva, pero sin límites la primera, y limitada la segunda. Sin perjuicio de ello, en la práctica, la culpa siempre se presume, funcionando como una verdadera responsabilidad objetiva. Ello sin perjuicio de la objetivación que también se ha ido introduciendo a las mismas disposiciones de las convenciones.

## 2. Responsabilidad por daño a pasajeros, equipajes, carga y en superficie con ocasión de actividad aeronáutica

El “Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional”, firmado en Varsovia el año 1929, introdujo, en los albores de la industria aeronáutica, límites cuantitativos a las indemnizaciones a que pudieren ser condenadas las compañías aéreas emergentes. Así, por daños corporales o muerte de un pasajero el monto máximo fue fijado en 125.000 francos poincaré (artículo 22.1); por daños a equipaje de bodega o mercancías, en 250 francos poincaré por kilogramo declarado en el talón de equipaje o carta de porte (artículo 22.2); y, por daños a equipaje de mano, en 5.000 francos poincaré por (artículo 22.3).

---

que no sean de los mencionados (artículo 1066). El transportador no es responsable de las pérdidas o daños de objetos de valor, a menos que hayan sido entregados al transportador en depósito, con un límite de 1.200 DEG por pasajero (artículo 1063).

Interesante es la referencia al hecho que se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, el transportador en caso de cancelación, retardos o interrupciones del viaje el límite es de 3.000 DEG por pasajero (artículo 1066 inciso final).

Los valores precedentes son iguales como se puede observar a los de la Convención de Atenas y su protocolo de 1976. Ello se debe a que se introdujeron al Código de Comercio en 1988, esto es, antes que se aprobara el protocolo de 1990.

La víctima podía obtener una reparación sobre límite, entre otras causales, cuando el transportista incurría en dolo o culpa grave asimilada al dolo (artículo 25.1), o cuando sus dependientes, en cumplimiento de sus funciones, actuaban con dolo o culpa grave asimilada al dolo (artículo 25.2) o, cuando el expedidor hubiere hecho declaración de valor en la respectiva guía aérea y pagado la tarifa suplementaria.

El Protocolo de la Haya de 1955 aumentó el límite cuantitativo de responsabilidad para daños corporales hasta 250.000 francos poincaré por pasajero (artículo 11). Asimismo, modificó la redacción de la causal de inaplicabilidad del límite, pues éste no podía ser alegado ahora por el transportista no sólo por actuación dolosa, sino también por haber actuado con temeridad, y sabiendo que probablemente causaría daño (artículo 13).

Mediante Protocolos modificatorios en 1975 adoptados en Montreal, la unidad de cambio “franco poincaré” fue sustituida por los DEG. Los montos indemnizatorios quedaron, para la Convención de Varsovia (Protocolo núm. 1), en 8.300 DEG por daños corporales o muerte del pasajero (artículo II.1); en 17 DEG por kilogramo declarado por daños a equipaje de bodega o mercancías (artículo II.2); y en 332 DEG por daños a equipaje de mano (artículo II.3). Para Varsovia-La Haya (Protocolo núm. 2), fijó los montos indemnizatorios de la limitación también en DEG, pero duplicando el valor para los daños personales con respecto al Protocolo I. Así quedaron los valores por los conceptos ya señalados en 16.600, 17 y 332 respectivamente (artículo II, 1, 2 y 3).

El Sistema Varsovia-La Haya ha sido prácticamente sustituido por el Convenio de Montreal de 1999, en vigencia desde el 4 de noviembre de 2003, ratificado y al cual se han adherido 97 Estados. En lo medular aumentó los montos indemnizatorios según la naturaleza del daño, fijando un techo de 100.000 DEG por pasajero en caso de muerte o lesiones personales (artículo 21.2); 4.150 DEG por pasajero por retraso en transporte de personas (artículo 22.1); 1.000 DEG para el evento de destrucción, pérdida, avería o retraso de equipaje (artículo 22.2); y, finalmente, 17 DEG por kilogramo si hubo destrucción, pérdida, avería o retraso de carga (artículo 22.3).

Es interesante apuntar que sólo para el caso de muerte o lesiones de los pasajeros, esta convención estableció que el límite a la indemnización citado beneficiará al transportista aéreo, si prueba que el daño no se debió a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de su parte, o de sus dependientes o agentes; o bien, el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero (artículo 21.2). Con ello se altera el principio que los límites se aplican salvo prueba de la víctima de culpa o dolo del demandado, al invertir la carga de la prueba. El artículo 21.2



en el fondo introdujo un régimen de responsabilidad mixto: es subjetiva presumida, en cuanto el transportista que desea limitar su responsabilidad, debe probar que actuó sin culpa; es objetiva limitada, en cuanto el resultado de esta prueba sólo le permite el beneficio del límite del monto indemnizatorio, mas no lo libera de responsabilidad. Desde luego, este curioso régimen obedece al objetivo de liberar a la víctima de la prueba, que siempre le resulta compleja, pues no tiene acceso alguno a los detalles del transporte y hechos causantes del daño, que resultan manejados por el vector.

Han ratificado o adherido a la convención de Varsovia, al Protocolo de la Haya y a la Convención de Montreal, los Estados de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.<sup>896</sup> Por su parte, Guatemala, Honduras y Venezuela sólo a los dos primeros instrumentos.<sup>897, 898</sup>

La presencia de topes indemnizatorios en materia de transporte aéreo ha estado siempre ligada al alto riesgo que presenta la actividad, entendiéndose que los accidentes son factibles, aun tomando todas las precauciones humanamente posibles, a consecuencia de lo cual, el pago de indemnizaciones sin límite, implicarían la imposibilidad para nuevos actores de ingresar al mercado, y la desaparición de los existentes ante un accidente. Todo ello debido que las compañías aéreas tendrían que solventar las indemnizaciones con su propio patrimonio, pues no serían sujetos de seguro, o bien a cambio de pólizas con costo inaccesible. De esta manera, el alto riesgo, el desarrollo de la actividad y el acceso al seguro, serían los pilares que sostie-

---

<sup>896</sup> Fuente <http://www.icao.int/icao/en/leb/ml199.pdf>, estado ratificaciones al 10 de noviembre de 2010. Aunque con la ratificación de Montreal no tiene mayor importancia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador y Uruguay no ratificaron el Protocolo núm. 1 de 1975, que sustituyó la unidad de cambio.

<sup>897</sup> Fuente <http://www.icao.int/icao/en/leb/wc-hp.pdf>, donde se aprecia el estado final de adhesiones, pues las nuevas dicen relación con el Convenio de Montreal.

<sup>898</sup> En la ciudad Guadalajara, en 1961, se firmó un acuerdo complementario al del Convenio de Varsovia, que incluía reglas para el transporte aéreo internacional realizado por quien no sea el transportista contractual. Fueron parte de éste Brasil, Colombia, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela.

Asimismo, una Convención Celebrada en Guatemala en 1971 y su Protocolo adicional de 1975 (núm. 3), que nunca entraron en vigor, fijaban montos aún más altos: 100.000 DEG por el total de las indemnizaciones (artículo II.1 a); 4.150 DEG por retraso en el transporte de pasajeros (artículo II.1 b); 17 DEG por kilogramo por daños a mercancías (artículo II.2); y 1.000 DEG por daños a equipaje de mano y en bodega (artículo II.3 a). Brasil, Colombia, Guatemala y Venezuela figuran entre los Estados que ratificaron la convención y el Protocolo. Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Nicaragua figuran entre los Estados ratificantes sólo de la Convención; Argentina y Chile en cambio sólo adhirieron al Protocolo.

nen el sistema de límites en materia de responsabilidad por transporte aéreo internacional (véase *infra* capítulo octavo, romano III, núm. 1).

A diferencia de lo que ocurre con el transporte marítimo, en materia de porteo aéreo existe prácticamente un estatuto común para los países latinoamericanos, el cual consagra en la actualidad una responsabilidad objetiva limitada, que incluso aparece como excepcional en la convención de Montreal, al tener que probar el transportador, para gozar de los límites, que no actuó con culpa.

### 3. *Responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos*

El Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, adoptado en Bruselas el año 1969 (CLC/69) y en vigencia desde 1975, fijó en su artículo V un límite de responsabilidad en favor del armador de un buque tanque, por cada siniestro, ascendente a 2.000.00 Francos por tonelada de arqueo del barco (TRG), cuantía que no podría exceder en ningún caso los 210'000.000.00 de Francos (US\$100.000 hasta US\$19.000.000). Un Protocolo en 1976 (vigente desde 1981), modificó la unidad de cuenta utilizada, reemplazando el “franco de poincaré” por los DEG.

Mediante el Protocolo de Londres de 1992, se enmendó el artículo V de la Convención, estableciéndose como límite de responsabilidad para el armador por cada evento, la suma total de 3 millones de DEG para buques cuyo TRG no exceda de 5 000. En caso que el barco tenga un arqueo mayor, por cada unidad de arqueo adicional se sumarán 420 DEG a la cantidad mencionada, con un techo que no podrá exceder en ningún caso de 59,7 millones de DEG. En el año 2000, mediante Resolución de la Comisión Jurídica de la OIM,<sup>899</sup> vigente desde el 1o. noviembre de 2003, se reajustaron estos valores, quedando en 4.51 millones de DEG, 631 DEG y 89.77 millones de DEG respectivamente.

El convenio de 1969 estableció además que en caso de incurrir en “falta concreta o culpa” el propietario, no se podría valer del derecho a la limitación de responsabilidad (artículo V.2). El Protocolo de 1992 modificó los términos de esta causal de inaplicabilidad del límite, de manera que el propietario no podrá alegarlo si se prueba que los daños ocasionados por con-

---

<sup>899</sup> Resolution Leg.1(82), Adopted On 18 October 2000, “Adoption of amendments of the limitation amounts in the protocol of 1992 to amend the international convention on civil liability for oil pollution damage, 1969”.

taminación se debieron a una “acción o a una omisión suyas” ejecutada con “intención” de causar esos daños, o bien “temerariamente y a sabiendas” de que con posibilidad se originarían tales daños (artículo 6.2).

El fundamento de la introducción de los límites a los montos de indemnización en este ámbito es fácil de comprender. Los derrames de crudo pueden producir no sólo daños ambientales de proporciones, sino además, en igual magnitud, económicos a residentes, industriales y a actividades productivas en general desarrolladas en la zona afectada. Por lo mismo, la indemnización puede simplemente ser infinita, y ante tal carácter, no asegurable. La adopción de límites de responsabilidad a través de la convención de Bruselas y modificaciones posteriores, efectivamente permitió que los armadores de buques tanques pudiesen acceder a seguros que los pusieran a resguardo de indemnizaciones producidas por dichos daños, salvo culpa de su parte.<sup>900</sup>

Actualmente cinco países latinoamericanos comprendidos en este trabajo figuran como ratificantes o aceptantes de la Convención de Bruselas de 1969 y once del Protocolo de 1992. En efecto, los Estados de Brasil, Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua exclusivamente adhirieron a la Convención de Bruselas.<sup>901</sup> Los Estados de Chile, El Salvador, Perú, Repú-

---

<sup>900</sup> En 1971 se adoptó además el “Convenio internacional sobre la constitución de un “Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos” (FONDOS 1971 o FUND/71), que permitió el aumento de la cobertura de daños hasta US\$ 83.000.000, previo pago del armador hasta la cantidad que Bruselas y su Protocolo establecen.

Se trata de una Organización Intergubernamental que administra las contribuciones, recibe las reclamaciones de los particulares o Estados perjudicados, liquida y paga en su caso. El financiamiento se obtiene de los pagos realizados por los importadores de crudo o aceites pesados sobre 150.000 TON, ya sea por concepto de contribución inicial por cada tonelada de hidrocarburos sujeta a pago, como asimismo por contribución anual, por cada tonelada de hidrocarburo recibido, cuyo monto es decidido por la Asamblea del FONDOS.

En el año 1992 fue modificado el convenio mediante Protocolo, para ajustar los cambios que se estaban realizando a la Convención de Bruselas del año 1969, aumentando el límite de compensación a pagar por el FONDOS a US\$ 186.000.000.

En caso que la limitación de responsabilidad a que se acoge el propietario de la nave sea insuficiente para resarcir los daños, FUND/92 (artículo 4) y CLC/92 (artículo 5.1) contemplan una figura de responsabilidad indirecta en que el “Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos” (FIDAC) constituido por miembros de la industria petrolera genera un aporte indemnizatorio suplementario.

Sólo República Dominicana, Ecuador, Uruguay, Argentina, Colombia, México, Panamá y Venezuela participan de él, habiendo adherido al Protocolo de Fondos del año 1992 (los últimos cuatro citados además habían adherido a la Convención de 1971, la cual denunciaron).

<sup>901</sup> En la práctica, a los barcos registrados en países que sólo adhirieron al Convenio de 1969 les resulta difícil comerciar con un país ratificante del Protocolo de 1992. Por lo mismo,

blica Dominicana y Ecuador a dicha Convención y al Protocolo de 1992. Por su parte, Uruguay y Argentina, directamente aceptaron el Protocolo de 1992. Finalmente, Colombia, México, Panamá y Venezuela, procedieron efectivamente a denunciar el convenio de 1969 y a aceptar el Protocolo de 1992. Por tanto, y en definitiva, sólo no participan del sistema de limitación de responsabilidad referido Cuba, Puerto Rico, Bolivia y Paraguay, lo que en el caso particular de estos últimos dos países es lógico por ser países mediterráneos.<sup>902</sup>

De esta manera, es posible afirmar que en los tipos de daños aquí tratados, también se encuentra un estatuto común de responsabilidad objetiva limitada de la cual participan los Estados Latinoamericanos.

#### 4. *Responsabilidad por daños nucleares*

La Convención de Viena sobre “Responsabilidad Civil por Daños Nucleares” celebrada en 1963, y con vigor desde 1977, expresamente declara en su artículo IV.1 que la responsabilidad del “explotador” (artículo I, c) por daños nucleares será “objetiva”. Los Estados contratantes pueden limitar por vía legislativa el importe de la responsabilidad del explotador a un monto no inferior a 5 millones de dólares por evento, más intereses y costas que fije el tribunal (artículos VI.6 y V.1).

Figuran como ratificantes o aceptantes Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, México, Perú y Uruguay.<sup>903</sup> Es decir, a la fecha se han excluido Paraguay, Ecuador, Costa Rica, Puerto Rico, República Dominicana, El Salvador, Nicaragua, Guatemala y Venezuela, probablemente, por ser un área energética en que no han incursionado.

Nuevamente la magnitud cuántica que pueden alcanzar los perjuicios derivados de un accidente nuclear, versus las posibilidades de contar con seguros que cubran los pagos a las víctimas, constituyen el fundamento principal para abrazar en la materia un tope a la indemnización. Incluso el artículo VII de la citada convención expresamente establece que los explo-

---

este último instrumento permite la emisión para dichos buques de certificados de seguro o garantía vigente CTC 1969 y 1992 (artículo 7).

<sup>902</sup> Fuente “International Maritime Organization”, <http://www.imo.org>, fecha de consulta: 5 de octubre de 2010.

Disponible en: <http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx> estado ratificaciones a la fecha.

<sup>903</sup> Fuente: International Atomic Energy Agency (IAEA), última actualización de fecha 26 de enero de 2009. Disponible en: <http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/liability.html> estado ratificaciones a la fecha.

tadores deberán mantener un seguro u otra garantía financiera que cubra su responsabilidad por los daños nucleares, dejando la cuantía, naturaleza y condiciones del seguro o de garantía a la regulación legal interna de cada Estado Parte.

Mediante “Protocolo de enmienda a la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños”, aprobado en 1997, se introdujeron importantes cambios en materia de limitación de la responsabilidad. El artículo 7o. del Protocolo junto con sustituir el artículo V de la Convención, reemplazando la unidad de cambio por derechos especiales de giro, dispuso como límite a la responsabilidad del explotador no menos de 300 millones de DEG. Esta cifra se puede reducir a 150 millones de DEG, si por encima de este importe y hasta 300 millones de DEG, como mínimo, el Estado respectivo aporta fondos públicos para indemnizar los daños nucleares. Incluso, se admite que el importe del límite sea reducido a 5 millones de DEG, siempre que el Estado de la instalación garantice la aportación de fondos públicos hasta la suma de 300 millones. No obstante ello, por el máximo de 15 años a contar de la fecha de entrada en vigor del Protocolo, transitoriamente las cifras serán no menos de 100 millones de DEG, o un importe inferior si hay contribución con fondos públicos de parte del Estado. En todo caso, la convención admite en cualquier momento que el tope sea fijado en al menos 5 millones de DEG, siempre que el Estado de la instalación garantice la aportación de fondos públicos hasta la suma de 300 millones.

Hasta ahora, el Protocolo ha sido ratificado por sólo seis Estados de los quince que lo suscribieron, entre los que se cuentan Argentina y Perú.<sup>904</sup>

Luego, entre los países de la región que desarrollan o proyectan desarrollar actividades ligadas a la energía nuclear, salvo en la diferencia de montos producida por el Protocolo, existe un estatuto común de responsabilidad objetiva limitada a través de estas fuentes internacionales.

## II. TENDENCIAS MODERNAS LIMITATIVAS EN ÁMBITO CIVIL

### 1. *Daños a la persona: fijación de topes en su valoración*

El problema de la valoración de los daños a la persona en su dimensión corporal,<sup>905</sup> ha llevado a la generación de instrumentos que fijen al menos

<sup>904</sup> *Ibidem*, fecha de consulta: 6 de octubre de 2010.

<sup>905</sup> La “monetizzazione” de esta categoría de daños, en palabras de Giannini, Gennaro *et al.*, *L'assicurazione obbligatoria dei veicoli e dei natanti*, Giuffrè, Milán, 1988, p. 365.

rangos de valores conforme a los cuales los jueces puedan determinar las sumas a las cuales condenarán a los demandados. Además de lograr bases objetivas para que los tribunales puedan cumplir con su función judicial, estas fijaciones tienen como finalidad relevante uniformar las indemnizaciones y hacer efectiva la anhelada igualdad de los hombres en materia de responsabilidad civil.

Por lo mismo, no se trata de mecanismos que pretendan, en sí mismos, limitar cuantitativamente las indemnizaciones a pagar por los demandados perdidosos. De hecho, se caracterizan por tener lugar incluso en hipótesis de responsabilidad por culpa. Sin embargo, su aplicación conlleva necesariamente el establecimiento de límites resarcitorios, constituyendo una contención de las indemnizaciones, potencialmente infinitas cuando se trata de daños a la persona. En este sentido, la afirmación que el cuerpo humano así como sus partes no tienen “precio” (en referencia a un valor de mercado), se vuelve prácticamente una realidad (en cuanto al infinito dentro del cual puede el juez fijarlo).

Teóricamente, dentro del límite que significan los baremos, se podrían establecer ulteriores límites cuantitativos para casos de responsabilidad objetiva. Es decir, una fórmula con doble limitación: un monto a pagar por el demandado sin prueba de culpa (límite particular, como en los casos vistos en el número anterior); un monto a pagar, superior, en caso de culpa probada (límite general derivado de la aplicación del respectivo baremo). Este ejercicio teórico, deja en evidencia que los baremos constituyen una limitación cuantitativa a las reparaciones civiles de características diversas a las tratadas hasta el momento en esta obra, principalmente por las finalidades perseguidas. Mas, dada la contención al *quantum* que significan y por el hecho de tratarse de uno de los fenómenos de la neolimitación de la responsabilidad, no se pueden dejar de mencionar, y tener como referencia para los objetivos de este trabajo.

Particularmente de interés son los tarifarios establecidos con rango legal o administrativo. En esta línea, sin embargo, la mayoría de los países que han dispuesto baremos lo han hecho en un ámbito restringido de producción de daños, como son los accidentes laborales y daños derivados de la circulación de vehículos, formando parte del sistema la imposición de contratación de seguros a quienes participan de la actividad respectiva. Destaca en lo particular en este grupo la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la Circulación de Vehículos de Motor de España a partir de 1995, con frecuencia citada por la literatura europea y latinoamericana.

Asimismo, entre los casos curiosos se cuenta el Codice delle Assicurazioni, para efectos de las indemnizaciones del daño biológico derivado de

accidentes por circulación de vehículos motorizados y embarcaciones, que introdujo en Italia legalmente la tarificación resarcitoria. Sin embargo, estableció una diferencia entre daños de entidad leve y de entidad no leve. Los primeros, quedaron ubicados entre 1 y 9 por ciento de invalidez; los segundos, entre 10 y 100 por ciento. Respecto a las invalideces del primer tramo, el propio Código fijó el método de cálculo, incluyendo los montos respectivos base para la confección de la Tabla específica (artículo 139), mientras que para las invalideces del segundo tramo, sobre la base de ciertos criterios que se indican, sólo se facultó al presidente de la República para que, mediante decreto, proveyese una tabla única para todo el territorio de la península, previa deliberación del consejo de ministros, y sobre la base de una propuesta del ministro de la salud acordada con los ministros que se indican (artículo 138). Esta última tabla no ha sido dictada hasta la fecha, generándose diversas discusiones interpretativas en doctrina y jurisprudencia.<sup>906</sup>

En lo que respecta a las invalideces de leve entidad, el tarifario del código italiano citado está construido sobre la base de puntos porcentuales de invalidez, el carácter permanente o temporal de ésta, y la edad de la víctima. Así, el primer punto para la invalidez permanente fue fijado en € 674,78 (al 2012, € 783,33); el primer punto para la invalidez temporal fue fijado en € 39,37 (al 2012, € 45,70) para cada día de incapacidad absoluta; si sólo es parcial, se reduce conforme el respectivo porcentaje de incapacidad parcial diaria.

A pesar de lo anterior, expresamente se establece la facultad para el juez de liquidar el daño biológico en una medida no superior a un quinto de la cantidad que resultaría por aplicación de la tabla, sobre la base de una apreciación equitativa y causada de las condiciones subjetivas del dañado. Aun así, esta facultad determina un segundo límite cuantitativo indemnizatorio condicionado. Por otra parte, se dispone el reajuste anual de los valores por decreto del ministro de las actividades productivas, conforme la variación del índice nacional de precios para el consumo por familias de operarios y empleados determinado por el ISTAT (Istituto Nazionale di Statistica).

---

<sup>906</sup> El decreto respectivo se encuentra aún en tramitación. A su respecto han surgido diversas dificultades. En el informe núm. 4209 de 17.11.2011 del Consejo de Estado relativo al proyecto en trámite, se advierte que, además de que los coeficientes que contiene no respetarían los criterios legales, la aplicación de la respectiva tabla sólo a los accidentes de tránsito determinaría diferencias indemnizatorias respecto de análogas lesiones que tuvieran una causa distinta de siniestros de origen vehicular. Asimismo, existe una oposición social al proyecto. Las asociaciones de familiares y víctimas de accidentes derivados de la circulación vehicular prefieren expresamente la aplicación de la tabla de Milán, dado que otorgaría entre un 25% y 50% más de indemnización (disponible en: [www.vitimestrada.org](http://www.vitimestrada.org) carta abierta a los Ministros de Desarrollo Económico, Infraestructura y Transportes, de la Salud y del Trabajo).



En todo caso, para las lesiones de entidad no leve, la ley también previó la facultad para el juez de aumentarla (hasta el 30%) y su reajuste, bajo las condiciones y formas señaladas para las lesiones de menor entidad.

## 2. *Fijación de valores por daños a la persona a través de código civil.* *El caso particular mexicano*

Si bien se le puede considerar como parte del sistema de baremos, merece una mención especial dado que se trata de un ejemplo latinoamericano en la materia (de hecho, fue tenido a la vista por los redactores del proyecto de código civil argentino de 1998).<sup>907</sup> Además, porque la regulación tiene su base en el código civil y a él se remiten leyes especiales que pretenden fijar límites a la responsabilidad. Asociado a lo anterior, constituye una regulación general, aplicable a los daños corporales que se causen en el desarrollo de cualquier actividad y no sólo en materia de accidentes de tránsito, como ocurre con las normativas citadas en el acápite precedente, u otra específica.

La base del sistema mexicano es el inciso segundo del artículo 1915 del Cc.Mex., cuyo texto vigente reza:

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

De esta manera, el código civil mexicano introdujo topes a las indemnizaciones de daños corporales a las personas, trátese de responsabilidad subjetiva u objetiva, a través de una remisión a la legislación laboral; parti-

---

<sup>907</sup> La Comisión Honoraria, en Mensaje de fecha 18 de diciembre de 1998 dirigido al Ministro de Justicia de la época, Raúl Granillo Ocampo, expresaba en el punto núm. 264 a propósito de los límites indemnizatorios: “son corrientes en el Derecho comparado para los casos de responsabilidad objetiva (Portugal, Código Civil de 1967; Quebec, Holanda, Código Civil de 1992; España, ley 30/95; Alemania, Estados Unidos de América, Dinamarca, México), son frecuentes en los accidentes de tránsito, y aun se dan para la responsabilidad médica y farmacéutica (Suecia) y para la farmacéutica (Noruega)”.

Estas referencias ya estaban expresada en los trabajos previos del autor del proyecto. Véase, Alterini, *op. cit.*, pp. 61-70. Asimismo en López Cabana, *op. cit.*, p. 226.

cularmente, al título IX de la Ley Federal del Trabajo, que trata acerca de los “riesgos del trabajo”.

La doctrina y jurisprudencia mexicana, para efectos de la aplicación del artículo 1915, ha distinguido entre las incapacidades temporales por una parte; de la muerte e incapacidades permanentes por otra. La diferenciación resulta relevante puesto que las primeras se entiende que son susceptibles de ser indemnizadas en especie, esto es, restableciendo la situación anterior al daño de que gozaba la víctima (artículo 1915, inciso 1), como sería el caso de una fractura ósea. En cambio, la muerte y las incapacidades permanentes no admiten una reparación en especie, quedando sólo como posibilidad una reparación en numerario (cantidad de dinero). Luego, el artículo 1915, inciso 2 sólo es aplicable a estos últimos tipos de daños, pues requieren una avaluación en dinero, dado que es imposible su reparación en especie. Así, las incapacidades temporales quedan excluidas de la limitación establecida por el código civil con remisión a la ley laboral.<sup>908</sup>

Ahora bien, la Ley Federal del Trabajo de México (LFT), por su propia naturaleza, reguló las cuantías de las indemnizaciones en base al salario mínimo diario. Este método, su aplicación en materia civil y los resultados obtenidos, ha llevado a la crítica por parte de la civilística mexicana al artículo 1915 desde la introducción de las limitaciones. Por ejemplo, Galindo calificó la reforma de 1939 como “poco afortunada”, pues en su concepto “se hace punto menos que nugatoria la responsabilidad civil por daños corporales a terceros, al haber quedado limitada la cuantía de la indemnización por daños corporales. Se desvirtuó así en su esencia misma y en sus efectos la responsabilidad, porque en esos casos la víctima no logra obtener una suma de dinero efectivamente compensatoria del daño”. A su juicio, el legislador habría incurrido en un lamentable error, al aplicar igual tratamiento a dos eventos dañosos producidos en situaciones jurídicas distintas: daño derivado de una relación de trabajo (riesgo corporal) y daño corporal por responsabilidad objetiva. Asimismo, tampoco le parece acertada la base de cálculo (salario mínimo diario), pues el excedente no se tomaría en cuenta para llevar a cabo ese cálculo; pero si en cambio la víctima no percibía ingreso alguno, el cálculo se hace de todas maneras conforme al salario mínimo.<sup>909</sup> Bejarano a su vez afirmaba por tanto que “los daños que sufren las personas en su integridad corporal no son objeto de una justa y proporcionada reparación”.<sup>910</sup>

<sup>908</sup> Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 208.

<sup>909</sup> Galindo, *op. cit.*, pp. 128 y 129.

<sup>910</sup> Bejarano, *op. cit.*, núm. 219, p. 266.

Estas y otras críticas<sup>911</sup> han llevado a interpretaciones que admitan la obtención de indemnizaciones mayores, como resulta de permitir la acumulación de la indemnización civil y laboral,<sup>912</sup> y a ciertos ajustes a la propia LFT, como ocurrió con la última reforma en el 2012 (*Diario Oficial de la Federación* 30.11.2012), elevando el factor de jornadas que forma parte del cálculo para el caso de muerte del trabajador, desde 730 días a 5.000 días (artículo 502).

En cuanto a la reglamentación concreta del tarifario, se debe distinguir si el daño consiste en la muerte de la víctima del hecho ilícito; en una incapacidad permanente total; o en una incapacidad permanente parcial. Para el primer caso, el monto de la indemnización ascenderá al cuádruple del salario mínimo más alto que esté en vigor en la región, multiplicado por 5.000 días (artículos 1915 Cc.Mex. y 502 LFT), además de dos meses de salario por concepto de gastos funerarios (artículo 500 LFT). Tomando como base el salario mínimo general para la zona geográfica “A” del año 2012,<sup>913</sup> la indemnización ascendería a \$1.246.600, o sea, unos US\$97.635 (al 17.12.2012). Para el segundo caso, la indemnización será equivalente al cuádruple del salario mínimo multiplicado por 1.095 días (artículos 1915 Cc.Mex. y 495 de la LFT), lo que equivale a \$273.005, o sea, unos US\$21.382 (usando los mismos datos anteriores). Finalmente, para el tercer caso, el artículo 492 de la LFT ordena que la indemnización sea equivalente al tanto por ciento que fija la tabla de valuación de incapacidades, calculado sobre el importe que se debería pagar si la incapacidad hubiese sido permanente total, es decir, para efectos civiles, el cuádruple del salario mínimo multiplicado por 1.095 días (artículos 1915 Cc.Mex. y 495 LFT).

Dado que las indemnizaciones civil y laboral se podrían acumular, destaco una diferencia interesante, que lleva a cifras distintas por una y otra vía. Mientras el artículo 1915 del Cc.Mex. obliga a multiplicar por el cuádruplo del “salario mínimo” como se ha visto, la LFT dispone que se debe multiplicar por el salario que en efecto percibe el trabajador, de modo que si fuera inferior al mínimo, se debe tomar éste por base; si es mayor al mínimo,

---

<sup>911</sup> Besalú Parkinson, Aurora V.S., “La responsabilidad civil: Tendencias actuales. La experiencia argentina y su posible proyección al derecho mexicano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 1998, núm. 91, enero-abril, p. 79, nota 104. Disponible en: [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art3.htm](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art3.htm).

<sup>912</sup> Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 209.

<sup>913</sup> La Resolución de la Comisión de los Salarios Mínimos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de noviembre de 2012 fijó en \$62.33, el salario mínimo general para la zona “A” y en \$59.08 para la zona “B”, sin perjuicio de diversos salarios mínimos profesionales particulares (ejemplo, albañilería, zona “A”, \$90.83).

se debe tomar por base el efectivamente obtenido, hasta un tope del doble del salario mínimo (artículo 486 de la LFT).

Ahora bien, decíamos al inicio que las fórmulas de cálculo forman parte de un sistema de baremos, pero general, al cual se remiten leyes especiales. Por ejemplo, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado de 2004, expresamente en su artículo 1o. declara que la responsabilidad extracontractual del Estado es objetiva, aplicando en lo relativo a los montos de las indemnizaciones por muerte, el artículo 1915 del Cc.Mex (artículo 14, III). Sin embargo, en ocasiones se introducen ulteriores límites para los casos de responsabilidad objetiva. Así, en México se da el sistema de doble limitación reseñado en la letra a) precedente: por un lado, los daños personales tienen fijado un tope general, cualquiera que sea la naturaleza de la indemnización; por otro, se pueden introducir ulteriores límites cuantitativos en casos de responsabilidad estricta. Precisamente, la ley de aviación civil mexicana, relacionada con la responsabilidad por daños en materia aeronáutica tratada al inicio de este capítulo, respecto de los daños a los pasajeros, sujeta las indemnizaciones a lo dispuesto en el artículo 1915 del Cc.Mex; pero ordena que en vez del “cuádruple” del salario mínimo, se calcule en base al “tercio” de éste (artículo 62), utilizándose siempre el salario mínimo general para el área geográfica respectiva vigente al día de la ocurrencia de los daños (artículo 64, inciso 2). Ello lleva desde luego a un monto resarcitorio menor que de acuerdo a la regla general, teniendo aplicación este límite en el evento de responsabilidad sin culpa o con culpa del artículo 61, volviéndose sólo en caso de dolo o mala fe a la regla general del Código Civil.

### 3. *Fijación de valores por daños a la persona a través de ley especial.*

#### *El caso particular danés*

Uno de los países que en los últimos años ha servido de especial referencia en materia evaluación legal de los daños personales es Dinamarca. Desde 1984, sus leyes sobre responsabilidad civil también han sido tenidas a la vista tanto por la doctrina como por los legisladores latinoamericanos.<sup>914</sup>

Hoy se encuentra vigente la Ley de Responsabilidad Civil por Daños y Perjuicios núm. 885, del 20 de septiembre de 2005, modificada por las Leyes núm. 1545 (20 de diciembre de 2006) y núm. 523 (6 de junio de 2007). Este cuerpo legal ha procurado regular las indemnizaciones de las distintas partidas indemnizatorias que pueden concurrir en materia de daños perso-

<sup>914</sup> Véase, nota 907.

nales, ya sea respecto de la víctima directa, como de terceros relacionados con ésta.

En cuanto a la víctima directa, la ley se encarga de reglamentar las lesiones personales y perjuicios asociados a éstas y el daño moral que pueda haber sufrido. Dentro de las primeras, contempla disposiciones sobre la compensación del dolor y sufrimiento; de las lesiones permanentes; el lucro cesante y el menoscabo a la capacidad laboral; los costos de recuperación y otras pérdidas. Las fórmulas que ordena aplicar, conllevan necesariamente una limitación a los montos indemnizatorios, pero además, se añaden topes máximos. Destaco a continuación algunas de estas reglas:

- 1) El *pretium doloris* lo fija la ley en 130 coronas danesas (DKK) por cada día de convalecencia, con un tope de DKK 50.000 (§ 3).
- 2) Para las *lesiones permanentes* se debe fijar una suma como capital, calculada sobre la base de su naturaleza médica, el alcance de la lesión y las molestias que causen a la vida de la persona. La ley fija un techo máximo para el caso en que la víctima sufra un 100% de discapacidad, ascendente a DKK 573.500 (US\$ 101.183),<sup>915</sup> el cual puede ser elevado por circunstancias especiales hasta DKK 687.500 (§ 4). A partir de estos valores, se fijan los correspondientes a cada persona según su nivel de discapacidad, excluyéndose todo pago si ésta es menor al 5% (§ 4). Asimismo, la indemnización se reduce en razón de la edad de la víctima, en un 1% por cada año si había cumplido 40 años, o de 2% por cada año si el perjudicado había cumplido 60, y hasta los 69 años, a partir de los cuales no hay más reducción (§4, inciso 2).
- 3) Al damnificado se le debe compensar la pérdida de ingresos (*lucro cesante*), hasta que pueda comenzar a trabajar. Pero si ha sufrido un deterioro de capacidad laboral permanente, se le deberá compensar por este concepto, fijándose para tales efectos una suma de capital conforme sus ingresos totales el año anterior, multiplicado por el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y luego el resultado multiplicado por 10. Sin embargo, la indemnización tiene como tope DKK 6.020.000 (§ 6, inciso 2), aunque el cálculo referido dé una cifra superior. En todo caso, también ordena la ley la reducción del resarcimiento en base a la edad: si la persona lesionada había cumplido 30 años, la indemnización se reducirá en un 1% por cada año superior a 29; y si tenía 55 años, esta reducción será de 2% por

<sup>915</sup> 1 DKK = 0.176432 USD al día 17 de diciembre de 2012.

cada año superior a 54 años de edad cuando se produjo la lesión, hasta los 69, año a partir del cual no se sigue reduciendo el resarcimiento (§ 9). Entonces, si la indemnización que correspondía otorgar era el tope, se deberá rebajar conforme estas reglas fundadas en la edad de la víctima.

- 4) Si las lesiones implicasen costos futuros de recuperación, estos se indemnizan también fijando una suma de capital, la cual no puede exceder del costo medio anual previsto multiplicado por 10.

En cuanto a las partidas indemnizatorias en favor de terceros relacionados con la víctima, la ley danesa contempla las siguientes reglas:

- 1) Al *cónyuge o pareja* de una víctima fallecida, le corresponde una indemnización por pérdida de dependencia, ascendente a la suma que se hubiese fijado como lucro cesante en los términos antes expuestos, aumentada en un 30%, con un mínimo de DKK 644.000, salvo circunstancias especiales (§ 13).
- 2) Los *hijos sobrevivientes* tienen el mismo derecho que el cónyuge o pareja, pero la cuantía de la reparación se debe calcular en base a la pensión alimenticia a que el fallecido podría haber sido condenado al momento de la muerte, lo que de por sí implica un tope. Si el fallecido era el único proveedor, la indemnización se incrementa en todo caso en un 100% (§ 14).

La ley se caracteriza por aplicar límites con independencia de si la responsabilidad es subjetiva u objetiva, lo que constituye una situación poco frecuente respecto de la primera. Esta indiferenciación tiene sí algunas excepciones. La más clara dice relación con el derecho a indemnización por parte de familiares cercanos supérstites distintos a los antes mencionados, caso para el cual la ley exige dolo o negligencia grave del hechor, aunque el juzgador sólo se puede mover dentro de los topes ya fijados (§ 26a). Asimismo, para el caso que las pérdidas estén cubiertas por un seguro de propiedad o de daños indirectos, no se puede exigir indemnización al responsable, salvo que haya actuado con dolo o negligencia grave (§ 19).

Por otro lado, la novedad de la ley danesa no radica en las partidas indemnizables o en el criterio para la fijación de la indemnización, sino en los topes indemnizatorios. Hago la observación pues las partidas y criterios en sí se encuentran cada vez con más frecuencia en los códigos latinoamericanos, donde encontramos por ejemplo que expresamente se otorga derecho a indemnización por daños corporales (artículo 1.196 Cc.Ven; 1859 Cc.Par;

1655 Cc.Gua.); o en caso de muerte de la víctima, se concede indemnización por daños por repercusión o rebote al cónyuge u otros parientes (1.196 Cc.Ven.); o su medida resultan ser los alimentos debidos por ley (artículos 1048 Cc.CR; 948, II. Cc.Br; 1860 Cc.Par; 1655 Cc.Gua.); o una indemnización por la disminución de la capacidad de trabajar (artículo 950 Cc.Br).

Finalmente, la ley resuelve una de las cuestiones relevantes en materia de tarificación de daños a las personas, como es la reajustabilidad de los montos, los que se ordenan ajustar los primeros de enero de cada año en un 2% más el porcentaje de ajuste para el año fiscal respectivo, siendo resorte del ministerio de justicia dar a conocer los ajustes anuales (§ 15).

#### 4. *La fijación de tablas de aplicación general por la propia jurisprudencia*

No obstante lo expresado en las letras precedentes, lo cierto es que las experiencias más conocidas en materia de baremos han sido las soluciones privadas a la cuestión de la tarificación de órganos, partes o funciones del cuerpo humano dañados según las condenas indemnizatorias en un determinado territorio, como ha ocurrido en Francia, Inglaterra y Alemania.<sup>916</sup> Se trata de trabajos estadísticos, mejorados normalmente con información técnico-médica, que sin vincular a los tribunales en futuros procesos, constituyen una buena guía práctica para valorar los respectivos daños en el caso particular que les corresponde conocer.

Distinta ha sido la evolución y los resultados de la cuestión en Italia, donde la jurisprudencia se ha convertido en un actor relevante en la materia, de frente a la omisión del legislador. En efecto, por una parte, no existen Tablas legales de carácter general, aplicables a daños no patrimoniales de cualquier origen; por otra, si bien el legislador impulsó la tarificación través de los artículos 138 y 139 del “Codice delle assicurazioni private” en el ámbito de los accidentes de tránsito, la no dictación de la Tabla ordenada por la primera disposición, necesariamente condujo a la discusión sobre la integración o no del vacío mientras se dictase el respectivo decreto.

Hasta hace algunos años, en el país de la bota se distinguían al menos tres métodos de cálculo del llamado daño biológico: el genovés, el pisano y el milanés.<sup>917</sup> Este último, sobre todo a partir de las tablas del año 2004 creadas por el Osservatorio sulla Giustizia Civile del Tribunale di Mila-

<sup>916</sup> Un breve resumen de estos países en Barros Bourie, *op. cit.*, p. 318, nota 331.

<sup>917</sup> Véase descripción de estos tres métodos con anexo con Tablas en Giannini, Gennaro y Pogliani, Mario, *Il danno da illecito civile*, Giuffrè, 1997, pp. 282 y ss.



no<sup>918</sup> relativas a la liquidación del daño a la persona, comenzó a adquirir preponderancia respecto a los otros métodos, dada su mayor utilización por los jueces italianos. Es en este contexto que se puede entender de mejor manera la decisión de la III Sezione Civile della Corte di Cassazione, que mediante sentencia núm. 12408 de fecha 7 de junio de 2011 (ratificada en la sustancia por la sentencia núm. 14402 de fecha 30 de junio de 2011), declaró a las tablas elaboradas en Milán como las más idóneas para asegurar la equidad en el resarcimiento del daño no patrimonial en todo el territorio nacional, fuera de los casos de tablas legales obligatorias. La decisión, desde luego, ha producido más de una resistencia.<sup>919</sup> Esto último tiene especial relevancia para el “Codice delle assicurazioni private” que para el tramo entre 10% hasta 100% de incapacidad no se ha dictado el decreto ministerial respectivo (véase número 1 precedente), de modo que tendrían aplicación las tablas de Milán.

Por otra parte, de importancia han sido las sentencias de las secciones civiles unidas (de la Corte di Cassazione pronunciadas el año 2008 (núms. 26972, 26973, 26974, 26975), las que han generando gran polémica entre la doctrina y la propia jurisprudencia, y que afirmaron la existencia exclusiva, como categoría, del daño no patrimonial, constituyendo el daño moral, daño biológico, el daño por pérdida de relación parental, el daño existencial, etcétera; perjuicios descriptivos de aquél, sin autonomía propia. Se advierte que la decisión tuvo por finalidad evitar adiciones infinitas de partidas indemnizatorias, elevando los montos finales y totales de las condenas reparatorias. En este sentido, la propia Corte afirma expresamente que el resarcimiento del daño a la persona debe ser integral, en el sentido que debe reparar enteramente el perjuicio, pero no más allá. Asimismo, desarrollando el argumento, alude en varias ocasiones a “*duplicazione di risarcimento*” (Considerando 4.8, sentencia núm. 26972, Corte di Cassazione, del 11 de noviembre de 2008). Al respeto, perfectamente se puede pensar en una sentencia que acoja como partidas indemnizables daño corporal, daño moral objetivo (*pretium doloris*), daño moral subjetivo (sufrimiento espiritual), daño estético, daño existencial o a la vida de relación, y todas las demás que la doctrina y jurisprudencia han individualizado en los últimos años. Así, entre más categorías se reconoce, más partidas indemnizatorias también se pueden demandar y componer en definitiva la condena. El entendimiento

<sup>918</sup> Entidad compuesta por jueces de las distintas secciones del tribunal y Corte de Apelaciones de la ciudad de Milán, así como abogados del foro.

<sup>919</sup> La Sezione XIII del Tribunal de Roma, mediante sentencia de fecha 22 de febrero de 2012, determinó que el daño biológico debía ser liquidado según las Tablas de Roma y no según los estándares milaneses. Disponible en: [www.alalex.com/index.php?idnot=57046](http://www.alalex.com/index.php?idnot=57046).

que todos estos daños son simples descripciones de daño no patrimonial, y por tanto es una sola la categoría y una sola la partida indemnizable, lleva necesariamente a la contención de los montos de las condenas otorgadas.

El año 2011, con el fin de adecuarlas a los pronunciamientos de las secciones unidas de la Corte de Casación del año 2008, el Osservatorio citado actualizó las tablas aprobadas en el 2009, introduciéndose las nuevas “Tablas 2011” para la liquidación del daño no patrimonial derivado de lesión a la integridad psicofísica y de la pérdida o grave lesión de la relación parental. Estas nuevas tablas se caracterizan precisamente por contener la liquidación conjunta del daño biológico con el daño moral, tanto para el caso de invalideces permanentes como temporales, bajo el concepto de “daño no patrimonial”.

Lo polémico de las citadas decisiones y estas adecuaciones a las mismas, ha llevado a matizaciones y decisiones de la propia corte aparentemente contrarias a lo expresado el 2008.<sup>920</sup>

De esta manera, la trilogía Sentencias de las secciones civiles unidas de la Corte de Casación italiana; “Tablas 2011” milanesas con valores máximos por daño no patrimonial; y sentencia 2011 de la corte citada dándole aplicación general a dichas tablas, con independencia de las críticas recibidas, dejan en evidencia la existencia en la práctica de límites cuantitativos a las indemnizaciones en materia de daños a la persona impuestos jurisprudencialmente. Y con independencia del reconocimiento que excepcionalmente se pueden conceder indemnizaciones mayores, resguardando la necesaria libertad a los jueces, en el fondo lo que revela dicha trilogía es la exigencia real de colocar coto a la fiebre indemnizatoria de los últimos años.

---

<sup>920</sup> Mediante sentencia núm. 18641 del 12 de septiembre de 2011, la III Sección Civil de la Corte de Casación declaró que las modificaciones a las tablas milanesas de 2009, de aplicación general por sentencia núm. 12408/2011, jamás eliminó la categoría del daño moral, entendida como voz integrante del daño no patrimonial. Por una parte, el pronunciamiento de las secciones unidas del año 2008 nunca predicó una desaparición por absorción ipso facto del daño moral en el daño biológico, sino el evitar, a través de un análisis riguroso de la evidencia probatoria una duplicación del resarcimiento. Por otra, el legislador inequívocamente manifestó con posterioridad al pronunciamiento de las secciones unidas, su voluntad de distinguir la voz daño biológico del daño moral, a propósito del reconocimiento de particulares enfermedades por causa de servicio para el personal que participa en misiones militares en el extranjero, en los conflictos y bases militares nacionales (artículo 5o. del D.P.R. 03.03.2009 núm. 37, G.U. 22.04.2009, modificado por el D.P.R. núm. 191 del 2009). Normativa que sea dicho de paso, se remite a los artículos 138 y 139 del “Codice delle Assicurazioni” (véase en este capítulo el romano II, núm. 1).

Véase, comentando la sentencia citada, el artículo de Buffone, Giuseppe, *Termina l'esilio del danno morale*, [www.altalex.com/index.php?idnot=15539](http://www.altalex.com/index.php?idnot=15539).

### 5. Códigos europeos que consagran límites de responsabilidad

En lo que respecta a Códigos Civiles propiamente tales, lo que se observa es el tratamiento de límites de responsabilidad a propósito de los transportes básicamente, replicando la regulación de las Convenciones internacionales antes vistas, u otras firmadas por los respectivos Estados, teniendo a la vista que las reparaciones concretas finalmente será absorbidas por los seguros. Asimismo, se trata de inclusiones en el código civil de materias abordadas normalmente en los códigos de comercio o en leyes especiales, no existiendo por lo mismo novedad.

Así el Cc. Portugués en su “Artigo 508”, bajo el epígrafe “Responsabilidade pelo risco”, y por tanto en materia de responsabilidad objetiva, consagra de forma precisa “límites máximos” para la reparación civil derivada de daños causados por medios de transporte. Estos límites se basan en los seguros obligatorios de responsabilidad civil establecidos por la ley para accidentes en medios de transporte, transportes colectivos y trenes, fijando como techo el capital mínimo de éstos. Así, limitación y aseguración forman un “matrimonio indisoluble”.

El Cc. Holandés admite por su parte el establecimiento de límites indemnizatorios, señalando el artículo 110, del libro 6, que en caso que la responsabilidad por los daños que puedan surgir no sean razonablemente cubiertos por seguro, se pueden fijar por decreto importes sobre los cuales no se extiende la responsabilidad. Se pueden asimismo fijar montos individuales, con arreglo, entre otras cosas, a la naturaleza del evento, la naturaleza de los daños y la causa de la responsabilidad. Interesante es sin duda esta posibilidad de introducir topes indemnizatorios por vía administrativa, desde luego *secundum legem*.

La norma precedente, es sin perjuicio que, en el libro 8, basado en las unidades especiales de giro fijadas por el Fondo Monetario Internacional (artículo 759), reproduce las convenciones internacionales suscritas en cuanto a la reglamentación y límites. Verbigracia, para muerte o lesiones en el transporte aéreo, artículos 1393 y 1399; para pérdida del equipaje en el transporte aéreo, artículo 1400; para la carga en el transporte aéreo y transporte marítimo, diferenciando topes según si el resultado dañoso es la muerte o lesión de personas u otro tipo de daños (artículos 755 y 756); o por transporte de sustancias peligrosas (artículos 1217 y 1677). De igual manera, reproduce la inaplicabilidad de los límites de responsabilidad por un acto u omisión cometidos con la intención de causar daño, o bien temerariamente y con conocimiento de que se daría como resultado el daño (ar-

tículos 111, 519, 754, 1064, 1108, 1158, 1401, 1584 y 1678). Hay entonces un trasvase de la normativa internacional, al código civil.

Además de estas limitaciones surgidas más bien en desarrollos modernos asociados al transporte y al seguro, es posible encontrar en algunos códigos europeos límites relativos al “viejo caso” del hotelero. Así, el artículo 1783 del Cc.it. establece en favor de éste un límite ascendente a cien veces el precio del alojamiento diario. El parágrafo 702 del BGB fija el mismo tope, añadiendo un mínimo de € 600, y un máximo de € 3500 Euros, reemplazando esta última por € 800 cuando se trate de dinero, valores en papel y objetos preciosos.

#### 6. *El intento latinoamericano: Proyecto de Código Civil Argentino del año 1998*

Este proyecto establecía en su artículo 1634 un límite cuantitativo general para ciertos casos de responsabilidad objetiva. La fórmula utilizada presentaba algunas características bastante interesantes en relación a lo visto en las páginas precedentes, a saber:

- 1) Fijaba un tope indemnizatorio único, sin distinción entre tipo objetivo infringido ni la naturaleza de los daños a resarcir: trescientos mil (300.000) pesos por cada damnificado directo (artículo 1634).
- 2) Permitía al juez aumentar dicho tope hasta el triple, si el damnificado directo sufría una gran discapacidad (artículo 1634).
- 3) Los tipos en los cuales se aplicaba el límite eran bastante genéricos. Por un lado, el *daño causado por cosa riesgosa* (artículo 1662), incluyendo los residuos industriales actual o potencialmente peligrosos, y los radiactivos (artículo 1663); el daño causado por animales sin distinción (artículo 1670); y el daño causado por el cuerpo humano que actúa como una cosa riesgosa (artículo 1671). Por otro, el *daño causado por las actividades especialmente peligrosas* (artículo 1665).
- 4) La única causal de liberación de responsabilidad era la prueba de que el daño fue culpa del damnificado (artículo 1666).
- 5) Buscaba constituir un instrumento que tendiese a la aseguración, de manera de garantizar la reparación de la víctima. Por ello establecía una causal de inaplicabilidad del límite, consistente en que no se podía beneficiar con la limitación el que razonablemente haya debido asegurar el riesgo, y no lo hizo; o bien, habiendo tomado el seguro, la aseguradora no puso a disposición del damnificado la indemnización oportunamente, sin perjuicio de dar la posibilidad

al asegurado interpelado de poner a disposición de la víctima la indemnización dentro de los treinta 30 días siguientes (artículo 1634 letras b y c).

- 6) Dejaba abierta la posibilidad a que las partes acordaran una indemnización mayor (artículo 1634 letra d).
- 7) El límite era inaplicable en caso de negligencia y, en especial, falta de las medidas de prevención que el hechor razonablemente debió adoptar (artículo 1634 letra a).
- 8) Lo dicho explícitamente constituía el régimen general, pues de manera expresa se dejaban a salvo las disposiciones sobre responsabilidad objetiva y límites de la legislación especial (artículo 1634).

El artículo 1634 del proyecto, y las características reseñadas, fueron el resultado básicamente de las conclusiones a que llegó Alterini en sus investigaciones y base de su propuesta de *lege ferenda*.<sup>921</sup> El proyecto de código civil de 1998, sin embargo, no fue aprobado como es sabido, privándonos de tener un ejemplo legislativo vigente de límite cuantitativo general en materia de responsabilidad objetiva, de su funcionamiento, y de la doctrina y jurisprudencia asociadas que naturalmente debieron emerger.

### III. EL DEBATE ACERCA DE LA EXISTENCIA DE LÍMITES CUANTITATIVOS A LA RESPONSABILIDAD

Necesario es dejar constancia de la existencia del debate moderno en torno a la existencia de los límites cuantitativos de responsabilidad, el cual se mueve entre los extremos abolición de todos y cada uno de los límites existentes, y la ampliación de la herramienta a través de la introducción de límites generales.

Es importante entender como presupuesto, que la pugna doctrinaria se desarrolla en razón de la efectiva existencia de casos de responsabilidad en que los límites son parte del sistema, como se ha tenido ya ocasión de revisar, como asimismo de ejemplos modernos en que pareciera que la tendencia es la expansión general de los mismos.

#### 1. *Los fundamentos para sostener su existencia*

Los límites a la responsabilidad, como en los ejemplos vistos en los números 1 y 2 precedentes, han sido defendidos en el tiempo a través de diver-

---

<sup>921</sup> Alterini, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

sos fundamentos particulares (quizás reforzando la tipicidad como característica de la responsabilidad objetiva). Es decir, no necesariamente existiría “una” razón para establecer un límite, sino que ella sería variable según el caso concreto que se regula (razones ad hoc).

La confección durante el transcurso del tiempo de un listado de argumentos individuales en defensa de los límites, ha ido en desmedro del quizás único verdadero sostén común, como era la equidad.<sup>922</sup> Sin embargo, esta bien inspirada razón común, no se ha podido imponer en un contexto en que lo práctico y lo inmediato, reducidos habitualmente a lo económico, priman por sobre las consideraciones axiológicas.

Así, el fomento y la protección a la específica industria ha sido una de las más recurrentes defensas de los límites, especialmente en el ámbito de la responsabilidad marítima y aeronáutica. De una parte, por todos son conocidos los riesgos naturales y por acción humana que históricamente las expediciones marítimas debieron enfrentar, como asimismo el peligro intrínseco a la aviación, actividad sustentada en leyes de la física, que la ingeniería del hombre intenta dominar.<sup>923</sup> El desarrollo, competencia y mantenimiento del transporte por mar y aire, exigirían la protección mediante límites, de manera que una catástrofe en un viaje no se convierta en una catástrofe económica para el emprendedor, particularmente en el caso de las empresas de pequeñas dimensiones.<sup>924</sup> El argumento también ha sido llevado al campo del transporte terrestre, en el cual se da frecuentemente esta última situación, con propietarios de un solo camión. Todo ello sin perjuicio de defensas muy particulares que se han dado en este ámbito respecto de los límites.<sup>925</sup>

También es usual como fundamento la imposibilidad de sobrellevar riesgos catastróficos cuyos efectos devastadores resultan difíciles de acotar, y de cuantías que pueden exceder incluso las posibilidades de pago efectivo

---

<sup>922</sup> En general, De Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, 22a. ed. Italiana, trad. de Ángel Martínez Sarrión, Boch, Barcelona, 1975, núm. 28, p. 246 y núm. 61, p. 414. En particular Vidari, a propósito de la limitación de la responsabilidad a la nave y canon del flete, sostenía a fines del s. XIX que “cotesto temperamento di equità, accolto da tempo immemorabile da quasi tutte le legislazioni... è meritevole della più ampia lode, come quello che il diritto non considera quale una entità astratta, cioè una pura creazione della mente nostra, ma lo trae dalla più viva e sicura realtà dei fatti sociali”. Vidari, Ercole, *Corso di diritto commerciale*, 3, vol. V, Milán, Hoepli, 1892, núm. 5305, p.521.

<sup>923</sup> Hananías Castillo, Rodrigo, *La Responsabilidad civil en el Transporte Aéreo de Mercancías*, Santiago, La Ley, 2003, pp. 355-358.

<sup>924</sup> Pugliatti, *op. cit.*, p. 86. Pellegrino, *op. cit.*, p. 80.

<sup>925</sup> En Italia, uno de los argumentos en un momento fue permitir la competencia con armadores de estados extranjeros que gozaban de límite, por lo que en el país de la bota no podían ser eliminados. Véase, nota precedente.

(por lo mismo además no asegurables). Se trata de un argumento en el cual se sustentan normalmente los límites en materia de daños nucleares y medio ambientales. Chernobyl en 1986 y Fukushima el 2011 para los primeros; el derrame de crudo en el Golfo de México el 2010 (por el cual British Petroleum pagó ya US\$ 4.500 millones, multa record en el mundo, sin perjuicio de los juicios civiles) y en Alaska por el buque-tanque Exxon Valdez en 1989 para los segundos, constituyen imágenes gráficas que permiten en la actualidad la vigencia de esta fundamentación.

Pero hay razones que se pueden generalizar, resultando aplicables a todos los casos de limitación de responsabilidad, como por ejemplo, la necesidad de la asunción conjunta de los riesgos, dado el beneficio también recíproco. Es decir, no obstante el riesgo que significa el desarrollo de una determinada actividad, ésta es deseable por la sociedad y/o las mismas personas que se ven expuestas al peligro de sufrir un daño: “il rischio «calcolato» è il sale del progresso”.<sup>926</sup>

Piénsese por vía ejemplar en el transportador aéreo que hace feliz a los turistas, que quieren viajar, rápido y cómodos, pero saben que en caso de falla, sus vidas estarán en juego; o los miles de conductores de automóviles en el mundo, que disfrutan de ellos, ya sea por placer o por trabajo, y que requieren combustible, por lo que les interesa el transporte de crudo vía marítima, no obstante el riesgo que se produzca un daño ecológico de proporciones; o en la electricidad, vital en estos días para la mayoría de la población mundial en su trabajo y en el esparcimiento, energía que debe ser producida entre otras por plantas nucleares, con el consiguiente peligro de un desastre radiactivo (Japón, uno de los principales productores de tecnología basada en electricidad, parece el ejemplo del momento).

Conforme lo expresado, la verdadera explicación práctica de los límites de responsabilidad, sería la circunstancia que los hombres no están dispuestos a renunciar a los progresos materiales y a las comodidades a las que han llegado, pagando el precio que sea para mantener tal bienestar e inclusive aumentarlo.<sup>927</sup> Ello incluye indemnizaciones limitadas.

La lista de otros beneficios que los límites acarrearán para el responsable y la víctima, con independencia de los diferentes casos de responsabilidad

---

<sup>926</sup> Forchielli, Paolo, *Responsabilità Civile*, CEDAM, Padova, 1983, p. 77. El ordenamiento jurídico considera correcta la realización de actividades más o menos peligrosas, en atención a la mayor o menor utilidad social de las mismas, y al mayor o menor costo social de las medidas de reducción del riesgo. Pantaleón, Fernando, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, t. II, Madrid, 1990, p. 1577.

<sup>927</sup> Forchielli, *op. cit.*, pp. 97 y 111.



objetiva limitada, es larga: permiten la unificación de las cuantías pagadas; evitan pleitos y facilitan un avenimiento;<sup>928</sup> evitan la insolvencia de las empresas, caso en el cual serían utópicas las indemnizaciones; constituyen una garantía a las víctimas en cuanto a que serán indemnizadas, sin necesidad de juicio y en un tiempo reducido; etcétera.<sup>929</sup>

Modernamente, sin embargo, se ha ido delineado como común una nueva razón que destaca por sobre las restantes con particular fuerza: el seguro. Los límites de responsabilidad darían la posibilidad efectiva de aseguramiento a las empresas, con independencia de su tamaño, y a costos razonables,<sup>930</sup> permitiendo su acceso a variados seguros por daños a clientes y terceros en el desarrollo de sus actividades. Desde el punto de vista de cada actividad particular, facilitarían la entrada al mercado de pequeñas y medianas empresas, pero desde el punto de vista de los clientes, evitarían, y es lo que más se destaca, que los mayores costos por concepto de primas de seguros o reserva para casos de accidentes (que serían necesarias si no hubiesen límites) se traspasen finalmente a los usuarios, manteniéndose para éstos los menores precios.<sup>931</sup>

<sup>928</sup> Hananías, *op. cit.*, p. 360; Alterini, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

<sup>929</sup> En materia de transporte aéreo, es clásico el listado de ventajas de Drion, H., *Limitations of liabilities in International Air Law*, Nijhoff, La Haya, 1954, p. 12. Véase Hananías, *op. cit.*, pp. 358-360. Listado para el transporte terrestre, marítimo, aéreo y multimodal, Barroilhet Acevedo, Claudio y Alejandro, Díaz Díaz, *Derecho del transporte*, Valparaíso, Libromar, 2002, t. II, pp. 625-631.

<sup>930</sup> Medina por ejemplo sintetiza la cuestión diciendo que “è proprio la limitazione nel quantum che rende possibile l’assicurazione poichè un’assicurazione per ammontare illimitato è economicamente impossibile”, Medina, Corrado, *In difesa della limitazione della responsabilità*, Atti di Convegno, Modena, 2-3 aprile 1993, Giuffrè, Milán, 1994, p. 290. En el ámbito del transporte marítimo, en el mismo sentido, Barroilhet y Díaz, *op. cit.*, t. II, p. 629; Abuaud Dagach, Ricardo, *Limitación de responsabilidad de la empresa naviera*, Santiago, Ed. Jurídica, 2007, p. 16.

En contrario, por ejemplo, Pizarro no cree que la facilitación del seguro pase por limitar la responsabilidad. Igual las compañías de seguros pagan hoy indemnizaciones por culpa de los asegurados. *Responsabilidad civil*, cit., pp. 351 y 532. Desde otra perspectiva, Espinoza, a propósito de los límites en materia aeronáutica, afirma que “no parece justificarse ante el incremento de volumen de carga y del nivel de seguridad, que de un lado aumenta la base sobre la cual está repartido el riesgo asegurado y de otro lado reduce el riesgo de accidentes, permitiendo entonces la indemnización de la casi totalidad de los daños ocasionados a costos razonables para el operador”. Espinoza Pérez, Carlos, *Transporte aéreo internacional de mercancías, Régimen de responsabilidad*, Bogotá, 1998, p. 7.

<sup>931</sup> Destaca la racionalización de los costos de las empresas de transporte y la reducción beneficiosa sobre el precio del mercado de las mercaderías, Pellegrino, *Studio, cit.*, p. 225.

Incluso, este punto económico-asegurativo ha tenido expresión jurisprudencial. Por ejemplo, en sentencia del 22 de noviembre de 1991, núm. 420, la Corte Constitucional italiana, si bien declaró inconstitucional el límite de responsabilidad en favor del transportista terrestre

A tal punto ha avanzado la precedente argumentación en los últimos años, que en la actualidad existe una tendencia doctrinaria que eleva el seguro a la categoría de “el” fundamento de los límites de responsabilidad, descartando todos los demás posibles argumentos.<sup>932</sup> Los límites se explican modernamente por, y únicamente, la existencia de seguros de responsabilidad civil. La tendencia ha tenido incluso bendición judicial.<sup>933</sup> De hecho, si bien en el proyecto de código civil argentino de 1998 la inclusión del seguro pretendía ser un instrumento que sólo permitiese en la mayor cantidad de casos posibles garantizar la indemnización para la víctima, y no fundar por tanto el límite de responsabilidad que se establecía para todas las situaciones, el seguro fue el único argumento que calmaba a los enemigos más recalcitrantes a la fijación de un límite cuantitativo a las indemnizaciones.<sup>934</sup> El seguro entonces habría sido “la llave de paso” al artículo 1634 del proyecto, en caso de que se hubiera aprobado.

---

frente a dolo o culpa grave de su parte, se pronuncia a favor de la constitucionalidad misma del límite, considerando entre otras cosas el mayor costo de aseguración y su traspaso a los precios finales de las mercaderías, en perjuicio de los consumidores (en *Foro Italiano*, 1992, t. I, p. 642). Con ciertas dudas, pero comentando favorablemente el fallo, Ponzanelli, Giulio, *Limitazione di responsabilità, analisi economica del diritto e giudizio di costituzionalità*, en *Foro Italiano*, 1992, t. I, p. 646. En cambio críticamente, pues la literatura sobre análisis económico del derecho enseñaría que de todos modos los costos de aseguración forman parte de los precios del transporte, de las mercaderías y por tanto traspasados a los consumidores, Consentino, Fabrizio, *Trasporto di merci su strada e limitazione della responsabilità: osservazioni in chiave di analisi economica del diritto*, *Foro Italiano*, 1992, t. I, p. 647.

<sup>932</sup> “La *ratio* della limitazione non può che ritenersi unica e di natura “economico-gestionale”: permettere all’imprenditore-vettore la ripartizione, fra i consociati, dei rischi d’impresa, mediante la loro parziale trasformazione in costi assicurativi. Il trasportatore è, in altri termini, messo in condizione di fronteggiare i rischi nascenti dalla sua attività (prevedibili in quanto limitati entro determinati massimali risarcitori) mediante il ricorso a idonea copertura assicurativa e di trasferire l’onere del costo assicurativo sull’utente, includendolo nel prezzo del servizio”. Pellegrino, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

<sup>933</sup> Véase, nota 931.

<sup>934</sup> La cuestión de la facilitación de la contratación de seguros, constituyó un argumento tremendamente poderoso para la aceptación de la inclusión de un límite de responsabilidad general en el proyecto de Código Civil argentino de 1998, incluso para sus detractores. Tomo como ejemplo las palabras de Pizarro: “sin admitir que la responsabilidad objetiva sea una responsabilidad de excepción y por eso deba ser limitada, la norma proyectada tiene algunos aditamentos que pueden ser positivos en la hora actual... en primer lugar, indudablemente favorece la contratación del seguro y, en segundo lugar —lo más importante—, favorece la actitud de cumplir de las aseguradoras... creo que debemos tratar de entender el sistema y, si lo hacemos, seguramente le vamos a encontrar bastante razonabilidad”. “Análisis del proyecto de código civil de 1998”, *Temas de derecho privado*, núm. XII, Buenos Aires, 2000, p. 51. Facultad de Derecho de Buenos Aires, Ciclo de mesas redondas desarrollado durante 1999 en homenaje al profesor doctor Marco Aurelio Risolía.

A pesar de las evidentes ventajas que recíprocamente se prestan los límites cuantitativos y la aseguración, y consiguientemente ambos a la responsabilidad objetiva, parece inadecuado fundar a los primeros en los seguros. Desde luego porque antiguamente habrían sido los riesgos de la industria la principal razón, hoy es el seguro y mañana podría ser cualquier otra motivación práctica, en circunstancias que los límites han demostrado una vocación de permanencia y resistencia mucho mayor a simples motivaciones temporales. Pero además, porque “la risposta alle sfide fornita dall’assicurazione è di natura secondaria”, y no principal como la tendencia moderna parece entender. “L’assicurazione della responsabilità si adegua al contenuto legale delle sfide e compie ogni sforzo per fornire una risposta ragionevole ed economica”.<sup>935</sup>

Por tanto, es necesario determinar y estructurar el sistema de responsabilidad justo y coherente que se requiere, y luego, conforme al mismo, el mundo del seguro da respuestas. Ello no obsta por supuesto a que el sistema tenga en cuenta facilidades que permitan más seguros, más baratos y lo más omnicomprendivos posibles, siendo los límites una de las herramientas para tales logros.

La tendencia a fundar los límites en la mera aseguración, se enmarca dentro de lo que ha sido el análisis económico del derecho, que en el último medio siglo ha llenado con fórmulas matemáticas y gráficos muchas páginas de libros jurídicos sobre responsabilidad civil. Así, se construye sobre la base de dos supuestos básicos: i) el riesgo de daños de una actividad puede ser asegurado por quien la desarrolla, traspasando su costo al precio final cobrado a los consumidores de los bienes o servicios derivados de aquélla; ii) los límites cuantitativos permiten primas más reducidas, y por tanto el traspaso de un costo menor al precio final, con la consiguiente ventaja para los usuarios.

Los equívocos a que lleva un análisis puramente económico son sin embargo múltiples. Ciertamente “il método económico costituisce da sempre una delle categorie dell’interpretazione”, pero no es la única.<sup>936</sup> El economista tiene el deber de explicar cómo opera el mundo, pero no toma las decisiones. La economía no tiene escala de valores, mientras que el político, el moralista, el periodista o el jurista sí, siendo en verdad los llamados a tomar las decisiones o aconsejarlas.<sup>937</sup> Las explicaciones por tanto de un

---

<sup>935</sup> Eörsi, Gyula, “L’assicurazione di fronte all’evolversi del concetto di responsabilità”, *Revista Assicurazioni*, 1986, fascículos 4-5, p. 325.

<sup>936</sup> Alpa, Guido, “Interpretazione economica del diritto (economic analysis of law)”, *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, 1980, p. 317.

<sup>937</sup> Son las ideas desarrolladas por Dorfman, “The economic of products liability: a reaction to McKean”, *University of Chicago Law Review*, núm. 38, 1970, p. 92, hechas suyas por Alpa, *op. cit.*, p. 324.

jurista necesariamente deben tener una orientación distinta, no cayendo en argumentaciones fundadas en claves de otras ciencias.

En este sentido, un regreso a las estructuras propias del derecho privado como ha propuesto Weinrib, no estaría demás. Precisamente, este autor ha expresado que “the reference to insurance introduces an incoherence into the tort relationship”,<sup>938</sup> pues con justa razón, la institución de la responsabilidad civil no ha nacido ni se ha desarrollado con la finalidad de distribuir pérdidas, ni el total ni partes de ésta. Hago presente que la incoherencia afecta también a la responsabilidad civil limitada en el monto de la indemnización, pues los límites, bajo la mirada del segundo supuesto citado con anterioridad, sólo generan un cambio en el *quantum* distribuido, pero no modifican la lógica que se pretende introducir en materia de responsabilidad con la incorporación del seguro. Ella permanece como tinta indeleble por tanto si se fundan los límites cuantitativos en la aseguración.

La distribución de costos que se produciría a través de los seguros, implica simplemente contar con “un asegurado”, esto es lo esencial, sin importar que haya coincidencia o no entre dicho asegurado y el autor del daño. Es decir, a dicha distribución le es indiferente la relación de causalidad, bastándole sólo un asegurado; que los costos de las primas correspondientes se traspasen al precio final; y que la víctima reciba la indemnización por parte de la compañía aseguradora, que a su vez redistribuye el costo que dicho pago le significa entre los precios de las primas pagadas por el conjunto de asegurados (sin perjuicio de realizar la misma operación las reaseguradoras). A la responsabilidad civil no le importa si hay o no asegurado, pues ella se configura entre el dañante y el damnificado, por existir un vínculo causal entre la actividad del primero y el daño del segundo. De esta manera, “causation and insurance are independent of each other” y “a private law relationship that combines them is incoherent”.<sup>939</sup>

Al cuestionamiento de fundar los límites en el seguro por no estar acorde a la esencia de la relación privada que la responsabilidad civil genera, se suma la circunstancia que tampoco logra en la práctica alcanzar la finalidad económica que supondría. Los seguros, con límites de responsabilidad incluidos, sólo son capaces de cubrir parcialmente el amplio espectro de si-

---

<sup>938</sup> Weinrib, Ernest J., *The idea of private law*, Londres, Harvard University press, 1995, p. 37.

<sup>939</sup> *Idem*. El punto es reconocido incluso por quienes han sostenido posturas diversas a Weinrib. En este sentido, Honoré ha señalado que “insurance is not ....a form of strict liability, since an insurer is not liable for the outcome of his own conduct”. Honoré, Anthony, “Responsibility and luck, the moral basis of strict liability”, *Law Quarterly Review*, vol. 104, octubre, 1988, p. 537, nota 22.

tuaciones a las cuales la responsabilidad objetiva se ha ido expandiendo en los últimos años, abandonando su aplicación a daños derivados de riesgos sociales, donde la asociación con el seguro y la explicación económica resultaba lógica, y penetrando el campo de los riesgos individuales.<sup>940</sup>

Se debe pensar en los campos de actividades más riesgosas, donde las compañías aseguradoras no otorgan cobertura, pues las indemnizaciones, que parecen no tener límite, constituyen una seria amenaza a las dimensiones de los mercados asegurativos. Mas, ahora hay que pensar en el otro extremo, en el de los riesgos para los cuales existe cobertura asegurativa, ¿están en condiciones económicas todas las personas naturales de tomar los respectivos seguros y para todos los posibles eventos? ¿Están en condiciones las pequeñas y medianas empresas de tomar todos y cada uno de los seguros de responsabilidad disponibles? A las preguntas habría que agregar “en Latinoamérica”, cuya realidad dista de Estados Unidos, Europa y de los países asiáticos emergentes (al menos hasta antes de la crisis económica que desde el 2009 azota estas últimas latitudes).

Entonces, no es posible pretender afrontar la problemática de los daños y construir un sistema de responsabilidad sólo a partir de una herramienta económica, como son los seguros. Éstos han sido y pueden ser un complemento práctico para un grupo importante de casos, pero no forman parte de los fundamentos de la responsabilidad civil, menos cuando la socialización de los daños y el pretendido reemplazo de aquélla por ésta cada día parece ser con mayor fuerza un utópico sueño. Por lo mismo, tampoco pueden fundar los límites de responsabilidad, ni definir la disyuntiva de su introducción o no, conforme si es o no posible la aseguración. No parece el camino más adecuado.

Primero son justos y buenos para el sistema; luego, parte de esta bondad se demuestra con la posibilidad de obtener una serie de efectos prácticos beneficiosos, entre los que se cuenta la posibilidad de lograr una cobertura asegurativa en ciertos ámbitos. De hecho, a los romanos, antes de la

---

<sup>940</sup> Baste recordar en este punto a Trimarchi, quien expresamente afirmaba que la responsabilidad se debía atribuir (objetivamente) a quien tiene el control de las condiciones generales del riesgo, encontrándose en grado de traducir el riesgo en costo, de manera que formara parte armónicamente del juego de las utilidades y las pérdidas a través de la aseguración. De ahí que debiera tener una relación constante con el riesgo y no esporádica u ocasional. Trimarchi, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán, Giuffrè, 1961, p. 50. Hoy en cambio se busca la atribución de responsabilidad objetivamente a cualquier que haya generado un riesgo o ejecutado una actividad peligrosa, aunque esporádicamente, sin la posibilidad de participar del “juego” citado. Al perder sentido la distribución social del riesgo, pierde sentido la aseguración, y por tanto el que sería el fundamento de los límites a la responsabilidad estricta.

existencia de aseguradoras, les pareció equitativa la existencia de límites de responsabilidad.

Así las cosas, resolver la contradicción dentro del subsistema jurídico romanista latinoamericano pensando sólo en las posibilidades de aseguración, no resulta una respuesta satisfactoria, más aún cuando especialmente los casos fundados en factores de atribución objetivos de origen romano, que involucran a personas naturales, serían los que presentarían mayores dificultades para acceder a esta cobertura.

El resto de las ventajas destacadas en la modernidad que los límites traerían, permiten poner en evidencia las circunstancias fácticas que harían necesaria la introducción de una herramienta que restablezca el equilibrio, pero no constituyen en sí el fundamento último de los límites. El desarrollo de tal o cual industria, el requerimiento de ésta por la población para satisfacer su actual bienestar, el que las indemnizaciones no se transformen en parte del costo de los productos evitando el alza de precios, la magnitud de los daños, etcétera, son todas buenas razones prácticas de contexto, pero que no consiguen en lo individual ser impuestas como un verdadero argumento común moral que sostenga los límites a la responsabilidad objetiva.

## 2. *El principio de la reparación integral como principal objeción y la respuesta a ello*

Pero los fundamentos y las ventajas de los límites de responsabilidad son objeto de diversas críticas por una buena parte de la doctrina.<sup>941</sup> El último recurso ha sido el refugio en la Constitución, dado el avance de la constitucionalización de contenidos de todas las ramas del derecho, entendiéndose por la doctrina, o declarándose los límites por los tribunales parcial o totalmente inconstitucionales.<sup>942</sup> Sobre este particular, señalo por ahora que esta

---

<sup>941</sup> Por ejemplo, en derecho marítimo, Contreras Strauch, Osvaldo, *Derecho marítimo*, Santiago, Conosur, 2000, p. 321. Jaime Carvallo Soto, con quien tuve el honor de trabajar en mis inicios laborales y lo cito con especial afecto, comenzaba el respectivo acápite afirmando: “la limitación de responsabilidad es un robo”, *Derecho marítimo chileno*, La Ley, Santiago, 1994, p. 105. Abuauad, *op. cit.*, p. 15, nota 2.

<sup>942</sup> Por ejemplo en Chile, se analiza la posible violación de disposiciones de la Constitución, como las que establecen el derecho de propiedad (artículo 19, núm. 24); el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 núm. 2); y el derecho a la integridad física y psíquica de las personas (artículo 19, núm. 1). Así, Barroilhet y Díaz, t. II, *op. cit.*, pp. 637 y ss.; Carvallo, *op. cit.*, pp. 112 y 113; Hananías, *op. cit.*, p. 387 y ss.; Domínguez Hidalgo, Carmen, “Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño”, *Estudios de derecho civil*, t. IV, 2011, p. 415 (en el marco de proyecto FONDECYT 1085221, sobre el principio de la reparación integral); Diez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual, jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Ed. Jca, 1997, p. 174.

línea crítica no me parece atendible, compartiendo con Díez-Picazo que una cosa es la cuestión sobre la injusticia de la ley (que es lo que puede ser objeto de debate y sobre lo que no necesariamente estoy de acuerdo con el autor español), y otra distinta es su traslado al plano constitucional, pues establecer un sistema legal de cálculo concreto de indemnizaciones resulta constitucionalmente legítimo.<sup>943</sup>

En todo caso, no profundizo en las contestaciones y defensas a cada crítica individual (empresa de la que se han preocupado otros),<sup>944</sup> pues en definitiva, expresa o implícitamente, las críticas apelan y tienen por base el *principio de la reparación integral o completa* de los daños. Los contrarios a los límites de responsabilidad alegan, en nombre de este *principio*, que las restricciones cuantitativas a la responsabilidad son inaceptables.<sup>945</sup> Los partidarios se defienden afirmando por su parte que los límites no le infringen deterioro o desconocimiento. Por lo mismo, no efectuaré una exposición pormenorizada del listado de dichas objeciones, concentrándolas en el tratamiento de dicho principio.

El *principio de la reparación integral* aparece hoy aceptado universalmente como dogma, que incluso gana cada día más terreno a nivel legislativo. Así, en Colombia, la Ley núm. 446 de 1998 expresamente estableció la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atendiendo a “los principios de reparación integral y equidad” (artículo 16). En México, la Ley Federal de responsabilidad patrimonial del Estado de 2004 (*Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 2004) dispone en su artículo 12 que “las indemnizaciones corresponderán a la reparación integral del daño,

---

Conocido e interesante ha sido el debate en España relativo a la inconstitucionalidad de los baremos introducidos por la ley 30/1995, precisamente por llevar, como efecto final, a la limitación de las cuantías de las indemnizaciones. Véase síntesis del mismo y Bibliografía al respecto, en Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. V, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 189-207. Destaco el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (sentencia 181 del 29 de junio de 2000), que declaró a ley constitucional, salvo en la aplicación de límites en materia de incapacidad temporal, cuando hay culpa relevante del demandado.

<sup>943</sup> Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 198.

<sup>944</sup> Véase, refutación de objeciones en Alterini, *op. cit.*, p. 102 y pp. 104-109.

<sup>945</sup> Así Hananías señala que el transportador “no tendrá la obligación de repararlo en su integridad, sino que sólo parcialmente y hasta la imperativa cuantía que la ley le ha fijado como máxima”. Agrega que se olvida la premisa fundamental consistente en “el desiderátum de la justicia por la consagración de la noción indemnizatoria pura o plena de todos los ámbitos y niveles. Es una pretensión incumplida, ya que en diversas esferas se ha impuesto y consolidado el fenómeno limitacionista”. *Op. cit.*, pp. 366 y 369 respectivamente. Pellegrino entiende que los límites constituyen precisamente una grave excepción al principio general de la reparación integral del daño (*op. cit.*, p. 216).



y en su caso, por el daño personal y moral”. En Argentina, el artículo 54 de la Ley núm. 24.240 sobre defensa del consumidor (artículo incorporado por artículo 27 de la Ley núm. 26.361, *Boletín Oficial* del 7 de abril de 2008), en materia de las acciones de incidencia colectiva, señala en su inciso 3 que “si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá (la sentencia) las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral”. En esta misma nación, el anteproyecto de nuevo código civil contiene la siguiente propuesta en el artículo 1736: “Reparación plena. La reparación del daño deber ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”. Llamativo el caso de Guatemala cuyo Código Civil, si bien no tiene una norma que acoja el principio, el capítulo único, del título VII, de la primera parte del libro V, se intitula ni más ni menos: “todo daño se debe indemnizar”.

Si no hay consagración legal, igualmente se persiguen interpretaciones de normas vigentes en orden a entender comprendidas en ellas el principio en comento. Es el caso de Chile, donde la doctrina ha entendido que la expresión “todo daño” del artículo 2329 del Código Civil precisamente da cuenta de la presencia del principio en el ordenamiento chileno.<sup>946</sup> Lo mismo se podría decir para los países que siguieron la norma (artículos 2256 Cc.Ec; 2080 Cc.El Sal; y 2356 Cc.Col., aunque en este último caso, es un complemento de la disposición legal colombiana anteriormente citada).

El principio de la reparación integral o completa, persigue una razonable equivalencia jurídica entre el daño sufrido por la víctima y la reparación que el ordenamiento jurídico obliga pagar a quien es sindicado como sujeto responsable de los perjuicios. De ahí que la regla de oro que derivaría de este principio sería: la reparación no debe ser inferior ni superior al daño; la apreciación se debe formular en concreto. Hay permanente coincidencia entre los autores en esta regla cuando tratan de las consecuencias del principio de la reparación integral,<sup>947</sup> pues ella permitiría cumplir con el fin último de la reparación, cual es volver las cosas al estado anterior a la producción del daño, o al menos al mismo estado patrimonial<sup>948</sup> De he-

<sup>946</sup> Diez Schwertler, *op. cit.*, p. 160; Barros, *Tratado*, cit., núm. 163, p. 255.

<sup>947</sup> Pizarro, *op. cit.*, t. I, p. 340. Citando fallo de la Corte de Apelaciones de Chillán de 1970, Diez Schwertler, *op. cit.*, p. 161. Henao, Juan Carlos, *El daño*. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés, Bogotá, Universidad de Externado, 1998, p. 45. Domínguez Hidalgo, *op. cit.*, p. 414. Barros Bouric, *Tratado*, cit., núm. 163, p. 255.

<sup>948</sup> Alessandri, *op. cit.*, t. II, núm. 453, p. 545 (véase en nota 1, citas que este autor hace a obras francesas clásicas).

cho, el anteproyecto del código civil argentino, como se pudo apreciar en precedencia, expresamente pretendía consagrar este objetivo último. Por lo mismo, una limitación cuantitativa de la indemnización se contrapondría al principio en comento, al conceder una reparación en apariencia inferior al daño soportado por la víctima: no sería íntegra o completa y consecencialmente no produciría total o parcialmente el efecto retroactivo perseguido por el principio.

Ahora bien, este principio y sus efectos sobre la condena resarcitoria, se desarrollaron a partir de la responsabilidad por culpa como presupuesto, de modo que todos los daños causados por culpa, y plenamente cada uno de ellos, fuesen debidamente indemnizados. Ello es muy comprensible, pues una conducta reprochable no puede dejar daños, o alguna parte de éstos, o más general, algún efecto de los mismos como permanentes en el tiempo.

Sin embargo, si se modifica el presupuesto, correspondería la adecuación del principio a la nueva realidad jurídica, y no pretender su aplicación en términos absolutos, cualquiera sea el contexto.<sup>949</sup> Cambiada *la ratio* de la atribución de los daños, no se pueden mantener incólumes las consecuencias, pues legislar para un culpable, no es lo mismo que legislar para quien no lo es. No es motivo suficiente para desentenderse de esta elemental constatación el decir que en la actualidad el centro de la regulación es la víctima y es a ella a la que se le debe brindar protección, sin importar otras consideraciones. La sed de “vendetta” de la víctima y el interés monetario del abogado en razón de su pacto de cuota litis, no deben llevar a la injusticia de crear nuevas víctimas. Asimismo, estoy de acuerdo en que las reglas de la responsabilidad no tienen hoy un fin retributivo, de manera que la intensidad de la culpa no puede influir en el monto de la reparación;<sup>950</sup> pero la falta de culpa no es un problema de intensidad, sino simplemente de “ausencia”.

En todo caso, y sin perjuicio de lo dudoso que resulta que efectivamente se repare todo el perjuicio alguna vez, el principio de la reparación integral o completa no sería en realidad más que un deseo, un ideal, una simple y bien intencionada aspiración o una idílica utopía,<sup>951</sup> lo que incluso implica

---

<sup>949</sup> Barros reconoce el punto, aunque sin profundizar, al señalar que es “cierto que el derecho exige, por lo general, que el demandado haya actuado con culpa para que haya lugar a la reparación”, y sólo una vez cumplido los requisitos (como es la culpa) surge la obligación de restituir a la víctima a la misma situación anterior (*Tratado*, cit., núm. 163, p. 255).

<sup>950</sup> Barros Bourie, *Tratado*, cit., núm. 11, p. 37.

<sup>951</sup> Tunc, André, *La Responsabilité Civile*, París, 1981, núm. 172, p. 143. Domínguez Aguila, Ramón, “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparativista”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 188, Año LVIII, 1990,

negarle el carácter mismo de principio. Si nos trasladamos al campo de las aspiraciones, me parece que no se podría sino sostener a su vez que las reparaciones deben ser justas, y ello no implicaría transformar a este ideal en un principio. Es más, aquéllas son fijadas en una sentencia, que sólo atiende a la verdad formal contenida en el proceso, pero no necesariamente a la verdad real, lo que de por sí da margen para considerar condenas indemnizatorias como injustas. Y si fuera un principio la justicia de las reparaciones, se trataría de un principio que a veces coincidiría con el de la reparación integral, y otras no, lo que generaría el problema de cuál principio se debería preferir, el de la integralidad o el de la justicia.<sup>952</sup> Se advierte entonces que elevar las aspiraciones a principios puede generar serias dificultades.

El problema que en realidad esconde la afirmación que los límites cuantitativos de la responsabilidad contradicen el principio de la reparación integral, se encuentra en el alcance jurídico de la noción que envuelve este principio. La simpleza lleva a muchos autores a traducir reparación integral como “total”, interpretando que el principio envuelve una integralidad material. Esto claramente es un error.

El principio en comento se debe entender y aplicar en sentido jurídico. Por algo la doctrina de forma tradicional ha distinguido entre las simples aspiraciones o intereses personales de las víctimas y el daño jurídico, de modo de aclarar que sólo este último es indemnizable.<sup>953</sup> Es decir, el daño que el ordenamiento respectivo define como tal, según las reglas que contenga, se repara. Y para ello, se seguirán las disposiciones de fondo y forma respectivas, lo que redundará en una condena (si procede) jurídicamente (o formalmente) justa. De esta manera, el análisis se realiza a un nivel distinto al de las meras aspiraciones individuales, que son comprensibles, pero no resuelven en concreto los casos ventilados ante los tribunales de justicia.

---

p. 136. López Cabana, Roberto, “Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización”, *Revista Roma e America. Diritto Romano Comune*, 10/2000, pp. 222 y 223.

<sup>952</sup> Barros Bourie expresamente alude a la pregunta si el principio no debiera ser moderado cuando, de su aplicación se sigan consecuencias “inequitativas” (*Tratado, cit.*, núm. 163, p. 256).

<sup>953</sup> Ilustro el punto con las siguientes citas. “Cualquiera sea la amplitud del concepto de daño, el ordenamiento de la responsabilidad tiene que definir los límites entre turbaciones a intereses que son *daños en sentido jurídico* y las que forman parte de los costos que debemos asumir por vivir en sociedad” (Barros Bourie, *Tratado, cit.*, núm. 143, p. 222). “La plenitud del resarcimiento no quiere decir plenitud material sino, como es obvio, *jurídica*, es decir, siempre dentro de los límites que la ley ha fijado, con carácter general, para la responsabilidad en el derecho” (Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible, Actos Ilícitos*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 121. “Lo que no ofrece duda, es que en ningún tiempo y en ningún país, el derecho ha sentido la necesidad de reaccionar ante *cualquier* daño” (De Cupis, *op. cit.*, núm. 3, p. 83).

Desde esta perspectiva, es interesante y adecuado a mi juicio el planteamiento de Alterini, quien entiende que reparación integral es igual a reparación plena (concepto distinto a total), consistente en “la resarcibilidad del conjunto de los daños que determina el sistema, aunque sin que se pretenda aprehender en bruto la totalidad de los que ha sufrido la víctima”.<sup>954</sup> Ésta por tanto debe ser reparada plenamente en todos y cada uno de los daños que el sistema admite, conforme los diferentes criterios jurídicos que éste contiene. Sólo si no se repara un daño que el sistema admite, o bien por un valor inferior, la reparación ordenada no es íntegra.

Ahora bien, “íntegra” es aquello “que no carece de ninguna de sus partes”,<sup>955</sup> por lo que la discusión dice relación con “las partes” que debería contener la reparación. Así, quienes traducen reparación integral como reparación de “todo” daño, lo que están propugnando en realidad es que se reparen cada uno de los perjuicios materiales e inmateriales imaginables o que los demandantes puedan pretender. Sin embargo, la labor del derecho no es satisfacer todas las pretensiones y todos los deseos. Si lo hiciera, sería un No derecho. El buen padre no es el que dice siempre que sí a sus hijos, sino el que los educa y forma como persona, resultado que se consigue con respuestas a veces positivas y a veces negativas. La ciencia jurídica realiza una labor parecida en cierto sentido, pues debe armonizar los intereses individuales entre sí, y éstos con los sociales, buscando las soluciones razonables a los conflictos que se presenten, de manera de “formar” a la sociedad, permitiéndoles alcanzar el mayor nivel de armonía y bienestar posible.

Entonces, el derecho estudia y fija criterios que permitan establecer razonablemente en cada época, “qué partes” serán las que integrarán la reparación y qué partes quedarán excluidas, tanto de forma cualitativa como cuantitativa. Los criterios que determinarán “las partes” a indemnizar conformarán el respectivo sistema de responsabilidad civil.

Es claro que en la actualidad la tendencia es a construir sistemas de responsabilidad mixtos, en cuanto a la naturaleza de los factores de atribución adoptados. Por una parte, se mantiene a la culpa como factor de atribución como regla general. Por otra, se incorporan diversos criterios objetivos que constituyen excepciones a ésta. Desde luego, no faltan los que hoy propugnan sólo sistemas objetivos, lo que ha motivado este trabajo.

Como sea, el criterio que se adoptó (subjetivo u objetivo) fue aquél que pareció razonablemente el adecuado a las circunstancias de tiempo y de lugar. ¿Es discutible la decisión? siempre. Estoy seguro que toda persona que es obligada a responder objetivamente dirá que la condena es injusta, pues

<sup>954</sup> Alterini, *op. cit.*, p. 17. En el mismo sentido, López Cabana, *op. cit.*, p. 230.

<sup>955</sup> RAE, 22a. ed. on line, disponible en: [www.rae.es](http://www.rae.es).

no ha cometido pecado (culpa) alguno. Pero no le quedará otra que pagar, pues los daños que se le obliga indemnizar, son “las partes” que el sistema determinó que se le debían atribuir. Por supuesto, no con ánimo doloso de convertirla en una segunda víctima, sino porque se estimó más razonable que sufriera la pérdida en vez que la víctima.

Pero el sistema puede asociar a dicho criterio otros, que junto con la garantía de obtener una indemnización a la víctima, puede conllevar beneficios adicionales, individuales y sociales. En derecho romano, según se vio, e históricamente en ciertas materias, el criterio asociado más razonable a la responsabilidad objetiva ha sido el de la limitación cuantitativa de la indemnización de perjuicios. O sea, responsabilidad sin culpa sí, pero limitada. Se trata de otro criterio del sistema que viene a fijar “otra parte” resarcible.

Por lo demás, autores y legislaciones han tradicionalmente reconocido límites cualitativos y cuantitativos a la reparación integral, si se le quiere entender como principio.<sup>956</sup> Pero que en definitiva, tales límites, no hacen más que configurar la noción misma de daño jurídico. Un interés que exceda dichos límites, simplemente no es daño para el derecho.

Lo anterior, sin perjuicio que el primer límite con el que debe lidiar la reparación integral, es de carácter subjetivo, pues dice relación con los criterios particulares de cada juez en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales tanto procesales como de fondo, y demás principios jurídicos involucrados en la determinación de una condena indemnizatoria. Este límite subjetivo, que se traduce en diferentes montos otorgados, criterios jurisprudenciales variables, falta de uniformidad en las reparaciones, etcétera, es destacado como tal por la doctrina.<sup>957</sup>

Luego, constituyen límite cualitativo los propios elementos catalogados de requisitos del daño reparable, como por ejemplo, que sea “cierto” y “legítimo” el interés, o bien “significativo”.<sup>958</sup> O categorías de daños, como son los denominados daños indirectos, excluidos habitualmente de la indemnización debido a la falta de causalidad con el hecho en base al cual se demanda, salvo como sanción civil, cuando el legislador expresamente ordena

---

<sup>956</sup> Explícito es el trabajo de Domínguez Aguila, Ramón, “Los límites al principio de la reparación integral”, *Revista chilena de derecho privado*, núm. 15, pp. 9-28, diciembre 2010 (en el marco de proyecto FONDECYT 1085221, sobre el principio de la reparación integral) y su antecedente en *Consideraciones, cit.*, p. 136. En el mismo sentido, Henao, *op. cit.*, p. 49; Diez Schwerter, *op. cit.*, p. 160; Barros Bourie, *Tratado, cit.*, núm. 163, p. 256; De Cupis, *op. cit.*, núm. 28, p. 246; Tamayo, t. II, núm. 476, p. 543.

<sup>957</sup> Henao, *op. cit.*, p. 50; Diez Schwerter, *op. cit.*, p. 161; Domínguez Aguila, *Los límites, cit.*, p. 11.

<sup>958</sup> Por ejemplo, Abeliuk, *op. cit.*, t. I, 248, p. 200. Barros, *op. cit.*, núm. 144, p. 222 y núm. 145, p. 226. Domínguez Aguila, *Consideraciones, cit.*, pp. 137 y 147.

su reparación (ejemplo artículo 1558 del Cc.Ch. en materia contractual, por incumplimiento doloso).<sup>959</sup>

Interesante como límite cualitativo, muy aceptado modernamente por la doctrina, reconociendo ésta que la aplicación del principio de la reparación integral con carácter de dogma lleva a consecuencias muchas veces inequitativas que exigen correctivos, sería precisamente la reducción en equidad de la indemnización.<sup>960</sup>

En este ámbito, uno de los supuestos “sub principios” de la reparación integral había sido la no incidencia de la fortuna de las partes en la fijación de los montos indemnizatorios pues las culpas se debían pagar íntegramente. El mayor o menor valor del patrimonio de la víctima y del victimario, era un elemento extrínseco a los daños sufridos por la primera. Su consideración modificaba el cálculo objetivo de la cuantía de la indemnización, por uno subjetivo. Así lo explicó siempre la doctrina tradicional,<sup>961</sup> constituyendo la regla una contención al intento de los jueces de buscar la justicia social a través de sus sentencias, utilizando éstas como instrumento de redistribución de la riqueza. Los jueces no debían hacer pagar al rico más del valor de los daños, a fin de mejorar la condición de la víctima; tampoco se debían fijar en la pobreza, para denegar o limitar una justa indemnización a una víctima que tuviese medios económicos para soportar el daño causado.

No obstante lo anterior, hoy las excepciones a nivel legislativo abundan, alimentadas desde luego por la doctrina.<sup>962</sup> Razones de “justicia” y de “equidad” constituyen el fundamento de la recepción de “la fortuna” de las partes como criterio de fijación de las indemnizaciones.<sup>963</sup> Suerte para

---

<sup>959</sup> Abeliuk, t. I, núm. 256, p. 208; Barros Bourie, *Tratado*, núm. 159, p. 245; Alterini, *op. cit.*, p. 8.

<sup>960</sup> Barros Bourie, *Tratado, cit.*, núm. 683, p. 898; Alterini, *op. cit.*, p. 29. Ejemplo de Códigos, el artículo 109, libro 6, Cc.Hol., conforme al cual, correspondiendo una reparación integral, el juez la reduce por motivos de equidad.

<sup>961</sup> Alessandri: “la situación social, de fortuna y de familia de la víctima y del autor del delito o cuasidelito sólo se tomaran en cuenta para llegar a determinar el monto efectivo del daño; pero de ningún modo autorizan al juez para aumentar o reducir la indemnización, una vez conocido ese monto”. El fundamento es precisamente el principio de la reparación total, ni más ni menos se debe pagar, y rechaza las fortuna de las partes citando incluso códigos modernos que han aceptado esto. *Op. cit.*, núm. 474, p. 565 y nota 7.

<sup>962</sup> Domínguez Aguila, *Los límites, cit.*, pp. 12 y 13. Por ejemplo, Borda en Argentina, en relación a un victimario cuyo único patrimonio sea un taxi, sustento económico de la familia, afirma que “resulta chocante al sentimiento de la equidad obligarlo a reparar todos los perjuicios, aun a costa de obligarlo a vender su propia herramienta de trabajo, es decir, su taxi. En estos casos, la equidad viene a atenuar el rigor de la ley”. Borda, *Manual, cit.*, p. 535.

<sup>963</sup> Véase, como ejemplos los artículos, 1069 Cc.Arg; 89 Cc.Cu; 1655 Cc.Gua; 994 Cc.Bo.; 1979 Cc.Per; 944 Cc.Br; 1644 Cc.Pan; 494 Cc.Por; 829 BGB; 24 de la ley general de responsabilidad danesa; 1916 inciso 4 Cc.Mex.

el pobre si es dañado por un rico; mala suerte para el rico, si es dañado por un pobre. Empero, en este último caso, el estado del patrimonio del victimario constituye en la práctica un verdadero y definitivo límite a la responsabilidad. Los autores contrarios a los límites de responsabilidad rasgan vestiduras frente a la imposibilidad, por “culpa” de éstos, de alcanzar la supuesta reparación integral de los daños. Sin embargo, la mayoría acepta sin inconvenientes la fijación de indemnizaciones considerando la fortuna de las partes, tanto de la víctima como del victimario.

A la equidad incluso se le está reconociendo un rol mayor que su intermitente utilización en casos particulares como los citados en los párrafos precedentes. Especialmente en la doctrina argentina, esta herramienta, considerada tradicionalmente elemento al cual se puede recurrir para integrar o interpretar la ley, ha sido elevada a la categoría de “factor de atribución objetivo”. Así, la equidad se “codea” ni más ni menos que con factores como el riesgo, la garantía y la seguridad,<sup>964</sup> constituyendo esa “verdadera válvula de seguridad del sistema que funciona contra el abuso, la irracionalidad y la injusticia”, logrando el “adecuado equilibrio en las relaciones humanas”.<sup>965</sup>

De este modo, se estaría en presencia de un factor objetivo de atribución que modifica los efectos producidos por la concurrencia de otros factores inicialmente aplicados, que algunas veces favorece a la víctima, pero que en otras la perjudica. La consecuencia material cuando la perjudica, es ver reducida su indemnización, esto es, no ser reparada íntegramente, por decisión de un juez que ha considerado ello equitativo.

En lo que respecta a los límites cuantitativos, la doctrina considera particularmente como tales, aceptándolos, a los baremos indemnizatorios, en especial en materia de daños corporales, cuestión que se ha tratado en precedencia. Desde luego, ellos también vienen a ajustar las posibles indemnizaciones otorgadas.<sup>966</sup>

Dejo para el último, porque es tratar de explicar con el mismo objeto explicado, la existencia de límites cuantitativos de responsabilidad, como límite a la reparación integral. En la práctica éstos han sido establecidos dentro de la regulación de diversas materias en las legislaciones nacionales como asimismo en el derecho de las convenciones internacionales (como en las particularmente vistas en este capítulo), y a las cuales la doctrina también les da el carácter de herramientas que morigeran o contienen material-

<sup>964</sup> Pizarro, *Responsabilidad*, cit., t. I, p. 14; Trigo Represas y López Mesa, *op. cit.*, t. I, p. 643.

<sup>965</sup> Trigo Represas y López Mesa, *op. cit.*, t. I, pp. 764 y 761 respectivamente.

<sup>966</sup> Barros Bourie, *Tratado*, cit., núm. 163, p. 256. Orgaz, *op. cit.*, p. 125.



mente los efectos del principio de la reparación integral en materia de responsabilidad objetiva.<sup>967</sup> Se reconoce así que el principio tiene excepciones impuestas por el legislador, lo que está dentro de la idea que lo integral dice relación con la plenitud dentro del marco legal.

En síntesis, a mi parecer, los límites de responsabilidad no se oponen en caso alguno al principio de la reparación integral como se pretende o pudiere parecer en algún momento, pues constituyen instrumentos que definen las partes reparables (y por tanto el daño jurídico), violándose sólo el principio en caso que la indemnización concedida no cubra todos los daños indemnizables y por el monto que el sistema permite. A ello se suma la particular razonabilidad de la introducción de los límites de responsabilidad en materia de responsabilidad objetiva, dado su fundamento moral común que luego se revisará, constituyendo el equilibrio jurídico o contrapartida del sistema. Desde esta perspectiva, “es inconcebible un sistema de responsabilidad civil sin límites cuantitativos de indemnización”.\*

### 3. *Fundamento común de los límites cuantitativos a la responsabilidad objetiva: la equidad natural*

#### A. *Justicia y equidad*

Interesante ha sido en los últimos años el debate filosófico acerca del fundamento de la responsabilidad civil que ha tenido lugar en el mundo anglosajón, el cual ha ido permeando en la doctrina latinoamericana.<sup>968</sup> En este contexto, destacable ha sido el regreso a los conceptos aristotélicos de justicia, a partir de los cuales se han ido reconstruyendo dichos fundamentos. Justicia correctiva, justicia distributiva o justicia retributiva, de forma individual o conjunta, han sido los conceptos a que han recurrido los autores como cimientos de sus explicaciones.

En lo personal, participo de la idea que la responsabilidad civil, como relación privada entre partes iguales, tiene por fundamento la justicia correctiva. Recurrir a la justicia distributiva inevitablemente implica salir de

<sup>967</sup> Barros Bourie, *Tratado, cit.*, núm. 165, p. 256.

\* Barrientos, Marcelo, “Daños por accidente vehicular en carretera concesionada ruta 5 sur tramo Talca Chillán”, *Revista Chilena del Derecho*, vol. 35, p. 539.

<sup>968</sup> Barros, *Tratado, cit.*, pp. 33 y ss., véase nota 39; Suárez, Pablo, “Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual”, *Revista Jurídica*, Universidad de Palermo, vol. X, núm. 1, 2009, p. 111.

dicha relación, y la justicia retributiva importa la atribución de una finalidad sancionatoria que hoy el derecho de daños, o no tiene, o bien se encuentra reducida a su más mínima expresión. Sin embargo, adelante, recurriendo a estos dos últimos conceptos de justicia, me parece que también se puede llegar sin graves inconvenientes a idénticos resultados que con la primera en la materia que trato.

Afirmar que la responsabilidad civil tiene por fundamento la justicia correctiva, conlleva asumir que la misma sólo puede tener como factor de atribución de la responsabilidad a la culpa;<sup>969</sup> o dicho de otro modo, la responsabilidad objetiva necesariamente contradice a dicha justicia.<sup>970</sup>

En términos simples, en el marco de la justicia correctiva, lo justo es una igualdad y lo injusto una desigualdad. La corrección, y la justicia por tanto, consiste en el restablecimiento de la igualdad, en la restitución de la desigualdad acaecida, a igualdad. Así, lo justo será el término medio entre la pérdida de una parte y la ganancia de la otra, pues la justicia aquí es una proporción aritmética (y no geométrica como en la justicia distributiva).<sup>971</sup> De ahí que el principio de la reparación integral se entienda por la doctrina

---

<sup>969</sup> Véase al respecto el capítulo 6 de la relevante obra en esta materia de Weinrib, *cit.*, pp. 145 y ss., donde desarrolla los conceptos de “duty of care”, “proximate and factual cause”, “misfeasance and the standard of the reasonable person”, los cuales construyen la responsabilidad, esto es, el puente que une el hacer de uno y el sufrir de otro, y por tanto la relación de derecho privado que surge entre deudor y acreedor. Barros de hecho califica este libro como el “más influyente” en el rescate conceptual de la idea de derecho privado a la luz de la justicia correctiva (*Tratado*, *cit.*, p. 41, nota 53).

<sup>970</sup> Weinrib no puede ser más claro: “my argument that strict liability is...incompatible with corrective justice...” (*op. cit.*, p. 171). Por otra parte, los casos de responsabilidad estricta que aparentemente acepta como conformes con la justicia correctiva este autor, no los acepta como tales, sino por la presencia de la culpa que aún es posible apreciar en ellos. Sintetizando su exposición, concluye al respecto: “*respondeat superior* and liability for abnormally dangerous activities can be understood as extending the operation of fault” (*op. cit.*, p. 203). Ello se debe a que en el primer caso, se exigiría de todas formas la concurrencia de culpa de los dependientes; y en el segundo, el daño derivado de actividades peligrosas haría presumir que no se actuó con la debida diligencia, la que debiera ser proporcional a la peligrosidad.

La injusticia que la víctima soporte el riesgo del daño, no constituye una “exigencia interna de la justicia correctiva”, como afirma Barros (*op. cit.*, núm. 307, p. 454). El daño es por definición una injusticia para el damnificado, y una desigualdad en el marco de la justicia correctiva. Lo que determina que el demandado sea quien debe restablecer la igualdad, es su acto injusto, causante de la desigualdad. De lo contrario, se debiese aceptar que la responsabilidad civil sólo es estricta, obligándose cada persona a compensar todo efecto derivado de sus actos.

<sup>971</sup> Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, 2a. ed., trad. de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 1132 a, pp. 75 y 76. De Aquino, Tomás, *Comentario a la ética a Nicomaco de Aristóteles*, 2a. ed., trad. de Ana Mallea, Pamplona, Eunsa, 2001, pp. 304 y 305, núms. 674-677.

civil fundado precisamente en esta especie de justicia.<sup>972</sup> Baste una cita para entender la relación. Decía santo Tomás respecto de la justicia conmutativa, que “la ley atiende sólo a la diferencia del daño”, de lo que se concluye que el juez “por lo que uno dañó a otro, que tiene cierta desigualdad, se reduzca a la igualdad, constituyendo la igualdad en la misma cantidad de las cosas”.<sup>973</sup>

Sin embargo, lo justo o injusto, no se debe confundir con un acto justo o con un acto injusto respectivamente.<sup>974</sup> La injusticia del acto es el criterio que permite obligar a una persona a restituir la igualdad, de modo de volver lo injusto a justo. Por lo mismo, puede haber una injusticia (una desigualdad), sin haber tenido lugar un acto injusto. Se trata de las situaciones en que la injusticia deriva simplemente de un accidente.

De esta manera, tenemos casos en que si bien hay una “injusticia” (desigualdad o daño), no ha tenido lugar un “acto injusto” atribuible a un tercero que la haya producido. En tales casos, a la víctima de la “injusticia”, esto es, de la desigualdad o daño, no le queda otra cosa que soportarla, no pudiendo exigirle a nadie que le restituya a situación de igualdad. Ello aun cuando se pueda identificar al autor del hecho constitutivo de la causa de la injusticia que padece, porque dicho autor ejecutó sólo un hecho dañoso, pero no un “acto injusto”, y para obligarlo a restablecer la igualdad, debe haber una injusticia en su actuar (actuación dolosa o culposa), que es el criterio que permitiría efectuarle tal exigencia. Así, el damnificado debe soportar exclusivamente la injusticia (desigualdad o daño).<sup>975</sup>

Este resultado, moralmente justo, puede ser considerado erróneo en virtud de otras consideraciones externas. Y siendo así, lo erróneo se debe rectificar.

La equidad es precisamente el hábito que, identificándose con la justicia natural, permite rectificar la justicia legal. La ley se caracteriza por disponer en términos generales y abstractos, pudiendo ocurrir que su aplicación

---

<sup>972</sup> Por ejemplo, Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2a. ed. ampliada, Buenos Aires, Depalma, 1993, núm. 72-1, p. 251; Barros, *Tratado, cit.*, núm. 163, p. 255.

<sup>973</sup> De Aquino, Tomas, *op. cit.*, p. 327, núm. 734.

<sup>974</sup> “El acto justo y la acción justa se definen por su carácter voluntario o involuntario: ...si no se le añade lo voluntario, será algo injusto, pero no llegará a ser una acción injusta. Llamo voluntario... a todo lo que uno hace estando en su poder hacerlo o no, y sabiendo, no ignorando, a quién, con qué y para qué lo hace”. Aristóteles, *cit.*, 1135 b, p. 82. De Aquino, Tomas, *op. cit.*, p. 327, núm. 734.

<sup>975</sup> Se aprecia claramente como estas ideas filosóficas de origen griego están son coincidentes con el derecho romano, donde la injusticia del acto ligada a la voluntad en Aristóteles, fue traducida por los romanos como culpa. Recuérdese el origen de la responsabilidad por daños: *damnum iniuria datum*; interpretándose precisamente *iniuria* como culpa.

a casos particulares lleve excepcionalmente a resultados injustos. Lo justo natural es intervenir, corrigiendo el error, pues esto es lo equitativo, disponer “aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido”.<sup>976</sup> Ocurre a veces que el legislador acoge o incorpora *a posteriori* las correcciones que ha sufrido la ley positiva, a efectos de lograr la justicia natural. Se podría decir en tal caso, que dichas correcciones, ahora parte de la ley positiva, tienen por fundamento la equidad natural en un sentido lato. Así, justicia legal y justicia natural se identifican.

Esto último permitiría entender lo que ocurre en los casos excepcionales de responsabilidad objetiva, en que se obliga a un sujeto que no cometió ningún acto injusto, a restablecer la desigualdad o injusticia que otro sufre. En efecto, obedeciendo a la equidad, el legislador corrige para ciertos casos el criterio de atribución de la responsabilidad, e impone la obligación de reparar a quien no cometió ningún acto injusto (doloso o culposo). La responsabilidad objetiva aparecería entonces como una suerte de rectificación legal equitativa para casos particulares.

En principio, ello implicaría que la injusticia se transformaría en justicia, traduciéndose aparentemente en la eliminación de toda la pérdida sufrida por el damnificado, de modo de volver al justo medio (justicia correctiva). Empero, la rectificación de la justicia en estos términos, entrañaría un segundo error, y por ende, la consumación de una nueva injusticia: sólo se habría subrogado una injusticia a otra. La razón de ello se encuentra en que el resarcimiento de todo el daño causado a la víctima, es el efecto que tiene lugar cuando la injusticia ha sido causada por un “hecho injusto”, y no por un “hecho justo corregido”. Salta a la vista que la actuación injusta no es ni puede ser idéntica a la actuación justa; luego, la consecuencia jurídica para dos situaciones diferentes no puede ser la misma. Si así lo impusiera la ley, estaríamos en presencia de un injusto legal, pues no se le ha dado a cada uno lo suyo.

Lo expresado conduce a la necesidad de efectuar una segunda rectificación, consistente en la introducción de un límite al *quantum* que ha de resarcir a la víctima quien no ha actuado injustamente. De este modo, al hechor, por rectificación equitativa, le impone la ley la obligación de indemnizar al damnificado; y luego, por una segunda rectificación equitativa, la ley le delimita el contenido cuantitativo de dicha obligación. Porque lo equitativo es justo, pero mejor que una clase de justicia.

<sup>976</sup> Aristóteles, *cit.*, 1137 b, p. 86. De Aquino, Tomas, *cit.*, p. 339, núm. 777.

De ahí que fundándose la responsabilidad civil en la justicia correctiva aristotélica, la responsabilidad estricta, para poder gozar del mismo fundamento filosófico, debe ser cuantitativamente limitada, en razón de la equidad. De lo contrario, la justicia correctiva sigue repeliendo a la responsabilidad objetiva, pues la obligación de restablecer la desigualdad impuesta a un sujeto que no cometió un “acto injusto”, es en sí una injusticia.

Pero decía al inicio de este acápite, que también se ha recurrido a la justicia distributiva y a la justicia retributiva para fundar la responsabilidad civil. Particularmente, la primera ha servido de escape a los partidarios de la responsabilidad objetiva, de modo de lograr dar igualmente un fundamento moral a ésta. En lo sustancial, una justicia que permite la distribución de bienes, asume ahora el papel de sostener la distribución de los riesgos, lo que justificaría la responsabilidad estricta. Así, la distribución de los riesgos impondría a cada miembro de la sociedad la carga de soportar el riesgo de que sus conductas resulten dañosas para otros, debiendo reparar los perjuicios causados, como contrapartida de que sus conductas le resulten por el contrario beneficiosas para sí mismo. “There is a price to be paid for being a person”.<sup>977</sup>

Pero, si no hay una fórmula de socialización de los riesgos de por medio, y tiene lugar un daño, una persona, individualmente, y sin haber ejecutado un acto injusto, resultará obligada a restituir aritméticamente la injusticia (desigualdad o daño) sufrida por la víctima, aplicándosele los conceptos de la justicia correctiva. Esto quiere decir que se le obligará a igualar la desigualdad, y por tanto a reparar todo lo que la justicia correctiva ordena. Dicho de otro modo, se le atribuye el deber de reparación de acuerdo al criterio de una clase de justicia, como es la distributiva; pero el *quantum* de la indemnización que se le obliga a pagar, se determina por el criterio de otra clase de justicia diferente, como es la correctiva. No se le considera responsable por haber “actuado injustamente”, sino sólo por el hecho de actuar (que es lo que hacen todos los hombres, por ser tales); pero paga como si hubiese actuado injustamente.

Desde luego, la alternativa sería que la distribución de los riesgos estuviera asociada a un sistema de distribución de los costos, y por tanto a un

---

<sup>977</sup> Honoré, Anthony, *Responsibility and luck*, cit., p. 543. Aunque el autor declara que la obligación legal de compensar exige como elemento adicional la decisión de actuar concurriendo un riesgo especial de daño (p. 542), el fundamento moral de la responsabilidad estricta radicaría en la asunción por parte de los hombres de los resultados que producen sus acciones u omisiones. Critica este tipo de posturas Weinrib, con un tenor similar: “is to hold the agent liable for being active” (*op. cit.*, p. 181).

sistema de reparación socializado.<sup>978</sup> Pero esta no es una solución a la luz del derecho privado, que atiende exclusivamente a la relación entre damnificado y hechor.<sup>979</sup> “From the standpoint of insurance as a device the spreading of losses, the fact that the defendant has caused the plaintiff’ injury is no reason to hold the defendant, rather than some other insured person, liable”.<sup>980</sup> Socializar implica involucrar al colectivo, y por tanto introducir elementos externos a la relación de derecho privado que supone la responsabilidad civil, lo que significa ubicarnos fuera de la órbita de ésta.

Algunos partidarios de esta posición se dan cuenta que a partir de un fundamento de justicia (distributiva), se arriba racionalmente a efectos injustos, de modo que lo supuestamente justo, es en definitiva injusto.

A efectos de continuar dándole un fundamento moral a la responsabilidad objetiva, se ha recurrido a la justicia retributiva a fin de corregir tal situación. De acuerdo a dicha justicia (que en estricto rigor es también correctiva), la sanción debe ser proporcional a la gravedad de la conducta ejecutada. Por lo mismo, si la condena indemnizatoria a imponer a una persona basada en responsabilidad estricta resulta desproporcionada, dicha condena debe ser necesariamente limitada o reducida.<sup>981</sup> Así, la justicia retributiva viene a constituir una limitación a la justicia distributiva. O si se prefiere, la justicia retributiva limita cuantitativamente los efectos de la justicia distributiva. El efecto práctico sería la “injusticia correctiva”, porque con esta limitación, la desigualdad no se iguala (que es el efecto que debería tener la justicia correctiva por un acto injusto).

El recurso a la justicia retributiva es sumamente criticable. Hoy la responsabilidad civil ha perdido casi toda su función sancionatoria, y cuando se aplique, el monto de la indemnización debiera ser simétrico a la gravedad de la culpa.<sup>982</sup> De tal suerte que, si no hay actuación culposa, la reparación debiera ser igual a cero; la nada (de culpa), produce como efecto nada (de indemnización), y no algo (aunque sea un poco). Salvo que se considere que

---

<sup>978</sup> Honoré, Anthony, “La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas”, *Revista Jurídica*, Universidad de Palermo, vol. X, núm. 1, 2009, p. 103.

<sup>979</sup> Hace presente la crítica Barros, *Tratado, cit.*, núm. 21, p. 53.

<sup>980</sup> Weinrib, *op. cit.*, p. 37.

<sup>981</sup> Honoré, *La moralidad, cit.*, pp. 101 y 103. Concluye este trabajo el autor afirmando que “el principio de justicia correctiva... debe ser por tanto atemperado por consideraciones de justicia distributiva y retributiva que limitan la extensión a la que puede ser aplicado correctamente” (p. 108). Y sintetizando los fundamentos de Honoré, Suárez, *Acercas de los fundamentos, cit.*, p. 120.

<sup>982</sup> Explicita esta crítica Barros, *Tratado, cit.*, núm. 11, p. 37.

en los casos particulares de responsabilidad estricta, siempre hay algo de culpa (presumida, del dependiente, *in vigilando* o *in eligendo*, etcétera).<sup>983</sup>

Sin embargo, aunque el fundamento de la responsabilidad civil como relación de derecho privado no puede ser la justicia distributiva, aceptémosla por un momento a efectos de no dejar sin sustento moral a la responsabilidad objetiva y vernos obligados rechazarla de plano en todos los casos. En tal hipótesis, como la equidad no es privativa de la justicia correctiva, sino que resulta aplicable a cualquier clase de justicia,<sup>984</sup> ocurre que también los efectos de la justicia distributiva se pueden atemperar a través de ella. Claro, el proceso es distinto que respecto de la justicia correctiva.

Decía en precedencia que la aplicación de esta última clase de justicia podía en algunos casos excepcionales llevar a un resultado justo pero socialmente indeseado, lo que motivaba su corrección (la víctima sufre la desigualdad y no es restituida por el hechor, porque éste no actuó dolosa o culposamente). Dicha rectificación generaba a su vez un nuevo efecto negativo, si se pretendía igualar la desigualdad conforme al criterio de la justicia correctiva, obligando a quien no actuó injustamente a resarcir todo el daño a que esta clase de justicia ordena. La creación de esta nueva injusticia, conducía a una segunda corrección: la limitación del monto indemnizatorio.

El acudir a la justicia distributiva para fundar la responsabilidad objetiva significa partir de un resultado injusto (a diferencia de la justicia correctiva que se parte de uno justo), al obligar a igualar una desigualdad, conforme la justicia correctiva, a quien se le atribuye el deber restitutorio mediante una clase de justicia distinta como es la justicia distributiva (hay una mezcla de justicias). Dicha injusticia se debe corregir o atemperar, lo que es permitido en realidad por la equidad. Ante el error producido por la aplicación de una justicia en términos absolutos, como sería en este caso la distributiva, la disposición de carácter en que consiste la equidad, admite su “corrección”. Ésta rectificación implica limitar cuantitativamente la igualación; o sea, no igualando por completo.

Por la vía de la justicia distributiva, en realidad nunca se logra la justicia correctiva en una relación privada de responsabilidad civil, pero al menos, a través del recurso a la equidad, se puede llegar a un mismo resultado.

### B. *Derecho romano como equidad natural*

La civilística moderna reconoce que el tratamiento de los casos, las soluciones y en definitiva las construcciones jurídicas de la jurisprudencia roma-

<sup>983</sup> Véase, nota 970.

<sup>984</sup> Lo equitativo “es mejor que una especie de justicia”. Aristóteles, *cit.*, I 137 b, p. 86.



na, se habrían fundado precisamente en la justicia correctiva.<sup>985</sup> Las ideas antes expresadas sobre la justicia correctiva y la equidad, se encuentran implícitas en las figuras de derecho romano estudiadas conducentes a responsabilidad objetiva limitada.

Particularmente ilustrativo es el caso de las *actiones adversus nautas cauponas et stabularios* analizadas en el capítulo sexto. Precisamente, tanto respecto de la *actio damni in factum* como de la *actio furti in factum*, el pretor, con el objeto de mejorar la seguridad para los clientes, habría otorgado estas acciones en contra de los armadores, posaderos y estableros, sin permitirles acudir a la *noxia delictio*, cuando el daño o hurto de las cosas del demandante tuvieran por causa un hecho del esclavo, sin conocimiento del dueño (o sea, sin culpa de su parte). Es decir, el magistrado rectificó para este caso la injusta situación en que se podían encontrar las víctimas de dichos delitos, introduciendo una responsabilidad objetiva que las favorecía.

No obstante las bondades de la solución, el tiempo demostró igualmente la injusticia de la solución pretoria (para los condenados), evolucionando el régimen de estas acciones hacia la aceptación de una responsabilidad noxal del armador, y consiguientemente limitada. Las palabras de Fercia en esta materia son particularmente ilustrativas: “il pretore doveva avere escluso, *ad corrigendum ius civile*, la possibilità della *noxia delictio*”, agregando posteriormente que “l’ordinamento del VI secolo ammette il correttivo alla responsabilità ‘oggettiva/’sogettivizzata’ costituito dalla *noxia delictio*”.<sup>986</sup> Es decir, la doble corrección exigida por la justicia conmutativa es patente.

A igual conclusión se puede llegar afirmando el fundamento distributivo (incluso con expresa alusión de algunos autores)<sup>987</sup> y retributivo de la responsabilidad objetiva limitada antes visto, siendo en derecho romano de mayor precisión el recurso a la justicia retributiva. Se debe recordar en este sentido que el daño configura un delito en derecho romano, y por tanto su autor es sancionado con la imposición de una pena (en vez de obligado a la indemnización). Claro que nunca ésta aumentó en razón de la gravedad de la conducta pues se fijaba la condena en base al mayor valor alcanzado por la cosa. Como sea, la *noxia delictio* en favor del demandado permitía que la sanción recayese efectivamente sobre la persona del delincuente o del animal causante del perjuicio. Mas, como se ha dicho, la evolución en derecho romano demuestra el escaso carácter penal de la cantidad pagada

<sup>985</sup> Así, Barros Bouric, Enrique, *Lo público y lo privado en el derecho*, Estudios Públicos, núm. 81, 2001, p. 19; asimismo en *Tratado*, cit., núm. 305, p. 451 y p. 452, nota 20.

<sup>986</sup> Fercia, *Criteri*, cit., pp. 114 y 116.

<sup>987</sup> Honoré expresamente alude a la regla *ubi emolumentum, ibi onus*, citando I.1.17; D.17.2.55; 50.17.10 (*Responsibility*, cit., p. 540)

por el demandado en época postclásica, sobreviviendo la noxalidad como mecanismo de origen arcaico limitativo de la responsabilidad para quien no incurrió en una conducta culposa; y por ende destinado a atemperar la responsabilidad estricta que se configuraba en ciertos casos.

Como sea, la tendencia romana a configurar casos especiales de responsabilidad objetiva limitada constituye una ratificación de la equidad como fundamento de los límites cuantitativos. Y esta ratificación no es menor para los derechos civiles occidentales de base romanista. Para éstos, “equidad” significa precisamente recurrir al derecho romano. Autores y trabajos diferentes son coincidentes en esta conclusión.

Así, Alejandro Guzmán, haciendo referencia al sentido que tienen las expresiones “equidad natural” del artículo 24 del Cc.Ch. y “principios de equidad” del artículo 170 núm. 5 del Código de Procedimiento Civil chileno, afirma que las fuentes de dichas disposiciones (Delvincourt y Toullier); las doctrinas precedentes a la codificación francesa (Francois le Duaren, Carondas le Caron, Jean Domat, Francois de Boutaric); y las expresiones de los redactores del Code (Bigot-Prémeneau), son claras y no admiten dudas: “cuando, en defecto de ley o para interpretarla, se hace necesario recurrir a la equidad, *a lo que debe recurrirse es al derecho romano* (curs. del autor), trasunto de aquélla”.<sup>988</sup> Por su parte, Schipani, escribiendo acerca del valor técnico de los principios generales del derecho como instrumento de integración e interpretación, alude al mismo antecedente: “i giuristi francesi fecero ricorso al Corpus Juris Civilis e ai suoi sviluppi per molti decenni dopo la approvazione del codice stesso (*implicito rimase il riferimento alla equité* [curs. del autor] che il progetto dell’ anno VIII, título V, artículo 5o., aveva tratto dalla già citata definizione di Celso, e dalla prescrizione della Const. Deo auct. 6)”;

concluyendo el profesor italiano que “la locuzione ‘principi generali del diritto’ che, in questo contesto, si è fissata come locuzione tecnica, *rinvia al diritto romano quale si trova nel Corpus Iuris di Giustiniano* (cursivas del autor)... Essa arricchisce la impostazione francese specificando quanto essa aveva lasciato implicito (il riferimento all’ equità)”.<sup>989</sup>

De acuerdo a lo anterior, los jueces de los países pertenecientes al sistema jurídico romanista, llamados a decidir una causa cuyo conocimiento y resolución les ha correspondido, si en tal función deben interpretar la ley

<sup>988</sup> Guzmán Brito, Alejandro, “El significado histórico de las expresiones “equidad natural” y “principios de equidad” en el derecho chileno”, *Revista de ciencias sociales*, Universidad Católica de Valparaíso, núms. 18-19, 1981, p. 142.

<sup>989</sup> Schipani, Sandro, *Rileggere i Digesta. Enuclerare i principii. Proparli*, Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano efectuada en Turín, 12 ottobre 2007, a cura di Andrea Triscioglio, Nápoles, 2009, pp. 63 y 68 respectivamente.

o bien integrar un vacío en ella recurriendo a la equidad, corresponde que acudan a ese exquisito derecho elaborado jurisprudencialmente, sin tiempo ni espacio, base de los actuales ordenamientos civiles nacionales, denominado derecho romano. Allí están los principios y reglas generales para la resolución de los casos. Cuando un país cuenta con jueces doctos, ello es una realidad.<sup>990</sup>

De esta manera, hay una clara coincidencia entre el resultado que se obtiene acudiendo a la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad civil y al derecho romano base de los derechos civiles occidentales: acudir a la primera, implica realizar una doble rectificación por orden de la equidad a la responsabilidad subjetiva, resultando como producto de tales correcciones la responsabilidad objetiva limitada cuantitativamente; acudir al segundo, como equidad en sí misma, significa la aplicación de los principios que pueden enuclearse del mismo, entre los que se cuenta la clara tendencia a la responsabilidad objetiva limitada como regla general.

#### 4. *El daño a la persona y las condiciones de aceptación de los límites*

Argumentos más o argumentos menos, los juristas que colocan en entredicho la existencia de los límites de responsabilidad, incluso para los casos de responsabilidad objetiva regulados especialmente por el legislador, actúan motivados por el “sentimientómetro” de los tiempos actuales. No hay aceptación de la fatalidad humana; de ella alguien debe responder, al menos habitualmente, a través de una suma dineraria con poder adquisitivo relevante. A ello se une la especial exaltación y/o valoración de la persona humana advenida en el siglo XX, plasmada en diversas declaraciones de los derechos del hombre que por transfusión hoy encontramos también en las constituciones políticas de los Estados. En tal contexto, lo que aparece como inaceptable, son las limitaciones a los montos indemnizatorios y las bajas sumas otorgadas cuando han tenido lugar daños a las personas naturales.

---

<sup>990</sup> Cito como ejemplo en Chile fallo de la Corte Suprema de 2011. En su considerando noveno se lee: “la doctrina de los actos propios reconoce sus primeros orígenes en el *Derecho Romano*, donde, pese a que no se estructuró con los perfiles de homogeneidad y generalidad, propios de una norma jurídica, vertida inicialmente en la máxima “*venire contra factum proprium non valet*”, se recogió más tarde en sus líneas esenciales por la *codificación de Justiniano*, en la que se intentó consagrarla como criterio de aplicación general, según se evidencia en el *Digesto*, que establece una regla, de acuerdo con la cual, nadie puede cambiar su voluntad en perjuicio de otro” (cursivas del autor). Publishing, CL/JUR/2875/2011; 48689.

Si bien el fallo subsumió la solución en el deber de las partes de ejecutar las obligaciones de buena fe (artículo 1546 Cc.Ch.), sin aludir a la equidad natural expresamente, en lo sustancial, integró y resolvió acudiendo al derecho romano.

Uno de los hitos jurisprudenciales que mejor expresa la cuestión es la sentencia de la Corte Constitucional italiana conocida como “La Pérgola”<sup>991</sup> (caso “Coccia, Ugo *vs.* Turkish Airlines”). El fallo resulta de particular interés dado que algunos autores han aludido a este juicio en nuestro continente.<sup>992</sup> La sentencia declaró inconstitucionales los artículos 1o. de la ley núm. 841 de 19 de mayo de 1932, y 2o. de la ley núm. 1832 del 3 de diciembre de 1962, en cuanto ambas disposiciones daban ejecución al artículo 22.1 de la Convención de Varsovia de 1929 y al artículo XI del protocolo de la Haya de 1955 respectivamente, por contradecir el artículo 2o. de la Constitución de Italia. Recuérdese que el artículo 22.1 de Varsovia fijaba como límite máximo indemnizatorio por daños corporales o muerte de un pasajero la suma de 125.000 francos poincaré, aumentado por el Protocolo de 1955 hasta 250.000 (capítulo octavo, romano I, núm. 2). La hipótesis es aplicable, sino a todos, a casi todos los Estados que han ratificado éstas y las convenciones sucesivas mediante las respectivas leyes ejecutorias internas, lo que incluye a los países latinoamericanos desde luego,<sup>993</sup> los cuales además han elevado como todos en el mundo occidental, los derechos del hombre a una categoría superior de inviolabilidad.

La citada sentencia reconoce que los límites en la especie tienen su fundamento en la exposición sensible al riesgo en la actividad aeronáutica, lo que exigiría medidas protectoras indispensables para la economía de la industria y su desarrollo. El criterio del resarcimiento integral del daño habría obligado a pagar sumas elevadas con las consiguientes dificultades para lograr coberturas asegurativas idóneas para tener a salvo el patrimonio personal (considerando 5). No obstante todo ello, los límites se enfrentan a valores superiores establecidos en el artículo 2o. de la Constitución,<sup>994</sup> lo que lleva a la Corte a expresar que “la limitazione della responsabilità del vettore si appalesa giustificata solo in quanto siano al tempo stesso predisposte *adeguate*

---

<sup>991</sup> Sentencia “La Pergola” (Giudice relatore), núm. 132, 2.5.85, Foro 1985, I.2, p. 1585. Se puede buscar también en [www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do](http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do).

<sup>992</sup> Zannoni, *op. cit.*, núm. 72-1, p. 253, nota 68, se refiere a la sentencia del Tribunal de Roma de enero de 1979 (aunque lo hace citando la Corte de Casación italiana), en que se advierte la posible inconstitucionalidad de la Convención de Varsovia. En Chile, Diez Schwerter, *op. cit.*, p. 174, toma como base la cita de Zannoni para afirmar que igual “razonamiento podría extenderse analógicamente entre nosotros”.

<sup>993</sup> Véase nota 896. Barroilhet y Díaz mencionan como uno de los argumentos que se da contra los límites, la posible infracción al derecho a la integridad física y psíquica de las personas conforme artículo 19, núm. 1 de la Constitución chilena. *Op. cit.*, p. 639.

<sup>994</sup> “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

*garanzie di certezza od adeguatezza per il ristoro del danno*". Reenviando la tarea al legislador, agrega que "la scelta dei mezzi meglio adattati allo scopo è rimessa, beninteso, alla determinazione delle competenti fonti normative" (considerando 6).

La sentencia fue influida particularmente por las modificaciones a la Convención de Varsovia y sus Protocolos posteriores inaplicables al caso por razones de vigencia. El accidente aéreo que le costó la vida a la hija de los demandantes, ocurrió en 1976, mientras que la sentencia en comento es del año 1985. Al momento del accidente, Italia había ratificado la Convención de Guatemala de 1971 que nunca entró en vigor<sup>995</sup> pero que mejoraba la situación de las indemnizaciones por daños personales; se habían aprobado los protocolos de Montreal de 1976 en la misma línea; y el límite de 5.200.000 de liras por persona contenido en el artículo 943 del codice della navigazione había sido modificado por artículo 19 de la ley núm. 213, del 13 mayo de 1983 que ordenaba el "aggiornamento" del límite (además de los otros previstos en el mismo cuerpo legal). Dado estos cambios, no podía sino embargar a la Corte Costituzionale un sentimiento de injusticia con el resultado al que se llegaba aplicando las viejas disposiciones de Varsovia.

Es importante este contexto para el mejor entendimiento y sentido del fallo. Los magistrados italianos no manifiestan ser opositores a los límites resarcitorios, sino a las condiciones de regulación de éstos, cuando se trata de daños a la persona. Fijan entonces las reglas fundamentales que en su concepto debieran regir las limitaciones cuantitativas de responsabilidad: *adeguate garanzie di certezza od adeguatezza*. Cuándo los límites cumplen con el otorgamiento de garantías ciertas y suficientes (o razonables) no es señalado por el fallo, dejando la tarea a la doctrina. Por ejemplo, Medina entiende que la "certezza", dice relación con el derecho de la víctima a obtener una indemnización sin tener que probar la culpa, como asimismo la existencia de un seguro que le permita obtener materialmente el monto; la "adeguatezza", no significa en caso alguno resarcimiento total, sino que exista una valoración comparativa de los intereses del responsable y aquellos de la víctima, de manera de llegar a la integración de un valor del daño medio.<sup>996</sup>

Estas reglas fundamentales fijadas por la Corte Costituzionale italiana son coincidentes en buena parte con la doctrina que sustentó el límite de responsabilidad general en el proyecto de código civil argentino de 1998. Alterini, su principal impulsor, propugna precisamente la "certeza de cobro de la indemnización", en cuanto a su efectividad y oportunidad, lo que im-

<sup>995</sup> Véase, nota 898.

<sup>996</sup> Medina, *op. cit.*, p. 291.

plica la posibilidad de poder contar con seguros que cubran el daño correspondiente, como asimismo su fácil y rápida liquidación.<sup>997</sup> Asimismo, sostiene la “razonabilidad del límite cuantitativo”, esto es, que no sea exiguo,<sup>998</sup> lo que se traduce en “la fijación de un tope que sea de alguna manera adecuado a los derechos de las víctimas que están en compromiso, en especial las afectadas por daños a la persona”.<sup>999</sup> En esta última está implícita la idea de conciliar adecuadamente los intereses de ambas partes, que permite arribar a un valor medio según la explicación de Medina antes aludida.

Las modificaciones que han tenido lugar en los últimos años a leyes o a convenciones internacionales, como las referidas al Convenio de Montreal de 1999, han intentado en todo caso la aplicación de estas ideas. Junto con la distinción entre daños a las personas y a las cosas que resulta ser más antigua, se han fijado montos más altos en caso de daños o muerte a las primeras, como asimismo que las sumas sean reajustables,<sup>1000</sup> a fin que el límite establecido no pierda su valor con el transcurso del tiempo.<sup>1001</sup>

En todo caso, se trata de orientaciones generales, pues para cada tipo objetivo en particular, conforme la finalidad de su regulación, circunstancias que ocurren y contexto, las mismas podrán sufrir variaciones o precisiones por parte del legislador.

---

<sup>997</sup> Alterini, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

<sup>998</sup> De hecho, a los contrarios a los límites, los seducía el monto máximo fijado por el proyecto, atemperando su negativa intelectual. Isidoro Goldenberg señalaba que “desde el punto de vista principalista, me manifiesto en contra de la limitación de la responsabilidad, porque implica cargar sobre la víctima el infortunio material. Pero ojalá nuestros jueces en sus sentencias llegaran a dar las cifras que se proponen como límite”. *Análisis del proyecto de código civil de 1998, cit.*, p. 53.

<sup>999</sup> Alterini, *op. cit.*, pp. 83 y 111.

<sup>1000</sup> Por ejemplo, el artículo 19 de la ley italiana núm. 213, de fecha 13 de mayo de 1983, ordenó particularmente el reajuste de los límites de responsabilidad. Además, la incorporación como unidad de valor de los Derechos Especiales de Giro (DEG), precisamente apuntan en esta línea.

<sup>1001</sup> Medina, *In difesa, cit.*, pp. 292 y 293.

## CONCLUSIONES GENERALES FINALES

1. De la revisión efectuada en los capítulos III, IV y VI, y conforme las conclusiones particulares que hemos efectuado en cada uno de ellos, se ha constatado que efectivamente la *actio de pauperie* y las figuras contempladas en los edictos *de effusis vel deiectis*, como asimismo respecto del caso de *nautae cauponae stabularii*, constituyeron para su época tipos penales en el derecho romano respecto de los cuales es posible decir hoy, con las prevenciones conceptuales anotadas en I.a., que se encontraban fundados en factores objetivos de atribución de la responsabilidad. Todos ellos tienen en común el haber sido construidos sobre un factor de atribución constituido por calidades jurídicas determinadas: el propietario actual para el primero; el habitador para el segundo; y el armador, hotelero o establero (en general *exercitor*) para el tercero, además de dueño o padre de familia de un *exercitor* si éste era dependiente. Todo ello no obstante las dudas que puedan despertar algunas alusiones a la culpa en las fuentes (capítulo cuarto, romano II, núm. 2 y capítulo sexto, romano I, núm. 3).

Durante el transcurso del tiempo, fueron integradas a un sistema en formación que desde sus orígenes contempló figuras basadas en factores subjetivos, especialmente relacionados con el dolo, pero que a partir del siglo III a. C. incorporó criterios relacionados con la culpa. Por tanto, no es posible entender que simplemente se agregaron a un catálogo de figuras hoy objetivas, como pudo ocurrir en pueblos de la antigüedad. La vocación por un sistema general subjetivo, ya daba sus primeros pasos en la ley decenviral o incluso antes. El paso y consolidación de la culpa como factor de atribución de responsabilidad de sólo algunos tipos penales, a criterio central de imputación dentro del sistema, evidenció con mayor nitidez la tipicidad de las figuras antes señaladas en torno a una regla general de responsabilidad subjetiva (capítulo primero, romano II).

2. Los tipos penales objetivos citados en el número uno, en cuanto se relacionaron con daños, ya sea originalmente, o bien mediante desarrollos posteriores (que se pudieron traducir incluso en interpolaciones a los textos supérstites hasta nuestros días), contemplaron, o a ellos fueron aplicados,



instrumentos que permitieron la limitación cuantitativa de la responsabilidad cuando el hecho no fue ejecutado por el designado como responsable.

Así, en la *actio de pauperie*, con independencia de las discusiones respecto a su naturaleza, elemento constitutivo del tipo desde el origen fue la posibilidad del propietario actual condenado de entregar el animal causante del daño en noxa a la víctima (capítulo segundo, romano I, núm. 2 y capítulo tercero, romano I, núm. 3). Si el animal moría después de trabada la litis por la acción culpable de un tercero, a fin de que el propietario no quedara desprovisto de limitación, podía optar por la cesión de la acción aquiliana a la víctima, lo que constituyó también una vía para descargar al responsable objetivamente del peso del daño. Todo lo anterior sin perjuicio que la distinción elaborada por la doctrina entre daños causados según la naturaleza y contra la naturaleza del animal, al responder el propietario sólo por estos últimos, también implicó una limitación sustancial a la responsabilidad para aquél (capítulo tercero, romano I, números 3 y 4).

En la *actio de effusis vel deiectis*, estuvo presente verosímilmente desde la dictación del edicto la posibilidad para el *habitador* de entregar al esclavo o al hijo que arrojó o vertió sobre la víctima, en vez del pago de la condena, a través de una herramienta modernamente denominada *exceptio noxalis* (capítulo cuarto, romano III). Con ello también se pudo contener o delimitar el perjuicio patrimonial o personal que la responsabilidad objetiva le significaba conforme a los términos del edicto.

Pero además, ante la imposibilidad de recurrir a este instrumento en cuanto el habitador fuera el mismo *servus* o *filius*, las fuentes dan cuenta del otorgamiento de una acción *de peculio* por el primero en contra del *dominus*, y de la concesión de la acción directa en contra del *filius* (capítulo cuarto, romano IV). Con la primera el responsable veía limitada su responsabilidad, y con la segunda se eximía del pago. Todo ello sin perjuicio de la búsqueda que también realizaron respecto de esta acción los jurisconsultos de una limitación material del lugar desde la cual la cosa fue vertida o arrojada.

Por último, en caso de que la hubiese arrojado o vertido un tercero, las fuentes también dan cuenta de una acción de regreso en contra del hechor (capítulo cuarto, romano III, núm. 4). Ciertamente dice relación con un remedio reductor del detrimento patrimonial para el responsable posterior a la condena, pero indicativo de la búsqueda por alivianar a éste de las consecuencias de la atribución objetiva de los daños.

En cuanto a las *actiones adversus nautas caupones stabularios*, sean por el hurto o lo más probable por el daño también (capítulo sexto, romano I, núms. 1 y 2), de acuerdo a las informaciones con que contamos a través de las fuentes supérstites, es verosímil que luego de un probable nacimiento objetivo

de la figura sin herramientas limitativas, el *exercitor* haya contado también con mecanismos limitativos. Así, a fin de restringir los efectos derivados del hecho dañoso cometido por sus *servi*, le fue concedida la *exceptio noxalis* (capítulo sexto, romano II), mientras que si *servus et filius* eran quienes actuaban como *exercitor*, dicho objetivo era alcanzado a través de la concesión de una acción de peculio a la víctima (capítulo sexto, romano III). En caso que el hecho del hurto o daño lo hubiese cometido un hombre libre, el remedio nuevamente fue posterior, a través de la cesión de acciones civiles por el actor (capítulo sexto, romano IV).

3. El edicto *de positis vel suspensis* exige un comentario aparte. Desde el punto de vista del fundamento de la responsabilidad, se trató de una figura penal romana subjetiva (capítulo quinto, romano II, núm. 2), a diferencia de las tratadas en precedencia, conforme al factor de atribución “tener colocada” (capítulo quinto, romano II, núm. 1).

Sin embargo, podía ocurrir que el sujeto que mantuviese colocada una cosa en el alero del techo de la casa fuese *alieni iuris*. En tal caso, de todas formas se podía ejercitar la acción noxal contra el *dominus* o *paterfamilias* por aplicación de las reglas generales del sistema. Desde esta perspectiva, la responsabilidad para él, que nada había hecho, resultaba objetiva, vía noxalidad (capítulo quinto, romano IV). El edicto en todo caso no se contenta con la regla general y prefiere explicitar esta facultad para el responsable.

Por otra parte, se trató de una acción preventiva popular, que sancionaba la conducta que el edicto describía, sin que fuere necesaria la ocurrencia de daño, no dando a conocer las fuentes la precisa acción que correspondía a la víctima del perjuicio. Sobre la materia, sólo hay posibilidades enunciadas por la romanística (capítulo quinto, romano III, núm. 1).

Entre éstas, la más probable posibilidad es que se haya tratado de la misma *actio de effusis vel deiectis*. De haber sido esto correcto, significa que el demandado era el *habitador*, debiendo éste responder objetivamente en tal calidad, por aquello que tuvo colocado o colgado un *filius familias* o un *servus*, y que se precipitó causando daño. En tal caso, debería haber tenido lugar la llamada *exceptio noxalis*, manteniéndose la posibilidad para el *paterfamilias* o *dominus* de limitar su responsabilidad.

Asimismo, los antecedentes de este edicto dan cuenta de una tendencia efectiva a la expansión (como el lugar donde se ponía o colgaba), y a la confusión con el edicto *de effusis vel deiectis* (dado que la caída de lo colgado se entendía como arrojado y la asimilación directa en las Instituciones). Por lo mismo, es bastante probable su aplicación como responsabilidad objetiva sin serlo en origen, y bajo los términos y condiciones de este último edicto en materia de daños.

4. En particular, como se advierte de los comentarios anteriores, el instrumento al cual recurrió con más frecuencia el sistema romano para limitar la responsabilidad cuando concurría un factor objetivo de atribución, fue la noxalidad (capítulo segundo). Es quizás éste el mecanismo limitativo por excelencia. Si bien su origen remoto pudo estar ligado a la venganza privada, su expansión a partir de las XII Tablas estuvo más bien ligada al resultado práctico de constituir una concreta herramienta en favor del condenado para limitar los efectos negativos de la condena en su patrimonio y persona, de lo cual fueron conscientes los jurisperitos (capítulo segundo, romano II, núm. 1).

La naturaleza limitativa de la noxalidad resulta mucho más evidente de frente a la evolución del criterio de determinación del *damnum* para la aplicación de la *Lex Aquilia*; esto es, desde la aplicación del simple valor de mercado del cuerpo dañado (*aestimatio rei*) a la aplicación del valor del interés económico que tuvo la víctima en que no se produjera el daño. La consideración de este interés llevó al análisis de las partidas que podían o no entenderse dentro de dicho concepto. En este contexto, precisamente la pérdida de la posibilidad de dar en noxa al animal o esclavo fue entendida como una de dichas partidas para el condenado. Luego, ya no se estaba claramente en presencia de una institución destinada a la venganza o a lograr la aplicación de la pena sobre el verdadero “culpable” (animal, esclavo o hijo), sino frente a un instrumento que permitía reducir la pérdida económica de la condena (su “valor”) al “valor” de lo que se entregaba (capítulo segundo, romano II, núm. 2). De hecho, la falta de un valor económico de los hijos (su valor es aún mayor, como es el de afección), influyó en que se les excluyera de la noxalidad. La evolución del criterio señalado y el efecto limitativo de la responsabilidad explican en definitiva la perdurabilidad a través de los siglos y su sobrevivencia en la obra justiniana bajo la calificación de mixta (capítulo segundo, romano II, núm. 3).

El reconocimiento de constituir un instrumento para la limitación de la responsabilidad no sólo se advierte en su aplicación directa, sino también a propósito de las soluciones que fueron emergiendo de ésta. Son muy ilustrativos algunos casos de “pluralidades” vistos (capítulo segundo, romano II, núm. 4). Así, la extinción de la acción por otros daños sucesivos luego de la entrega del esclavo; la extinción de las acciones para nuevos actores después de la entrega al primer demandante; que se permitiera la *actio damni* como noxal no obstante estar en conocimiento el dueño; la imputación del valor del esclavo entregado; etcétera, resultan todos remedios en definitiva tendientes a restringir los efectos de la responsabilidad, ratificando la vocación

limitadora por parte de los juristas, cuando el hecho dañoso no fue realizado por el designado como responsable.

En esta misma línea, especial referencia merece la hipótesis de pluralidad de esclavos delincuentes, que implicaba para el *dominus* la multiplicación de penas y la eventual suma de entregas en noxa, si se aplicaba la noxalidad conforme a su configuración penal originaria. La solución a la problemática consistente en el pago al arbitrio del *dominus* de una sola pena (cuanto se hubiera debido pagar en el caso que un solo hombre libre hubiere cometido el hurto) introducida por el *edictum si familia furtum fecisse videtur*, y su posterior expansión por analogía a otras figuras (capítulo segundo, romano III), reafirmó una vez más el carácter limitativo de la responsabilidad noxal, al restringir nuevamente el *quantum* de la condena; y, de paso, introdujo un nuevo instrumento de equilibrio al sistema. Es bastante claro que el detrimento patrimonial se reducía sustancialmente por la aplicación de esta herramienta, no sólo por que se disminuye a una pena, sino porque además le permitía mantener bienes productivos al condenado, como eran los *servi*, así como el valor de éstos en su patrimonio. Incluso, es muy verosímil que este beneficio, al extenderse en su aplicación, se haya transformado en un principio general aplicado a todos los delitos privados, salvo aquellos expresamente excluidos.

Es importante señalar que el concepto de familia de esclavos no pudo haber incluido a hombres libres a secas (como algunos han postulado), sino a hombres libres poseídos como esclavos de buena fe (e incluso de mala fe) para efectos de la aplicación específica de los edictos *quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur* y *quod familia publicanorum vi ademerit* (capítulo segundo, romano III, núm. 4) Es más, aún en este caso la actitud limitadora del detrimento del dueño reaparece, pues de frente a la reivindicación o reclamación de la libertad del hombre libre (que por tanto no se podría dar en noxa), la jurisprudencia buscó mecanismos para que soportara el detrimento patrimonial el propio delincuente.

De esta manera, una antiquísima institución que se pudo originar en la regulación de la venganza privada, y no obstante la conservación de ciertos rasgos “primitivos”, dotó en definitiva al sistema penal romano, especialmente en materia de daños, de un exquisito instrumento regulador de la responsabilidad, que permitió la armónica concurrencia de específicos casos fundados en criterios objetivos de atribución, con las generales hipótesis basadas en criterios subjetivos (capítulo segundo, romano II).

5. Conforme a lo dicho en los números precedentes, se constata que la responsabilidad objetiva en derecho romano fue por regla general limitada. La vocación de la jurisprudencia, además de la actividad pretoria, es decididamente restrictiva de los efectos que significan una responsabilidad sin

dolo o sin culpa. Me asiste la convicción, luego del lato examen efectuado, que junto a la tipicidad de las figuras penales objetivas, existió la voluntad de restablecer los equilibrios, advertidas las desestabilizaciones que la no exigencia de culpa provocaban.

Podría afirmar que esta vocación constituyó un principio; mas, soy conservador en el modo de expresarlo, sabedor de algunas dificultades que las fuentes presentan y que, dependiendo de su entendimiento, se podrá o no aceptar la calificación de principio.

6. Entre dichas dificultades se encuentra la circunstancia que los casos de responsabilidad objetiva que permitían la limitación de la responsabilidad decían todos “relación con hechos ajenos, ejecutados por un animal o ejecutados por personas”. Dicho de otro modo, no figuran en las fuentes eximiciones de la responsabilidad o contenciones al perjuicio patrimonial por hechos en que el responsable haya actuado personalmente sin culpa, o sin probar la actuación de un tercero.

Empero, esta constatación debe ser considerada con cuidado, pues es necesario recordar que se trata de un sistema en formación, que no conoce la distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva, ni una categoría conceptual definida como limitación de responsabilidad. Por lo mismo, es difícil exigirle a los jurisconsultos romanos que advirtieran la falta de un límite de responsabilidad en este tipo de casos. La inserción y evolución de los instrumentos limitativos de la responsabilidad y el desarrollo de nuevos mecanismos, siempre estuvo frenada por el apego a los existentes, más aún en derecho post clásico por la autoridad del derecho clásico.

En esta línea, una dificultad a la capacidad creadora para las situaciones en comento, fue el principio de la personalidad de las penas, el que se encontraba satisfecho en los casos de responsabilidad objetiva por el hecho propio incluso ejecutado sin culpa. Lo más probable es que, resultando el hechor mismo sancionado (aun cuando no fuese culpable), la exigencia de limitar los efectos de la atribución de los daños no fue advertida.

7. Constatación de esto último es el edicto *de feris*, a pesar de su relación con la *actio de pauperie* en cuanto tratar sobre daños causados por animales. De acuerdo al análisis efectuado sobre el mismo, y las conclusiones particulares respectivas, sería posible en definitiva fundarlo en una presunción de derecho de culpa por incumplimiento del deber de custodia (capítulo tercero, romano II, núm. 2). Al no admitir prueba en contrario, es a su vez calificable modernamente como caso de responsabilidad objetiva. A pesar de ello, no se admitió la entrega en noxa de la bestia, que era la herramienta limitativa de la responsabilidad conocida en materia de daños generados por la actividad de los animales (*actio de pauperie*).

Sin embargo, hay que tener mucho cuidado con las conclusiones respecto del edicto *de feris*, pues ¿cómo se podría haber introducido una limitación a la responsabilidad en la materia si ni siquiera había claridad en la época de su dictación y entre los juristas que lo comentaron que se trataba de un caso de responsabilidad objetiva? Es más, en la doctrina moderna tampoco existe una postura unánime frente a la cuestión. El comportamiento según su naturaleza que había tenido la fiera (a diferencia de la actio *de pauperie*); la circunstancia que el sujeto pasivo de la acción no fuera necesariamente el dueño, sino quien quisiera tenerlo; la presencia de una conducta impuesta por el magistrado contravenida; la concurrencia por tanto en la hipótesis de una conducta; y el principio de la personalidad de la pena, que hacía coincidir hechor con sancionado, son todos elementos que generan la idea de una responsabilidad subjetiva, no siéndolo. En otras palabras, las características del caso impidieron que los jurisconsultos se plantearan la necesidad de proponer medidas que mitigaran los efectos patrimoniales negativos para un condenado no culpable, como sería la introducción de un límite cuantitativo a la responsabilidad. En términos simples, parecía bien aplicada la condena, sin que fuesen necesarios ajustes posteriores.

En este sentido, la no aplicación de la *noxae deditio* en el edicto *de feris*, que aparece como una de las grandes diferencias con la actio *de pauperie*, y que equívocamente hace pensar en una excepción a la responsabilidad objetiva limitada, es del todo razonable: no siendo el legitimado pasivo de la acción el propietario (aunque en la práctica habitualmente lo fuera), el demandado no tenía la facultad jurídica de entregar en noxa al animal y transferir por tanto el dominio de la bestia al demandante (capítulo tercero, romano II, núm. 3).

Entonces, ni el edicto *de feris* fue en su momento ante los jurisconsultos un caso de responsabilidad objetiva que aparentemente exigiese la introducción de un límite cuantitativo en favor de los condenados, ni la noxalidad resultaba el instrumento adecuado para ello.

8. Pero además de lo anterior, se debe considerar la construcción y extensión del concepto de culpa, que volvió justamente innecesarias otras limitaciones de la responsabilidad. En otras palabras, la culpa se transformó en el gran límite, con lo cual no se requería introducir otras herramientas jurídicas que vinieran a generar tal efecto. Desde esta perspectiva, más que en desarrollar nuevos mecanismos limitativos para las figuras basadas en factores objetivos de responsabilidad, especialmente por el hecho propio, las energías de los juristas, sobre todo en derecho post clásico, se enfocaron en el intento por subjetivarlas, como a través de un “color de culpa” que no llegó a ser culpa efectiva (capítulo cuarto, romano II, núm. 5). Curiosamente

entonces, la culpa vino a limitar el desarrollo de los límites cuantitativos de la responsabilidad, por su propia suficiencia. Fue sin dudas el gran desarrollo conceptual legado al mundo occidental.

La evolución histórica de las figuras objetivas romanas permite aventurar que de no haber tenido lugar su “descubrimiento” y haber sido utilizada como refugio limitativo de la responsabilidad, ante cada nuevo requerimiento de la sociedad y los tipos objetivos que pudieron haber nacido como consecuencia, también hubiesen contado con una vía de eximición o limitación de la responsabilidad.

Por supuesto que el análisis de la situación tampoco es posible efectuarlo sin tener presente que la sociedad romana evidentemente sólo tuvo los casos de responsabilidad objetiva que las circunstancias exigieron. Y para dichos casos aplicaron los límites a la responsabilidad que conocieron; o bien, dentro del contexto y desarrollo del derecho de la época, como asimismo, conforme a lo dicho antes, dentro de los espacios que dejó la culpa.

9. Pero quizás la principal dificultad que la tendencia limitadora en los casos de responsabilidad objetiva en el derecho romano debió enfrentar como principio, dice relación con la responsabilidad por el hecho ajeno, cuando el hechor era un dependiente libre. A la situación no resultaban aplicables instrumentos como la noxa, o sus limitaciones derivadas, o la excepción de peculio. Se alcanzó en la materia como mecanismo limitativo “sólo” vías de regreso, como ya señalé.

Podría alguno pretender, a partir de esta situación, concluir ligeramente que la responsabilidad por el hecho del dependiente libre era objetiva e ilimitada, al no encontrar instrumentos claramente limitativos, al menos para el mundo hodierno. Luego, como la situación actual del trabajo es precisamente de dependientes libres, al no existir esclavitud, tal debiera ser la regla a extraer como principio del derecho romano.

Mas, del examen efectuado, una conclusión como la precedente me parece imprudente, pues pudieron no haber sido el mecanismo perfecto, pero las acciones de regreso desarrolladas ya fueron un gran logro y dejaron a la vista la vocación limitativa a favor del responsable. Y en todo caso, implica trasladar una situación excepcional de la organización del trabajo en la sociedad romana a la época actual.

En efecto, la empresa romana, independiente del tamaño, estuvo organizada en torno al trabajo de los esclavos, como se puntualizó (capítulo sexto, romano V). Así, los conflictos que debieron enfrentar y solucionar los juristas decían relación mayoritariamente con la esclavitud. Por lo mismo, las situaciones de responsabilidad del empresario, por el hecho dañoso de



sus dependientes, se encontraba salvada habitualmente al existir mecanismos limitativos.

Si bien a los casos excepcionales en que los dependientes autores de los perjuicios eran libres se les buscó también alguna forma que limitara la responsabilidad del patrón, por su número, no exigieron un esfuerzo y desarrollo relevante. La culpa, como ya se ha dicho, hizo el resto.

Entonces, aunque la responsabilidad por el hecho de hombres libres constituye un obstáculo para hablar del principio de la responsabilidad objetiva limitada en derecho romano, se trata de un caso particular, cuyo campo de aplicación fue estrecho dentro la actividad empresarial romana, y que por lo mismo no se puede a partir del mismo arribar a una conclusión contraria, elevando la excepción a regla general.

10. La revisión de la evolución de la responsabilidad por culpa sobre la base de las fuentes romanas, desde los textos legales de la baja edad media hasta la doctrina francesa anterior a la codificación, así como de las figuras objetivas romanas, permiten visualizar de mejor manera la situación que encontramos a su respecto en los códigos latinoamericanos. Particularmente, que las referencias a la culpa en las fuentes fueron entendidas como culpa efectiva.

La construcción de una acción general autónoma por daño fundada en la culpa (capítulo séptimo, romano I, núm. 1), implicó que los autores franceses que influyeron directamente en la codificación, manejaran conceptualmente la idea de una responsabilidad civil subjetiva, heredada de los iusracionalistas. Es más, a fines del siglo XVIII, las nociones de delito y cuasidelitos habían adquirido plena individualidad, de modo que los primeros se cometían con intención de dañar y los segundos con culpa. Estas nociones fueron plenamente adoptadas por Domat y Pothier, siendo trasvasijadas sin inconvenientes al *Code*.

Lo anterior explica que en estos autores se visualice un cambio profundo respecto de las figuras objetivas romanas, las que evidentemente ya no podían tener tal carácter. Todas ahora están basadas en culpa y todas constituyen un cuasidelito, incluyendo la *actio de pauperie*.

De ahí que sólo hay rastros de la noxa en Domat; y Pothier sólo se mantiene fiel al derecho romano cuando lo comenta. La idea de la infracción a una debida diligencia respecto de los animales, cualquiera sea su naturaleza, o la infracción a un deber de vigilancia o correcta elección (o sea, una falta o *faute*) en Domat, y la síntesis de todo el material bajo el concepto de cuasidelito en Pothier, determinan la base del fundamento subjetivo con que las figuras romanas serán recepcionadas por el *Code* (capítulo séptimo,

romano II, núm. 1, letra B; capítulo séptimo, romano II, núm. 2, letra B, y capítulo séptimo, romano II, núm. 3, letra B).

Tanto es así que el código francés de 1804 simplemente omite *de effusis vel deiectis* y *de positis vel suspensis*, por encontrarse comprendidas estas figuras dentro de la regla general de los cuasidelitos. Igualmente, los artículos 1385 sobre animales y 1384 sobre la responsabilidad de propietarios y comitentes, son redactador sin mencionar a la culpa, ni la posibilidad de probar la falta de ésta. Estas omisiones, y la literalidad objetiva, simplemente se debe a que se entendió que se encontraban fundadas en culpa, y no se podrían interpretar de manera distinta (capítulo séptimo, romano II, núm. 1, letra C; capítulo séptimo, romano II, núm. 2, letra C, y capítulo séptimo, romano II, núm. 3, letra C).

Por tanto, ni noxa, ni límites de responsabilidad anteriores o remedios posteriores a la condena pudieron en Francia ser siquiera considerados, si la responsabilidad atribuida era por un hecho propio culpable, salvo la acción de regreso. Esta última una curiosidad, pues un responsable culpable no tendría por qué tener derecho a reembolso del total de lo pagado.

Nada muy distinto podía ocurrir en España. Ciertamente tanto en el Fuero Juzgo como en Las Siete Partidas se recogen los tipos penales romanos objeto de nuestro estudio, recepcionándose incluso el “desamparo” de animal, como asimismo el límite sustancial de la actuación según la naturaleza. En particular, el Setenario adoptó el desamparo de siervo para los *nautae caupones stabularii*, no así en materia de *effusis vel deiectis* y *de positis vel suspensis*, no innovando respecto a las fieras. Incluso son los autores los que reconocían la acción de regreso para el amo, ante la omisión del Setenario.

Sin embargo, Las Partidas ya contienen elementos que tienden a la subjetivación de los delitos de daños, como asimismo la interpretación que de ella efectúa la doctrina, a la cual ayuda decisivamente la Nueva Escolástica (capítulo séptimo, romano I, núm. 1, letras C y D). Especialmente, los señalados tipos se advierten fundados en la culpa, siguiendo los textos romanos y entendiéndose la referencia a aquélla como verdadera culpa. Así también son leídos los textos a ellos referidos (capítulo séptimo, romano II, núm. 1, letra A; capítulo séptimo, romano II, núm. 2, letra A; y capítulo séptimo, romano II, núm. 3, letra A). Así, la contradicción entre culpa y e instrumentos limitantes de la responsabilidad se tiende a imponer, desfigurándose la construcción técnica original romana.

A todo el panorama precedente, en García Goyena se sumará la codificación penal anterior a su proyecto y la responsabilidad civil subjetiva subsidiaria en ella establecida. De modo que en el proyecto del jurista español no se podía encontrar sino una responsabilidad civil derivada de delitos, o bien

nacida de cuasidelitos civiles culposos. Asimismo, los tipos penales romanos objetivos no se podían sino convertir en figuras cuasidelictuales civiles, fundadas por ende en culpa (capítulo octavo, romano II, núm. 2). Claro que a diferencia del *Code*, la tradición del Setenario permitió la incorporación del *effusis vel deiectis* en el proyecto. Asimismo, la influencia penal llevó al entendimiento que todos los que responden por un hecho ajeno tienen culpa, de manera que la eximente de la responsabilidad de falta de culpa se aplica a todos, incluyendo a los dueños o directores de empresa. Por lo mismo, aunque sería contradictorio con una responsabilidad subjetiva, admitió que todos ejercieran la acción de regreso, considerada el último resabio de la noxalidad (capítulo séptimo, romano II, núm. 3, letra C).

Si bien el código civil español siguió en buena parte los aportes de García Goyena a través de su proyecto, la responsabilidad subsidiaria por el hecho ajeno no tuvo cabida.

Estamos entonces en el punto culmine de la evolución del proceso subjetivador fundado en culpa. En un contexto como éste, los instrumentos romanos de limitación de la responsabilidad simplemente no tuvieron cabida, al ser expresión de una necesidad de los tipos objetivos de un estadio antiguo.

11. Prácticamente todos los países latinoamericanos, como parte de la configuración del sub sistema jurídico romanista, tendieron a codificar incluyendo las figuras penales romanas tratadas en este trabajo. Desde luego, el antecedente de Las Partidas, el proyecto de García Goyena y el Cc.Es., contrapesaron en alguna medida al *Code*. Sin embargo, la recepción original y el estado actual de las mismas en los códigos vigentes es disímil.

En los códigos decimonónicos, la tendencia es que la *actio de pauperie* (capítulo séptimo, romano IV, núm. 1) se encuentre fundada en una presunción de culpa simplemente legal y la *actio de feris* en una presunción de culpa de derecho. Los códigos bajo influencia chilena y argentina están en esta línea principalmente. Sin embargo, la tendencia presente es a interpretar ambas figuras objetivamente. Que no se haya recogido la noxa y las ausencias de limitaciones a la responsabilidad (salvo la acción de regreso) es entendible bajo presunciones de culpabilidad. Pero bajo una visión objetivada, generan distorsión.

Lo mismo ocurre con los códigos que en cambio siguieron al *Code* y a García Goyena o al Cc.Es., que sin distinguir entre animales mansos y feroces, pudieron entender la figura como subjetiva al momento de la codificación, para luego seguir la doctrina objetiva. Ello no obstante el poseedor o tenedor se mantiene como responsable, en circunstancias que originalmente ello tenía por fundamento ser la persona encargada de la custodia del animal. Asimismo, los códigos de “nueva generación” se caracterizan por

contemplar una disposición sobre responsabilidad de animales, pero atribuyéndola objetivamente.

Respecto a los edictos de *effusis vel deiectis* y de *positis vel suspensis*, prácticamente sólo los códigos decimonónicos chileno y sus seguidores los contemplan fusionados, en clave de responsabilidad subjetiva; empero, con esfuerzos de la doctrina por objetivarlos (capítulo séptimo, romano IV, núm. 2). Interesante es que dado que se trata de una responsabilidad fundada en una presunción de culpa, no hay acción de regreso para este caso, lo que es lógico por concurrir culpa propia. Desde luego, la interpretación objetiva quiebra el sistema al cambiar el fundamento e impedir el regreso.

Esto último no ocurre en Guatemala y con algunas dudas de su naturaleza en el código de Vélez Sarsfield (por la tendencia mayoritaria), que admiten la figura objetivada pero con acción de regreso, siendo casos a destacar. El resto de los códigos se caracterizan por haber tomado la redacción en clave objetiva del *Code*, o bien llegar, con redacción moderna, al mismo resultado, sin contemplar la acción de regreso u otro límite a la responsabilidad.

En cuanto a las *acciones adversus nautas caupones stabularios* (capítulo séptimo, romano IV, núm. 3), la situación es más compleja (como desde sus inicios), dado el régimen contractual asociado y la tendencia a su inclusión dentro del más amplio tema de la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes.

En lo que respecta al ámbito extracontractual, y en lo sustancial, nuevamente aparece el “sistema chileno” (o el español por la influencia de García Goyena), a los que se suman otros como Costa Rica y México, acogiendo conceptualmente la figura en términos subjetivos, al admitir la prueba de falta de culpa. Desde luego, ninguna limitación entonces a la responsabilidad debiera concurrir, aunque se admite la acción de regreso. El problema son de nuevo las posiciones doctrinarias objetivantes en curso, a pesar de los textos de los códigos respectivos.

Los otros, ya sea desde un comienzo como Argentina (con alternativa para la víctima de acción directa contra el hechor), ya sea por adopción en el tiempo, consagran para este tipo de responsabilidad factores de atribución objetivos. Obviamente, sin límites de responsabilidad. Una mención especial a Perú, que bajo una particular solidaridad, admite el regreso.

Por otra parte, aunque bajo régimen contractual, excepcionalmente algunos países han consagrado en materia de depósito y en favor de los hoteleros, límites a su responsabilidad.

De esta manera, en términos generales, avistamos una tendencia original a la recepción de las figuras romanas bajo fórmula de responsabilidad

subjetiva ilimitada, que en la actualidad ha sido reemplazada por la tendencia de su establecimiento o entendimiento como casos de responsabilidad objetiva, pero igualmente ilimitada.

12. Efectivamente, de la revisión que se hiciera de la normativa en los códigos civiles latinoamericanos, se pudo constatar que el proceso moderno en evolución es el de la reobjetivación, bajo terminología actual, de las hipótesis romanas *de effusis vel deiectis*, *de positis vel suspensis* por extensión, *de pauperie* y de las *actiones in factum adversus nautae caupones stabularii*. Asimismo, la *actio de feris* hoy se puede considerar directamente objetiva, superados los elementos que le daban un carácter subjetivado en la época de su nacimiento. Así las cosas, en la actualidad estas figuras vuelven a ser tipos objetivos o a ser calificados o interpretados como de responsabilidad objetiva. Existe una suerte de involución (no necesariamente negativa en sí) en esta materia.

El problema está en que se han “romanizado”, en cuanto se vuelven a entender como casos de responsabilidad objetiva, pero no se han introducido conjuntamente límites cuantitativos modernos, a pesar que sí los contemplaba el derecho romano (salvo para el edicto *de feris*, por su carácter “objetivo subjetivado”). Si se ha eliminado el fundamento subjetivo, o se está en vías de eliminación, y vuelven a su origen objetivo los citados tipos, deberían formar parte de los casos de responsabilidad limitada en su cuantía. No se trata de una mera reivindicación histórica, sino de la justicia que la limitación importa para las consecuencias de la aplicación de un factor de atribución objetivo. En este sentido, hoy siguen siendo válidas las consideraciones romanas para limitar la responsabilidad, al no haber cambiado sustancialmente los criterios de atribución objetiva. Por ejemplo, perfectamente se puede justificar hoy la responsabilidad de los *nautae* en “el riesgo de empresa”, con lo cual, las circunstancias históricas han modificado el contexto, pero no la razón jurídica de la cual deriva la obligación indemnizatoria para el armador. Luego, tampoco la razón jurídica para limitar su responsabilidad debiera variar.

13. Junto a los tipos romanos reobjetivados en los códigos civiles latinoamericanos, es posible advertir que se han introducido a éstos, vía reforma, o dictación de nuevos códigos, o simple interpretación, casos genéricos y especiales fundados en responsabilidad objetiva (por ejecución de actividades riesgosas, custodia de cosas, etcétera), para los cuales el legislador tampoco contempla habitualmente límites cuantitativos a la responsabilidad (capítulo séptimo, romano III).

Asimismo, vía legislación especial, en los Estados de Latino América (como en Europa ciertamente), han sido incorporados a los respectivos ordenamientos jurídicos numerosos casos de responsabilidad objetiva pero

limitada cuantitativamente. Entre éstos se cuentan desde luego los contenidos en algunos de los tratados internacionales revisados (capítulo octavo, romano I).

De esta manera, es posible visualizar en la actualidad al menos tres grupos de casos distintos de responsabilidad objetiva: los tipos objetivos romanos supervivientes en los códigos civiles, objetivados mediante reforma o vía interpretación sin limitación alguna a la responsabilidad; los “nuevos” casos, genéricos o específicos, introducidos a los códigos civiles fundados en responsabilidad objetiva, que tampoco gozan de alguna contención a la cuantía indemnizatoria; y, finalmente, los casos de responsabilidad objetiva particulares, contenidos normalmente en leyes especiales, a los cuales expresamente se les asocia un límite cuantitativo determinado.

14. Algunos autores ya comienzan a advertir la problemática que genera la disparidad de tratamiento entre los dos primeros grupos con el tercero. En este sentido, Alterini por ejemplo plantea expresamente: “de los sectores en los que el factor de atribución de la responsabilidad es objetivo, ¿cuáles están siendo dejados afuera?” (de los límites cuantitativos). Es interesante que en su respuesta cita, entre otros, los perjuicios “por *res effusis vel deiectis*” y “por animales feroces”.<sup>1002</sup>

Conforme a lo dicho en este trabajo, se podría agregar de *positis vel suspensis*, para distinguir lo que cae de lo arrojado, pero también la *actio de pauperie*, y a los *nautae, cauponae stabularii* no cubiertos por la legislación especial y, en general, a todo aquel que se ve obligado a responder objetivamente por el hecho de sus dependientes. Habría que agregarle al cuestionamiento de Alterini, ¿por qué se dejan casos como éstos afuera, en circunstancias que desde su origen se trataba de hipótesis de responsabilidad objetiva limitada? (salvo *de feris* pero con las advertencias respectivas).

Hago notar que Alterini incluye en su pregunta a *effusis vel deiectis* porque entiende que se trata de un caso de responsabilidad objetiva, lo que no ocurre como se vio en su oportunidad en todas las legislaciones del continente americano. Es decir, la inclusión del caso en el elenco de los excluidos la puede hacer todo aquel jurista que entienda la situación como de responsabilidad determinada por un factor objetivo de atribución en su legislación. No así los autores que pertenecen a un sistema subjetivo o que interpretan la hipótesis en clave subjetiva.

15. La “discriminación” que sufren los tipos romanos objetivos está fuertemente influenciada por razones históricas: equívocamente se consagraron en época decimonónica como casos de responsabilidad ilimitada, al

<sup>1002</sup> *La limitación cuantitativa, cit.*, p. 102.

entenderlos fundados en factores subjetivos de atribución. La discriminación que padecen los casos genéricos o específicos modernos, más bien resulta de la incompreensión del fundamento de los límites a la responsabilidad y de la exaltación errónea del deseo, elevado a calidad de principio, de la llamada reparación integral del daño.

Sin embargo, es el propio derecho romano y el fundamento de los límites los que llevan necesariamente a la conclusión que en todos los casos de responsabilidad objetiva ésta se debe limitar cuantitativamente, sin perjuicio de razonables diferencias en el instrumento a utilizar y el valor del *quantum* a establecer en cada uno de ellos.

Respecto al fundamento, se ha tenido la ocasión de ver que se recurre a diversas explicaciones, aunque la tendencia actual es fundar los límites cuantitativos principalmente en el acceso al seguro, así como a los beneficios económicos que éste generaría, lo que ha merecido la crítica del suscrito. Sin negar los efectos colaterales positivos de la aseguración, ésta no forma parte de la relación de derecho privado que tiene lugar en materia de responsabilidad civil, como fuente de las obligaciones. Ello sin perjuicio que su alcance es restringido, pues el seguro no funciona por ejemplo respecto de daños excepcionales al margen de análisis estadístico; respecto de daños de frecuente ocurrencia con reducido mercado de potenciales asegurados; respecto de daños de muy alto valor; o evidentemente respecto de personas jurídicas o naturales sin capacidad de pago. Entonces el seguro, por ser simplemente una herramienta práctica, que puede o no concurrir, no puede devenir en el fundamento valórico que la materia requiere (capítulo octavo, romano III, núm. 1).

Me parece entonces prudente volver los pasos sobre el único fundamento verdaderamente común, capaz de sostener todos los límites y en todos los casos de responsabilidad objetiva: la “equidad natural”.

16. Actualmente se reconoce como fundamento de la responsabilidad civil la justicia correctiva o conmutativa aristotélica, conforme a la cual sólo se debe resarcir (igualar) un daño (desigualdad) causado con culpa (acto injusto). Pretender aplicar la misma medida en la reparación al demandado no culpable, contradice la justicia correctiva y por tanto el fundamento de la responsabilidad civil como relación privada entre dos partes. De ahí que en los excepcionales casos en que se estime que la exigencia de culpa importaría un resultado injusto, no basta la mera rectificación de omitir la exigencia de la culpabilidad del sujeto pasivo procesal (que llevaría a la contradicción indicada), sino que es necesaria una segunda rectificación, consistente en la limitación del *quantum* que se le exigiría pagar a aquél: si se obliga a indemnizar a una persona no culpable (que no tendría el deber de igualar), no se



puede exigirle el justo medio. Esta última rectificación es permitida por la equidad natural, que es una justicia pero aún mejor (capítulo octavo, romano III, núm. 3, letra A).

El recurso de los partidarios de la responsabilidad objetiva a una justicia distinta, como es la distributiva, pero aplicando los mismos efectos que derivan de la justicia correctiva, evidentemente lleva a un resultado injusto (hay un cruce erróneo de causa y efecto). Nuevamente se podría estar exigiendo a quien no comete un acto injusto (culpable), que resarza (iguale) conforme la justicia correctiva (que requiere el acto injusto). Con ello, por otra vía se llega nuevamente a la necesidad de efectuar una ulterior rectificación en las consecuencias, como sería limitar cuantitativamente la responsabilidad. Así lo exige la equidad natural, que no es sólo privativa de la justicia correctiva (capítulo octavo, romano III, núm. 3, letra A).

17. Por otra parte, el derecho romano presenta una doble importancia para los países que forman parte del subsistema jurídico romanista latinoamericano. En él, es posible apreciar que tuvieron efectivamente lugar las dobles correcciones en los tipos objetivos limitados analizados y que las soluciones dadas por este ordenamiento común se basaron precisamente en las ideas de la justicia correctiva y por tanto en la equidad. Desde esta perspectiva, constituye una ratificación a lo expresado.

Pero además, para los derechos civiles occidentales de base romanista, la equidad natural no es un concepto abstracto, que se deba precisar y fijar en cada caso concreto, y cuyo resultado sea variable según las circunstancias. Equidad natural significa para los ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema romanista recurrir al derecho romano (capítulo octavo, romano III, núm. 3, letra B) La tarea por tanto es tomar las fuentes romanas, “rileggere, comparare e valutare cio che e *melius et aequius*, enucleare i principi al fine di proporli per migliorare quotidianamente il ius, affinché questo possa stare insieme saldamente (*constare*), anche nei confronti dell’ attuale processo di c.d. globalizzazione senza regole, proponendo le sue coerenze al servizio degli uomini (D. 1.2.2.13)”<sup>1003</sup>.

El derecho romano adquiere entonces un rol integrador, al cual un sub sistema jurídico romanista debe recurrir en primer lugar para superar las contradicciones que se observan en materia de responsabilidad objetiva, entre tipos genéricos o especiales ilimitados presentes en los actuales códigos civiles, y tipos especiales externos a éstos limitados; y de paso, establecer una base común para lograr la unificación en la materia al interior del derecho latinoamericano.

<sup>1003</sup> Schipani, *Rileggere, cit.*, p. 70.

Por ello he “releído” las fuentes, he “comparado” instituciones y “valorado” aquello que ha parecido *melius et aequius*, enucleando la tipicidad y la limitación de la responsabilidad como principios relevantes cuando esta última deriva de la aplicación de factores objetivos de atribución.

18. Lo dicho no implica que exista motivo para excluir de una limitación cuantitativa de responsabilidad a los modernos casos de responsabilidad objetiva, distintos a aquellos heredados del derecho romano, cada vez más comunes en los códigos civiles y ya no sólo contenidos en legislaciones especiales. La diferencia está en los elementos del tipo, no en el fundamento que amerita, una vez atribuida la responsabilidad, su limitación cuantitativa. Cuando hablamos de la vocación limitatoria (para mí un principio) del derecho romano, existente a la base del sistema, no es sólo para las hipótesis heredadas de la sociedad en que se desarrolló, sino evidentemente también para las surgidas en estos tiempos. Corresponde por tanto la aplicación del binomio responsabilidad objetiva-limitación cuantitativa a las figuras que lo presentaron (ejemplo, *effusis*), a las que no lo tuvieron por su configuración y falta de un instrumento (ejemplo, fieras, ahora en la conciencia de su carácter objetivo) y a las nuevas surgidas especialmente en el siglo XX (en general, por actividades o cosas peligrosas).

19. La principal oposición que se suele citar a los límites cuantitativos de la responsabilidad es el denominado principio de la reparación integral. Sin embargo, la objeción se debe a su incorrecta traducción como reparación “total” (a veces más bien “infinita”). Por el contrario, tomado el principio en su sentido correcto de reparación “plena”, no sólo desaparece la objeción, sino que resulta perfectamente compatible con los instrumentos limitativos. El principio lo que exige es que la víctima sea reparada en todas las partes, cualitativas y cuantitativas que el sistema legal respectivo admite (capítulo octavo, romano III, núm. 2). Si se cumple con ello, se estará ante una reparación integral o completa; de lo contrario, el principio sería infringido. Desde esta perspectiva, los límites cuantitativos son uno de los elementos del sistema (no se ubican fuera de éste, como a veces se pretende), y sólo habría violación del principio si se otorgara una reparación determinada de un modo distinto al ordenado legalmente a través del respectivo instrumento limitatorio.

20. Lo que alteró gravemente el sistema de la responsabilidad civil no fue la aparición de los límites a la cuantía de las indemnizaciones, como creen los paladines de la reparación “integral-total”, sino el entendimiento que incluso los tipos objetivos romanos estaban en definitiva también basados en culpa.

En cierta medida, fue el propio derecho romano responsable de tal alteración, al generar textos que, exacerbados en sus efectos, llevaron a la conclusión que las hipótesis que identificamos en este trabajo como de responsabilidad objetiva, habrían estado fundados en culpa. Por lo mismo, es entendible que los límites cuantitativos aparezcan como absolutamente inconciliables con el derecho común, si se reduce este último sólo al contenido en los códigos decimonónicos y a la idea contenida en ellos que no hay responsabilidad sin culpa. La justicia correctiva obligaría entonces, por existir un daño derivado de un acto injusto, a que la que reparación integral sea equivalente a “total” cuánticamente, en cuanto debe alcanzar el justo medio (igualar la desigualdad producida).

Pero además, era muy difícil, aunque se hubieran reconocido los tipos objetivos romanos como tales, la conservación de la idea de límites a la responsabilidad, si los instrumentos romanos que cumplían dicha función desaparecieron naturalmente, dada su configuración histórica (esclavitud, rudeza de la entrega de un sirviente o hijo o mujer, o la aparente simple bestialidad de entregar a un animal si su destino era la venganza, o la inutilidad de ello, etcétera). Frente a su extinción, y el entendimiento que no había más responsabilidad que la basada en culpa (de por sí constitutiva de límite cualitativo), resultaba impensable su reemplazo a través de nuevos instrumentos. No existió por tanto ni la necesidad ni la imaginación para ello.

En todo caso, lo dicho no significa que los códigos decimonónicos no contemplaron ningún tipo de limitación. En ellos se encuentran instituciones en favor de los deudores que les permitían limitar su responsabilidad hasta el valor de sus patrimonios (por ejemplo, cesión de bienes en los artículo 1614 y ss. o el beneficio de competencia en los artículos 1625-1627 del Cc.Ch.); o reservar una mínima parte de éste para su subsistencia, como es el caso de los bienes inembargables (artículo 1618 Cc.Ch.), las que tiene su origen en la *exceptio de peculio*.<sup>1004</sup> Se trata de instituciones que niegan a la víctima alcanzar la “total” reparación, pero han sido consideradas equitativas.

El problema, como ya se dijo, es que hoy sí se reconocen y aceptan expresamente casos cuyo factor de atribución de la responsabilidad es objetivo, y no obstante la no exigencia de culpa, se pretenden aplicar los efectos derivados del principio de la reparación integral cuando concurre culpa: reparar cuantitativamente toda la desigualdad, todo el justo medio (bajo terminología de la justicia correctiva).

Restablecidas entonces las cosas a su correcto lugar, el problema desaparece: por una parte, el derecho romano, y por tanto la base del subsiste-

<sup>1004</sup> Así lo reconoce Alterini, *op. cit.*, p. 45.

ma jurídico romano latinoamericano, reconoce que forman parte del sistema casos excepcionales de responsabilidad objetiva y limitada; y por otra, la reparación integral, derivado de lo anterior, no es total, sino plena, en los términos que el mismo sistema establece (lo que incluye la responsabilidad objetiva limitada).

21. Más que la supuesta contradicción al principio de la reparación integral, la oposición a la introducción de límites cuantitativos dice relación principalmente con los daños a las personas naturales, trátense de lesiones corporales a éstas o de su muerte. Lo que no se tolera en realidad es que este tipo de daños no se resarzan adecuadamente, dado el valor superior reconocido a la persona humana en el último siglo. A veces, los límites introducidos vía legislación especial han desembocado en indemnizaciones consideradas exiguas, entre otras razones por la falta de reajuste en los montos fijados. Pero es evidente que la dificultad no la genera el principio que toda responsabilidad objetiva debe ser limitada, sino los métodos adoptados por los instrumentos limitatorios introducidos por las respectivas leyes que eventualmente llevan a un resultado inequitativo.

Corresponderá entonces, asumido que se deben introducir límites, el desarrollo de los criterios sobre los cuales éstos deben basarse para el caso de daños en la persona misma de los seres humanos. Si bien no es la ocasión para profundizar el punto, sobre el particular se puede decir que algunos avances concretos han tenido ya lugar, como es la idea que los límites deben otorgar adecuadas garantías, tanto de certeza como de suficiencia de su pago y monto (capítulo octavo, romano III, núm. 4).

La evolución de los límites indemnizatorios contenidos en los tratados internacionales revisados, tanto en lo referido a los montos indemnizatorios como asimismo a su reajustabilidad (capítulo octavo, romano I, núms. 1-4), representan un buen ejemplo de ello. De hecho, se ha generalizado el uso, como unidad de medida, de los “derechos especiales de giro” (DEG) del Fondo Monetario Internacional en ellos, e incluso incorporándoseles a códigos nacionales (como el Cc.Hol. y el código de comercio chileno).

22. Interesante, a propósito de los daños a las personas naturales, es su relación con el principio de la reparación integral. Su naturaleza ha generado grandes dificultades como se sabe para poder valorarlos y fijar judicialmente las respectivas indemnizaciones en sentencias condenatorias por responsabilidad civil. La vía práctica de solución ha sido la creación de tarifarios legales, administrativos, judiciales o privados que permiten el conocimiento anticipado de los valores por cada tipo de daño, como asimismo la uniformidad de los montos concedidos. Sin embargo, también han implicado la introducción de topes máximos a la responsabilidad desde la pers-

pectiva cuantitativa, aplicables aun cuando concorra culpa del responsable (capítulo octavo, romano II, núms. 1-4). Por lo mismo, contradicen el sueño de la reparación “integral-total” (infinita).

Desde luego que, al igual que como ocurre con los límites cuantitativos, en realidad no hay oposición alguna al principio de la reparación integral dado que ésta ordena que sea plena, y así será si los tribunales conceden el valor establecido en Tablas legales, y por tanto parte del sistema de responsabilidad civil. Discutible en cambio podrían ser las indemnizaciones basadas en baremos judiciales y privados.

Aun así gozan estos tarifarios de cada vez mayor aceptación, pues finalmente responden a la necesidad de poner un freno al desborde de las partidas indemnizables y a su valorización. Particularmente interesante en este sentido es la situación italiana, y la tendencia jurisprudencial a concentrar todas las clases de daños a la persona en la categoría de “daño no patrimonial”, a fin de evitar duplicaciones (o triplicaciones o cuadruplicaciones), valorándola conforme a la tabla milanesa, que consagra en la actualidad expresamente dicha categoría (capítulo octavo, romano II, núm. 4).

Aceptados como parte del sistema estos topes a las indemnizaciones por daños a las personas, incluso en materia de responsabilidad por culpa, con mayor razón se deberían reconocer los límites cuantitativos cuando la responsabilidad es objetiva. De hecho, el Cc.Mex. y la ley danesa (capítulo octavo, romano II, núms. 2 y 3) sirvieron particularmente de ejemplo para estos fines en el proyecto de código civil argentino de 1998.

23. Desde el punto de vista de la unificación del derecho latinoamericano, despejadas las posibles dudas cernidas sobre los límites cuantitativos; dado que su fundamento es la equidad natural; que ésta se confunde con el derecho romano; y la existencia de al menos una vocación hacia la responsabilidad objetiva limitada en este último, no deberían existir inconvenientes para la recepción de una solución como ésta en los códigos civiles latinoamericanos individuales, o en hipotéticos códigos o leyes unificadoras futuras.

Es más, la existencia en la actualidad de tratados internacionales vigentes como los citados que consagran casos de límites cuantitativos a la responsabilidad objetiva (capítulo octavo, romano I), ratifican y coadyuvan al mejor entendimiento, recepción y funcionamiento del principio de la responsabilidad objetiva limitada dentro del subsistema jurídico romano latinoamericano. Por una parte, dichos tratados implican que se encuentra ya instalada conceptualmente la idea de una herramienta limitativa en los ordenamientos jurídicos de la región; y por otra, su establecimiento ha tenido

lugar a través “de la fuerza” de la ley, constituyendo estatutos más o menos comunes entre los países que las han ratificado o adherido.

Respecto a esto último, efectivamente hay algunos casos, como las convenciones sobre transporte aéreo y contaminación de las aguas por hidrocarburos en que tal carácter común es amplio (capítulo octavo, romano I, núms. 2 y 3), mientras que en otras se reduce (por distintas razones) a grupos mayores o menores de Estados latinoamericanos, como en materia de transporte marítimo y daños nucleares (capítulo octavo, romano I, núms. 1 y 4).

Cabe resaltar la circunstancia que precisamente algunos códigos civiles europeos han incorporado casos de responsabilidad objetiva limitada constitutivos en su mayor parte de un trasvasije de los tratados internacionales vistos relativos al transporte, siendo ilustrativos los códigos holandés y portugués (capítulo octavo, romano II, núm. 5). Los tratados resultan entonces una gran área de regulación jurídica que ha ido permitiendo entre otras cosas el enriquecimiento de los cuerpos civiles.

De este modo, el reconocimiento y aplicación de la responsabilidad objetiva limitada romana no entra en modo alguno en contradicción con el derecho positivo actualmente vigente de alcance común entre países latinoamericanos. Por el contrario, es fundante y concordante. Tanto es así que la tendencia en los tratados es a la inaplicabilidad de los límites en caso de prueba de culpa o dolo, regla en completa simetría con el derecho romano (capítulo segundo, romano I, núm. 8). Por lo mismo, no sería sólo un simple trasvasije, pues cuentan los países de la región con la ventaja de tener en su propio sistema, un principio romano que le exige para su adecuado funcionamiento la fijación de límites resarcitorios en las excepciones de tipos objetivos.

Los tratados además constituyen un material con herramientas concretas limitatorias de la responsabilidad objetiva, que puede servir de ilustración o base para el desarrollo de ulteriores mecanismos, pues una cosa es reconocer el principio; pero otra distinta, es la configuración de los instrumentos que para cada caso o época se deben establecer. A esto último los tratados internacionales vigentes contribuyen decididamente.

24. Uno de los desafíos actuales de los códigos civiles en general, es el contar con reglas que les permitan ser articulados sistémicamente con las leyes extravagantes, como son los tratados internacionales vistos, que contemplan límites cuantitativos a la responsabilidad. Por lo mismo, leyes que introduzcan responsabilidades objetivas genéricas o específicas en los códigos civiles, sin límites de responsabilidad, frente a leyes del mismo ordenamiento con casos que sí los establezcan, constituye una evidente anomalía sistémica. Más aún cuando los límites existentes son de un alto monto.

En los ejemplos de tratados internacionales expuestos, es posible apreciar que por vía de ratificación o adhesión, se asumen figuras de responsabilidad objetiva cuyos límites son altísimos, especialmente para la realidad latinoamericana. Cifras de 100.000 DEG por muerte o lesiones en materia de transporte aéreo o de 89.77 millones de DEG por eventos de contaminación de hidrocarburos son sin dudas relevantes.

Me parece entonces que es digno de tener presente el proyecto de código civil argentino de 1998, no sólo como un ejemplo de recepción de un límite general en materia de responsabilidad objetiva, sino además en cuanto consideraba expresamente que los topes indemnizatorios que pretendía establecer, eran sin perjuicio de los casos contenidos en legislación especial (capítulo octavo, romano II, núm. 6). De esta manera, se articulaba un sistema que incorporaba límites ordinarios, para personas y eventos también ordinarios. En cambio, para las “grandes” empresas y para los “grandes” desastres, las leyes especiales se encargan de fijar asimismo “grandes” topes cuantitativos reparatorios, sin perjuicio de otros de menor entidad.

Otra cosa distinta es el monto del límite ordinario, que en el proyecto citado era de todas maneras también alto, lo que se explica por la necesidad de seducir a los opositores a cualquier límite, y lograr su incorporación, efecto que como se destacó fue alcanzado.

Mas, lo importante es la intención de introducir un principio unificante entre códigos y leyes extravagantes: la responsabilidad objetiva, como excepción a la responsabilidad por culpa, limitada cuánticamente. Luego, para casos particulares, topes también particulares.

Bajo esta óptica, existiendo el principio en la propia base romanística del subsistema latinoamericano, con mayor razón se debe acoger y desarrollar, como vaso comunicante entre los códigos decimonónicos remozados o nuevos, y los tratados y demás leyes consagrantes de responsabilidades objetivas limitadas. Un eventual proceso de unificación es una oportunidad regional para ello.

25. La aplicación de una responsabilidad objetiva cuantitativamente limitada como regla general, y no como regla especial permitirá, como en el derecho romano, no sólo favorecer a ciertas personas (normalmente empresas) en desmedro de otras (simples personas naturales).<sup>1005</sup> El retomar la regla general romana de la responsabilidad objetiva limitada, implica devolver al ciudadano común un poco de razonabilidad y justicia en su favor dentro del sistema actual o hacia donde tiende al menos. En Roma las limi-

---

<sup>1005</sup> Tiene razón Alterini cuando plantea que el discurso humanista en defensa de los derechos de las víctimas debería ser idéntico para la actividad empresarial que para la gente común. *Op. cit.*, p. 103.



taciones fueron vistas como justas, pero no para el desarrollo de empresas de la época, sino para el pastor, campesino, comerciante, etcétera. Es decir, para los simples hombres de carne y hueso.

En esta línea, no se puede legislar, y particularmente unificar, pensando en el “empresario de la televisión”, que publicita y cuyas marcas son latamente conocidas por el colectivo, apareciendo como poderoso económicamente ante la sociedad, la que exige que pague todos los daños que su actividad, directa o indirectamente genera, y que lo hacen más rico. Desde luego, estas empresas, para los amantes del seguro, efectivamente acceden a coberturas asegurativas de los riesgos asumidos.

La estructura social actual está por el contrario constituida de pequeñas y medianas empresas, desconocidas, de empuje y sacrificio, llevadas adelante por personas naturales o por familias. Empresas mono locales o mono vehiculares, con escasa posibilidad de asumir mayores costos para ser competitivas. Son éstas empresas, y no las otras, las que deben estar en la retina del jurista al analizar las posibilidades de expansión de la responsabilidad objetiva y su limitación.

Latinoamérica tiene no sólo una historia y principios jurídicos comunes, sino también la mayoría de la población bajo una condición de pobreza o al menos de posibilidades económicas restringidas. Por tanto, es una quimera alardear con la responsabilidad objetiva y el principio de la reparación integral como sinónimo de total, pretendiendo el pago de grandes sumas de dinero, en circunstancias que los patrimonios para afrontar las respectivas condenas son más bien escuálidos.

Lo anterior sin perjuicio que la crisis económica que vive el continente europeo, puede ser que genere más de algún desaguisado ante la aplicación de los tan modernos principios de la responsabilidad que algunos creen con éxito haber introducido en el viejo continente. Puede ser que la crisis lleve a un replanteamiento que empuje a soluciones “menos objetivas”.

26. En conclusión, con relación a las preguntas originalmente planteadas (capítulo segundo, romano I), el derecho romano contempló casos de responsabilidad objetiva, los cuales estuvieron gobernados al menos por dos principios relevantes: el de la tipicidad y el de la limitación cuantitativa de la responsabilidad del obligado. La situación actual de la responsabilidad civil constituye un escenario propicio para que dichos principios retomen todo su vigor dentro del sub sistema jurídico romano latinoamericano, de modo que dicho Derecho contribuya en la materia a la unificación del derecho en Latino América.<sup>1006</sup>

---

<sup>1006</sup> Guzmán Brito, con justa razón ha señalado que “el Derecho Romano es base programática fundamental de la unificación jurídica”, pues precisamente “es capaz de entregar,

El proceso que ha llevado a la llamada responsabilidad objetiva, no ha sido más que un proceso consistente en la “desculpabilización” de la responsabilidad civil. A la culpa se le ha descargado (y no es negativo que se le descargue), del peso de distribuir todas las pérdidas ante un evento dañoso en la sociedad. Es el principio general, pero no la solución total, pretensión que se tuvo en la redacción de los códigos decimonónicos. Sin embargo, dicho proceso tiene restricciones y necesidad de equilibrios. Es decir, debe llevarse adelante en su justa medida, y la pretensión no puede ser ahora simplemente la eliminación de la culpa o su equiparación a otros criterios particulares objetivos de atribución de responsabilidad. El sistema requiere mantener la coherencia, pues “il giurista senza sistema, almeno nella cultura continentale, è un non giurista”.<sup>1007</sup>

Tratándose, el derecho latinoamericano, de un subsistema del sistema jurídico romanista, no puede sino regirse por los mismos principios. Así, en aras de su unificación, no sólo no existe inconveniente, sino que deben introducirse límites cuantitativos respecto de las figuras generales de responsabilidad objetiva (por ejemplo, basadas en actividades o cosas riesgosas) o especiales, permitiendo ello, junto al principio de la tipicidad, el restablecimiento en el sistema el equilibrio perdido.

---

en concreto, los presupuestos que abstractamente se deben considerar en toda empresa de unificación”. “La función del derecho romano en la unificación jurídica de latinoamérica”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, núms. 89-90, enero-junio, 1973, p. 196.

<sup>1007</sup> Busnelli, *op. cit.*, p. 26.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica, 1993.
- ABUAUAD DAGACH, Ricardo, *Limitación de responsabilidad de la empresa naviera*, Santiago, Ed. Jurídica, 2007.
- 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.
- AGUIAR DIAS, José de, *Da responsabilidade civil*, 11a. ed., aumentada por Rui Berford Dias, Río de Janeiro, Renovar, 2006.
- ALBANESE, Bernardo, “Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo”, *BIDR*, núm. 70, 1967.
- ALBERTARIO, Emilio, “Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell’art. 1097 del Codice Civile”, *RDCom.*, núm. 21, 1923, t. I.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extra-Contractual en el derecho civil chileno*, 2a. ed., Santiago, Ediar-Conosur Ltda, 1983.
- ALPA, Guido, “Interpretazione economica del diritto (economic analysis of law)”, *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, 1980, t. IV.
- ALTERINI, Atilio, *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- AMAYA GARCÍA, Victor Manuel, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Madrid, Dykinson, 1993.
- AMUNÁTEGUI, Carlos Felipe, “La entrega noxal de sujetos in manu mancipioque”, *IURA*, Nápoles, núm. 56, 2006-2007.
- ANTEQUERA, José María, *Historia de la legislación romana*, 3 ed., Madrid, 1874.
- AQUINO, Tomás de, *Comentario a la ética a Nicómaco de Aristóteles*, 2a. ed., trad. de Ana Mallea, Pamplona, Eunsa, 2001.
- ARÀNGIO-RÙIZ, Vincenzo, “Sugli editti ‘de publicanis’ e ‘quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur’”, *Scritti di diritto romano*, Nápoles, Jovene Editore, 1974, t. II.
- , *Istituzioni di diritto romano*, 14a. ed., Nápoles, 1984 y reimp. 1991.
- , *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Nápoles, 1987.

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, trad. de María Araujo y Julián Marías, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ASPIAZU, Agustín, voz “Cuasidelito”, *Diccionario razonado del derecho civil boliviano*, concordado y anotado por Julio Calderón, La Paz, 1924.
- BALZARINI, Marco, *Cic. Pro Tullio e l'editto di Lucullo*, Studi Grosso, Turín, 1968, t. I.
- , *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padua, Cedam, 1969.
- , “Recensión Los llamados Cuasidelitos”, Giménez-Candela, *IURA*, núm. 41, 1990.
- BARBERO, Ariel Emilio, *La responsabilidad civil. Volver a los límites del código civil*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- BARRIENTOS, Marcelo, “Daños por accidente vehicular en carretera concesionada ruta 5 sur tramo Talca Chillán”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, 2008.
- BARROILHET ACEVEDO, Claudio y DÍAZ DÍAZ, Alejandro, *Derecho del transporte*, Valparaíso, Libromar, 2002, t. II.
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Ed. Jurídica, 2006.
- , “Lo público y lo privado en el derecho”, *Estudios Públicos*, núm. 81, 2001.
- BARROS ERRAZURIZ, Alfredo, *Curso de derecho civil, 2o. año, 2a. parte*, 4a. ed. corregida y aumentada, Santiago, Nascimento, 1932, vol. III.
- BEJARANO, Manuel, *Obligaciones civiles*, 3a. ed., México, 1984.
- BELLO, Andrés, *Obras completas*, Caracas, Código Civil de la República de Chile, 1981, vol. XVI.
- BELLOMO, Manlio, Voz “Dolo”, *Diritto Intermedio civil, Enciclopedia del diritto*, 1964, t. XII.
- BESALÚ PARKINSON, Aurora V. S., “La responsabilidad civil: Tendencias actuales. La experiencia argentina y su posible proyección al derecho mexicano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 91, enero-abril, 1998.
- BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, San Pablo, Francisco Alves, 1917- 1923.
- BIONDI, Biondo, “Le acciones noxale nel diritto romano classico”, *Annali del Seminario Giuridico della R. Univ. Palermo*, Palermo, núm. 10, 1925.
- , “Problemi ed ipotesi in tema di acciones noxales”, *BIDR*, núm. 36, 1928.

- BISCARDI, Arnaldo, *Imputabilità dell'atto delittuoso in diritto romano*, Apollinaris, t. LII, 1979.
- BONFANTE, Pietro *et al.*, *Digesta Iustiniani Augusti*, Milán, 1931.
- BONFIGLIO, Barbara, “Spunti di riflessione su istigazione e complicità”, *Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milán, 11-12 maggio 1995, 1998.
- BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil*, Obligaciones, 6a. ed., Buenos Aires, 1989, t. II.
- , *Manual de Derecho Civil, Obligaciones*, 13a. ed., Buenos Aires, 2008.
- BORJA, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 10a. ed., México, 1985.
- BRANCA, Giuseppe, “La struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli”, *Studi in onore E. Volterra*, Milán, Giuffrè, 1971, vol. I.
- , *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padua, Cedam, 1937.
- BRAVO JIMÉNEZ, Salvador, “La vivienda como reflejo de la sociedad urbana hispanorromana”, *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, U. de Barcelona, vol. VII, núm. 146(002), 2003.
- , “Notas sobre aculturación romana. Integración, asimilación y municipalización en Provincia Hispania Ulterior”, *Eúphoros*, núm. 4, 2002.
- BREBBIA, Roberto H., “La responsabilidad extracontractual en el proyecto de unificación del derecho privado en América Latina”, *Revista Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 10, 2000.
- BRUNS, Carlo Giorgio, *Le azioni popolari romane*, trad. al italiano de Scialoja, *Archivio Giuridico*, núm. 28, 1882.
- BURDESE, Alberto, “Recensión Los llamados Cuasidelitos”, Giménez-Candela, *SDHI*, núm. 57, 1991.
- , “Recensión Javier Paricio, Los cuasi delitos. Observaciones sobre su fundamento histórico”, *SDHI*, núm. 56, 1990.
- BUSNELLI, Francesco Donato, “Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti”, *Atti di Convegno, Modena*, 2-3 de abril de 1993, Milán, Giuffrè, 1994.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Nuevas fronteras de la responsabilidad Civil*, LL, 1975.
- 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.
- CANCELLI, Filippo, *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1964, t. XII.
- CANNATA, Augusto, *Genesis e vicende della colpa Aquiliana*, núm. 17, Labeo 1971.

- , *In tema di "Aestimatio rei" nella azione aquiliana*, SDHI, 58, 1992.
- , *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Turín, Giappichelli, 2003.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, Milán, Giuffrè, 1976.
- CARDILLI, Riccardo, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1995.
- CARVALLO SOTO, Jaime, *Derecho marítimo chileno*, Santiago, La Ley, 1994.
- CASAVOLA, Franco, *Studi sulle azioni popolari romane*, Nápoles, 1958.
- , *Novissimo digesto italiano*, Turín, 1957, reimp. 1981, t. VI.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 14a. ed., Madrid, 1988, t. IV.
- CASTRO SÁENZ, Alfonso, *El tiempo de Trebacio. Ensayo de historia jurídica*, Sevilla, 2002.
- CATALANO, Pierangelo, "Derecho romano actual, sistema jurídico y derecho latinoamericano", *Derecho e persone*, Turín, Giappichelli, 1990.
- CERAMI, Pietro, "La responsabilidad extracontractual desde la compilación de Justiniano ad Ugo Gozio", *La responsabilidad civil da atto illecito nella prospettiva storico-comparatista*, Congreso ARISTEC, octubre de 1993, Giappichelli, Turín, 1995.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de daños*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1999.
- CONSENTINO, Fabrizio, "Trasporto di merci su strada e limitazione della responsabilidad: osservazioni in chiave di analisi economica del diritto", *Il Foro Italiano*, núm. 1, 1992.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, *Derecho Marítimo*, Santiago, Conosur, 2000.
- CORBINO, Alessandro, *Il danno qualificato e la lex aquilia*, Padua, Cedam, 2008.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Ed. Jurídica, 2003.
- CORTELAZZO-ZOLLI Y ZOLLI, PAOLO, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bolonia, Zanichelli, 1998.
- CRAWFORD, Michael, *Roman Statutes*, London, 1996.
- CRIFÓ, Giuliano, "Illecito", *Novissimo digesto italiano*, Turín, 1957, reimp. 1981, t. VI.
- CURSI, María Floriana, *Tra responsabilidad per fatto altrui e logica della nossalita: il problema della cosiddetta 'exceptio noxalis'*, Scritti per Franciosi, a cura di Ippolito, Nápoles, 2007, t. I.
- CASTRO, Alfonso de, *La fuerza de la ley penal*, trad. de Laureano Sánchez, Gallego, libro I, Murcia, Publicaciones Universidad de Murcia, 1931.

- DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, 22a. ed., trad. italiana por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Boch, 1975.
- 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.
- DE MARTINO, Francesco, *Storia dei publicani e gli scritti dei giuristi*, Labeo, núm. 39, 1993.
- , “Nota sulla Lex Iulia Municipalis”, *Diritto e Società nell’antica Roma*, Roma, 1979.
- DE ROBERTIS, Francesco, “Culpa et diligentia nella compilazione giustiniana”, *Studii in onore di Emilio Betti*, vol. II, 1962.
- , “Receptum nautarum”, *Annali Fac. Giur. Univ. Bari*, num. 12, 1952.
- DE SOTO, Domingo, *De iustitia et iure*, Madrid, 1967, t. I.
- DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, 5a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, t. I.
- DE VISSCHER, Fernand, “Il sistema romano della nossalità”, *IURA*, núm. 11, 1960.
- , “Le régime romain de la noxalité”, *De la vengeance collective a la responsabilité individuelle*, Bruselas, 1947.
- DE VITTORIA, Francisco, “Relectio de iure belli o paz dinámica”, *Corpus Hispanorum de pace*, vol. VI, Madrid, 1981.
- DEROUSSIN, David, *Histoire du droit des obligations*, París, Económica, 2007.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Pamplona, Thomson Reuters, vol. V, 2011.
- y GULLON, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 6a. ed., 4 reimp., Madrid, Tecnos, 1994.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual, jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Ed. Jurídica, 1997.
- D’IPPOLITO, Federico, “Le XII Tavole: il testo e la politica”, *Storia di Roma*, Roma, t. I, 1988.
- DOMAT, Jean, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, París, 1771.
- , *Las leyes civiles en su orden natural*, Arreglada para el uso de los españoles por Vilarrubias y Sarda, Barcelona, 1844.
- DOMINGO, Rafael, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio*, Santiago de Compostela, 1995.



- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparativista”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 188, año LVIII, 1990.
- , “Los límites al principio de la reparación integral”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 15, diciembre 2010.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño”, *Estudios de Derecho Civil*, 2011, t. IV.
- DOMINICI, Aníbal, *Comentarios al código civil venezolano de 1896*, 3a. ed., Caracas, 1982, t. II.
- D’ORS, Alvaro, “Litem suam facere”, *SDHI*, num. 48, 1982.
- *et al.*, *El digesto de Justiniano*, versión castellana, Aranzadi, Pamplona, 1968.
- , *Recensión Los llamados Cuasidelitos*, Giménez-Candela, Zss, núm. 109, 1992.
- DUCCI CLARO, Carlos, *Responsabilidad civil (Extracontractual)*, Memoria de Lic., Santiago.
- EÖRSI, Gyula, “L’assicurazione di fronte all’evolversi del concetto di responsabilità”, *Revista Assicurazioni*, 1986.
- ESPINOZA PÉREZ, Carlos, “Transporte aéreo internacional de mercancías”, *Régimen de responsabilidad*, Bogotá, 1998.
- FADDA, Carlo, *L’azione popolare*, Roma, 1972.
- FENET, A., *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, reimp. ed. 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968.
- FERCIA, Riccardo, *Criteri di responsabilità del exercitor*, Turín, Giappichelli, 2002.
- , *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Milán, Cedam, 2008.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino y PARICIO SERRANO, Javier, *Fundamentos de derecho privado romano*, Madrid, 1993.
- FERRINI, Contardo, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrina*. Estratto dall’*Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, Milan 1905.
- , *Diritto penale romano, Teorie generali*, Milán, Ulrico Hoepli, 1899.
- FIORI, Roberto, *La definizione di ‘locatio conductio’*, Jovene, Napoli, 1999.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, “La responsabilidad objetiva en el derecho romano”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 6, 1974.
- FORCHIELLI, Paolo, *Responsabilità Civile*, Padua, Cedam, 1983.
- FRANCIOSI, Amalia, *Il problema delle origini del plebiscito aquilio una messa a punto in tema di datazione*, Scritti per Franciosi, a cura di Ippolito, II, Napoli, 2007.

- FRANCIULLI NETTO, Domingo *et al.* (coords.), “O novo código civil”, *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*, San Pablo, Editora Ltda, 2003.
- FUENTESECA, Pablo, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Responsabilidad, seguro y solidaridad social en la indemnización de daños*, México, UNAM, 1981.
- GALLO, Filippo, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi*, Turín, 1958.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, reimp. 1a. ed., vol. 2, 1989, t. XX.
- GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, 1897.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1952, t. IV.
- y AGUIRRE, Joaquín, *Febrero*, corregida y aumentada por Aguirre y Montalban, 4a. ed., Madrid, Imprenta Gaspar y Roig, 1852, t. V.
- GARCÍA INFANTE, Félix, *Derecho del transporte marítimo*, Ediciones universitarias de Valparaíso, 1993.
- GARCÍA, José Antonio, *La culpa lato sensu en la responsabilidad civil extracontractual*, tesis, México, Escuela Libre de Derecho, México, 1999.
- GARCÍA, Manuel, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 1982.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría general de la reparación de daños*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2003.
- GIANGRIECO PESSI, Maria Vittoria, *Ricerche sull’actio de pauperie. Dalle XII tavole ad Ulpiano*, Nápoles, Jovene, 1995.
- GIANNINI, Gennaro *et al.*, *L’assicurazione obbligatoria dei veicoli e dei natanti*, Milán, Giuffrè, 1988.
- y POGLIANI, Mario, *Il danno da illecito civile*, Milán, Giuffrè, 1997.
- GILBERTI, Giuseppe, *Servi della terra. Ricerche per una storia del colonato*, Turín, 1999.
- GIMÉNEZ-CANDELA, María Teresa, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, Trivium, 1990.
- , *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, Eunasa, 1981.
- , “Una perspectiva histórica de la responsabilidad objetiva”, *Roma e America, Diritto Romano Comune*, núm. 8, 1999.
- GIOFREDI, Carlo, *I principi del diritto penale romano*, Turín, 1970.
- GLÜCK, Federico, *Commentario alle pandette*, trad. De Pranzataro, Milán, Libreria, 1905, t. IX.

- GOLDENBERG, Isidoro, “Análisis del proyecto de código civil de 1998”, *Temas de derecho privado*, Ciclo de mesas redondas desarrollado durante 1999 en homenaje al profesor doctor Marco Aurelio Risolía, Buenos Aires, Facultad de Derecho de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la capital federal, 2000, t. XII.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade civil*, 6a. ed., Sariva, 1995.
- GROCIO, Hugo, “De iure belli ac pacis”, *The Classics of International Law*, James Brown (ed.), vol. I, Carnegie Institution of Washington, 1913.
- GROSSO, Giuseppe, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5a. ed., Turín, 1965.
- GUARINO, Antonio, *L’editto edilizio e il diritto onorario*, Nápoles, labeo núm. 1, 1955.
- , *Ancora sull’editto edilizio*, Nápoles, labeo 2, 1956.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, 4a. ed., Madrid, 1995.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla periculum est emptoris”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, 1997.
- , *Derecho privado romano*, Santiago, Ed. Jurídica, 1996.
- , *La codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, Jurídica, siglos XIX y XX, 2000.
- , “El significado histórico de las expresiones “equidad natural” y “principios de equidad” en el derecho chileno”, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad Católica de Valparaíso, núms. 18-19, 1981.
- , “La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, núms. 89-90, enero-junio, 1973.
- HANANÍAS Castillo, Rodrigo, *La Responsabilidad civil en el Transporte Aéreo de Mercancías*, Santiago, La Ley, 2003.
- HAYMANN, Franz, “Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht”, *ZSS*, núm. 42, 1921.
- HEINECCIO, Johanes, *Elementos de Derecho romano*, 3a. ed., trad. de Eusebio Aguado, Madrid, 1836.
- , *Recitaciones del derecho civil según el orden de la instituta*, trad. de Luis Collantes y Bustamante, Madrid, 1835, t. III.
- HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad de Externado, 1998.

- HONORÉ, Anthony, "Responsibility and luck, the moral basis of strict liability", *Law Quarterly Review*, vol. 104, octubre, 1988.
- , "La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas", *Revista Jurídica*, Universidad de Palermo, núm. 1, 2009, t. X.
- HOPKINS, Keith, *Conquistatori e schiavi. Sociologia dell'impero romano*, Turín, 1984.
- HULOT, Henri *et al.*, *Corps de droit civil romain*, en latín y francés, reimp., 1979.
- IMPALLOMENI, Giambattista, *L'Editto degli Edili Curuli*, Padua, 1955.
- , *Edictum aedilitium curulium, Novissimo digesto italiano*, Turín, 1957, reimp. 1981, t. VI.
- IRIGOYEN TROCONIS, Martha, *Julio Paulo sentencias a su hijo*, libro I, México, UNAM, 1995.
- JUNIOR, Humberto Theodoro, *Comentários ao novo código civil*, Río de Janeiro, Editora Forense, vol. III, 2003, t. II.
- KERR WYLIE, "Actio de pauperie, Studi in onore di Salvatore Riccobono", Palermo, dig. lib. IX, tit. I, 1936, t. IV.
- KUNKEL, Wolfgang, "Exegetische Studien zur aquilischen Haftung", *ZSS*, núm. 49, 1929.
- , *Historia del derecho romano*, 9a. ed., Barcelona, Ariel, 1999.
- LA ROSA, Franca, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milán, 1963.
- LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927.
- , "Die Formeln der actiones noxales", *ZSS*, núm. 47, 1927.
- , *Palingenesia iuris civilis*, Graz, 1960.
- LEYSSER, León, *La responsabilidad civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Trujillo, Normas legales, 2004.
- LONGO, Giannetto, *I quasi delicta*, Studi SanFilippo, vol. IV, 1983.
- , "La complicità nel diritto penale romano", *BIDR*, 61, 1958.
- LÓPEZ CABANA, Roberto, "Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización", *Revista Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 10, 2000.
- LUNA YÁÑEZ, Alberto, *Obligaciones, Curso de Derecho Civil*, La Paz, Juventud, 2009.
- LUZZATO, Giuseppe, *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1964, t. XII.
- MC CORMACK, Geoffrey, "Culpa in eligendo", *RIDA*, núm. 18, 1971.
- MAGANZANI, Lauretta, *Pubblicani e debitori d'imposta*, Turín, Giappichelli, 2002.
- MANFREDINI, Arrigo, *Istituzioni di diritto romano*, 3a. ed., Turín, 2007.
- , *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milán, 1977.

- 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.
- MARRONE, Matteo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 3a. ed., Palermo, Palumbo, 2006.
- , *Sul concorso tra azione ‘in solido’ e azione nossale: a proposito di D.9.4.4.3 (Paul. 3 Ad. Ed.)*, *Annali Palermo*, V. XLVIII, 2003.
- MARTINEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 11a. ed., México, Porrúa, 2008.
- MARTINEZ RAVE, Gilberto, *Responsabilidad civil extracontractual*, 10a. ed., Santa Fe de Bogota, Temis, 1998.
- MARONGIU, Antonio, Voz “Dolo” y “Derecho penal intermedio”, *Enciclopedia del diritto*, 1964, t. XII.
- MAZEAUD, Henri y Léon, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 5a. ed., Buenos Aires, complementado por André Tunc, 1977.
- MEDINA, Corrado, “In difesa della limitazione della responsabilità”, *Atti di Convegno Modena*, 2-3 aprile 1993, Milán, Giuffrè, 1994.
- MELICH ORSINI, José, *La responsabilidad civil por los hechos ilícitos*, Caracas, 1994.
- MENEZES DIREITO, Carlos Alberto y CAVALIERI FILHO, Sérgio, “Comentarios ao novo código civil”, *Da responsabilidade Civil. Das Preferências e Privilégios Creditórios*, vol. XIII, Río de Janeiro, 2004.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración, Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002.
- MOLINA, Luis, *De los seis libros de la justicia y el derecho*, trad. al español, t. II, vol. I, Madrid, 1943.
- MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, Berolini, 1870, t. I.
- MONTELLANO, Julián, *Las obligaciones en el derecho civil boliviano*, 3a. ed., La Paz, 1930.
- MORABITO, Marcel, “Esclaves et enseignement du droit: les Institutes de Gaius”, *Index*, núm. 15, 1987.
- MOREL, Juan, *La responsabilidad civil en República Dominicana*, 2a. ed., revisada y ampliada por Hernández, Gloria María, Santo Domingo, Dolis, 2004.
- OJEDA, Nancy de la Caridad y DELGADO Teresa, *Teoría general de las obligaciones: comentarios al código civil cubano*, La Habana, Ed. Félix Varela, 2005.

- ONIDA, Pietro Paolo, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Turín, 2002.
- , “El guinzaglio e la museruola: animali, umani e non, alle origini di un obbligo”, *Rivista Internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, *Diritto@Storia*, núm. 3, 2004.
- ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible* (actos ilícitos), 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1967.
- ORTEGA CARRILLO, Antonio, *De los delitos y las sanciones en la ley de las XII Tablas*, Málaga, 1988.
- PACHECO, Joaquín Francisco, *El código Penal concordado y comentado*, 2a. ed., Madrid, Perinat, 1856, t. I.
- PAMPALONI, Muzio, *Studi sopra il delitto di furto*, Turín, 1900.
- PANGRAZIO, Miguel Ángel, *Código civil paraguayo, comentado*, Asunción, 1998.
- PARICIO SERRANO, Javier, *Los Cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid, 1987.
- , *Estudio sobre las “acciones in bonum et aequum conceptae”*, Milán, 1986.
- , *Recensión Estudio sobre el Edictum de Feris*, Rodríguez-Ennes, Seminarios Complutenses, Suplementos 1992 y 1993.
- , “Notas sobre el edictum de sumptibus funerum”, *Studi Senesi*, núm. 97, 1985.
- PELLEGRINO, Francesca, *Studio sulla limitazione del debito del vettore terrestre di merci*, Mesina, 1994.
- PÉREZ VARGAS, Víctor, *Derecho privado*, 3a. ed., San José, 1994.
- PERNICE, Alfred, *Labeo, römisches privatrecht im ersten jahrhundert der kaiserzeit*, Halle, Max Niemeyer, vol. 23, 1963.
- , *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach Römischem Recht*, Weimar, 1867.
- PEZZANA, Aldo, “Recesione a Impallomeni y a Volterra”, *IURA*, núm. 7, 1956.
- PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, Contractual y extracontractual, Parte General*, Buenos Aires, La Ley, 2006, reimp. 2007.
- , “Análisis del proyecto de código civil de 1998”, *Temas de derecho privado, Ciclo de mesas redondas desarrollado durante 1999 en homenaje al profesor doctor Marco Aurelio Risolia*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la capital federal, 2000.
- PONTES DE MIRANDA *Tratado de direito privado*, 3a. ed., San Pablo, 1984.

- PONZANELLI, Giulio, “Limitazione di responsabilità, analisi económica del diritto e giudizio di costituzionalità”, *Foro Italiano*, vol. I, 1992.
- POTHIER, Robert Joseph, *Pandette di Giustiniano*, versión italiana, a cura Antonio Bazzarini, Venezia, 1833.
- , *Tratado de las obligaciones*, Barcelona, Librería de Álvaro Verdaguer, 1878.
- , *Tratado de las obligaciones*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.
- PROVERA, *Actio de effusis et deiectisk*, *Novissimo digesto italiano*, Turín, 1957, reimp. 1981.
- PUFENDORF, *De jure naturae et Gentium*, l. III, 1, § 6., *Of the law of nature and nations*, trad. al inglés Basil Kennett, 4a. ed., Londres, Wilkin, 1729.
- PUGLIATTI, Salvatore, *La limitazione della responsabilità civile*, *Responsabilità Civile*, Milán, Giuffrè, 1968.
- PUGLIESE, Giovanni, *Il Processo civile romano, Il proceso formulare*, Milán, Giuffrè, 1963, t. 1.
- QUEZADA, Gustavo, *Historia legislativa y fuentes de las normas del título XXXV del libro IV del código civil chileno sobre delitos y cuasidelitos*, Valparaíso, Memoria, 1999.
- RAGONI, Fabio, “Actio legis Aquiliae, actio de pauperie, edictum de feris: responsabilidad per danno cagionato da cani”, *Rivista Internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, núm. 6, *Diritto@Storia*.
- RAMÍREZ, Carlos Aníbal, *Las modernas tendencias del derecho en materia de responsabilidad civil*, Lima, 1911.
- RASCÓN, César, y GARCÍA, José María, *Ley de las XII tablas*, Madrid, 1993.
- RASI, Pietro, “L’Actio legis Aquiliae e la responsabilidad extracontrattuale nella glossa”, *Atti del convegno internazionale di studi accursiani*, Guido Rossi (coord.), Milán, 1968, t. II.
- RAY, José Domingo, *Derecho de la navegación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, t. I.
- RIVERO SANCHEZ, Juan Marco, *Responsabilidad Civil*, 2a. ed., San José, Diké, 2001.
- ROBBE, Ubaldo, “La actio de pauperie”, *RISG*, núm. 7, 1932.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, José Luis, “Responsabilidad del naviero y su limitación. Cuestiones Actuales”, *II Jornadas de Derecho Marítimo*, San Sebastián, 1994.
- RODRÍGUEZ-ENNES, Luis, *Estudio sobre el edicto edictum de feris*, Madrid, 1992.



- , “Delimitación conceptual del ilícito edilicio de feris”, *IURA*, núm. 41, 1990.
- , “Notas sobre el elemento subjetivo del *edictum de effusis vel deiectis*”, *IURA*, núm. 35, 1984.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Ed. Jurídica, 2009.
- RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, “Cuestiones entorno a la censura municipal romana”, *Gerión*, Madrid, núm. 4, Universidad Complutense, 1986.
- ROJINA, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 2a. ed., México, vol. II, 1960, t. V.
- ROMERO SANDOVAL, Raúl, *Derecho civil, según “Apuntes de derecho civil boliviano” del prof. Raúl Romero Linares*, La Paz, 1986.
- ROSSI, Debora, “In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D.9.3 5.12”, *Index*, núm. 27, 1999.
- 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.
- ROTONDI, Giovanni, “Dalla lex Aquilia al art. 1151 cod. civ.”, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milán, 1922, t. II.
- RUÍZ, Antonio, *Ley de las doce tablas*, Madrid, 1992.
- SANFILIPPO, Cesare, “Il risarcimento del danno per l’uccisione di un uomo libero nel diritto romano”, *Annali Semin*, núm. 5, Catania, 1951.
- SANPONTS Y BARBA, Ignacio *et al.*, *Las Siete Partidas del sabio Rey D. Alonso el IX*, Barcelona, 1844.
- SANTALUCIA, Bernardo, “Dalla vendetta alla pena privata”, *Storia di Roma*, Roma, 1988, t. I.
- SARGENTI, Manlio, *Contributo allo studio della responsabilità nossale in diritto romano*, Università di Pavia, 1949.
- SCHIAVONE, Aldo, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Turín, Giappichelli, 1994.
- SCHIPANI, Sandro, “Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità. Tratto da Illecito e pena privata in età repubblicana”, *Atti del Convegno Internazionale di diritto romano*, Nápoles, 4-7 de junio 1990, Capanello, 1992. También en *Materiali II, Programma ALFA-Rete Tanta*, Centro di Studi Latinoamericani-U. Tor Vergata.
- , *Responsabilità «ex lege Aquilia», criteri di imputazione e problema della “culpa”*, Turín, 1969.
- , *Il contributo dell’edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell’edictum ne quis in suggruenda ai principi della responsabilità civile dal corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, St. Gorla, 1994, t. II.

- , *Rileggere i Digesti: contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Holger Altmeppen, Ingo Reichard, Martin Schermaier, Festschrift für Rolf Knütel, zum 70. Geburtstag, Heidelberg.
- , “Rileggere i Digesta. Eucleare i principii. Proporli”, *Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano, Turín, 12 de octubre de 2007*, Andrea Triscioglio, Nápoles, 2009.
- , “Análisis de la culpa en las instituciones de justiniano 4.3, Materia II”, *Programa ALFA-Rede Tanta*, Centro di Studi Latinoamericani-U. Tor Vergata; y en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, *Homenaje a Alterini*, Buenos Aires, 1997.
- , *Iustiniani augusti digesta seu pandectae*, testo e traduzione, Milán, Giuffrè, 2005.
- , “Riconoscimento del sistema, interpretazione sistemática, armonizzazione e unificazione del diritto”, *Roma e America, Diritto Romano Comune*, núm. 24, 2007.
- (coord.), *Código civil de la República Argentina*, trad. de Ildelfonso García del Corral y Dalmacio Vélez Sársfield, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- , “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, núms. 12 y 13, 2007.
- SEGRÉ, Gino, “Sull’opera scientifica di Giuseppe Unger”, *RDC*, 1914.
- SERRAO, Feliciano, “Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale”, *Forme giuridiche di un’economia-mondo*, Pacinieditore, 1989.
- , “Appunti sulle acciones familiae nomine”, *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Madrid, 7-10 de octubre de 1993, Turín, 1995.
- , “La Responsabilità per fatto altrui in diritto romano”, *BIDR*, vol. LXVI della Collezione, Milán, 1964, t. V.
- , *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, *BIDR*, núm. 73, 1970.
- SILVA ALONSO, Ramón, *Derecho de las obligaciones en el código civil paraguayo*, Asunción, Intercontinental, 2000.
- SOLAZZI, Siro, *Studi sulla tutela*, Modena, Facoltà di Giurisprudenza di Modena, núm. 9, 1925.
- , “Capacità del filius familias di stare in giudizio”, *BIDR*, núm. 11, 1898.
- SPRUIT, J. E. *et al.*, *Corpus iuris civilis*, 1994.

- STEIN, Peter, “The Nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law”, *RIDA*, núm. 5, 1968.
- STOCO, Rui, *Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial*, 3a. ed., San Pablo, 1997.
- STOLFI, Emanuele, “Studi sui libri ad edictum di Pomponio”, *Collana della Rivista di diritto romano*, 2001, t. II.
- SUÁREZ, Pablo, “Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual”, *Revista Jurídica*, Universidad de Palermo, núm. 1, 2009.
- TALAMANCA, Mario, “Recensión los llamados cuasidelitos, Giménez-Candela”, *BIDR*, vol. 94 Y 95.
- , *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1964, t. IX.
- , *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, 1990.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier, *De la responsabilidad civil*, Santa FE, Temis, 1999.
- TAPIA, Mauricio, *Código Civil, 1855-2005, evolución y perspectivas*, Santiago, 2005.
- TILLI, Giuseppe, “Dominus sciens e servus agens”, *Rassegna di diritto romano*, *Labeo* 23, 1977.
- TRIGO REPRESAS, Felix y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán, Giuffrè, 1961.
- TUNC, André, *La responsabilité civile*, París, 1981.
- VALDITARA, Giuseppe, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milán, Giuffrè, 1992.
- , *Damnum iniuria datum*, 2a. ed., Turín, Giappichelli, 2005.
- VALIÑO, Emilio, *Acciones útiles*, Pamplona, Navarra, 1974.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “Los sistemas de responsabilidad extracontractual y la codificación civil peruana”, *Negocio jurídico y responsabilidad civil, estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada*, Córdoba, Grijley, 2004.
- VIDARI, Ercole, *Corso di diritto commerciale*, Milán, vol. 3, Hoelpli, 1892.
- VIGNALI, Giovanni, *Corpo del diritto*, Nápoles, Achille Morelli editori, 1857.
- VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro, “Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura”, *Revista dos Tribunais*, San Pablo, num. 698, noviembre, 1993.
- , *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, 11a. ed., 2008.
- VOCI, Pasquale, “‘Diligentia’, ‘custodia’, ‘culpa’. I dati fondamentali”, *SDHI*, Roma, núm. 56, núm. 5, 1990.

- , *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, 1939.
- , “Note sulle azioni pretorie contro i publicani”, *SDHI*, núm. 60, 1994.
- VOLTERRA, Edoardo, “Intorno all’editto degli edili curuli”, *Scritti della Facoltà giuridica di Bologna in onore di U. Borsi*, 1955.
- , “Ancora sull’editto degli edili curuli”, *IURA*, núm. 7, 1956.
- WALLINGA, Tammo, “Effusa vel Deiecta en Roma y Glasgow”, *De Roma al derecho moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Alfonso Murrillo Villar Burgos (coord.), 2001.
- WATSON, Tammo, *The Digest of Justinian*, trad. al inglés, de Mommsen-Kruger, Philadelphia, vol. 1, 1985.
- WATSON, Alan, “The original meaning of pauperize”, *RIDA*, núm. 17, 1970.
- WEINRIB, Ernest J, *The idea of private law*, Londres, Harvard University press, 1995.
- WOLFGANG, *Historia del derecho romano*, 4a. ed., Barcelona, 1999.
- ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1993.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños, presupuestos y funciones del derecho de daños*, Hammurabi, 1999, t. IV.

*Los límites de la responsabilidad objetiva*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 26 de julio de 2016 en los talleres de MGM, Consultoría Gráfica, S. A. de C. V., Fuentes brotantes 43, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03570 Ciudad de México, tel. 5243 9110 Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 cm. de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 100 ejemplares (impresión digital).