

“EL DEBER” DE DILIGENCIA CONSIGO MISMO SEGÚN LAS FUENTES ROMANAS

Lilian C. SAN MARTÍN NEIRA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La diligencia como valor en el mundo romano.* III. *El “deber” de diligencia consigo mismo.* IV. *Más que “deber” cabe hablar de “carga” de diligencia consigo mismo: distinción entre carga y deber con base en los postulados del derecho moderno.* V. *La diligencia del bonus, prudens pater familias como paradigma de la diligencia consigo mismo.* VI. *La ‘Neglegentia’ constituye culpa. ‘Culpa sua’ como reproche a la conducta de la víctima. D.50,17,203.* VII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Entre las múltiples herencias dejadas por los juristas romanos está la idea de responsabilidad, esto es, el hecho de que cuando alguien ocasiona culpablemente un daño a otro está obligado a indemnizarlo.¹ Esta idea, resumida en el adagio romano *neminem leadere*, encuentra algunas limitaciones, especialmente cuando el daño no proviene *íntegramente* de la actividad culpable ajena, sino también de la propia víctima. En estos casos, la víctima no tiene derecho a ser indemnizada,

Profesora Universidad Alberto Hurtado, Chile. Doctor en Sistema Giuridico Romanista, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Iniciación N° 11140246, del cual la autora es investigadora responsable.

¹ Se alude a la idea de responsabilidad, sin perjuicio de que el vocablo responsabilidad no se encuentre presente en las fuentes romanas y haya surgido recién en el s. XVIII. *Vid* Schipani, Sandro, “Seche sull’origine del termine “responsabilità”, ahora en Sandro Schipani, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, Giappichelli, pp. 1-28; De Ángel Yagüez, Ricardo, “Sobre las palabras “responder”, “responsable” y “responsabilidad”, en Antonio Cabanillas Sánchez *et al.*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 1323-1351.

es decir, carece de la posibilidad de traspasar (cuando menos no íntegramente) el costo del daño sufrido a un tercero. De esto existen diversos testimonios en las fuentes romanas.² Según evidencian tales fuentes, los juristas romanos privaban de indemnización a la víctima de un daño, incluso cuando esta no había intervenido materialmente en su producción, sino que no había adoptado medidas tendientes a evitar la propagación de un daño inicialmente ocasionado por otro, el ejemplo más claro de esta afirmación se encuentra en D.9,2,30,4:

Paul. 22 ad ed. *Si vulneratus fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.*

Si un esclavo hubiere sido herido no mortalmente, pero hubiere perecido por negligencia, habrá acción por haber sido herido, no por haber sido muerto.

Este pasaje, que explicita el pensamiento previamente formulado por Alfenos en D.9,2,52 pr., al afirmar que no hay lugar a reclamar por la muerte, sino sólo por las heridas, lo que hace es considerar causante de la muerte no a quien ha herido, sino al dueño que no ha cuidado las heridas. De esta manera, se configura en Roma lo que modernamente se conoce como “deber de evitar o mitigar el daño”, usualmente asociado a la tradición del *Common Law*.

El problema que presenta la solución esbozada es el siguiente: el no cuidar las heridas del propio esclavo comporta una omisión, por tanto, para que el dueño pueda ser considerado “causante” es necesario que exista a su respecto un “deber” de cuidar tales heridas, en otras palabras exige la existencia de un deber de ser diligente en el cuidado de los asuntos propios. La pregunta entonces es ¿en qué consiste y dónde emana este deber? Esta es la pregunta que se aborda en el presente trabajo, el cual analiza la fuente y la naturaleza jurídica del deber de diligencia consigo mismo, presente en las fuentes romanas, y de cuya inobservancia se sigue la privación de la indemnización en los términos antes reseñados.

Cabe destacar que la respuesta a esta pregunta tiene gran relevancia práctica para el derecho moderno, pues ella permite sentar las bases romanistas del deber de evitar el daño en la actualidad, admitiéndolo como una institución propia del sistema e insertándolo en el esquema moderno de responsabilidad civil, sin la necesidad de tratarlo como una simple importación desde otra tradición jurídica.

² Sobre el alcance de esta afirmación *vid* San Martín Neira, Lilian C., “La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz de algunas fuentes romanas”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 27, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 35-67. Disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3883/4177>, accedido 12/01/2016.

II. LA DILIGENCIA COMO VALOR EN EL MUNDO ROMANO

Apoyándonos en la doctrina civil,

podemos definir la diligencia como: “adecuado empleo de las energías y de los medios útiles a la realización de un determinado fin”.³ Según los diversos fines a que se dirija el esfuerzo en que se identifica, la diligencia puede exigir la aplicación de facultades volitivas, el recurrir a instrumentos materiales idóneos, la observancia de principios técnicos y de preceptos jurídicos.⁴

Así descrita, la diligencia era conocida también por los romanos, quienes hablaban de ella en los diversos ámbitos de la vida romana, jurídica y no jurídica.⁵

La mayor confirmación de esa aseveración la encontramos en las palabras de Cicerón, quien exalta la *diligentia* al ponerla como uno de los principales elementos que constituyen la oratoria. En efecto, Cicerón sostiene que los elementos que constituyen la oratoria son el ingenio, la diligencia y el arte. De ellos, aclara, el primero de todos es el ingenio, pero igualmente importante es la diligencia, pues “ésta puede llevar a revelar el ingenio, ya que tiene un enorme peso, sea en la defensa de las causas, que *en todas las demás cosas*”. Por esta razón, Cicerón exalta la diligencia, sosteniendo que el orador debe

cultivarla con todo su empeño y hacer continuo uso de ella, porque no hay nada que ella no pueda conseguir (...) en realidad, entre el ingenio y la diligencia, queda poco espacio para el arte. El arte muestra sólo dónde tú debes buscar y donde está el motivo del interés. Todo el resto es obra del ‘celo’, del ‘interés’, de la ‘reflexión’, de la ‘vigilancia’, de la ‘constancia’, de la

³ En la *Enciclopedia Jurídica Omeba* se atribuyen tres significados jurídicos al vocablo ‘diligencia’, a saber: a) diligencia en el cuidado, actividad y prontitud con que se realiza un acto al que se está jurídicamente obligado, b) toda actuación que realizan el juez, sus auxiliares o comisionados y las partes interesadas dentro de un proceso judicial o con relación a éste, c) toda tramitación que efectúan los funcionarios públicos en ejercicio de sus respectivas funciones y toda actividad que realizan los particulares ante las dependencias del Estado u oficiales públicos. Cfr. Smith, Juan Carlos, s.v. “Diligencia”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VIII, p. 847.

⁴ Cfr. Bianca, C. Massimo, “Negligenza”, *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, p. 191; D’Amico, Giovanni, “Negligenza”, *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. XII, p. 25.

⁵ Para los diversos usos de *diligentia* véase Forcellini, Aegidio, *Lexicon totius latinitatis*, Arnaldus Forni, Bononiae, 1965, t. II, p. 133; Voci, Pasquale, “‘Diligentia’, ‘custodia’, ‘culpa’”, *Studia et Documenta Historiae Iuris*, núm. 46, 1990, pp. 33 y ss.

‘fatiga’, o sea, de la diligencia, para usar una sola palabra que contiene en sí todos los demás valores.⁶

Esta amplia y variada gama de acepciones —todas tendientes a expresar el escrupuloso y atento actuar, sin dejar de redundar en el sentido de devoción respecto a la cosa a la cual la atención va dirigida— dependían de su etimología genérica y comprensiva de ‘elección’, ‘discernimiento’, de ‘dis’ y ‘lego’: que quiere decir elección con discernimiento de la actitud síquico-volitiva, a fin de llegar a buen término con la propia conducta, opera y acción.⁷

De las palabras de Cicerón, así como de las fuentes jurídicas —a las que haremos referencia en las páginas siguientes—, se desprende que en los orígenes la *diligentia* era una institución de la moral tradicional aristocrática, la misma moral que dio vida a la figura del *bonus vir*, así como exigía la *fides*, incluso antes que pasara a ser *bona fides*.⁸ *Diligentia* y *fides* correspondían a un “mundo de ideas ligadas entre ellas: instancias válidas para los *viri boni*, quienes querían elevar a su altura a los hombres comunes”.⁹ Era, por tanto, un valor conforme al cual debía comportarse en todo momento el *bonus vir*, tanto en la conducción de los asuntos ajenos, como propios.¹⁰ A este último aspecto me referiré en seguida.

III. EL “DEBER” DE DILIGENCIA CONSIGO MISMO

En el ámbito jurídico,¹¹ tanto en el lenguaje técnico de los jurisconsultos, como en aquel de los escritores literarios, la expresión *diligentia* fue empleada

⁶ Véase Cic. *De or.* 2.147-150, *Opere retoriche di M. Tullio Cicerone*, vol. I, *De oratore, Brutus, Orator*, trad. italiana al cuidado de Giuseppe Norcio, reimpresión de la 1ª ed. de 1976, Torino, UTET, 2000, pp. 319-321.

⁷ Cancelli, Filippo, s.v. “Diligenza (diritto romano)”, *Enciclopedia del Diritto* (ED), Milano, Giuffrè, 1964, vol. XII, p. 517; véase también Lega, Carlo, *L’obbligo di diligenza del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1961, *passim*.

⁸ Lombardi, Luigi, *Dalla “fides” alla “bona fides”*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 183.

⁹ *Cfr.* Voci, Pasquale, *op. cit.*, n. 5, p. 36.

¹⁰ Prácticamente toda la bibliografía dedicada a diligencia se refiere a la diligencia en los asuntos ajenos y su relación con la culpa. Pocos son los autores que se refieren a la diligencia consigo mismo, los cuales citamos en el párrafo siguiente.

¹¹ De *diligentia* hablan las fuentes jurídicas republicanas y es posible remontarse, con probabilidad, a Quinto Mucio Scevola y a Servio Sulpicio Rufo. *Cfr.* Voci, Pasquale, *op. cit.*, n. 5, p. 36. Véanse D.13,6,5,2; D.18,6,12.

principalmente para designar la cuidadosa, atenta y previsora conducta de quien gestiona intereses ajenos y de quien debe cumplir una obligación.¹² Así, en su acepción de atento y escrupuloso cuidado, la *diligentia* está relacionada con el *officium*, ‘deber de hacer algo’, tanto en un sentido genérico, como restringido a la misión de gestión social de la cual alguien es encargado.¹³ Empero, por ser un valor, la diligencia no era vista sólo como un deber para con lo demás, sino también para consigo mismo, en este sentido podemos ver lo que dice Calístrato en D.26,7,33 pr.:

Call. 1. 4 *de cognitionibus. A tutoribus et curatoribus eadem diligentia exigenda este circa administrationem rerum pupillarum quam pater familias rebus suis ex bona fide praebere debet.*

A los tutores y a los curadores de los pupilos se les ha de exigir en la administración de los bienes pupilares la misma diligencia que un padre de familia debe poner de buena fe en sus propias cosas.

De este pasaje, observa Fadda, aquello que en realidad maravilla es la circunstancia que habla de deber (*debet*) de frente a sí mismo. Para este autor se trataría de una contradicción, pues, afirma, claramente nadie puede estar obligado consigo mismo. En todo caso, agrega, esta “imprecisa expresión” se explica sin dificultad: por un lado, el jurista pensaba a la diligencia que el buen padre de familia usa en las cosas propias, por otro, tenía en mente que el padre de familia al entrar en ciertas relaciones con otros estaba obligado a utilizar, de frente a los demás interesados, aquella misma diligencia. Fue la confusión de los dos puntos de vista la que llevó a hablar del deber de comportamiento del padre de familia hacia sí mismo.¹⁴

Sin embargo, resulta legítimo preguntarse, ¿se trató efectivamente de una confusión, o en realidad el autor quería referirse precisamente a la diligencia que el padre de familia ‘debía’ prestar en sus cosas? A nuestro juicio,

¹² Voci nos dice que el paso de la ética social al derecho se produjo, por un lado con el reconocimiento de los *iudicia bonae fidei* y, por otro, con la inserción de las cláusulas de dolo y de *arbitratus boni viri*, en las estipulaciones pretorias. Véase Voci, Pasquale, *op. cit.* nota 5, p. 36. Véanse D.13,6,5,2; D.18,6,12. Por su parte De Robertis afirma que la *diligentia* habría surgido como criterio para determinar la responsabilidad del deudor. De Robertis, Francesco Maria, “*Culpa et diligentia*” nella compilazione giustiniana”, *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano Giuffrè, 1962, vol. 2, p. 361.

¹³ Cancelli, Filippo, *op. cit.*, nota 7, p. 518.

¹⁴ *Cfr.* Fadda, Carlo, “Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa”, *Labeo*, núm.14, 1968, p. 87.

el autor no estaba confundido, sino que dijo precisamente lo que quería decir, en este sentido señala Iglesias:

rara vez se habla de una manera de ‘deber’ que afecta, por modo fundamental, a un individuo, y cuya vulneración perjudica a éste antes que a nadie. El deber de ser diligente consigo mismo, con sus propios negocios o asuntos. No se trata de un deber con pura sede moral, de un deber recoleto u oscuro, con asiento en el mínimo anonimato de cada persona. Sino de un deber apremiado por lo circunstante de la ley o por la ley misma. En la vieja Roma se advierte como el plenario ambiente de ésta viene saturado por el *officium*, por el ‘deber de hacer algo’ y, precisamente, diligencia. Respecto de los demás, mas también, respecto de sí mismo. En Roma se quiere que todo sea un puro ‘hacer’, un *agere*, y de todo punto diligente. Si el derecho subjetivo —léase ‘poder’— se otorga para su ejercicio, el silencio importa admisión conducente a su pérdida.¹⁵

Luego, este mismo autor procede a dar una serie de ejemplos “de quienes, afectos a tal prescripción, deben culparse a sí mismos por su falta de diligencia”:¹⁶ a) Los banqueros tienen como principal deber el de confeccionar diligentemente las cuentas de sus negocios. Culpa de ellos es proceder contra lo que ordena tal deber, D.2,13,10,1; D.2,13,10,3; b) El que fue crédulo, debe sufrir las consecuencias, D.2,10,1,2; c) El que busca un socio poco diligente, debe culparse a sí mismo, D.17,2,72; I.3,25,9; d) El deponente no debe poner la cosa en manos de un amigo negligente, D.44,7,1,5, I.3,14,3; e) El barbero peca de negligente si coloca la silla en sitio peligroso, D.9,2,1 l pr.; f) El que compra vino que luego se corrompe, antes de la entrega, debe culparse a sí mismo, tanto por no haberlo degustado, cuanto por haberlo hecho de modo insuficiente, D.18,6,16(15); g) El poseedor de mala fe debe pechar con las consecuencias de haber hecho gastos necesarios o útiles en cosa ajena, D.4,8,27,2.

En ese mismo sentido ha dicho Betti que el derecho (romano y actual) hace un llamado a proteger el propio interés a fin de procurar un ejercicio vigilante y sagaz de la autonomía privada. Asimismo, por ser libre, a la iniciativa privada se adosa el riesgo de su uso perezoso o incauto, riesgo que el ordenamiento coloca a cargo de la parte inerte o descuidada, cuya iniciativa se esperaba.¹⁷

¹⁵ Cfr. Iglesias, Juan, “Religion de la ‘diligentia’”, *Labeo*, núm. 37, 1991, p. 94.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 94 y ss.

¹⁷ Véase Betti, Emilio, *Diritto romano*, Padova, CEDAM, 1935, vol. I, pp. 410 y ss.

IV. MÁS QUE “DEBER” CABE HABLAR DE “CARGA” DE DILIGENCIA CONSIGO MISMO: DISTINCIÓN ENTRE CARGA Y DEBER CON BASE EN LOS POSTULADOS DEL DERECHO MODERNO

Según los autores citados recientemente, es perfectamente posible aceptar la existencia de un deber jurídico de diligencia para consigo mismo. Así lo demuestran los numerosos pasajes citados por la doctrina. Con todo, dado que la expresión *deber* tiene una específica connotación, vale la pena preguntarse sobre la naturaleza jurídica de este deber y sus consecuencias, pues en estricto rigor no cabe hablar de un “deber consigo mismo” y más bien pareciera que se trata de una “carga”. En tal sentido sostiene Voci que en el mundo romano la *diligentia* era entendida tanto como un deber que como una carga.¹⁸

Decir que la diligencia era entendida como un deber y como una carga supone poder distinguir entre uno y otro concepto, o sea, que de frente a una norma que imponga actuar diligentemente, podemos determinar si se trata de un deber o de una carga y establecer las consecuencias. Por tal razón, a continuación hacemos una breve reseña sobre el paralelo entre ‘deber’ y ‘carga’, en base a las propuestas de la doctrina moderna, toda vez que los juristas romanos no elaboraron teóricamente esta distinción, aunque sí reconocieron sus consecuencias prácticas.

En lo que atañe a los deberes, la doctrina más autorizada sostiene que la existencia de un deber jurídico no es otra cosa que la validez de una norma jurídica, que haga depender una sanción del comportamiento (acción u omisión) opuesto a aquel que constituye el deber jurídico. El deber jurídico no es nada diverso de la norma jurídica. Es simplemente la norma jurídica en su relación con el individuo, a cuyo comportamiento la norma conecta una sanción. Contenido del deber jurídico es el comportamiento opuesto (contrario) al comportamiento que, en cuanto ilícito, es la condición de la sanción. El deber jurídico es el deber de abstenerse del ilícito. Es el deber del sujeto de obedecer la norma jurídica.¹⁹ En consecuencia, es posible definir el deber como la “posición (pasiva) del sujeto frente al ordenamiento, por efecto del cual él viene estar en la necesidad de un comportamiento (activo

¹⁸ Cfr. Voci, Pasquale, *op. cit.*, nota 5, p. 36. Este autor da como ejemplos de la ‘carga de diligencia’, entre otros, los siguientes pasajes: D.16,1,17 pr.; D.22,6,9,2.

¹⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y dello stato*, 6ª ed., trad. italiana de Sergio Cotta y Giuseppino Treves 1994, reimpresión, Milano, ETAS, 2000, p. 59. En el mismo sentido véanse: Von Tuhr, Andreas, *Parte general del derecho civil*, trad. castellana de Wenceslao Roces, San José de Costa Rica, Ediciones Juricentro, 1977, p. 19; Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, pp. 406 y ss.

o pasivo) que adquiere relevancia jurídica prescindiendo de cualquier consideración de su voluntad (*necessitas agendi*)”.²⁰ Precizando aún más la noción, se ha agregado que el término deber asume para el derecho un significado propio a través de la sanción que va implícita en el concepto.

De lo dicho se desprende que los elementos constitutivos del ‘deber’ son tres: a) la limitación de la libertad del sujeto; b) el contenido sustancial del deber, es decir, el comportamiento debido en su objetividad y en su función de satisfacción del interés jurídico prevaleciente de otro sujeto o de la sociedad; c) la sanción puesta como garantía del deber jurídico y, por tanto, el estado de responsabilidad del sujeto de frente al ordenamiento jurídico.²¹

A fin de confrontar los conceptos de deber y carga, la doctrina enseña que debemos concentrarnos en la sanción. Ésta se define como “la consecuencia que el derecho conecta a la violación de un precepto establecido para tutelar determinados intereses, confiriendo al ofendido el poder de obtener la reparación o la represión y poniendo al culpable en la necesidad de sufrir un perjuicio correspondiente”.²² Desde el punto de vista del sujeto que viola la norma, la sanción se traduce en responsabilidad,²³ que se define como “la posición en que se encuentra una persona creada por la necesidad jurídica de sufrir la pérdida de un bien a título de reparación o de pena, en razón de un ilícito puesto a su cargo”.²⁴ Siguiendo esta línea de pensamiento, es posible distinguir entre la sanción penal y civil, en el primer caso la sanción es justamente la pena, en el segundo, se traduce en el resarcimiento de los perjuicios causados.²⁵

Lo dicho hasta aquí se refiere a la violación de un deber propiamente tal, veamos ahora la ‘carga’. Éste término corresponde en español al concepto

²⁰ Cfr. Palermo, Antonio, s.v. “Obbligo giuridico”, *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, p. 704.

²¹ *Idem*.

²² Cfr. Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 412.

²³ Cfr. Alessandri, Arturo, *et al.*, *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, 7ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 301.

²⁴ Cfr. Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 413.

²⁵ Cfr. Alessandri, Arturo, *op. cit.* nota 23, p. 161; Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 431. Este último autor habla del derecho romano, por lo tanto, al interior de la sanción civil él distingue entre la sanción dirigida al resarcimiento y aquella dirigida a la imposición de una *poena*. En todo caso, tal división ha sido superada en el sistema romanista moderno, pues, sin perjuicio de las opiniones disidentes, en la jurisprudencia no se aceptan los llamados ‘daños punitivos’.

de ‘*onere*’ en italiano,²⁶ a su vez, este último proviene del latín *onus*,²⁷ que se ha conservado en el idioma portugués con la misma grafía: ‘*onus*’,²⁸ y que se ha generalizado en derecho procesal con la clásica locución ‘*onus probandi*’, literalmente: ‘carga de la prueba’.²⁹ En efecto, el delineamiento preciso del concepto de carga por parte de la ciencia jurídica se debe especialmente a los estudiosos del derecho procesal civil.³⁰ Ha sido en esta disciplina que la doctrina ha puesto en evidencia la diferencia que corre entre ‘deber’ y ‘carga’, sosteniendo que mientras al primer concepto corresponden las nociones de ‘acto debido’ y ‘acto ilícito’, estos son ajenos al concepto de carga, de manera que la base para distinguir entre ‘deber’ y ‘carga’ sería determinar si la contravención de la norma que impone la conducta puede o no definirse como ‘acto ilícito’.³¹ En este sentido, nos dice Betti, habría que distinguir entre el hecho ‘ilícito’ y aquel simplemente ‘ilegal’, donde éste equivale a un hecho desprovisto de los requisitos establecidos en la ley y que, si bien no es reprochable en sí mismo, o sea, pudiéndose ejecutar impunemente, no es idóneo, por esa sola razón, para reclamar la protección legal.³²

Contrariamente a lo que ocurre con los deberes, la licitud de la conducta contraria a la carga es una característica fundamental de la misma. Sin embargo, no es suficiente para distinguir entre carga y deber, para ello debemos poner el acento en el “interés que se pretende regular”.³³ Cuando se trata de un deber la norma jurídica mira al interés de un sujeto diverso de aquel a quien ella va dirigida; en cambio, cuando se trata de una carga,

²⁶ Cfr. Carbonell, Sebastián, *Dizionario fraseologico completo Italiano-Sapgnolo e Spagnolo-Italiano*, parte Italiana-Spagnola, Milano, Hoelpi, 1986, p. 438; *Vocabolario della lingua italiana*, Roma, 1987, vol. III, p. 523.

²⁷ Cfr. Cortelazzo, Manli y Zolli, Paolo, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, reimprección de la 1ª ed. de 1985, Bologna, Zanichelli, 1999, p. 833.

²⁸ Cfr. Spinelli, Vincenzo y Casasanta, Mario, *Dizionario completo italiano-portoghese (brasiliiano)*, parte 1ª, Milan, Hoelpi, 1983, p. 491.

²⁹ Cfr. Carnelli, Lorenzo, “Carga”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. II, p. 708. En este mismo sentido: Micheli, Gian Antonio, *L'onere della prova*, Padova, CEDAM, 1942, pp. 67 y ss.

³⁰ Palermo, Antonio, “Onere”, *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, p. 916; Gelato, Paola, “Onere”, *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., vol. XIII, p. 62.

³¹ Véase Carnelutti, Francesco, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, Foro Italiano, 1951, p. 160. Tal conclusión corresponde a la evolución del pensamiento de este autor, pues previamente había señalado que la “ejecución” y no la “pena” era lo que caracterizaba al deber. Carnelutti, Francesco, “Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto”, *Rivista del Diritto Commerciale del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1923, vol. XXI, Parte I, p. 354.

³² Cfr. Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 410.

³³ Cfr. Scozzafava, Oberdam Tommaso, “Onere (nozione)” *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, p. 102; Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, pp. 412 y ss.; Durante, Vincenzo, “Onere”, *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. XXI, p. 3.

la norma mira un interés del mismo sujeto a quien ella va dirigida.³⁴ De esta manera, la carga constituye la subordinación de un interés a favor de otro interés del mismo sujeto, y sería éste quien, en base a una valoración económica de sus diversos intereses en juego, decide si actuar o no.³⁵ En síntesis, lo que caracteriza a la carga es la inexigibilidad de la conducta y la improcedencia de resarcimiento para el caso de inobservancia.³⁶

De lo dicho se desprende que el sujeto gravado con la carga tiene el poder de decidir si observar o no la conducta prescrita por la norma, siendo ambas conductas lícitas (permitidas por el ordenamiento). Sin embargo, el sujeto no tiene plena libertad de decisión, pues si no observa la norma deberá soportar las consecuencias nocivas derivadas de la inobservancia.³⁷ Por tanto, la carga conlleva siempre una heterodeterminación, no hay carga si es meramente interés, tampoco si es libertad absoluta,³⁸ la coactividad de la carga es limitada, pero existe. Para graficar esta situación se habla de ‘deber-libre’:³⁹ el sujeto tiene un “deber” pero no puede ser obligado por un tercero a observarlo.

V. LA DILIGENCIA DEL *BONUS, PRUDENS* *PATER FAMILIAS* COMO PARADIGMA DE LA DILIGENCIA CONSIGO MISMO

La doctrina civilista distingue entre diligencia subjetiva y objetiva, según si se consideran o no las cualidades particulares del sujeto en cuestión, es decir, si se hace el confronto con un modelo preestablecido o bien se atiende a aquella

³⁴ Palermo, Antonio, *op. cit.*, nota 20, p. 916; Durante, Vincenzo, *op. cit.*, nota 33 p. 1; Scozzafava, Oberdam Tommaso, *op. cit.*, nota 33, p. 102; Alessandri, Arturo *et al.*, *op. cit.*, nota 23, p. 301.

³⁵ *Cfr.* Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 410; Gelato, Paola; *op. cit.*, nota 30, p. 62; Palermo, Antonio, *op. cit.*, nota 20, p. 917.

³⁶ Véase Cabanilla Sánchez, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988, pp. 50 y ss.

³⁷ Véase Pugliatti, Salvatore, “Autoresponsabilità” *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, pp. 452 y ss. En el mismo sentido véase Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, pp. 410 y 411; Scozzafava, Oberdam Tommaso, *op. cit.*, nota 33, pp. 99 y ss.; Sico, Ernesto, “Il creditore ha l’onere di proporre l’azione esecutiva? (nota a la Cassazione civile, sez. I, 14 gennaio 1992)”, *Il corriere giuridico*, 1992, pp. 283 y ss.; Lamarca Marqués, Albert, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001, p. 39.

³⁸ *Cfr.* Carnelli, Lorenzo, *op. cit.*, nota 29, p. 708. En este mismo sentido: Micheli, Gian Antonio, *op. cit.*, nota 29, pp. 67 y ss.

³⁹ Gavazzi, Giacomo, *L’onere. Tra la libertà e l’obbligo*, reimp. de la 1ª ed., Torino, Giapichelli, 1985, pp. 1 y ss.

diligencia que el sujeto en cuestión está en grado desplegar.⁴⁰ La forma tradicional de medir la diligencia en el sistema romanista de derecho ha sido la comparación con un modelo preestablecido, un paradigma que indica cuál habría sido la actitud correcta en las circunstancias en que se encontraba el sujeto cuyo comportamiento se analiza. Así, si el comportamiento ideal coincide con el comportamiento efectivo, el sujeto habrá actuado diligentemente. En derecho romano dicho paradigma era el ‘*bonus pater familias*’, éste indicaba la diligencia que era dable esperar de un tipo abstracto de hombre: preciso, metódico, puntual y que no olvida sus compromisos.⁴¹

El ‘buen padre de familia’ era una figura tradicional de la sociedad romana, citado por autores como Catón, Varrón, Columela y Cicerón,⁴² definido como “*il bonus dominus: «qui bene praebeat quae opus sunt et nummos fide bona solvat»* (quien provee correctamente lo necesario para la obra y ofrece una cantidad honesta).⁴³ En efecto, “puede decirse que la literatura romana no posee un modo más apropiado para indicar al activo, primoroso, ahorrativo y moderado hombre en los negocios privados”.⁴⁴ Por consiguiente, parece natural que a la misma nomenclatura recurrieran los juristas del período clásico cuando querían decir si en un determinado caso concurría o no *diligentia* esperable.

Como se desprende de la obra de Catón ‘el viejo’,⁴⁵ la figura del buen padre de familia fue construida en el ámbito de la administración de la ha-

⁴⁰ Bianca, C. Massimo, *op. cit.*, nota 4, p. 192. En el *Corpus Iuris* estas dos figuras son representadas como *diligentia quam suis* (que luego en la doctrina medieval se llamó *culpa in concreto*), es decir, la diligencia que suele emplear el propio deudor en la gestión de sus asuntos personales; y *diligentia diligentis* (*culpa in abstracto*), que consiste en la diligencia que emplea el buen padre de familia, entendido como aquella persona que se considera socialmente prudente, valoración abstracta, pues el modelo al que se hace referencia es un tipo ideal. *Cfr.* Cortés Moncayo, Édgar, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009 p. 87.

⁴¹ En este sentido Talamanca, para quien “*buon padre di famiglia <è> colui che, secondo il comune sentire sociale, deve considerarsi persona prudente ed accorta*”. *Cfr.* Talamanca, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 665.

⁴² *Cfr.* Predella, Carlo, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, Istituto Giuridico della R. Università, 1934, p. 9; Giorgianni, Michele, “Buon padre di famiglia” *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, p. 597; Cancelli, Filippo, *op. cit.*, nota 7, p. 523.

⁴³ *Cfr.* Catón, *De agric.* 14. 3. Catón está hablando de un contrato de construcción, en el cual se debe fijar el precio por cada tabla que fabricará el carpintero a quien el propietario proveerá todo lo necesario. Asimismo, el *bonus pater familias* es la figura con que Columela describe al meticoloso agricultor. Véase Columella, *De re rustica*, I, I, 12, 21.

⁴⁴ Cancelli, Filippo, *op. cit.*, nota 7, p. 523.

⁴⁵ Sobre la vida y obra de Catón véase: Orestano, Riccardo, “Catone Marco Porcio il Censore”, *Novissimo digesto italiano*, vol. III, p. 27; Criniti, Nicola, “Catone il Censore (Marco Porcius Cato)”, *Enciclopedia Virgiliana*, vol. I, pp. 706 y ss.; Bretonne, Mario, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2ª ed., reimpr. ed. 1982, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p. 7; Cannata, Carlo

cienda agrícola. Este hombre era, ante todo, un buen administrador de los propios intereses,⁴⁶ de ello quedan vestigios en el digesto. Así, en D.18,1,35,4 Gayo exige al vendedor la diligencia que el buen padre familia pone en sus cosas; lo mismo repite Paulo a propósito de la diligencia del acreedor pignoraticio en D.13,7,14.⁴⁷ Fue sólo con el transcurso del tiempo, y con la evolución del sistema obligatorio romano, que el concepto comenzó a ser empleado como un parámetro para determinar si la conducta del deudor podía o no ser calificada de negligente,⁴⁸ en consecuencia, culpable.⁴⁹

En esta sede recobra valor el significado originario que tenía la expresión *bonus pater familias*, aquella de *De agri cultura*,⁵⁰ pues en éste se encuentra precisamente la noción de diligente administrador de los propios negocios, es decir, la diligencia en la conservación de los propios intereses, no en el cumplimiento de una obligación. En efecto, cuando Catón describe las actividades que se debieran realizar en la villa agrícola a fin de alcanzar la mejor gestión y, por consiguiente, el mayor provecho económico para el propietario,⁵¹ se refiere a una administración útil para sí mismo, no para

Augusto, *Per una storia della scienza giuridica europea, Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, Giappichelli, 1997, t. I, p. 208. Por último, para la importancia jurídica de la obra de Catón, particularmente en lo que se refiere al incumplimiento, nos remitimos a Cardilli, Riccardo, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 63 y ss.

⁴⁶ Morra, Lucia y Bazzanella, Carla, "Considerazioni sul 'buon padre di famiglia'", *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2002, p. 534. Véase también: Fadda, Carlo, *op. cit.*, nota 14, pp. 82 y ss.; Predella, Carlo, *op. cit.*, nota 42, p. 5; Giorgianni, Michele, *op. cit.*, nota 42, p. 597; Cancelli, Filippo, *op. cit.*, nota 7 p. 524.

⁴⁷ Sobre la colocación de este pasaje en sede de prenda, véase *Palingenesia*, vol. I, p. 1024.

⁴⁸ Giorgianni, Michele, *op. cit.*, nota 42, p. 597; Fadda, Carlo, *op. cit.*, nota 14, pp. 82 y ss.

⁴⁹ De esta manera la diligencia pasa a ser el comportamiento que, en positivo, debe tener el deudor para no caer en culpa. (Cfr. Talamanca, Mario, *op. cit.*, nota 41, p. 665). Más tarde se llegarán a individualizar diversos grados de diligencia correspondientes a los diversos grados de culpa (así, Talamanca, "Colpa civile (storia)", *Enciclopedia del diritto*, vol. VII). Sobre el punto véase Rosso Elorriaga, Gian Franco, "El buen padre de familia como criterio de apreciación de la culpa y su aplicación a la responsabilidad cuasidelictual", *Derecho de daños*, Santiago, LexisNexis Chile, 2002, pp. 3 y ss.

⁵⁰ Hay algunas incertezas con respecto del título de esta obra, en efecto, para algunos el título correcto sería '*De re rustica*'. Cfr. Cugusi, Paolo y Sblendorio Cugusi, Maria Teresa (traductores), *Opere di Marco Porcio Catone Censore*, Torino, UTET, 2001, vol. I, p. 60, n. 284.

⁵¹ La obra de Catón fue escrita en el periodo sucesivo a la II Guerra Púnica, por tanto, una época de gran disponibilidad de mano de obra servil, lo que permitía que la hacienda fuera usada no sólo para la auto-sustentación. Cfr. Cugusi, Paolo y Sblendorio Cugusi, Maria Teresa, *op. cit.*, nota 50, p. 69. Para la historia económica de la Roma antigua véase: Serrao, Feliciano, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, Jovene, 2006, p. 7 y ss. Véase también: Serrao, Feliciano, "L'impresa in Roma antica", *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 7-9 aprile 1987, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1988, vol. II, p. 21 y ss.;

la contraparte.⁵² Esto último se aprecia claramente en *De agric.* 3.2, en este pasaje Catón da las instrucciones para ‘tener una villa bien construida’, y sostiene: “es necesario que el ‘*patrem familiae*’ tenga una villa bien construida, una bodega para el aceite, una para el vino, muchas tinajas, a fin que tenga la posibilidad de esperar hasta que suban los precios: eso hará crecer su patrimonio, su fama de hombre virtuoso y su buen nombre”.⁵³

Luego, en el mismo pasaje recién citado, Catón da una serie de instrucciones a fin que el *dominus* no se vea afectado por las inclemencias del tiempo, en este sentido sostiene:

(3) ten en cuenta que cada año arriba el mal tiempo, que hace caer las aceitunas del árbol, si las recoges en tiempo, y tienes pronto el equipamiento, no se producirá ningún daño y el aceite será más verde y mejor; (4) en cambio, si las aceitunas permanecerán demasiado tiempo en la tierra o en la mesa, comenzarán a marchitar y el aceite se ranciará. De cualquier tipo de aceitunas se puede obtener buen aceite, si lo haces al tiempo justo.⁵⁴

Es decir, según las instrucciones de Catón, el *dominus* debía estar siempre preparado para afrontar las contingencias del momento.

En conclusión, la diligencia ya fuera como deber que como carga, se medía según el mismo parámetro y para ello se utilizaba el paradigma del buen padre de familia, pues, de acuerdo con Fadda, dicha figura era el ejemplo por antonomasia de quien se conduce diligentemente en los propios asuntos. Más tarde la *bona fides* hizo que en la gestión de los asuntos ajenos se exigiera esa misma diligencia.⁵⁵

VI. LA ‘*NEGLEGENTIA*’ CONSTIUYE CULPA. ‘*CULPA SUA*’ COMO REPROCHE A LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA. D.50,17,203

La conducta opuesta a la *diligentia* es la *neglegentia*, ésta consiste precisamente en la omisión de las actividades que el sujeto estaba llamado a observar en

García Garrido, Manuel Jesús, *El comercio los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 16 y ss.; Benítez López, María M., *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Madrid, Dickinson, 1994, pp. 13 y ss.; Solidoro Maurotti, Laura, *Problemi di storia sociale nell’elaborazione giuridica romana*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1996, p. 17.

⁵² Véase Cugusi Paolo y Sblendorio Cugusi Maria Teresa, *op. cit.*, nota 50, pp. 60 y ss.

⁵³ *De agric.* 3.2. *Ibidem*, p. 34.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Véase Fadda, Carlo, *op. cit.*, nota 14, p. 72 y ss.

cumplimiento de su deber de diligencia.⁵⁶ A su vez, existe una estrecha relación entre *neglegentia* y *culpa*, tanto así que ésta última es usualmente definida por la doctrina como “la falta de la diligencia debida”.⁵⁷ Sin embargo, *culpa* es un concepto mucho más amplio, que comprende, además de la negligencia, otros conceptos, tales como imprudencia e impericia.⁵⁸ Por otro lado, Talamanca señala que en la compilación justiniana y en las fuentes jurídicas que nos han llegado fuera de ella, el término *culpa* asume un significado variable que se concreta, sustancialmente, en tres diversas acepciones: ilícito, imputabilidad y negligencia en sentido genérico.⁵⁹

En el sentido de imputabilidad (que es el que nos interesa en esta sede) el vocablo *culpa* es usado en diversos pasajes del *Corpus Iuris* para sindicar al sujeto que debe soportar las consecuencias de un evento dañino, generalmente diverso de aquel que ha sufrido lesión, pero también cuando se trata de adscribir las consecuencias perjudiciales de un hecho al patrimonio del mismo sujeto que lo sufre.⁶⁰ En este último sentido el pasaje emblemático es D.50,17,203:

⁵⁶ En el campo de las obligaciones, este deber se individuaba con la expresión *diligentiam praestare*. En este sentido sostiene Cannata que “quando i giuristi romani volevano sottolineare la presenza di un dovere di diligenza attiva, e cioè l'imputabilità di un pregiudizio sulla base di un criterio di colpa omissiva, esprimevano il concetto dicendo che il soggetto in questione deve diligentiam praestare”. Cfr. Cannata, Carlo Augusto, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, Torre, 1996, p. 51. Véase también Cortés, Edgar, *op. cit.*, nota 40, p. 84 y ss.

⁵⁷ Así Voci, Pascual, *op. cit.*, nota 5, p. 41; García Garrido, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, 1982, p. 87; Talamanca, Mario, *voz culpa*, *op. cit.*, nota 41, p. 519; Gutiérrez-Alviz, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, 4^o ed., Madrid, Reus, 1995, p. 164 y ss. Desde otra perspectiva se dice que “il concetto di diligentia viene spiegato dai romanisti come l'antitesi della culpa levis la quale consiste, secondo l'opinione corrente, del non usare la diligenza propria dell'uomo regolato e ordinato nell'azienda domestica, cioè il bonus pater familias (...)”. Cfr. Lega, Carlo, *op. cit.*, nota 7, p. 4.

⁵⁸ Así Schipani, Sandro, *Responsabilità 'ex Lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino, Giappichelli, 1969, p. 473; Schipani, Sandro, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 71-72; Robaye, René, “Remarques sur le concept de faute dans l'interprétation classique de la lex Aquilia”, *RIDA*, núm. 38, 3^a serie, 1991, p. 336. En este mismo sentido Guzmán Brito quien advierte una mayor amplitud del concepto de culpa respecto a la negligencia, señalando que la primera “comprende: (i) la negligencia o falta de cuidado propiamente tal; (ii) la ausencia de conocimientos o destrezas especiales para poder hacer algo, y debidos, de modo que el daño se derive de haberlo hecho sin ellos (*imperitia*); (iii) la elección descuidada de personas puestas a cargo de alguna actividad, por cuyo hecho se produjo el daño; (iv) la creación sin cautelas de una situación de peligro para personas o cosas”. Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, t. II, p. 258.

⁵⁹ Cfr. Talamanca, Mario, “*Colpa...*”, *cit.*, p. 517.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 518.

Pomp. 8 *ad Q. Muc. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.*

No se entiende que el que sufre daño por su culpa sufre daño⁶¹.

Este pasaje, proveniente de los *Comentarios a Quinto Mucio* de Pomponio,⁶² históricamente ha tenido gran importancia, pues en torno a él se elaboró toda la doctrina de la llamada “culpa de la víctima”.⁶³ En efecto, si bien conforme a la Palingenesia su ubicación original estaba en materia de legado,⁶⁴ al ser incorporado en el título de las ‘*Diversas reglas de Derecho antiguo*’ (D.50,17), adquirió un valor universal.

Debido al carácter escueto de la proposición contenida en el pasaje, no resulta posible reconstruir el caso para el que fue dado el parecer del jurista. Debemos, por tanto, conformarnos con su tenor general, esto es: no constituye ‘daño’ (resarcible) el daño que una persona se acarrea *ex culpa sua*.⁶⁵ El jurista usa el vocablo *culpa* para describir la conducta de alguien que con la propia actitud ha acarreado daño a sí mismo, aduciendo la *culpa* para negarle el resarcimiento.

En cuanto a la autoría de la solución contenida en el pasaje, si bien nos ha llegado a través de Pomponio, es dable suponer que ella se remonte a Quinto Mucio, pues en el Digesto encontramos otro pasaje proveniente de la misma obra a la que pertenece el pasaje en cuestión y en el cual se hace uso de la expresión *culpa* para describir la conducta poco precavida de quien sufre un daño, D.13,6,23:

Pomp. 21 *ad Q. Muc. Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit.*

Si yo te hubiere dado en comodato un caballo, para que sirvieras de él hasta cierto lugar, si no mediando culpa alguna tuya se hubiera deteriorado el

⁶¹ Vale la pena citar en este punto la traducción realizada por Teixeira de Freitas, pues exalta el elemento de autorresponsabilidad involucrado en el pasaje. Ella dice: “*Dano, quem o sofre por sua culpa, imputá-lo deve a si, não a outrem*” Cfr. Teixeira de Freitas, Augusto, *Regras de direito: (seleção clássica em quatro partes)*, São Paulo, LEJUS, 2000, p. 60.

⁶² Sobre esta obra véase Di Marzo, Salvatore, *Saggi critici sui libri di Pomponio “Ad Quintum Mucium”*, Palermo, Tipografia del Giornale di Sicilia, 1899, especialmente pp. 72 y ss.

⁶³ Véase Medina Alcoz, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 193 y ss.

⁶⁴ Cfr. *Palingenesia*, vol. II, p. 68; Di Marzo, Salvatore, *op. cit.*, nota 62, p. 72.

⁶⁵ Di Marzo, Salvatore, *op. cit.*, nota 62, p. 73. Sustancialmente en el mismo sentido Pacchioni, Giovanni, “*Della cosiddetta compensazione delle colpe*”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1910, Vol VIII, parte II, p. 1032.

caballo en el mismo camino, no quedas obligado por la acción de comodato; porque tendré la culpa yo, que te dí, en comodato para tan largo camino caballo que no pudo resistir aquella fatiga.

En este pasaje *Ego* da un caballo a *Tu* en comodato, a fin que *Tu* lo use para ir a cierta localidad. En el viaje el caballo se deteriora, sin que pueda culparse al comodatario. Por esta razón el jurisconsulto excluye un *teneri ex comodato*. En realidad, explica, es *Ego* quien incurrió *in culpa*, en cuanto dió en comodato un caballo no idóneo para realizar un viaje tan largo.⁶⁶

En ambos pasajes la *culpa* del perjudicado es suficiente para adscribir a su propio patrimonio las consecuencias dañinas de su hecho, por consiguiente, la privación del resarcimiento proviene del hecho que el perjudicado ha actuado con *culpa*.

Dejando firme la proposición anterior, es oportuno preguntarse ¿qué significa que el perjudicado actúe con *culpa*? Gran parte de la doctrina que se ha ocupado de estudiar la culpa sostiene que ésta consiste en la ‘antijuridicidad’ de la conducta. Así, se dice que actúa culposamente quien contraviene un deber jurídico que le imponga un comportamiento diferente.⁶⁷ Consiguientemente, cabe preguntarse ¿cuál es la norma jurídica que impone precaverse del daño, de manera que su contravención es calificada de ‘culpable’? Al no individualizar una norma jurídica en tal sentido, la doctrina concluye que en estos pasajes no se hace referencia a un concepto técnico de *culpa*, sino que se trata de un uso analógico (e impropio) de la expresión.⁶⁸

Sin embargo, una correcta respuesta a la interrogante planteada supone remontarse a los orígenes la *culpa* como criterio de imputación de la respon-

⁶⁶ Véase Di Marzo, Salvatore, *op. cit.*, nota 62, pp. 72 y ss.; Cardilli, Riccardo, *op. cit.*, nota 45, pp. 199 y ss.

⁶⁷ Así Ferrini, Contardo, “Danni (azione di)”, *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. IV, pp. 18 y ss.; Id, “Illecito (diritto romano e diritto intermedio)”, *Nuovo digesto italiano*, vol. VI, pp. 682 y ss. Esta era también la opinión unánimemente sostenida por la pandectística alemana, sobre el punto (en sentido crítico), véase Schipani, Sandro, *Responsabilità...*, *op. cit.*, nota 58, pp. 1 y ss.

⁶⁸ Tajantemente en este sentido podemos véase la opinión de Venezian, para quien en este pasaje “*pare più evidente che mai, che il termine culpa non corrisponde al concetto che ne dà il diritto contrattuale; verso se stessi e verso le cose proprie, se vi sono doveri morali, nessuno ha pensato mai che si possano essere obblighi giuridici, quindi non si può vedere in questa colpa una mancanza, ma solo il nesso causale fra danno e il fatto o lo stato del danneggiato*”. Cfr. Venezian, Giacomo, *Studi sulle obbligazioni. Parte I Danno e risarcimento fuori dei contratti*, ahora en, *Opere giuridiche*, Roma, ATHENAEUM, 1908, vol. II, p. 307. En este mismo sentido nos dice Betti que aquello que caracteriza el acto ilícito como tal, y por ende la culpa, no es el hecho económico-social de la lesión —o de la exposición al peligro— de determinados intereses, sino el hecho de la violación de un precepto jurídico, y dado que la “culpa de la víctima” no constituye un ilícito, no es culpa propiamente tal. Véase Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 408.

sabilidad. Ella se originó en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, desde donde pasó al ámbito contractual. Empero, el texto de la *lex Aquilia* no habla en ninguna parte de *culpa*, la individualización de este concepto se debe al laborío de la jurisprudencia, que lo empleó para establecer los confines de la responsabilidad aquiliana.⁶⁹

Ahora bien, como ha demostrado Schipani, el término *culpa* encierra una calificación de la conducta, un juicio de valor, pues ella “conserva una unidad con la voz *culpare*, que significa en unos casos ‘inculpar’, en otros ‘reprochar’ y pone en evidencia un dinamismo social, intersubjetivo, dialógico y crítico en relación al sujeto agente”.⁷⁰ De ahí que en la lengua latina hasta fines de la República —época en que se testimonia el comienzo de su utilización técnica por los jurisconsultos— la voz *culpa* se relacionaba con la presentación de un hecho que constituía un *malum*, del cual una persona debía ser reconocida como autora. Además, era necesario que tal persona pudiera comportarse de manera distinta, sin estar impedida por factores externos, que obstaculizaran su actuación. Por último, la *culpa* no se refería sólo a comportamientos intencionales, sino también a la falta de control del propio comportamiento en relación a un modelo que el sujeto debía seguir.⁷¹

En síntesis, en origen la *culpa* no alude a la violación de una norma jurídica, sino a la violación de un modelo de conducta, en cuanto el sujeto concreto no se comporta como lo habría hecho el modelo. Es importante destacar que el concepto de ‘culpa’ así descrito nos viene dado por Paulo —remitiendo precisamente a los dichos Quinto Mucio— en D.9,2,31. En este

⁶⁹ Así, Schipani, Sandro, *Responsabilità...*, *cit.*, nota 58, p. 8; Cannata, Carlo Augusto, “Genesi e vicende della colpa aquiliana”, *Labeo*, núm. 17, 1971, p. 64; Robaye, René, *op. cit.*, nota 58, p. 336.

⁷⁰ *Cfr.* Schipani, Sandro, *Contributi romanistici...*, *op. cit.*, nota 58, p. 59. Para mayor profundización, véase el análisis en torno al origen y significado de la palabra ‘culpa’, Schipani, Sandro, *Responsabilità...*, *cit.*, nota 58, pp. 91 y ss. Sobre el carácter irrefutable de la tesis de este autor en torno a la concepción originaria de *culpa* y su relación con la causalidad, véase Cannata quien en la recensión de la obra y a propósito de este punto afirma: “*La completezza della documentazione non lascia dubbi sull’esattezza delle conclusioni raggiunte dallo S.*”. *Cfr.* Cannata, Carlo Augusto, *op. cit.*, nota 69, p. 66.

⁷¹ *Cfr.* Schipani, Sandro, “El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad”, *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 28. Véase también Id., *Responsabilità...*, *cit.*, nota 58, pp. 130-131; Id., *s.v.* “Culpa”, *Enciclopedia Virgiliana*, vol. I, p. 950; Id., *Contributi romanistici...*, *cit.*, nota 58, p. 7; Cannata, Carlo Augusto, *op. cit.*, nota 69, pp. 68, 78-79; Cardilli, Riccardo; *op. cit.*, nota 45, pp. 223 y ss.; Cardilli, Riccardo, “Il ruolo della ‘dottrina’ nella elaborazione del ‘sistema’: l’esempio della ‘responsabilità contrattuale’”, *Roma e America*, núm.1, 1996, p. 80.

pasaje Paulo (Quinto Mucio) no hace referencia a la *culpa* como conducta antijurídica, sino como conducta ‘imprudente’, no adecuada al modelo que debe ser seguido, incluso cuando se realizan actividades en el propio fundo.⁷² En efecto, aquí la *culpa* consiste en “no haber proveído a aquello que una persona diligente habría podido proveer, o haber proveído demasiado tarde”,⁷³ cuando el peligro ya no podía ser esquivado. Al efecto resulta bastante gráfica la traducción que García del Corral ofrece de D.9,2,31, según ésta: “hay culpa, porque habiéndose podido avisar por persona diligente, no se avisó, o se avisó cuando no podía evitarse el peligro (...)”.⁷⁴

Por lo tanto, es dable concluir que cuando Pomponio, o mejor dicho Quinto Mucio, hace referencia a la ‘*culpa sua*’ no se refiere a la violación de una norma jurídica, pero tampoco se trata de un uso analógico del concepto, él corresponde exactamente al significado que en ese entonces se manejaba de la expresión. En síntesis, el jurista quería decir: no hay lugar al resarcimiento del daño sufrido por “*culpa propia*”,⁷⁵ en el sentido que es reprochable la actitud de quien, pudiendo hacerlo, no observó la conducta que el ‘buen padre de familia’ habría observado en esas mismas circunstancias. “*Culpa sua* indica aquí, al igual que en otros casos, el nexo de causalidad o de atribución jurídica que une un evento dañoso o lesivo en general a la acción u omisión de un sujeto determinado”.⁷⁶ Pero, a diferencia de lo que pretenden algunos autores,⁷⁷ no se trata de una causa cualquiera, sino de una causa mediante conducta reprochable respecto a

⁷² Sobre el punto véase Schipani, Sandro, *Contributi romanistici...*, cit., nota 58, p. 80.

⁷³ Según este pasaje “para Quinto Mucio existe culpa en no haber previsto, es decir, no haber adoptado aquella cautela que podía ser adoptada (*provideo* en latín puede significar tanto ‘prover’ como ‘prever’, y fue usado al principio en la primera acepción y después interpretado, también, en la segunda), o haber avisado el peligro cuando el peligro no podía más ser evitado”. Cfr. Schipani, Sandro, *El sistema romano de la responsabilidad...*, cit., nota 71, p. 26. Sobre que la correcta inteligencia de la palabra *provideo* en este pasaje sea ‘prover’ y no ‘prever’ como entienden algunos autores, véase Schipani, Sandro, *Responsabilità ‘ex Lege Aquilia’...*, cit., nota 58, pp. 145 y ss.; Id., *Contributi romanistici...*, cit., nota 58, pp. 77 y ss.

⁷⁴ Cfr. D.9,2,31 en versión castellana de Idelfonso García del Corral.

⁷⁵ Esta expresión corresponde a Betti, Emilio, *op. cit.*, nota 17, p. 411.

⁷⁶ Cfr. León González, José María, “Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños. (Especial consideración de la culpa de la víctima)”, en Alfonso Murillo Villar (coord.), *Actas del Congreso Interamericano y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, Servicio de publicaciones Universidad de Burgos, 2001, p. 25.

⁷⁷ Así Venezian, Giacomo, *op. cit.*, nota 68, pp. 307 y ss.

un modelo —real o supuesto— de conducta alternativa,⁷⁸ que el sujeto tenía la posibilidad de observar.⁷⁹

VII. CONCLUSIÓN

En Roma, la diligencia constituía un valor y, como tal, era exigible no sólo respecto de los demás, sino también respecto de sí mismo. El *bonus vir* estaba llamado a ser diligente en los propios asuntos y a emplear en los asuntos ajenos de que se encargaba esa misma diligencia. Este valor social tenía también una dimensión jurídica. Tratándose de la diligencia para con los demás, su dimensión jurídica se traducía en la existencia de deberes de diligencia, exigibles indirectamente a través de la imposición de la responsabilidad por los daños que su inobservancia causara. Tratándose de la diligencia consigo mismo, ella daba lugar a una carga, no a un deber. Esta circunstancia significaba que el sujeto no podía ser constreñido, directa o indirectamente, a ser diligente, pero su falta de diligencia tenía algunas consecuencias jurídicas, en particular, lo privaba de la posibilidad de obtener una indemnización por el daño sufrido a raíz de esa negligencia, pues, en tal caso, se consideraba que el daño había sido sufrido “*ex culpa sua*”.

En síntesis, en Roma existía una carga de diligencia consigo mismo, cuya infracción, por constituir una actitud reprochable, constituía *culpa*, en este sentido los juristas romanos hablaban de *culpa sua*. La consecuencia práctica de esta culpa consistía en que era el mismo sujeto quien debía pechar con las consecuencias de su actuar, sin que pudiera traspasar ese costo a un tercero, en palabras de la dogmática civil moderna: daba lugar a *autoresponsabilidad*. Así lo refleja el pensamiento de Sabino contenido en D.50,17,203 y D.13,6,23.

⁷⁸ En este punto cabe recalcar que la culpa no se configuró como un estado psicológico, no se trataba de un “estado de ánimo”, como sostienen quienes interpretan *provideo* en el sentido de prever, sino de un comportamiento objetivamente contrario a la conducta que, conforme al modelo, el sujeto debía haber mantenido. En este sentido se ha dicho: “*Negligence is the contrary of diligence, and no one describes diligence as a state of mind*”, véase Lawson, Frederick Henry, *Negligence in the Civil Law*, reimpresión de la edición de 1955, Oxford, Latimer, Trend & Co. Ltd., 1962, p. 40.

⁷⁹ Esa era precisamente la relación que existía entre ‘culpa’ y causalidad. Véase Cannata, Carlo Augusto, *Genesi e vicende della colpa aquiliana...*, *cit.*, nota 69, p. 66.