

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,¹⁶ a los cuales se suman entre otros, la *actio de pauperie*.¹⁷

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

¹⁶ “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.

¹⁷ “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;¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰ 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.²¹

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

¹⁸ 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.).

¹⁹ 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.

²⁰ 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”.

²¹ 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”.²² 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”.²³

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”.²⁴ 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”.²⁵ 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.

²² 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.

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

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

²⁵ 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”,²⁶ 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.²⁷

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 dolo²⁸ como elemento constitutivo de los delitos es reconocible desde los inicios de la República (sin perjuicio de antecedentes

²⁶ 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.

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

²⁸ 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)²⁹ en la ley de las XII Tablas,³⁰ donde es posible encontrar diversas figuras delictivas basadas expresamente en una actuación intencional.³¹ A

²⁹ 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.

³⁰ 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.

³¹ 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.³² Sin embargo, esta última posibilidad es muy discutida,³³ al margen de cierta incerteza acerca de si efectivamente fueron conductas sancionadas por los decenviros³⁴ y su alcance.³⁵

La dificultad que presenta esta fuente de derecho romano radica en que si bien la existencia y núcleo central de las XII Tablas es verosímil³⁶ (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).

³² 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.

³³ 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).

³⁴ 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.

³⁵ 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 *injuria* “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).

³⁶ 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 leyes³⁷ en las que se hacían referencias a la expresión *sciens dolo malo*,³⁸ 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.³⁹ Así, al inicio la época clásica alta, no se pudo discutir el asentamiento del elemento psicológico como estructurante del delito,⁴⁰ 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.⁴¹ 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.⁴²

³⁷ 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”.

³⁸ 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).

³⁹ 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).

⁴⁰ *Idem*, p. 75.

⁴¹ 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.

⁴² 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,⁴³ 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 regias⁴⁴ y las XII Tablas⁴⁵ 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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*,⁴⁶ ubicada temporalmente en el siglo III a. C.,⁴⁷ y en el marco de la interpretación de ésta, extendiéndose luego a otras materias como contratos.⁴⁸ Ello a pesar que los *verba* de esta ley no contenían el término culpa⁴⁹ y que resulta difícil a primera vista comprender la relación entre *lex Aquilia* y *culpa*, al haberse perdido la etimología de ésta⁵⁰ y de no encontrarse en leyes republicanas ni en edictos mencionada como sí ocurría con el dolo.⁵¹

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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ “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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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).

⁵¹ Aràngio-Ruiz, *op. cit.*, p. 220.

personas susceptibles de dominio).⁵² 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*⁵³ (“injustificadamente”) un animal, un esclavo u otra cosa ajena (*alienus iniuria occidere urere frangere rumpere*),⁵⁴ a efectos de aplicarle las sanciones previstas.⁵⁵

⁵² 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.

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.⁵⁶

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”.⁵⁷

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.⁵⁸ Todo lo anterior explica por qué la culpa fue escasamente mencionada por los juristas republicanos:⁵⁹ 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).

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Cannata, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁸ Schipani, *Responsabilità, cit.*, p. 90.

⁵⁹ 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.⁶⁰ 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”.⁶¹ 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.⁶²

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”.⁶³ 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 explícito⁶⁴ o implícito⁶⁵ entre los romanistas, acerca del

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

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

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

⁶³ Schipani, *ibidem*, p. 197.

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

⁶⁵ 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 culpa⁶⁶ 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.⁶⁷

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*.⁶⁸

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).

⁶⁶ Gai. 3, 211; D.9.2.32 pr; D.40.12.13 pr.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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 Ulpiano⁶⁹ contenido en D.9.2.5.1,⁷⁰ 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*.⁷¹ 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.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Respecto de posibles interpolaciones de D.9.2.5., *ibidem*, pp. 298 y ss.

⁷¹ 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”.⁷²

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”⁷³ — 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,⁷⁴ 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*,⁷⁵ 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”.⁷⁶ En este senti-

⁷² 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.

⁷³ 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.

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

⁷⁵ Schipani, *Responsabilità*, cit., p. 409 y ss.

⁷⁶ *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 advierte⁷⁷ que “la *culpa* ed il dolo sono posti al centro della fattispecie” como elementos esenciales y autónomos.⁷⁸ 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.⁷⁹ 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”.⁸⁰

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”.⁸¹ 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

⁷⁷ 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 riscontrano 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.

⁷⁸ Schipani, *ibidem*, p. 473.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 450.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 473.

⁸¹ “La moderna doctrina usa in effetto 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,⁸² lo que se aprecia tanto en el Digesto⁸³ como en las Instituciones.⁸⁴ 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*.⁸⁵ 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.

⁸² 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.

⁸³ Schipani, *Responsabilità, cit.*, pp. 462 y 463.

⁸⁴ 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 *κατὰ 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.

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