



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia  
Colombia

SCHIPANI, SANDRO

De la Ley Aquilia a Digesto 9. Perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la  
responsabilidad extracontractual

Revista de Derecho Privado, núm. 12-13, enero-diciembre, 2007, pp. 263-287

Universidad Externado de Colombia  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537588009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# De la Ley Aquilia a Digesto 9

Perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual\*

SANDRO SCHIPANI

SUMARIO: I. Introducción.- II. La Ley Aquilia.- A. Los elementos del supuesto de hecho (tres fases de elaboración de los mismos) y el principio general según el cual la culpa, que provoca un daño, debe ser castigada.- B. El rol de la punición de la culpa en la prevención del daño.- III. Los delitos y los supuestos de hecho que a él se asimilan como fuente de obligación.- A. Gai. 3, 88: la obligación y sus fuentes, en particular los delitos.- 1. Los crímenes y delitos (los cuatro supuestos de hecho de delitos).- 2. La obligación a una pena pecuniaria como consecuencia de los delitos privados.- B. El estar obligado "como de delito" y el surgimiento de hipótesis de responsabilidad sin culpa.- C. J. 3, 13, 2: las obligaciones que nacen de delito y como de delito en la sistemática de las Instituciones de Justiniano.- D. Las obligaciones derivadas de delito y como de delito, y su distinción de los efectos del incumplimiento de las obligaciones (la distinción de la responsabilidad extracontractual de aquella por incumplimiento de las obligaciones).- IV. La construcción del libro 9 del Digesto.- A. El surgimiento de la concurrencia de la persecución penal privada y de aquella pública, y la tendencia a la formación del derecho penal unitario con D. 47-48.- B. La composición del Libro 9 del Digesto.- C. La adición al principio general, según el cual la culpa que provoca daño debe ser castigada, de particulares hipótesis típicas en las cuales, aun prescindiendo de la culpa, los daños de todas maneras deben resarcirse.- D. La prevención y las acciones populares.- E. La distinción entre la tutela de los derechos reales y la responsabilidad prevista en D. 9.- F. La acentuación de la importancia del daño y de su resarcimiento, y la atenuación, pero permanencia, de la importancia de la punición de un delito.- G. Condena a una pena por aquello que es "bueno y equitativo" y exigencias específicas de la tutela de la persona.- V. Epílogo.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley sobre los *Principios Generales del Derecho Civil* de la República Popular China, de 1986, afronta, en el capítulo VI, el problema del "estar obligado" a causa de

\* Esta versión en español de la ponencia que presentara en el III Congreso Internacional sobre "Derecho romano. Derecho chino. Codificación del Derecho chino" (Pekín, 2005), está destinada al Libro Homenaje a FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA, en publicación en Lima. Respecto de su original en italiano, en la presente versión se ha eliminado únicamente la remisión a textos de traducciones en chino de las fuentes latinas. Traducción del italiano, VIRGINIA ABELNDA

violaciones de los derechos en el ámbito civil. Este capítulo es coherente con la sistemática que caracteriza el conjunto de los *Principios generales* que, después de haber tratado respectivamente de las personas (naturales y jurídicas) (cap. II y III), de los actos y de la representación (cap. IV), de los derechos (cap. V), sistematizan unitariamente los diferentes presupuestos y las diferentes formas de tutela del cumplimiento de las obligaciones y del respeto de los derechos, de cuya violación derivan condenas y deberes de carácter privado. Esta sistematización unitaria se realiza sobre la base de dos géneros de presupuestos muy amplios: en efecto, los *Principios Generales* distinguen, por un lado, el incumplimiento de obligaciones, proveniente de contrato o de otra fuente (art. 106 inc. 1), y por el otro, las violaciones o lesiones de derechos sobre las cosas o sobre las personas (art. 106 inc. 2). Estos dos géneros son tratados en forma específica en las dos Secciones siguientes, que prevén respectivamente el cumplimiento del contrato (arts. 111 ss.) y la violación, turbación, lesión de los otros derechos (art. 117). La Ley sobre los Principios generales fija luego algunas normas del todo comunes, ello es, el principio que exige el requisito de la culpa, salvo diversa disposición de la ley (art. 106 inc. 3); el principio según el cual la fuerza mayor comporta la exclusión de toda condena, salvo diversa disposición de la ley (art. 107); el principio relativo al cumplimiento, y a la admisión de cumplimiento parcial (art. 108); la obligación de indemnización de los daños producidos en el ejercicio de la prevención o tutela de derechos (art. 109). En fin, después de esas dos secciones, hay una sección dedicada a las diversas formas de reacción frente a tales incumplimientos de las obligaciones y violaciones de los derechos: la cesación de la violación, la remoción del obstáculo, la eliminación del daño, la restitución del derecho, el restablecimiento de las condiciones originarias, el resarcimiento de la pérdida, etc. (art. 134).

El encuadre sistemático unificador y las divisiones que dentro del mismo se desarrollan, son conformes con el espíritu sistemático del Derecho romano. Las categorías generales corresponden a la existencia de principios comunes, y en su interior se colocan supuestos de hecho más específicos. Existe una interacción mutua en la determinación de unos y otros. Los principios comunes orientan un sector de la materia; la variedad de perspectivas es más cónsona con la variedad de las relaciones entre los hombres, y permite tener en cuenta sus matices, sobre los cuales es útil fijar la atención para introducir las distinciones necesarias.

Esta elaboración moderna hunde sus raíces en la riquísima elaboración sistemática preexistente, de la cual se alimenta y ofrece contribuciones en diversas direcciones. Por ende, mis observaciones estarán dedicadas precisamente a algunas perspectivas sistemáticas antiguas, de la edad de la formación del sistema del Derecho romano, desde los orígenes a JUSTINIANO. En relación con tales perspectivas emergen tanto continuidad de encuadres como también divergencias; sobre ambas considero que es útil reflexionar. He delimitado el ámbito de mis observaciones a

la "responsabilidad extracontractual" sobre la base de uno de aquellos encuadres sistemáticos que considero tienen validez permanente (cfr. infra).

La primera línea de trabajo sobre la cual concentrarse está ciertamente constituida por la Ley Aquilia; la segunda, por la sistematización de las fuentes de las obligaciones; la tercera, por la construcción del libro 9 del Digesto. Pasemos a observarlas<sup>1</sup>.

## II. LA LEY AQUILIA

La Ley Aquilia, del siglo III a. C., preveía algunos supuestos de hecho más bien limitados según los cuales, si una o más personas destruían o deterioraban una cosa ajena, derivaba la obligación al pago de una suma de dinero a título de pena. Estos supuestos de hecho, por un lado, sustituyeron los previstos en leyes precedentes en la materia<sup>2</sup>, y por otro, constituyen la base sobre la cual se elaboró el principio general de la responsabilidad extracontractual para nuestro sistema.

### A. Los elementos del supuesto de hecho (tres fases de elaboración de los mismos) y el principio general según el cual la culpa, que provoca un daño, debe ser castigada

El texto de la ley nos resulta bien conocido, y es referido en los Digesta<sup>3</sup>. Los supuestos de hecho originarios eran descritos a través de la identificación de cuatro

1 Sobre algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual en Derecho romano he desarrollado una ponencia ya en el primero de nuestros congresos: "El sistema romano de la responsabilidad extra-contractual: culpa y tipicidad", FEI ANLING-ZHANG LIHONG (trad. al chino), en *Diritto romano. Diritto cinese e Codificazione civile. Atti del Congresso di Pechino. 1994*, Pekín 1995, 440 ss. En tal ponencia, indiqué también sintéticamente la línea de lectura de muchos textos, cuya exégesis profundizada había hecho en mi trabajo precedente: S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della colpa*, Torino, 1969; seré muy breve sobre cuanto ya expuse en tal ponencia y en el libro, y hago remisión a ellos.

2 D. 9,2,1pr.

3 D 9,2,2 pr. GAIUS libro VII *ad edictum provinciale*. Lege Aquilia capite primo cavetur: "Ut qui servum servamve alienum alienave quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto". (Dispónese en el capítulo primero de la Ley Aquilia: "Que el que hubiere matado sin justificación al esclavo o a la esclava ajenos, a un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año").

D. 9,2,27,5 ULPIANUS libro XVIII *ad edictum*. Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: "Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit frerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto". (Mas en el tercer capítulo dice la misma Ley Aquilia: "Respecto a las demás cosas, excepto el esclavo y las reses que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado o roto alguna cosa sin justificación, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto aquella cosa valiere en los treinta días próximos").

elementos constitutivos: a) Los verbos "matar", "quemar", "romper", "lesionar", según el uso lingüístico más antiguo, configuraban el evento de daño, es decir, destrucción, deterioro material de una cosa; b) La conducta que materialmente lo produce con un contacto físico entre autor y cosa sobre la cual ésta incide (una conducta de tal modo específica, de forma estrictamente impuesta, volvía irrelevante cualquier análisis del elemento subjetivo y de la relación de causalidad); c) La violación del derecho de propiedad, expresada en la indicación de que la cosa era "ajena"; d) La necesidad de la "injustificabilidad" de tal violación, o sea de la ausencia de causas de justificación. (El texto antiguo preveía además la "destrucción" del crédito a través de su remisión abusiva, pero la misma cayó en desuso<sup>4</sup>).

La ciencia jurídica republicana y clásica ha reelaborado estos supuestos de hecho, reconstruyéndolos en relación con seis elementos constitutivos: a) El evento de daño, constituido por la destrucción, incendio, rotura y lesión de una cosa, al cual se agrega la consideración de la lesión del cuerpo de una persona libre que esté en potestad de su padre de familia<sup>5</sup>; b) La conducta, que pasa a incluir toda acción u omisión que sea considerada "causa" del evento del daño; c) La relación de causalidad entre la conducta y el evento, cuyo análisis se desarrolla como consecuencia del diferente modo de entender la conducta<sup>6</sup>; d) La culpa: en efecto, la conducta debe resultar bastante calificada para poner a cargo de su autor el evento de daño que derive; ello se debe esclarecer, y es discutido sobre todo en caso de concurso de diversas causas convergentes en la producción del evento de daño, con relación a las cuales, precisamente, se desarrolla el criterio según el cual el evento de daño puede ser puesto a cargo del autor de la conducta si ésta resulta reprochable por impericia, negligencia, imprudencia, en sustancia, por su "culpa"<sup>7</sup>; e) La violación del derecho de propiedad sobre la cosa destruida o deteriorada permanece en primer plano, pero, con la admisión de la lesión del cuerpo de una persona libre sujeta a la potestad del padre de familia, se considera también la violación del derecho de éste<sup>8</sup>, y f) La ausencia de causas de justificación se somete a valoración a la luz de la culpa, por lo que ni aun su ejercicio puede hacerse en modo abusivo y reprochable<sup>9</sup>.

4 D. 9,2,27,4; GAI. 3,215.

5 D. 9,2,7pr. Con esta extensión, se plantean muchos problemas relativos a la valoración del cuerpo de una persona libre, sobre lo cual ver también D. 9,1,3 y D. 9,3,7, problemas que inicialmente son resueltos limitando la valoración a los gastos para las curas y a la disminución de la ganancia, para ampliarse sucesivamente: D. 9,2,13 pr. (cfr. infra).

6 Ver la distinción entre "matar" y "causar la muerte" en D. 9,2,7,6; la misma distinción está implícita en D. 9,2,7,3; 9,2,7,7. La discusión sobre la relación de causalidad es sutilmente desarrollada por ej. en D. 9,2,7,5; 9,2,15,1; 9,2,51 pr.-1.

7 D. 9,2,52,2; D. 9,2,29,2-4.

8 Ver D. 9,2,7 pr. citado, y la consideración de los gastos médicos y de la falta de ganancia actual y futura.

9 D. 9,2,39 pr.; 9,2,31.

GAYO<sup>10</sup> fija tres reglas con las cuales reinterpreta algunos puntos esenciales del texto de la ley: a) Quien actúa con dolo o culpa actúa en modo injustificado y debe resarcir el daño; b) Las leyes no castigan a aquél que, en el ejercicio de una causa de justificación, provoca un daño; c) No es castigado aquél que sin dolo o culpa provoca un daño.

En la codificación justiniana se completa la reinterpretación del texto de la Ley Aquilia realizada por los juristas clásicos. En los Digesta, en el centro del título sobre la Ley Aquilia se pone en evidencia la referencia a la culpa según una famosa definición de QUINTO MUCIO<sup>11</sup> y se orienta, a la luz de este criterio ya presente en la obra de los juristas clásicos, la elección e interpretación de sus contribuciones. El daño es extendido sea incluyendo la lesión de otra persona que no esté bajo la potestad de otros<sup>12</sup>, sea superando el requisito de la lesión material de la cosa ajena, incluyendo, con una innovación de gran potencial expansivo, la lesión de la posibilidad de ejercitar el derecho sobre la cosa misma<sup>13</sup>. En las Instituciones, se reformula el supuesto de hecho configurándolo sobre los siguientes seis elementos constitutivos: a) Conducta; b) Evento de daño; c) Violación del derecho ajeno; d) Ausencia de causas de justificación; e) Relación de causalidad, y f) Dolo o culpa.

Sería interesante desarrollar un rápido examen exegético de D. 9,2, o también sólo de las Instituciones de JUSTINIANO 4,3, pero no es posible hacerlo aquí<sup>14</sup>.

10 GAI 3,211. Para la exégesis de este fr., ver SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., 249 ss.

11 D. 9,2,31: ... *culpam autem esse, quod a diligenti provideri potuerit non esse provisum* (hay culpa porque habiéndose podido proveer / prever por persona diligente, no lo hizo), sobre el cual mi intervención ya citada supra nota 1, a la cual reenvío; exégesis más profunda en SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit., 133 ss. y en ÍD. *Lex Aquilia, Culpa. Responsabilità*, en *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti Convegno Copanello*, Napoli, 1992.

12 Ver el importante, y discutido, D. 9,2,13 pr. De la consideración de la lesión a una persona libre derivan importantes desarrollos ulteriores, como aquéllos conexos al caso de muerte de la persona libre, que aparecen ya presentes entre las líneas de D. 9,2,7,4. Estos desarrollos implican otros notables cambios de las reglas de la ley: en efecto, en caso de muerte de la persona libre que no está bajo la potestad de otros, se pone el problema de la legitimación activa al ejercicio de la acción que, según la ley, correspondía al propietario de la cosa/titular del derecho de potestad sobre la persona sometida.

13 La destrucción o deterioro material de la cosa descrito por los verbos contenidos en el texto de la ley, mencionados, es superado en J. 4,3,16 parte final, donde es conducido al ámbito de la aplicación de la Ley Aquilia un caso de daño producido escondiendo el sirvo en fuga; este caso precedentemente era perseguido a través de una acción modelada sobre el hecho, creada probablemente en el ámbito de la tutela contra el dolo, precisamente porque en ella no se perfeccionaba la lesión material de la cosa, pero igualmente constituía una lesión del derecho (D. 4,3,7,7).

14 El título J. 4,3 deriva claramente de GAI. 3,210-219; éste ha sido en parte reformulado y en parte integrado con agregaciones: J. 4,3 pr. deriva GAI. 3,210; J. 4,3,2-3, de GAI 3,211; J. 4,3, 9-11, de GAI 3, 212-214 (con inversiones internas, y agregados); J. 4,3,12, de GAI. 3,215-216 (pero con un radical cambio, análogo a D. 9,2,27,4); J. 4,3,13, de GAI 3,217; J. 4,3,14 segunda parte, de GAI. 3,218; J. 4,3,15, de GAI 3,218; J. 4,3,16 primera parte, de GAI. 3,219. Se nota por ende que en las J. existen algunos agregados respecto al modelo

Sin embargo, puede indicarse una primera conclusión: D. 9,2 y J. 4,3 se benefician de la elaboración precedente y fijan para los siglos sucesivos el principio según el cual: así cualquiera que, no por casualidad, con dolo o culpa, sin causa de justificación, mata o lesiona, o de cualquier manera produce un daño a persona o cosa ajena, está obligado a pagar una suma de dinero a título de pena<sup>15</sup>.

En la reprochabilidad de la conducta, que se expresa en las referencias al dolo o culpa<sup>16</sup>, se concentra el fundamento para infligir una sanción a toda conducta en cuyo despliegue no se ha proveído a usar aquellas precauciones que evitasen que tal conducta causase un evento lesivo de un bien ajeno jurídicamente protegido ("la culpa, que causa daño a otros, se debe punir"). En esta reprochabilidad radica el dinamismo de un principio capaz de extenderse a toda situación lesiva, incluso nueva y que el legislador no se había planteado jamás hasta ese momento.

Este principio, que adquirió madurez en la reflexión de los juristas romanos, ha guiado aquélla de los juristas posteriores, para después desembocar en los artículos en la materia de los códigos civiles, que lo prevén (así, p. ej. el art. 1382-1383 C. C. fr. el 823 BGB/1900; el art. 2043 C. C./1942; el art. 2314 C. C Chile/1857; el art. 1067 C. C. Argentina/1871; art. 186 C. C Brasil/2003 etc.); es también recogido en los Principios Generales de la Republica Popular China (art. 106 inc. 2), y considero debe seguir siendo el principio cardinal de la materia.

gayano: una, bastante amplia: par. 4-8, a la cual se debe relacionar por contenido aquélla de la primera parte del par. 14; y otras, menores: par. 1; par. 2, segunda parte; par. 9, segunda parte; par. 10, primera parte; par. 13, parte final; y par. 16, segunda parte. Considero que estos agregados, más que en otros modelos clásicos que no poseemos, están inspirados en los textos recogidos en el Digesto, que estaba ya casi completo: par. 1, para la citación de MARCIANO, de D. 32,65,4 parte final; par. 2, segunda parte, de D. 9,2,4 pr.; par. 4, de D. 9,2,9,4 y 10; par. 5, de D. 9,2,31; par. 6, de D. 9,2,8 pr.; par. 7, de D. 9,2,7,8 y 8 pr., y, para las primeras palabras tal vez recordadas de memoria, de D. 50,17,132; par. 8, de D. 9,2,8,1; par. 14, primera parte, de D. 9,2,30,3 inicio; par. 16, parte final, de 4,3,7,7. Limitándome a la problemática de la *culpa*, el agregado indicado, constituido por los par. 4-8, y las modificaciones en ellos realizadas de los textos del Digesto, que constituyen la base sobre la que se inspiran, expresan en modo directo el trabajo y la intención de la comisión de JUSTINIANO. Ellos encuentran una correspondencia en la modificación de GAI 3,211 realizada en par. 2-3, y en el agregado de la primera parte del par. 14. Las primeras constituyen la ejemplificación, las segundas la sistematización teórica. Sería útil analizarlas brevemente comenzando por las primeras: ver SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., 451 ss.

- 15 No puede ser compartida la línea interpretativa sostenida por algunos estudiosos (ver, p. ej., G. ROTONDI), también sobre la base de cuanto enuncian autores del 1600-1700 (p. ej., CHRISTIAN THOMASII), según los cuales el principio por el cual "la culpa, que produzca un daño a otros, debe ser castigada", habría sido elaborado por la Escuela del Derecho natural. Esta línea interpretativa pierde de vista precisas formulaciones de los textos romanos y su rol en la misma maduración de los enfoques de tal Escuela (no es además éste el lugar en el cual puedo examinar este problema).
- 16 Nótese que en latín el sustantivo "*culpa*" deriva del verbo *culpo*/"inculpar" y expresa la necesidad de que la conducta que causa el evento sea "reprochable", según un juicio social.

## B. El rol de la punición de la culpa en la prevención del daño

De este principio, deseo subrayar, además, su valor en relación con la prevención del daño. La ya citada definición de Quinto Mucio, colocada en el centro del Título 9 del Digesto, indica el deber de "*providere*"; este verbo significa sea "prever", sea "proveer", es decir, también sin haber previsto concretamente el eventual daño, observar aquellas reglas de diligencia, pericia, prudencia, etc. que maduraron con la experiencia y del conocimiento del específico tipo de conductas, a fin de evitar que de ellas deriven efectos nocivos para los demás. En otras palabras, se adscriben a la culpa: la impericia, la negligencia, la imprudencia, la inobservancia de normas que frecuentemente de por sí no comportan una verdadera sanción sino únicamente cuando de ella derive un daño, una lesión, una ofensa<sup>17</sup>. Es evidente que sancionar la inobservancia de tales reglas cuando la misma provoque un daño invita a su observancia; en consecuencia, el principio en examen está dirigido a hacer observar reglas destinadas a prevenir los eventos de daño<sup>18</sup>.

## III. LOS DELITOS Y LOS SUPUESTOS DE HECHO QUE A ÉL SE ASIMILAN COMO FUENTE DE OBLIGACIÓN

### A. GAI. 3.88: la obligación y sus fuentes: en particular los delitos

Las Instituciones de GAYO, en la sistematización de la materia de los bienes que se desarrolla en los libros 2 y 3, después del tratamiento de los derechos reales y del derecho a la herencia, ponen en primer plano la obligación. Las Instituciones de GAYO, así, recogen el fruto de una elaboración de muchos siglos, que ha venido delineando la obligación en su unitariedad y especificidad, como vínculo respecto

17 Un texto en el cual resulta ejemplar el proceso lógico de construcción del concepto de culpa, incluyendo en éste la falta de pericia y también la misma debilidad, que no justifica a aquél que está obligado a saber que, para desarrollar determinada actividad, debe disponer de cierta fuerza, es D. 9,2,8. Ver también, p. ej., J. 4,3,7. Una perspectiva particular se presenta en relación con J. 4,3,4, en el cual la norma violada por el no militar que se ejercita en disparar flechas en un lugar a ello destinado no es una norma dirigida a prevenir los eventos de daño (tal es la norma de no hacer ejercicios peligrosos fuera del lugar destinado a ello), sino una norma "de policía" que prohíbe a los no militares realizar ejercicios de este tipo.

18 Las críticas a la eficacia actual de este enfoque se sostienen, como es sabido, en muchos argumentos: el sistema de aseguración, la relación costos (del respeto de las reglas)-beneficios (que derivan de su violación), etc. Estos argumentos, que no pueden ser examinados aquí, son relevantes en relación a situaciones particulares, pero no parecen en cambio ser decisivos porque, por ej., también la aseguración deviene más costosa para quien produce muchos daños. Ciertamente, la prevención también debe poderse valer de otros instrumentos, entre los cuales, p. ej., la sanción directa de las mismas normas de prudencia, como sucede respecto de las reglas de seguridad sobre los lugares de trabajo, o en la circulación de automóviles, reglas para las cuales se encuentran previstas, precisamente, sanciones en caso de violación en sí, aun independientemente de la realización de un daño.



de una colaboración para la realización de la prestación debida, con sus diferentes contenidos (dar, hacer, garantizar) y requisitos de posibilidad, licitud, suficiente determinación, voluntariedad, patrimonialidad. Las mismas además refuerzan esta construcción distinguiendo y reuniendo los modos en que esta relación jurídica específica surge<sup>19</sup> o se extingue<sup>20</sup>, o, en el proceso, cuando es incumplida y subsisten los presupuestos previstos, se convierte en la obligación de cumplir la condena<sup>21</sup>. La sistematización de las fuentes de las obligaciones, luego, recibe ciertamente una contribución fundamental, aun si simplificado y perfectible, con la afirmación de que todas las obligaciones derivan de contrato o de delito (GAI. 3,88)<sup>22</sup>.

De esta división, la categoría que ha sido objeto de mayores profundizaciones ha sido siempre la del contrato<sup>23</sup>. Aquí interesa la categoría del delito privado<sup>24</sup>.

19 GAI. 3,88 ss.; 3,182 ss.

20 GAI. 3,168 ss.

21 GAI. 3,180, parte final.

22 Esta división es objeto de muchos estudios, incluso relativos a sus relaciones con las posibles utilidades por parte de los juristas romanos de resultados de la reflexión de los filósofos griegos en la elaboración del discurso sistemático, sobre lo cual cfr. p. ej. G. Grosso, *Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana*, reimpresso en *Scritti storico-giuridici*, 3, Milano, 2001, 852 ss.

Respecto de esta división, se cita un texto de ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco* 5,2,12-13; 1130 b – 1131 a, el cual divide la justicia en justicia distributiva y justicia correctiva, y, en esta segunda, distingue las "relaciones sociales recíprocas", en las cuales las relaciones de las personas se reequilibran: según la voluntad (ej., compraventa, mutuo, fideiusión, comodato, depósito, locación) y no según la voluntad, o constreñidas (ej., acciones clandestinas: hurto, adulterio, envenenamiento, etc.; acciones violentas: secuestro de persona, lesiones, homicidio, etc.). Me parece que la misma pudo haber sido tenida presente sólo en modo muy general.

23 Ver S. SCHIPANI, *Osservazioni sulla sistematica delle fonti delle obbligazioni e sulla categoria del contratto*, en *Faxue Yicong*, 4, 1992, 16 ss. La categoría del contrato ha sido estudiada sea en su relación con la anterior definición de contrato dada por Labeón (D. 50,16,19), sea por su superposición a la preexistente cuatripartición del "contraer" con la cosa, las palabras, lo escrito, el consenso (GAI. 3,89), sea, en fin, en relación con la insuficiencia de la bipartición misma respecto de la necesidad de calificar como fuentes de obligaciones también casos como la gestión de negocios, o la tutela, etc. En relación con esta crítica, se subraya la exigencia de simplificación didáctica de este texto de las Instituciones y se menciona también la tripartición que el mismo GAYO ha formulado en otra obra suya, más extensa y profunda, en la cual dice que toda obligación nace o de contrato o de delito, o de otros tipos diversos de causas, cada una típicamente determinada (D. 44,7,1 pr.; en realidad, hay quien pone en duda que la obra a la cual pertenece este fragmento, ello es, las *Res cottidianae* o *aurea*, se deba atribuir a GAYO; no es ésta la sede para afrontar este problema, pero es opinión difundida ya y existen buenos motivos para considerar que sea de GAYO).

24 En las fuentes romanas, el término "delito" indica, sin necesidad de calificación, aquél privado; la locución "delito privado" es usada sólo en la rúbrica de D. 47,1 y en la Constitución de JUSTINIANO Tanta 8.

#### 1. Los crímenes y delitos (los cuatro supuestos de hecho de delitos)

Es sabido que el Derecho romano se caracteriza por la presencia sea de crímenes públicos sea de delitos privados. Los primeros son aquéllos que lesionan la comunidad, como, p. ej., el daño nocturno y el incendio de la cosecha<sup>25</sup>; la violación de parte del patrono de la confianza que el cliente ha depositado en él<sup>26</sup>; la *perduellio*, que incluía varias formas de traición, o acuerdos con el enemigo, subversión del orden constituido<sup>27</sup>; el homicidio<sup>28</sup>, etc., y eran sancionados con la consagración del culpable a una divinidad o con otras sanciones cuya irrogación involucraba a la comunidad misma. En cambio: el hurto<sup>29</sup>, el corte de árboles<sup>30</sup>, las lesiones personales y la ofensa<sup>31</sup> —que luego serían reunidas por el pretor en el supuesto de hecho general de ofensas injustificadas a la persona—<sup>32</sup>; el daño producido por animales, ya recordado<sup>33</sup>, las hipótesis de daños<sup>34</sup> —luego en parte abrogadas y sustituidas por la Ley Aquilia sobre el daño injustificado, también recordado—, y la rapiña —extraída por el pretor de la base constituida por la previsión de la ley relativa al hurto—, constituyen un grupo de cuatro supuestos que lesionan algunos bienes jurídicos de naturaleza o patrimonial o personal muy cercanos a la vida de cada uno y del respectivo núcleo familiar (es decir: la disponibilidad material de las cosas propias respecto de la sustracción de las mismas, y de su integridad; la integridad física y moral de la persona).

#### 2. La obligación a una pena pecuniaria como consecuencia de los delitos privados

El tipo de sanción de los precitados hechos ilícitos del segundo grupo era inicialmente variado, y consistía o en la muerte, o en un sufrimiento o mutilación física por parte de la persona lesionada o de su padre de familia al autor del hecho ilícito (p. ej., para el ladrón descubierto en flagrancia, el azote o flagelación y la ejecución capital o la asignación como siervo<sup>35</sup>; para el autor de lesiones graves a un

25 Ver XII Tablas 8,8; 8,9; 8,10.

26 Ver XII Tablas 8,21.

27 Ver LIVIO 1,26.

28 Ley de Numa referida por FESTO en la voz "*Parrici<di>*", luego XII Tablas 8,24.

29 Ver XII Tablas 8,12 ss.; D. 47,2.

30 Ver XII Tablas 8,11, sobre el cual D. 47,7,1.

31 Ver XII Tablas 8,2-4.

32 Ver D. 47,10.

33 Ver XII Tablas 8,6; D. 9,1.

34 Ver XII Tablas 8,5; 8,11; D. 9,2.

35 GAL. 3,189.

miembro de una persona, el talión<sup>36</sup>, etc.), pero luego se transformó en obligación al pago de una suma de dinero. Esta transformación es fundamental.

"Pena" indica la suma de dinero que el reo pagaba en lugar de la sanción corporal sobre su propia persona; este pago, en base al cual el reo extinguía su responsabilidad por el hecho ilícito cometido, inicialmente era voluntario, fruto de un acuerdo, como podemos deducir además de las XII Tablas<sup>37</sup>; luego, este pago se transforma en obligatorio por ley, para excluir una acción corporal y violenta de una persona privada sobre otra. El concepto histórico-dogmático de "pena" indica la sanción de pagar una suma de dinero<sup>38</sup> por fuerza de una obligación que nace directamente de la comisión de los delitos mismos<sup>39</sup>, a cargo del reo y a favor de la parte lesionada, la cual es, aun como particular, titular del derecho, y de la carga, de volver efectiva la punición a la ofensa de los bienes así protegidos<sup>40</sup>.

Coherentemente con tal concepto, características de estas obligaciones son: a) La determinación de la medida de la suma de dinero debida como "pena" se realiza, al margen de la voluntad de las partes, sobre la base de parámetros relacionados en modo indirecto y vario con el interés y el daño, y, en las lesiones injustificadas a la persona, con lo "bueno y equitativo", es decir, con aquello que es éticamente correcto y concorde con la paridad de tratamiento; b) La solidaridad acumulativa, es decir, si el hecho ha sido cometido por varias personas en concurso, la obligación surge a cargo de cada persona por el total de la suma de dinero, y el pago de parte de una no extinguía la obligación de la otra; c) El concurso acumulativo

36 GAI. 3,223.

37 Ver XII Tablas 8,2, en la cual se prevé la pena del talión si no se realiza la composición voluntaria entre las partes con el pago de una suma de dinero.

38 También los crímenes públicos pueden comportar una sanción constituida por el pago de una suma de dinero, pero esta es una "multa", no una obligación a favor de la parte lesionada (cfr. D. 50,16,131,1; D. 50,16,244).

39 GAYO, en D. 44,7,4, compara el modo de producirse de estas obligaciones con aquéllas que, en el ámbito de los contratos (GAI. 3,89), surgen directamente del cumplimiento de la entrega de una cosa (*re*): es decir, él quiere subrayar que, en las obligaciones que derivan de delito, la obligación surge directamente de la comisión del delito, y es el hecho delictuoso mismo la causa obligacional que plasma las consecuencias, a cuya determinación no concurre la voluntad de las partes.

En relación con los cuatro supuestos citados, he indicado también que existieron intervenciones del pretor; que sin embargo no modificaron el fundamento civilista de estos y el consecuente enfoque dogmático que ve derivar directamente del supuesto de hecho la relación obligatoria, como fundamento de la acción respectiva.

40 Me refiero a la noción de "particular" presente en D. 1,1,1,2.

La doctrina a veces interpreta este protagonismo de los particulares sólo como expresión de debilidad de la acción "del Estado", pero considero que ello expresa más bien la inclusión directa y difundida del ciudadano y de las estructuras familiares en formas de tutela que van más allá de la búsqueda de la satisfacción resarcitoria y de la aplicación de criterios de distribución de los daños, y se desarrolla en relación con aquello que se ha ido plasmando como reproche y "pena".

con las pretensiones reipersecutorias que tienen la función de reintegrar un daño patrimonial que derive o del incumplimiento de una obligación (cfr. también infra III.) o de la falta o inadecuada restitución luego de una usurpación o menor turbación de un derecho real (cfr. también infra IV-V); d) La intransmisibilidad pasiva frente a los herederos del reo<sup>41</sup>, y e) La noxalidad, como alternativa entre pago de la pena y entrega del autor del delito cometido por una persona sometida a la potestad de otros, alternativa en la cual se manifiesta el carácter personal de la responsabilidad (sobre este punto, cfr. también infra IV).

Todas estas características son expresión coherente de una continuidad entre la pena corporal y la obligación que tiene por objeto la pena pecuniaria que se define, precisamente, por permanecer primariamente personal; relacionada en el reproche social de un reo, con la "punicción" por una culpa suya (o dolo), y no con una problemática de repartición de los daños.

GAYO entonces, en el texto de las Instituciones recordado, ha recogido el fruto de este desarrollo, madurado por más de dos siglos, y ha unificado base en el concepto fuerte de "delito" los cuatro supuestos de hecho mencionados<sup>42</sup>, de los cuales ha puesto en primer plano: a) Fuente de obligación, y b) Paralelas al contrato<sup>43</sup>.

## **B. El estar obligados "como de delito" y el surgimiento de hipótesis de responsabilidad sin culpa**

A los delitos del derecho civil indicados, el pretor agrega, ya desde edad temprana (siglo II y I A. C.), la previsión de otros numerosos supuestos de hecho, respecto de los cuales concede acciones pretorias que tienen características similares a las acciones penales precitadas, que son de tanto en tanto adaptadas. Entre estas acciones, se pueden recordar las acciones para garantizar la seguridad de quien pasa o se demora por las calles respecto de cosas que se derramen o sean arrojadas por la ventana, que prevé una responsabilidad de quien habita en la casa aun sin su hecho o culpa (sobre esta, cfr. también infra). Entre estas acciones existían también aquéllas contra quien administraba una nave, un local, o un establo o

41 D. 47,8,2,27.

42 GAI. 3,182-225.

43 Se podría subrayar que, en los delitos, el efecto del nacimiento de una obligación no es querido por el autor del hecho, mientras en los contratos es querido, como es específicamente subrayado por GAI. 3,91(al final).

Esta observación sobre la voluntad de los efectos podría relacionarse con cuanto he recordado supra (nota 22) a propósito de la división de ARISTÓTELES en cuanto a las relaciones de la justicia correctiva. Sin embargo, el pago de lo indebido, indicado en GAI. 3,91 como una fuente de obligación no querida, no es en realidad ni siquiera un delito. Resulta confirmada una cierta insuficiencia de la bipartición, y también que la influencia de la bipartición de ARISTÓTELES sobre la bipartición de GAI. 3,88 se debe aceptar en términos generales.

caballeriza, por el daño o el hurto de bienes cometido por ellos mismos o por sus dependientes en los lugares donde estos bienes habían sido recibidos<sup>44</sup>, que deja ver una responsabilidad por el hecho del tercero que colabora en una empresa, aun sin culpa de aquél que ejercita tal empresa, en consideración de la confianza que el pasajero ha depositado en él. Entre estas acciones de origen pretorio se puede también recordar la conocida acción por el dolo, luego absorbida en parte por la colocación del dolo como vicio de la voluntad en los negocios jurídicos, que sin embargo no ha agotado su función<sup>45</sup>. Se pueden recordar las acciones por la corrupción del siervo<sup>46</sup>, por la violación del sepulcro<sup>47</sup>, por la violencia del encargado de la recaudación de los impuestos<sup>48</sup>, por el juez que haya juzgado abusando de su poder<sup>49</sup>, etc.

Bajo el perfil dogmático, la ciencia jurídica romana ha concluido que también de estas acciones creadas por el pretor y de los supuestos por él delineados nacen obligaciones. GAYO sabe que debe tenerlas en cuenta en aras de una construcción del sistema de las fuentes de las obligaciones más completa<sup>50</sup>. En esta reelaboración, GAYO, con referencia a las varias causas de obligación, considera precisamente una serie de causas típicas de obligaciones de las cuales subraya que no son ni contratos ni delitos, y, en relación con algunas, alude a una similitud de sus efectos con aquéllos relacionados con una acción de contrato, aun no siendo contratos<sup>51</sup>; respecto de otras, y ello tanto para los supuestos del juez que haya abusado de su poder, como de las cosas derramadas o arrojadas por una ventana, del comandante de una nave o del dueño de un hotel o establo por los delitos de sus colaboradores, observa además que el autor del hecho resulta estar obligado "como de delito"<sup>52</sup>, pero no configura categorías unificadoras, y prefiere colocar en primer plano la tipicidad de cada una de estas "diversas figuras de causas". Desarrolla, en fin, una reflexión esencialmente atenta a la tipicidad, y da sólo ejemplos, sin siquiera pretender hacer un elenco completo.

Estas intervenciones del pretor integran, a su vez, la protección de bienes tutelados con respecto a los delitos vistos, y amplían la gama de los bienes tutelados. Algunos de estos supuestos típicos configuran una responsabilidad sin culpa que es afirmada en consideración de razones particulares de cada uno, que prevalecen

44 D. 4,9; D. 47,5.

45 D. 4,3.

46 D. 11,3.

47 D. 47,12.

48 D. 39,4,1.

49 GAI. 4,52; D. 5,1,15,1; D. 50,13,6.

50 D. 44,7,1 pr., sobre el cual supra nota 23.

51 D. 44,7,5 pr., 3.

52 D. 44,7,5,4-6. Algunos estudiosos, sin embargo, piensan que ésta es una posterior alteración del texto.

frente a la coherencia lógica de la relación entre reprochabilidad de la conducta y punición; se desarrolla aquí la consideración de un rol no aflictivo de la sanción sino resarcitorio, sobre la base de exigencias de repartición de los daños.

### **C. J. 3,13,2: las obligaciones que nacen de delito y como de delito en la sistematización de las Instituciones de JUSTINIANO**

La sistemática de las Instituciones de GAYO está en la base de las Instituciones de JUSTINIANO; en éstas, sin embargo, son reunidas en forma programática las obligaciones civiles y las pretorias<sup>53</sup>, y, por tanto, deben tratarse los supuestos de hecho que son fuente tanto de unas como de otras.

En las Instituciones de JUSTINIANO son tratados sobre todo los cuatro delitos considerados por GAYO en sus Instituciones<sup>54</sup>: en J. 4,1-4 son tratados unitaria y sucesivamente el hurto, la rapiña, el daño provocado injustamente, las lesiones y ofensas injustificadas a las personas, y la figura del delito permanece con toda la complejidad que tenía para los clásicos en relación con los bienes tutelados, y con el significado de la obligación por una pena, en la cual el perfil aflictivo, punitivo se relaciona con la iniciativa de los particulares (aun con una serie de reconsideraciones significativas, sobre las relaciones con la tutela resarcitoria y con aquélla criminal<sup>55</sup>).

También en las Instituciones, junto a los delitos indicados, se colocan los supuestos de origen pretorio del juez que abuse de su poder en el juzgar; de las cosas derramadas o arrojadas desde una ventana, o colgadas en modo peligroso; del comandante de una nave o de los que están al frente de un hotel o de un establo de animales por los delitos de sus colaboradores (J. 4,5), que amplían la gama de los bienes tutelados. En relación con estas figuras de causas de obligaciones, en vez de conservar el método de la tipicidad, que permite poner en evidencia sólo las particularidades de cada supuesto y de los efectos que han sido previstos, se utiliza la ambigua locución unificadora presente en el citado texto de GAYO: "como de delito"<sup>56</sup>. Existen en consecuencia obligaciones de "delito" y "como de delito", con un agregado a la categoría del delito de una segunda categoría frente a la cual habrá siempre dificultad de determinar su individualidad y el criterio de distinción respecto de la otra. Estas dos categorías se agregan a una reflexión paralela en materia de contratos, y así se presenta una cuatripartición de las fuentes

53 J. 3,13,1. Es necesario siempre tener presente que cada división en especies es contemporáneamente, así sea sólo implícitamente, constitutiva del género unitario, que es precisamente dividido; en el caso específico, el género está constituido por la "obligación" definida en J. 3,13 pr.

54 GAI. 3,182-225.

55 Ver p. ej., J. 4,3,11; J. 4,4,8.

56 D. 44,7,5,3-6.

de las obligaciones: de contrato, como de contrato, de delito y como de delito (J. 3,13,2).

Las hipótesis señaladas como obligaciones "como de delito", como he evidenciado, son heterogéneas. En el intento de volverlas homogéneas, emerge una línea interpretativa que, aun con atenuaciones, quiere reconocer un genérico "haber pecado"<sup>57</sup> de la persona obligada (en las fuentes griegas se pasa del estar obligado "como de delito", al haber cometido un "cuasi delito", con un cierto "color de culpa"). Ello reflejaría una tendencia divergente respecto del complejo sistema establecido en D. 9, al cual me referiré a continuación.

#### **D. Las obligaciones de delito y como de delito, y su distinción de los efectos del incumplimiento de las obligaciones (la distinción de la responsabilidad extracontractual de aquélla por incumplimiento de las obligaciones)**

La particularidad de la obligación respecto de la variedad de los vínculos, deberes, cargas, etc. y las diferentes divisiones de sus fuentes evidencian todas ellas la distinción entre responsabilidad extracontractual, que deriva de delito y figuras afines, y responsabilidad contractual, que es consecuencia del incumplimiento de obligaciones. Este último ocurre dentro del vínculo obligatorio específico, existente entre las partes, que posee las características ya señaladas, surgido de la fuerza de una fuente destinada a ello, y que produce la sustitución de tal primer vínculo con otro cuya prestación está constituida por una suma de dinero del valor de la prestación no cumplida y del daño previsible. En relación con algunas fuentes de la obligación, luego, la voluntad de las partes concurre en la modelación de la prestación y las modalidades de la misma, pudiendo inclusive incidir sobre las consecuencias del incumplimiento y sobre los criterios de responsabilidad. Ciertamente, a veces el mismo hecho puede constituir sea un delito sea el incumplimiento de una obligación, y, a veces, el contenido del acuerdo contractual coadyuva en la definición del ámbito de la licitud y de la ilicitud de la misma conducta del delito, e inclusive puede darse concurso entre las dos formas de responsabilidad: así p. ej., entre comodato y hurto<sup>58</sup>, entre locación y hurto<sup>59</sup>, entre locación y daño injustificado<sup>60</sup>, etc.; las dos formas de responsabilidad, por otra parte, permanecen diferenciadas.

La distinción de la responsabilidad extracontractual de aquélla por incumplimiento de las obligaciones ha guiado la reflexión de los juristas romanos y de los juristas posteriores para desembocar en los artículos en la materia de los códigos civiles, sea en aquéllos en los cuales ella continúa siendo configurada sobre las categorías

57 J. 4,5 pr.

58 D. 47,2,72 pr.

59 D. 44,7,34,2.

60 D. 9,2,7,8; 9,2,27,11 etc.

del "delito" y del "cuasi delito" (C. C./1804, art. 1370; C. C./1865, art. 1097; C. C. Chile/1857, art. 2314; C. C. Argentina/1871, art. 1073), sea en aquéllos en los cuales se utiliza la categoría del "acto" o "hecho ilícito" (BGB/1900, art. 823; C. C./1942, art. 1173). También los proyectos de unificación del Derecho en Europa se numeran en esta dirección, que es común, como se señaló al inicio, a los Principios Generales del Derecho de la República Popular China (arts. 111 ss.)<sup>61</sup>.

#### IV. LA CONSTRUCCIÓN DEL LIBRO 9 DEL DIGESTO

##### A. El surgimiento de la concurrencia de la persecución penal privada y de aquélla pública, y la tendencia a la formación del derecho penal unitario con D. 47-48

Respecto a las figuras de los delitos y aquéllas creadas por el pretor que se asimilan a las primeras, ya a partir del siglo I A. C., asistimos al inicio de un proceso de identificación de nuevos crímenes, algunos de los cuales coinciden con las formas más graves de los hechos ilícitos que se comprenden en las figuras de los delitos privados (p. ej., la Ley Cornelia sobre las lesiones y ofensas a las personas identifica un crimen público en el cual cabe incluir hechos que pueden ser también subsumidos en el delito de lesiones y ofensas injustificadas a la persona), y se desarrolla un concurso alternativo entre sanción aflictiva pública y obligación por una pena pecuniaria privada<sup>62</sup>. A este proceso de "publicización" de la reacción

61 Ver los resultados de los trabajos del Grupo coordinado por VON BAR, y el del Grupo de trabajo sobre los actos ilícitos (de éste ver *European Group of Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, New York, 2005).

Un encuadre que parece unificar la "responsabilidad" lo encontramos por último en Francia, en el reciente Pre-Proyecto de reforma del Derecho de las obligaciones (coordinador P. CATALA, F. HINESTROSA (trad. al esp.), Bogotá, 2006): en éste, en efecto, existe una parte dedicada en modo unitario a la "responsabilidad civil" (coordinadora G. VINEY), en la cual es relacionada tanto la responsabilidad contractual como aquélla extracontractual, proponiendo una sensible modificación del Código Civil francés vigente (art. 1146 ss. y 1382 ss.). Sin embargo, luego, la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual es introducida nuevamente: en efecto, en relación con los presupuestos de los cuales deriva la responsabilidad, el Pre-Proyecto identifica sea elementos comunes (art. 1343 ss.: el daño resarcible, la relación de causalidad, las causas de exclusión de la responsabilidad, es decir la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención determinante del hecho del damnificado o de un tercero por el cual el damnificado no responde), sea elementos diversos (art. 1352 ss. y 1363 ss.), por lo que no es el supuesto del cual deriva responsabilidad extracontractual, otro aquél del cual deriva responsabilidad contractual. El Pre-Proyecto luego reafirma el principio propio de la tradición francesa por el cual, en presencia de ilícito contractual, no se puede optar por la responsabilidad extracontractual (art. 1341, inc. 2), y ello para tutelar las cláusulas específicas que las partes pueden haber convenido a fin de regular la responsabilidad contractual misma.

62 Ver p. ej. D. 47,10,5,7 etc.; J. 4,4,8.



frente a los hechos ilícitos, además de la penetración de la persecución de los hechos ilícitos mismos por obra de los magistrados, y por ende también de la irrogación de penas públicas en ámbitos de tutela precedentemente confiados a la sola reacción de los particulares, se acompaña la posibilidad de hacer valer asimismo las pretensiones constituidas por las obligaciones a la pena pecuniaria privada en el ámbito del proceso relativo a los crímenes públicos, que en el entretanto había ido cambiando de forma<sup>63</sup>. Esta posibilidad, de acercamiento directo de los dos tipos de persecución del hecho ilícito dentro del mismo proceso, concentra el valor de la reprochabilidad social sobre la pena pública y abre la vía a una reinterpretación de la pena pecuniaria objeto de obligación en la cual se acentúa el perfil resarcitorio del daño (se desarrolla la elaboración de la noción de acciones mixtas, que persiguen pena y resarcimiento<sup>64</sup>).

Conjuntamente con este proceso de "publicización" de la reacción frente a los hechos ilícitos emerge un enfoque dirigido a resaltar los perfiles de unitariedad del fenómeno de la represión penal. Esta transformación es guiada por la ciencia jurídica que viene elaborando obras específicamente dedicadas a la represión de los hechos ilícitos<sup>65</sup>.

Si en las Instituciones de JUSTINIANO permanece, como vimos, la sistemática institucional de GAYO, en los Digesta se recogen, en cambio, los frutos del último enfoque: en efecto, la unidad de los delitos y de los supuestos que se le asimilan presente en las Instituciones, se despedaza; una parte de los primeros, ello es, el hurto, la rapiña, y las lesiones y ofensas a la persona, con su designación sistemática de "delitos privados", son atraídos dentro de un cuadro de coherencias que acentúa el perfil de la reprochabilidad social, y se forma un bloque de materia constituido por los libros 47 y 48 de los Digesta, en los cuales tales delitos son agregados a los hechos ilícitos, cuya persecución es iniciada durante el Principado en el ámbito de la ya mencionada nueva forma de proceso, y a los crímenes públicos, cuyo origen está radicado en el sistema procesal de los jurados populares; estos tres grupos de hechos ilícitos constituyen el nuevo y articulado Derecho penal<sup>66</sup>. El cuarto delito, esto es, el daño injustificado, constituye la parte central del libro D. 9.

63 Me refiero al paso del procedimiento de los jurados populares (*quaestiones*) al nuevo procedimiento inquisitorio, extraño al ordenamiento de tales tribunales.

64 Ver J. 4,6,18 s.

65 Ver p. ej. las obras *De los juicios públicos* de MARCIANO, VENULEYO, MECIANO, MACRO, PAULO; las monografías de PAULO *Sobre las penas a los particulares*, *Sobre las penas a los militares*, *Sobre las penas de todas las leyes*, y aquella *Sobre los crímenes punidos por el proceso extra ordinem*; la monografía de SATURNINO *Sobre las penas a los particulares*; los cuatro libros de MODESTINO *Sobre las penas*; las obras de PAPINIANO, de PAULO y de ULPIANO *A la ley Julia sobre los adulterios*; la obra de MARCIANO *al Senadoconsulto Turpilliano*, etc.

66 XUE JUN ha iniciado la traducción de estos dos libros, uno de los cuales (D. 48) ha sido publicado recientemente, Pekín, 2005.

## B. La composición del libro 9 del Digesto

En el Digesto, el tratamiento de la Ley Aquilia, que como hemos visto constituye la sede del principio general en materia de responsabilidad extracontractual, se desarrolla dentro de un libro cuya composición es obra de los juristas que colaboraron con JUSTINIANO. Al contenido de este libro no se le atribuye ninguna designación unificadora, y sin embargo su construcción constituye un momento unificador y una contribución sistemática importante.

Este libro se abre (D. 9,1) con el examen del daño causado por animales domésticos independientemente de un comportamiento humano, supuesto previsto por la Ley de las XII Tablas<sup>67</sup>, anterior a la Ley Aquilia. El propietario del animal está obligado según las reglas de la noxalidad, con base en las cuales él también puede librarse de la obligación de pagar la pena por el daño producido por el animal entregando a la parte lesionada el animal mismo<sup>68</sup>. El supuesto se caracteriza por la ausencia de culpa de parte del propietario, tanto que si existiese en cambio una culpa suya él respondería por su conducta con base en la Ley Aquilia y no por el hecho del animal<sup>69</sup>.

Sigue, como se ha dicho, el tratamiento de la Ley Aquilia. A ésta sigue ulteriormente, en D. 9,3, con un cambio de lugar con respecto al precedente orden clásico<sup>70</sup>, el tratamiento del Edicto del Pretor relativo al supuesto de las cosas que se han derramado o que han sido arrojadas de un edificio a una vía pública o a otro lugar donde las personas transitan o se detienen, provocando muerte, lesiones o daños a personas o cosas, incluso sin culpa o sin hecho alguno de aquél que habita la casa, quien está obligado al pago de la pena pecuniaria fija establecida, en caso de muerte de una persona libre; a cuanto resulte equitativo, en caso de herida de una persona libre; al doble, si derivan daños a cosas<sup>71</sup>. La razón por la cual aquél que habita el edificio está obligado incluso sin su culpa reside en la necesidad de seguridad para la generalidad de las personas, y de compensar la dificultad de impedir los peligros derivantes del hecho de que se construyan edificios por cuya presencia y uso puede derivar un daño que, aun en ausencia de una culpa de un sujeto a cargo del cual ponerlo, no se considera justo que deba ser soportado por el lesionado, por lo que surge de todas maneras una obligación al pago de una suma de dinero<sup>72</sup>. A este edicto se agrega entonces, en el mismo título, el tratamiento del edicto relativo al supuesto de las cosas que son colocadas o colgadas en el cobertizo o alero del tejado de una casa, –ante cuyo peligro– de

67 Ver XII Tablas 8,6, citadas por Ulpiano en D. 1,1,1 pr.

68 D. 9,1,1 pr.; 9,1,1,12-16.

69 D. 9,1,1,4-8.

70 Ver O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3.<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1927 (rep. Aalen, 1924), 173 s.

71 D. 9,3,1-5,5.

72 D. 9,3,1,1.

caída sobre la vía pública cualquiera puede accionar con la acción popular por una pena pecuniaria establecida en vía preventiva frente a aquél que tiene dichas cosas en tales condiciones<sup>73</sup>.

El libro se concluye con el tratamiento de la noxalidad (D. 9,4), también ésta insertada con un cambio respecto del orden precedente<sup>74</sup>, que evidencia la responsabilidad del propietario por el hecho de otra persona, el siervo, sometido a su potestad. En verdad, la noxalidad pone en evidencia la responsabilidad general del autor del hecho por cuanto él ha llevado a cabo, aun cuando se trate de una persona bajo la potestad de otros: el titular de la potestad misma, que es el único que puede ser llamado en juicio, está obligado a entregar al autor del delito<sup>75</sup>. Él, sin embargo, puede evitar tal entrega pagando la pena pecuniaria que constituye la composición legal por el delito mismo. La noxalidad por ende pone en evidencia también que el titular de la potestad está obligado en base a tal cualidad suya, y se debe subrayar que él no está obligado por una culpa suya, tanto que si una culpa existiese, incluso sólo por no haber impedido el hecho ilícito habiéndolo podido impedir, él respondería en base a esta conducta omisiva reprochable como autor del hecho ilícito, y no a título noxal por el hecho del sometido.

**C. La adición al principio general, según el cual la culpa que provoca daño debe ser castigada, de particulares hipótesis típicas en las cuales, aun prescindiendo de la culpa, los daños deben de todas maneras resarcirse**

Como se ve, el principio general según el cual la culpa que, sin causas de justificación, ocasiona a otros un daño lesivo de un bien jurídicamente tutelado, debe ser castigada, derivado de la Ley Aquilia (supra II. A.), en este libro del Digesto se coloca en el centro y se integra agregándole algunos supuestos típicos en los cuales, por razones específicas y propias de cada uno, este principio es derogado y aparecen en cambio otros criterios con base en los cuales un sujeto está obligado al pago de una sanción pecuniaria relacionada con el daño producido, es decir, el criterio de la titularidad del derecho de propiedad del animal doméstico que ha producido el daño o el criterio de la titularidad de la potestad sobre la persona que ha producido el daño, o el criterio del habitar el edificio, gozando de las ventajas, cuando de este edificio se haya derramado o se haya caído alguna cosa.

73 D. 9,3,5,6-13.

74 Ver LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 159 ss.

75 Ver también GAI. 4,76 ss. Nótese que la acción no se intenta contra el padre de familia que tiene al autor del delito en su potestad al momento en que comete el delito, sino contra aquél que lo tiene al momento en que la acción es intentada, y si el autor del delito se vuelve independiente de la potestad ajena, se intenta directamente contra él, mientras si luego muere, la acción se extingue; también esta regla hace manifiesto que el padre de familia está obligado con base en una relación con el hecho ilícito fundada sólo sobre la relación con el autor del hecho ilícito mismo.

En este libro del Digesto, se reúnen y componen unitariamente perspectivas que habían madurado en momentos y por exigencias diversas, construyendo la base de un sistema complejo fundado sobre un principio general, aquél de la culpa, capaz de expandirse dinámicamente a cualquier situación concreta inclusive nueva (supra II. A), y que es integrado por hipótesis típicas de responsabilidad sin culpa, previstas por el legislador sobre la base de razones propias de cada una de éstas, que inducen a considerar que el daño no sea soportado por parte de quien lo ha sufrido, sino que sea de todas maneras adosado a otro sujeto.

El Derecho romano, en el largo período de la formación de su sistema, desde los orígenes de Roma a JUSTINIANO, no usa el término-concepto "responsabilidad", que hoy en cambio usamos bastante difusamente. Este término aparece en el lenguaje jurídico a partir del 1700; las primeras corroboraciones del mismo las encontramos en Italia y en Inglaterra<sup>76</sup>, luego en Francia (aun si es poco usado en el Código Civil de 1804<sup>77</sup>). El sustantivo "responsabilidad" deriva del verbo latín "*respondere*", verbo que es usado para indicar el "responder" a una pregunta asumiendo una obligación, garantizando alguna cosa. Este verbo, luego, es usado también para indicar el responder a una acusación, a una citación en juicio a causa de hechos ilícitos; y en fin, para indicar el ser llamado a soportar las consecuencias de un hecho ilícito, y una condena<sup>78</sup>. La elaboración dogmática actual del término-concepto sistemático "responsabilidad" parte de este significado bastante extendido, que permite incluir, en una categoría unitaria, supuestos de hecho bien diferentes, y también aquéllos que constituyen la base de la responsabilidad de personas que no tienen culpa en el hecho lesivo o cuya conducta, inclusive, no puede ponerse en relación de causalidad con el hecho lesivo, pero que están obligadas igualmente, sobre la base de criterios de conexión diferentes (propiedad y/o uso de una cosa que provoca el hecho lesivo; dirección de la empresa de cuya actividad deriva el hecho lesivo; dirección de la educación de personas que provocan el hecho lesivo; dirección del trabajo de personas que provocan el hecho lesivo, etc.). En el ámbito de este enfoque unitario, parece que se buscara el correcto equilibrio entre la regla: "la

76 El término *responsability*, en inglés, es un término producido sobre la base de la lengua latina como muchas otras palabras inglesas del lenguaje jurídico (*contract, obligation*, etc.).

77 Ver el artículo 454 inciso 2 con referencia a la "responsabilidad" del tutor por sus colaboradores; artículo 1384 inciso 5 con referencia a la "responsabilidad" del padre, madre, patrones, comitentes, preceptores y artesanos por el hecho de los hijos menores convivientes, domésticos, vendedores, alumnos y aprendices; artículo 1898 para aquél que da en préstamo una cosa defectuosa; artículo 1992 inciso 2 para el mandatario; artículo 2137 también respecto del tutor en relación con la actividad de conservación de los registros de las hipotecas.

78 Sobre el origen de este término, ver S. SCHIPANI, *Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità, en Illecito e pena privata*, cit., 129 ss., allí refiero resultados nuevos sobre el origen de éste, que cambian respecto de lo que fue afirmado con precedencia. El término está hoy cargado de significados generales también en el ámbito filosófico y ético. Se debe tener presente que su uso en los códigos civiles es todavía bastante limitado.

culpa, que provoca un daño, se debe punir", —que si fuese la única regla podría llevar a limitar siempre el resarcimiento del daño a la presencia de la culpa de la persona autora del mismo—, y la regla: "los daños deben ser resarcidos", según criterios de la llamada responsabilidad objetiva —que si fuese la única regla podría llevar a la necesidad de resarcir todo daño, tal vez sostenible sólo en el marco de una total socialización del resarcimiento mismo—.

El libro D. 9 ofrece la base para este equilibrio: la primera regla, derivada de la Ley Aquilia, constituye el principio general, capaz de expansión dinámica y directa; la serie de supuestos típicos en los cuales tal principio se deroga y se usan en cambio otros criterios con base en los cuales un sujeto, también sin su culpa o hecho, está obligado al pago de una sanción pecuniaria relacionada con el daño que se ha producido, integra el principio mismo con el criterio de la tipicidad en el reconocer circunstancias en las cuales el daño, de todas maneras, debe ser resarcido.

Este equilibrio es seguido; aunque con oscilaciones que llevan a veces a comprimir o reducir las hipótesis de responsabilidad sin culpa<sup>79</sup>, y que a veces, en cambio, pretenden poner en el mismo plano la responsabilidad objetiva, que puede valer también para enteros sectores, pero siempre específicamente determinados.

#### D. La prevención y las acciones populares

Poco antes dejé en evidencia el rol de prevención con respecto al evento de daño que se realiza a través del deber de observar las reglas de diligencia, pericia, prudencia, y a través de la punición de la culpa, que es la falta de observancia de tales reglas. En relación con los supuestos de hecho por los cuales, por razones particulares, se prevé una responsabilidad sin culpa, decae incluso la correlativa función de prevención que el deber de diligencia, pericia, prudencia cumple. El complejo de materia incluido en D. 9 admite, en el título 3, el uso, incluso antes

79 Ya en otra ocasión he indicado que el Código Civil 1942 reafirma el principio de la culpa (art. 2043) y lo integra con otras hipótesis típicas de responsabilidad relacionadas con otros criterios: p. ej., en materia de responsabilidad por la conducta de terceros (art. 2047 C. C., sobre el daño causado por el incapaz; 2048, sobre la responsabilidad de los padres, de los tutores, de los preceptores y de los maestros; 2049, sobre la responsabilidad de los padrones y de los comitentes; Ley 117 de 1988 sobre el resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de las funciones judiciales); por cosas y actividades peligrosas (art. 2051 C. C., sobre el daño causado por cosas en custodia; 2052, sobre el daño causado por animales; 2053, sobre la ruina de edificio; 2054 inciso 4, sobre la circulación de vehículos; 2050, sobre la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas; DPR. 1124 de 1965 art. 2; Código Navegación, arts. 482 y 469); por riesgos de la producción industrial (Ley 1860 de 1962 sobre responsabilidad civil dependiente del empleo pacífico de la energía nuclear; Ley 349 de 1986 sobre la responsabilidad por daño ambiental; DPR. 224 de 1988 sobre la responsabilidad por daño de productos defectuosos).

de la realización del hecho lesivo, de las acciones populares, a través de las cuales cada ciudadano participa de la actividad de prevención<sup>80</sup>.

El recurso a este instrumento fuerte de inclusión de los ciudadanos es una riqueza adicional de esta regulación; que ha sido aprovechada por pocos códigos civiles (cfr. el Código Civil de Chile, de 1857, arts. 2333 2334<sup>81</sup>), pero que integra muy oportunamente los instrumentos propios de la responsabilidad y merece ser analizado atentamente para reforzar el momento de la prevención del daño con respecto a aquél del resarcimiento.

### **E. La distinción entre la tutela de los derechos reales y la responsabilidad prevista en D. 9**

Este libro D. 9 está inmediatamente después de la regulación de los derechos reales (D. 6-8): propiedad<sup>82</sup>, enfiteusis<sup>83</sup>, usufructo<sup>84</sup>, cuasi-usufructo<sup>85</sup>, obras de los siervos<sup>86</sup>, uso y habitación<sup>87</sup>, servidumbres prediales<sup>88</sup>. En el ámbito de la regulación de estos derechos, se examina su tutela mediante acciones reales, contra las usurpaciones y las menores turbaciones de los mismos; es decir, la acción de reivindicación de la cosa ejercitable por el propietario contra quien posea ilegítimamente la cosa misma con el fin de obtener su restitución<sup>89</sup>, o del usufructo<sup>90</sup>, o de las servidumbres<sup>91</sup>, etc.; la acción negatoria ejercitable por el propietario contra quien ejerza otras turbaciones en relación con la cosa, sosteniendo ilegítimamente la titularidad de un derecho real sobre cosa ajena<sup>92</sup>, etc<sup>93</sup>.

80 Las acciones populares pueden tener amplia utilización también en otros ámbitos y también en presencia de daños ya producidos, pero claro, antes que exista un lesionado, y sobretudo cada miembro de la totalidad de los posibles lesionados puede tomar la iniciativa para que se eviten o se remuevan, en la medida de lo posible, las situaciones peligrosas.

81 Ver la trad. en chino de Xu Diyu, Wuhan, 2003.

82 Incluida la llamada propiedad pretoria, D. 6,2.

83 D. 6,3.

84 D. 7,1-4.

85 D. 7,4.

86 D. 7,7.

87 D. 7,8.

88 D. 8. La elaboración propia del Derecho del suelo explica la falta de colocación en estos libros: ver D. 48,18.

89 D. 6,1-2.

90 D. 7,6.

91 D. 8,5.

92 D. 7,6 y 8,5.

93 No es posible aquí siquiera una mención sobre los otros instrumentos de tutela, como la acción de regulación de los límites, la denuncia de obra nueva, la garantía de daño temido, la acción de regulación de las aguas, y los interdictos posesorios de despojo y conservación etc., ni sobre la sistemática de su tratamiento (D. 10,1; 39,1; 39,2; 39,3; 43,16-24).

La cercanía de D. 9 al tratamiento de los derechos reales es el reflejo de la prevalencia de la tutela de los intereses de los propietarios contenida en tal título<sup>94</sup>; pero la distinción, como quiera que sea, es neta, aun si existe una coordinación relativa a aquéllas que podrían ser calificadas como zonas de contacto. La agresión de la propiedad que consista en la discusión de la titularidad misma del derecho y en la usurpación de la posesión, o también en la pretensión de ejercicio de otro derecho real respecto de la cosa, así como la lesión de los otros derechos reales, no produce en primer lugar, en aquél que la ha llevado a cabo, una obligación a pagar una sanción pecuniaria. El derecho real consiste en una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa no requiere una cooperación activa de los otros, y, correlativamente, la reivindicación de la cosa, o de otro derecho real, tiene como objetivo primario el restablecimiento de tal relación que ha sido turbada; de frente a la acción real rige el principio de que ninguno está obligado a asumir la defensa de la cosa misma<sup>95</sup>: basta, en efecto, que el demandado se retire de la controversia frente al magistrado antes de que esta sea definitivamente instaurada, o basta también que el demandado efectúe la restitución o el restablecimiento en el momento en el cual el juez se ha convencido de que el demandado no tiene razón y antes de la condena. Ciertamente, a veces, pueden haber intervenido hechos relativos al goce de la cosa, a la producción, recolección, consumo de frutos, o a la realización de gastos, etc. que vuelvan más articulado el objeto de la restitución, pero ello no altera la esencia, y la relativa relevancia de la distinción entre posesión de buena y mala fe a fin de regular estos aspectos de la restitución misma. A veces puede haber intervenido también un hecho ilícito, p. ej. un hecho de daño injusto a una cosa objeto de acción real; en estos casos, la tutela con base en la Ley Aquilia se realiza con un procedimiento independiente, pero, por razones de economía procesal, vemos que puede también tratarse dentro de la acción real, ello sin embargo sólo con la condición de que el actor renuncie a la independiente acción de delito, condición que confirma la estructural distinción entre éstos dos tipos de tutela de las cosas<sup>96</sup>. La distinción entre estas dos formas de tutela permanece nítida<sup>97</sup>. Lo mismo vale para la tutela posesoria, para la reintegración frente al despojo, es decir la sustracción de la posesión del bien que uno posee, o también

94 He indicado arriba cómo la tutela con base en la Ley Aquilia por los daños ocasionados a una persona libre es el fruto del desarrollo apenas iniciado, y lleno de problemas. He indicado además cómo, en cambio, la tutela para el hurto fue atraída hacia otra parte del Digesto en relación con la tendencial unificación del Derecho penal.

95 D. 50,17,156 pr. (primera parte); 6,1,80, sobre el cual es fundamental G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944, 232 ss.

96 Ver D. 6,1,13,14; D. 6,1,27,2; D. 6,1,36,1; sobre el punto S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971.

97 Ver las acciones para tutelar la propiedad en el Código Civil italiano de 1942, artículo 948 y siguientes, y la distinción entre poseedor de buena y de mala fe en los artículos 1148 y siguientes.

para la conservación de una situación posesoria en acto y la prevención respecto a peligros futuros<sup>98</sup>.

**F. La acentuación de la consideración del daño y de su resarcimiento, y la atenuación, pero permanencia, de la consideración de la punición de un delito**

Podemos resaltar que la separación, en el orden sistemático del Digesto, del daño injusto respecto de los otros delitos privados, en el momento en que éstos son reunidos en el ámbito del Derecho penal, expresa un alejamiento de la concepción de la cual la categoría del delito privado es portadora. Ello es coherente con otros signos de atenuación del enfoque penal respecto de la tutela frente al daño injusto, como la categoría de las acciones mixtas, ya recordada. Por una parte, nos damos cuenta de que, en este libro del Digesto, está ya potencialmente presente un enfoque que puede llegar a cancelar del todo el carácter penal y que, en consecuencia, llega a una concepción puramente resarcitoria del daño, con todas sus implicancias con respecto a los caracteres del delito recordados. Ello, además, está en consonancia con las hipótesis de responsabilidad sin culpa. Por otra parte, no podemos esconder el permanente perfil aflictivo incluso en la reacción frente al delito, y en el principio de la culpa que permanece en el centro de esta regulación, y que, como se vio, es más explícito en el tratamiento de las Instituciones (supra III). Al parecer, las dos perspectivas buscan un punto de encuentro.

No obstante el hecho de que algunos códigos civiles conservaron la categoría del "delito", y del "cuasi delito" (supra III. D), es de D. 9 de donde deriva el conjunto de supuestos previstos (en efecto, fueron excluidas las figuras del hurto, rapiña y lesiones y ofensas a la persona, mientras que se encuentran incluidas, p. ej., según el C. C. fr./1804, arts. 1382 ss. el principio general, la responsabilidad por los hechos de los animales propios, por los hechos de las personas de las que se debe responder, por las cosas inanimadas de las cuales se tiene la custodia), y con un desarrollo unilateral, la función se orienta prevalentemente al resarcimiento del daño.

Sin embargo, el problema merece ser señalado y nuevamente discutido, y es un síntoma de ello el hecho de que un reciente proyecto francés lo repropone en modo explícito. En efecto, en tal proyecto se prevé la determinación de un "daño punitivo", es decir, se prevé (art. 1371) que en caso de una culpa manifiestamente deliberada, especialmente de una culpa lucrativa, el autor puede ser condenado a pagar, a más del "daño compensatorio", un "daño punitivo", que debe ser distinto del primero, y que no es asegurable, y con el cual "el juez tiene la facultad de

98 Los instrumentos de tutela posesoria son tratados en el Digesto prevalentemente en el libro D. 43, como se indicó supra; en el Código Civil italiano de 1942 ver artículos 1168 y siguientes.



beneficiar parcialmente al Tesoro Público". Me parece que esta propuesta revela la percepción de una exigencia que la ambivalencia de los textos de JUSTINIANO tal vez no había eliminado oportunamente, y que el problema puede ser útilmente examinado, en primer lugar partiendo de cuanto el sistema pone a disposición, adecuándolo a las nuevas exigencias.

### **G. Condena a una pena por aquello que es "bueno y equitativo" y exigencias específicas de la tutela de la persona**

La categoría romana del delito, y de la correlativa pena privada, incluye la tutela de cosas y personas (supra, III), y estas últimas no por su relevancia patrimonial con referencia al daño injusto de la Ley Aquilia, sino por su relevancia personal, valorable según aquello que es "bueno y equitativo" con referencia al delito de lesión y ofensa injustificada a la persona (*iniuria*, supra II. A.), o a veces con una pena fija establecida (supra IV. B.). En el ámbito de aplicación de la Ley Aquilia, había surgido también la posibilidad de consideración del daño conexo a las lesiones a una persona libre, por los gastos para los cuidados y por la ganancia disminuida, mientras la valoración del cuerpo de la persona libre, es decir de la persona como tal, continuó siendo objeto de la tutela ahora recordada. En los códigos de JUSTINIANO, el delito de lesión y ofensa a la persona es sin embargo atraído al interior del Derecho penal de los libros D. 47-48, y esta inserción en el Derecho penal comporta su posterior destino diferente. El problema de la consideración del daño a la persona libre en el ámbito de la Ley Aquilia se acentúa, puesto que en este ámbito la pena pecuniaria privada no es establecida según aquello que es "bueno y equitativo", para luego desarrollarse, como se vio brevemente atrás, hacia el simple resarcimiento del daño.

La compleja historia de la consideración de las lesiones a la persona y de la valoración del llamado daño moral, y, por último, del llamado daño biológico, constituye ya de por sí señal de lo delicado de la sistematización del problema.

Me permito plantear el interrogante acerca de si, en caso de ofensas y lesiones a la persona, el enfoque que la base de nuestro sistema ofrece, de una obligación a favor de la víctima por una suma de dinero a título de pena privada, no constituye la base para un encuadre más correcto que el configurado sobre el enfoque del simple resarcimiento del daño. La pena privada involucra también un perfil aflictivo para el autor del ilícito, y sería determinada, como en el Derecho romano, según cuanto es "bueno y equitativo", o por un importe fijo, es decir, según un criterio que prescinde de la necesidad de referirse al perfil del daño; la referencia al daño podría agregarse limitadamente al sufrido por gastos para los cuidados, disminución de la ganancia, etc.

## V. EPÍLOGO

Para resumir las perspectivas que emergen y tienen un significado actual, considero que la materia de la responsabilidad extracontractual debe permanecer diferenciada sea de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones (*supra* III. D), sea de las otras formas de tutela frente a otras violaciones de los derechos sobre las cosas (*supra* IV. E). Luego, la misma debe ser en primer lugar expresión del principio por el cual la culpa, cuando produce un daño, debe ser castigada (*supra* II. A). Al lado de este principio, debe ser prevista una serie de supuestos típicos que admitan criterios de la responsabilidad llamada objetiva, o sin culpa (cada hipótesis típica debe ser discutida específicamente y prevista por el legislador; la experiencia antigua constituye una base que ofrece criterios, como el relativo a la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos, del propietario por el hecho de los animales domésticos, del titular de la empresa por el hecho de los dependientes, de aquel que goza de una cosa por los peligros que esta comporta para los otros, etc., y ciertamente este elenco debe ser enriquecido) (*supra* IV. C).

El principio de la persecución de la culpa cumple un rol también en lo que hace a la prevención de los daños (*supra* II. B). Sin embargo, desde el punto de vista únicamente de la responsabilidad por el daño ya acaecido, el objetivo de la prevención del daño no puede considerarse agotado, sino que por el contrario debe desarrollarse, y en este sentido las acciones populares resultan ser un instrumento oportuno para usar con este fin (*supra* IV. D.).

La tendencia del sistema, ya claramente presente en JUSTINIANO, es la de eliminar el perfil penal, y aflictivo, para los supuestos en examen y prever el simple resarcimiento del daño, pero el constante resurgimiento, incluso reciente, de atención a "resarcimientos punitivos" debe examinarse a la luz del dato, no cancelado del sistema, por el cual el resarcimiento en cuestión surgió con naturaleza de pena y perfil aflictivo (*supra* IV. E.). La tendencia resarcitoria ha comprendido, luego, la consideración de la persona que, en relación con la tutela de ésta confiada a los particulares, resulta considerada sólo por el daño que padezca; una recuperación de la posible función penal de una obligación a pagar una suma de dinero por la lesión que la persona haya sufrido parece particularmente significativa, sobre todo si la determinación de la suma misma se produce según aquello que es "bueno y equitativo", o sea una suma determinada, y se añade al enfoque del resarcimiento del daño, que permanece para los aspectos respecto de los cuales es adecuado (*supra* IV. G).

