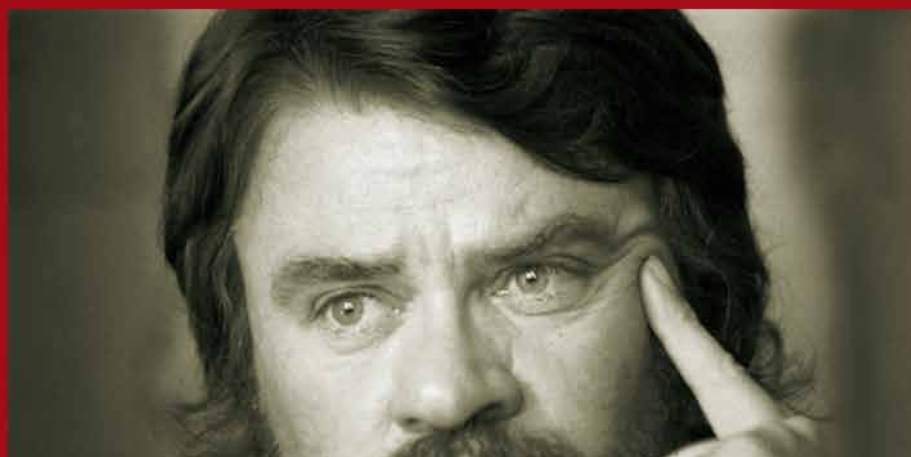


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO II



Capítulo 49

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-889-0

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

DE LA LEY AQUILIA A DIGESTO 9: PERSPECTIVAS SISTEMÁTICAS DEL DERECHO ROMANO Y PROBLEMAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL*

*Sandro Schipani***

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 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 sobre las personas naturales y jurídicas (capítulos II y III), de los actos y de la representación (capítulo IV) y de los derechos (capítulo V), sistematizan unitariamente los diferentes presupuestos y las diversas 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 (artículo 106, inciso 1), y por el otro, las violaciones o lesiones de derechos sobre las cosas o de la persona (artículo 106, inciso 2). Estos dos géneros son tratados en forma específica en las

* Me complace dedicar al colega Fernando de Trazegnies la versión en castellano de la ponencia por mí presentada al III Congreso Internacional «Derecho romano. Derecho chino. Codificación del derecho chino» (Pekín, 2005), en la que me ocupé de un tema que constituye una de las especialidades del homenajeado, autor de, entre otros, un profundo tratamiento sobre esta materia intitulado *La responsabilidad civil extracontractual* (DE TRAZEGNIES 1988), sobre el cual tuvimos oportunidad de conversar en su casa el 23 de septiembre de 1989, y que todos apreciamos. Respecto del original en italiano, en la presente versión solamente eliminé la remisión a volúmenes de traducciones en chino de las fuentes latinas.

** Profesor ordinario de Derecho Romano en la Universidad de Roma «Tor Vergata». Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires. Director del Centro Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos de la II Universidad de Roma «Tor Vergata».

dos secciones siguientes, que prevén respectivamente el cumplimiento del contrato (artículo 111 y ss.) y la violación, turbación, lesión de los otros derechos (artículo 117 C.C.). La ley sobre los Principios Generales fija luego algunas normas del todo comunes, esto es, el principio que exige el requisito de la culpa, salvo diversa disposición de la ley (artículo 106, inciso 3); el principio según el cual la fuerza mayor comporta la exclusión de toda condena, salvo diversa disposición de la ley (artículo 107); el principio relativo al cumplimiento y a la admisión de cumplimiento parcial (artículo 108); la obligación de indemnización de los daños producidos en el ejercicio de la prevención o tutela de derechos (artículo 109). En fin, después de esas dos secciones hay una 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, etcétera (artículo 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 seres humanos, y permite tener en cuenta sus matices, sobre los cuales es útil fijar la atención para introducir las necesarias distinciones.

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 hasta 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 (véase *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 (D.). Pasemos a observarlas¹.

¹ Sobre algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual en el derecho romano desarrollé una ponencia ya en el primero de nuestros congresos: «El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: culpa y tipicidad» (SCHIPANI 1995: 440 y ss.). En tal ponencia indiqué también sintéticamente la línea de lectura de muchos textos, cuya exégesis profundizada había hecho en mi

1. LA LEY AQUILIA

La ley Aquilia, del siglo III antes de Cristo, 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 sustituyeron, por un lado, los previstos en leyes precedentes sobre la materia², y por otro, constituyen la base sobre la cual se elaboró el principio general de la responsabilidad extracontractual para nuestro sistema.

1.1 Los elementos de la *fattispecie* (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 Digesta³. Las *fattispecie* originarias eran descritas a través de la identificación de cuatro 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, y b) la conducta que materialmente lo produce con un contacto físico entre autor y cosa sobre la cual esta 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, es decir, 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 cae en desuso)⁴.

trabajo precedente, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa* (SCHIPANI 1969); seré muy breve sobre cuanto ya expuse en tal ponencia y en el libro, y hago a ellos remisión.

² D. 9.2.1 pr.

³ D. 9.2.2 pr., Gai., Libro VII ad edictum provinciale. Lege Aquilia capite primo cavetur: «*Ut qui servum servamve alienum alienalve 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 damnnum faxit, quod userit fregerit 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 de 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 iustificación, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto aquella cosa valiere en los treinta días próximos”»).

⁴ D. 9.2.27.4; Gai. 3.215.

La ciencia jurídica republicana y clásica ha reelaborado estas *fattispecie*, reconstruyéndolas 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 del *pater familias*⁵; b) la conducta, que pasa a incluir toda acción u omisión considerada «causa» del evento de daño; c) la relación de causalidad entre la conducta y el evento, cuyo análisis se desarrolla como consecuencia del diferente modo de entender la conducta⁶; 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, en relación con 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 esta resulta reprochable por impericia, negligencia, imprudencia —en sustancia, por su ‘culpa’—⁷; 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 *pater familias*, se considera también la violación del derecho de este⁸; 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 reprochable⁹.

Gayo¹⁰ fija tres reglas con las cuales reinterpreta algunos puntos esenciales del texto de la ley: a) quien actúa con dolo o culpa lo hace en modo injustificado y debe resarcir el daño; b) las leyes no castigan a aquel que, en el ejercicio de una causa de justificación, provoca un daño; c) no es castigado aquel 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, al centro del título sobre la ley Aquilia se pone en evidencia la referencia a la culpa según una famosa

⁵ D. 9.2.7 pr. Con esta extensión se plantean muchos problemas relativos a la valoración del cuerpo de una persona libre. Véanse también D. 9.1.3 y D. 9.3.7, problemas inicialmente 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. (véase *infra*).

⁶ Véase 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 ejemplo, 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 Véase 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.

¹⁰ Gai. 3.211. Para la exégesis de este fragmento, véase SCHIPANI (1969: 249 y ss.).

definición de Quinto Mucio¹¹ 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 en potestad de otros¹², 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 misma¹³. En las *Instituciones*, se reformula la *fattispecie* configurándola 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; f) dolo o culpa.

Sería interesante desarrollar un rápido examen exegetico de D. 9.2, o solo de las *Instituciones* de Justiniano (J.) 4.3, pero no es posible hacerlo aquí¹⁴.

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 puede verse mi intervención ya citada (*supra*, nota 1), a la cual reenvío; una exégesis más profunda en SCHIPANI (1969: 133 y ss.; 1992a).

¹² Véase el importante y discutido D. 9.2.13 pr. De la consideración de la lesión a una persona libre derivan importantes desarrollos posteriores, como aquellos conexos al caso de muerte de la persona libre, que aparecen ya 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 en 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 el deterioro material de la cosa descrita por los verbos contenidos en el texto de la ley, *supra* mencionados, es superada en J. 4.3.16, parte final, donde se conduce al ámbito de la aplicación de la ley Aquilia un caso de daño producido al esconder a un siervo 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; este ha sido en parte reformulado y en parte integrado con agregaciones: J. 4.3 pr. deriva de 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 J. existen algunos agregados respecto al modelo gayano: una, bastante amplia, párrafos 4-8, a la cual se debe relacionar por contenido aquella de la primera parte del párrafo 14; y otras, menores, párrafo 1; párrafo 2, segunda parte; párrafo 9, segunda parte; párrafo 10, primera parte; párrafo 13, parte final; y párrafo 16, segunda parte. Considero que estos agregados, más que a otros modelos clásicos que no poseemos, están inspirados en los textos recogidos en el Digesto, que estaba ya casi completo: párrafo 1, por la citación de Marciano, de D. 32.65.4, parte final; párrafo 2, segunda parte, de D. 9.2.4 pr.; párrafo 4, de D. 9.2.9.4 y 10; párrafo 5, de D. 9.2.31; párrafo 6, de D. 9.2.8 pr.; párrafo 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; párrafo 8, de D. 9.2.8.1; párrafo 14, primera parte, de D. 9.2.30.3, inicio; párrafo 16, parte final, de 4.3.7.7. Limitándome a la problemática de la *culpa*, el agregado indicado, constituido por los párrafos 4-8 y las modificaciones en ellos realizadas de los textos del Digesto, que constituyen la base sobre la que se inspiran, expresan de modo directo el trabajo y la intención de la comisión de Justiniano.

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 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 pena¹⁵.

En la reprochabilidad de la conducta, que se expresa en las referencias al dolo o la culpa¹⁶, se concentra el fundamento para infligir una sanción a toda conducta en cuyo despliegue no se ha previsto 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 aquella de los juristas posteriores, para después desembocar en los artículos en la materia de los códigos civiles, que lo prevén (así por ejemplo, el artículo 1382-1383 del Código Civil francés; el parágrafo 823 del BGB/1900, Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil de Alemania); el artículo 2043 del Código Civil Italiano, de 1942; el artículo 2314 del Código Civil de Chile, de 1857; el artículo 1067 del Código Civil argentino, de 1871; el artículo 186 del Código Civil de Brasil, de 2003, etcétera); es también recogido en los *Principios generales* de la República Popular China, en su artículo 106, inciso 2, y considero que debe seguir siendo el principio cardinal de la materia.

1.2 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’,

Ellos encuentran una correspondencia en la modificación de Gai. 3.211 realizada en los párrafos 2-3, y en el agregado de la primera parte del parágrafo 14. Las primeras constituyen la ejemplificación; las segundas, la sistematización teórica. Sería útil analizarlas brevemente comenzando por las primeras; véase SCHIPANI (1969: 451 y ss.).

¹⁵ No puede compartirse la línea interpretativa sostenida por algunos estudiosos (Giovanni Rotondi, por ejemplo), también sobre la base de cuanto enuncian autores del 1600-1700 (Christian Thomasius, por ejemplo), 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 formulaciones precisas de los textos romanos y su rol en la misma maduración de los enfoques de tal escuela (no es este, por lo demás, el lugar donde 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.

sea ‘proveer’; es decir, también sin haber previsto concretamente el eventual daño, observar aquellas reglas de diligencia, pericia, prudencia, etcétera, que maduraron de la experiencia y del conocimiento del tipo específico de conductas, a fin de evitar que de ellas deriven efectos nocivos para los otros. 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 ellas derive un daño, una lesión, una ofensa¹⁷. 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 daño¹⁸.

2. LOS DELITOS Y LAS *FATTISPECIE* QUE A ESTOS SE ASIMILAN COMO FUENTE DE OBLIGACIÓN

2.1 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 con una colaboración para 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

¹⁷ Un texto en el cual resulta ejemplar el proceso lógico de construcción del concepto de culpa, incluyendo en este la falta de pericia y también la misma debilidad, que no justifica a aquel que está obligado a saber que para desarrollar determinada actividad debe disponer de cierta fuerza, es D. 9.2.8. Véase también, por ejemplo, J. 4.3.7. Una perspectiva particular se presenta en relación con J. 4.3.4: 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 a ello destinado), 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), etcétera. Estos argumentos, que no pueden ser aquí examinados, son relevantes en relación con situaciones particulares, pero no parecen en cambio ser decisivos, porque, por ejemplo, también la aseguración deviene más costosa para quien produce muchos daños. Ciertamente, la prevención se debe poder valer también de otros instrumentos, entre los cuales, por ejemplo, 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.

distinguiendo y reuniendo los modos en que surge¹⁹ o se extingue²⁰ esta relación jurídica específica; o, en el proceso, cuando se incumple y subsisten los presupuestos previstos, y se convierte en la obligación de cumplir la condena²¹. La sistematización de las fuentes de las obligaciones, luego, recibe ciertamente una contribución fundamental, aun si simplificada y perfectible, con la afirmación de que todas las obligaciones derivan de contrato o de delito²².

De esta división, la categoría que ha sido objeto de mayores profundizaciones ha sido siempre la del contrato²³. Aquí interesa la categoría del delito privado²⁴.

2.1.1 Los crímenes y delitos (*las cuatro fattispecie de delitos*)

Es sabido que el derecho romano se caracteriza por la presencia sea de crímenes públicos, sea de delitos privados. Los primeros son aquellos que lesionan a la comunidad, como por ejemplo el daño nocturno y el incendio de la cosecha²⁵; la violación de parte del patrono de la confianza que el cliente ha depositado en

¹⁹ Gai. 3.88 y ss.; 3.182 y ss.

²⁰ Gai. 3.168 y 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; cf., por ejemplo, Grosso (2001: 852 y ss.).

Respecto de esta división, se cita un texto de Aristóteles, *Ética a Nicómaco* 5.2.12-13; 1130b-1131a, que 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 (por ejemplo: compraventa, mutuo, fideiusión, comodato, depósito, locación) y no según la voluntad, o constreñidas (por ejemplo, acciones clandestinas: hurto, adulterio, envenenamiento, etcétera; acciones violentas: secuestro de persona, lesiones, homicidio, etcétera). Me parece que la misma pudo haberse tenido presente solo de modo muy general.

²³ Véase SCHIPANI (1992b: 16 y 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, etcétera. A propósito de 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, esto es, las *Res cottidianae* o *aurea*, se deba atribuir a Gayo; no es este el lugar 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, aquel privado; la locución 'delito privado' es usada solo en la rúbrica de D. 47.1 y en la Constitución de Justiniano Tanta 8.

²⁵ Véase XII Tablas, 8.8; 8.9; 8.10.

él²⁶; la *perduellio*, que incluía varias formas de traición, acuerdos con el enemigo o subversión del orden constituido²⁷; el homicidio²⁸, etcétera, sancionados con la consagración del culpable a una divinidad o con otras sanciones cuya irrogación involucraba a la comunidad misma. En cambio el hurto²⁹, el corte de árboles³⁰, las lesiones personales y la ofensa³¹, que luego serían reunidas por el pretor en la *fattispecie* general de ofensas injustificadas a la persona³²; el daño producido por animales, ya *supra* recordado³³; las hipótesis de daños³⁴, luego en parte abrogadas y sustituidas por la ley Aquilia sobre el daño injustificado, ya *supra* recordado; 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 material disponibilidad de las cosas propias respecto a la sustracción de las mismas, y a su integridad; la integridad física y moral de la persona).

2.1.2 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 en la muerte o en un sufrimiento o mutilación física por parte de la persona lesionada o de su *pater familias* al autor del hecho ilícito (por ejemplo, para el ladrón descubierto en flagrancia, el azote o la flagelación, y la ejecución capital o la asignación como siervo³⁵; para el autor de lesiones graves a un miembro de una persona, el talió³⁶, etcétera), pero luego se transformó en obligación del 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, sobre la base del cual el reo extinguía su responsabilidad por el hecho ilícito cometido, inicialmente era voluntario, fruto de

²⁶ Véase XII Tablas, 8.21.

²⁷ Véase Livio 1.26.

²⁸ Ley de Numa referida por Festo en la voz *Parrici<diu>*; luego, XII Tablas, 8.24.

²⁹ Véanse XII Tablas, 8.12 y ss.; D. 47.2.

³⁰ Véase XII Tablas, 8.11, sobre el cual D. 47.7.1.

³¹ Véase XII Tablas, 8.2-4.

³² Véase D. 47.10.

³³ Véanse XII Tablas, 8.6; D. 9.1.

³⁴ Véanse XII Tablas, 8.5; 8.11; D. 9.2.

³⁵ Gai. 3.189.

³⁶ Gai. 3.223.

un acuerdo, como podemos deducir además de las XII Tablas³⁷; 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 dinero³⁸ por fuerza de una obligación que nace directamente de la comisión de los delitos mismos³⁹, 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 protegidos⁴⁰.

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 éticamente correcto y concorde con la paridad de tratamiento; b) la solidaridad acumulativa, esto es, 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 extinguió la obligación de la otra; c) el concurso acumulativo con las pretensiones reipersecutorias, que tienen la función de reintegrar un daño patrimonial que derive o del incumplimiento de una obligación (véase también *infra* 2.4) o de la falta o inadecuada restitución luego de una usurpación o menor turbación de un derecho real (véase también *infra* 3-45); d) la intransmisibilidad pasiva frente a los herederos del reo⁴¹; e) la noxalidad, como alternativa entre pago de

³⁷ Véase 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 (cf. 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 aquellas 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.

A propósito de los cuatro supuestos que he citado, he indicado también que hubo intervenciones del pretor que, sin embargo, no modificaron el fundamento civilista de estos ni 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 solo 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'.

⁴¹ D. 47.8.2.27.

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, véase también *infra* 3).

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, en el permanecer primariamente personal; relacionada con el reproche social de un reo, con la ‘punición’ por una culpa suya (o dolo), y no con una problemática de repartición de los daños.

Gayo, entonces, en el texto de las *Instituciones supra* recordado, ha recogido el fruto de este desarrollo, madurado por más de dos siglos, y ha unificado sobre la base del concepto fuerte de ‘delito’ las cuatro *fattispecie* mencionadas⁴², de las cuales ha puesto en primer plano que son: a) fuente de obligación; b) paralelas al contrato⁴³.

2.2 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 (siglos II-I a. C.), la previsión de otros numerosos supuestos de hecho, a propósito de los cuales concede acciones pretorias con 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, ver también *infra*). Entre tales acciones existen también aquellas contra quien administra una nave, un local, o un establo o 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 recibidos⁴⁴, que deja ver una responsabilidad por el hecho del tercero que colabora en una empresa,

⁴² Gai. 3.182-225.

⁴³ Gai. Se podría subrayar que, en los delitos, el efecto del nacimiento de una obligación no es querido por el autor del hecho; mientras que en los contratos es querido, como se recalca específicamente en 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 siquiera un delito. Resulta confirmada una cierta insuficiencia de la bipartición, y también que la influencia de la bipartición de Aristóteles sobre la bipartición en Gai. 3.88 se debe aceptar en términos generales. 3.182-225.

⁴⁴ D. 4.9; D. 47.5.

aun sin culpa de aquel 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 función⁴⁵. Se pueden recordar las acciones por la corrupción del siervo⁴⁶, por la violación del sepulcro⁴⁷, por la violencia del encargado de la recaudación de los impuestos⁴⁸, por el juez que haya juzgado abusando de su poder⁴⁹, etcétera.

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 completa⁵⁰. En esta reelaboración, él, 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 para algunas alude a una similitud de sus efectos con aquellos relacionados con una acción de contrato, aun no siendo contratos⁵¹; para otras, y ello es para los supuestos del juez que haya abusado de su poder, 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, él observa que el autor del hecho resulta estar obligado ‘como de delito’⁵², pero no configura categorías unificadoras, y prefiere colocar en primer plano la tipicidad de cada una de estas «diversas figuras de causas». Él desarrolla una reflexión esencialmente atenta a la tipicidad, y da solo ejemplos, sin siquiera pretender hacer un elenco completo.

Estas intervenciones del pretor han, a su tiempo, integrado la tutela de bienes tutelados respecto de los delitos *supra* vistos, y ampliado la gama de los bienes tutelados. Algunos de estos supuestos típicos configuran una responsabilidad sin culpa afirmada en consideración de razones particulares de cada uno, que prevalecen frente a la coherencia lógica de la relación entre reprochabilidad de la conducta y punición; se desarrolla aquí la consideración de un rol no afflictivo de la sanción sino resarcitorio, sobre la base de exigencias de repartición de los daños.

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 24.

⁵¹ D. 44.7.5 pr.-3.

⁵² D. 44.7.5.4-6. Algunos estudiosos, sin embargo, piensan que esta es una posterior alteración del texto.

2.3 Las obligaciones que nacen de delito y como de delito en la sistematización de las *Instituciones* de Justiniano: J. 3.13.2

La sistemática de las *Instituciones* de Gayo está a la base de la de las *Instituciones* de Justiniano; en estas, sin embargo, se reúnen en forma programática las obligaciones civiles y las pretorias⁵³; por lo tanto, deben tratarse los supuestos de hecho que son fuente tanto de unas como de otras.

En las *Instituciones* de Justiniano se tratan sobre todo los cuatros delitos considerados por Gayo en sus *Instituciones*⁵⁴: en J. 4.1-4 se tratan unitaria y sucesivamente el hurto, la rapiña, el daño provocado injustamente y las lesiones y ofensas injustificadas a las personas. La figura del delito permanece con toda la complejidad que tenía para los clásicos a propósito de los bienes tutelados; y el significado de la obligación por una pena, en la cual el perfil aflictivo y 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 aquella criminal⁵⁵).

Siempre 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 solo las particularidades de cada supuesto y de los efectos previstos, se utiliza la ambigua locución unificadora presente en el citado texto de Gayo: ‘como de delito’⁵⁶. 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 para determinar su individualidad y el criterio de distinción respecto a la otra. Estas dos categorías se agregan a una reflexión paralela en materia de contratos, y así se presenta una cuatripartición de las fuentes 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’ son, por otra parte, como he evidenciado *supra*, heterogéneas. En el intento de volverlas homogéneas, emerge una línea interpretativa que, aun con atenuaciones, quiere reconocer un

⁵³ J. 3.13.1. Es necesario tener siempre presente que cada división en especies es contemporáneamente constitutiva, aun si solo implícitamente, 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 Véanse, por ejemplo, J. 4.3.11 y J. 4.4.8.

⁵⁶ D. 44.7.5.3-6.

genérico ‘haber pecado’⁵⁷ 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 al complejo sistema establecido en D. 9, al cual me referiré a continuación.

2.4 Las obligaciones de delito y ‘como de delito’. Su distinción de los efectos del incumplimiento de las obligaciones (la distinción de la responsabilidad extracontractual de aquella por incumplimiento de las obligaciones)

La particularidad de la obligación respecto de la variedad de los vínculos, deberes, cargas, etcétera, y las diferentes divisiones de sus fuentes, evidencian todas ellas la distinción entre responsabilidad extracontractual, que deriva de delito y figuras afines, vistas rápidamente *supra*, y responsabilidad contractual, que es consecuencia del incumplimiento de obligaciones. Este último ocurre al interior del específico vínculo obligatorio existente entre las partes, que posee las características *supra* 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 cuanto a 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 por ejemplo, entre comodato y hurto⁵⁸, entre locación y hurto⁵⁹, entre locación y daño injustificado⁶⁰ etcétera; las dos formas de responsabilidad, por otra parte, permanecen diferenciadas.

La distinción de la responsabilidad extracontractual de aquella por incumplimiento de las obligaciones ha guiado la reflexión de los juristas romanos y de los posteriores para desembocar en los artículos sobre la materia de los códigos civiles, sea en aquellos en los cuales ella se continúa configurando sobre las categorías de ‘delito’ y ‘cuasi delito’ (Código Civil de Francia de 1804, artículo 1370; Código Civil italiano de 1865, artículo 1097; Código Civil chileno de 1857, artículo

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, etcétera.

2314; Código Civil argentino de 1871, artículo 1073), sea en aquellos en los cuales se utiliza la categoría del ‘acto’ o ‘hecho ilícito’ (BGB, Código Civil alemán de 1900, artículo 823; Código Civil italiano de 1942, artículo 1173). También los proyectos de unificación del derecho en Europa van en esta dirección, común, como se señaló al inicio, a los Principios Generales del Derecho de la República Popular China (artículos 111 y ss.)⁶¹.

3. LA CONSTRUCCIÓN DEL LIBRO 9 DEL DIGESTO

3.1 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

En cuanto a las figuras de los delitos y aquellas 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, de los cuales algunos coinciden con las formas más graves de los hechos ilícitos que se comprenden en las figuras de los delitos privados (por ejemplo, la ley Cornelia sobre lesiones y ofensas a las personas identifica un crimen público en el cual es posible 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 afflictiva pública y obligación por una pena pecuniaria privada⁶². A este proceso de «publicización» de la reacción 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

⁶¹ Véanse los resultados de los trabajos del grupo coordinado por Von Bar, y el del Grupo de Trabajo sobre Actos Ilícitos (de este, véase EUROPEAN GROUP OF TORT LAW 2005).

Un encuadre que parece unificar la ‘responsabilidad’ lo encontramos por último en Francia, en el reciente Preproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones (CATALA 2006); en este, en efecto, existe una parte dedicada de modo unitario a la ‘responsabilidad civil’ (coordinadora: G. Viney), proponiendo con ello una sensible modificación del Código Civil francés vigente (artículos 1146 y ss.; 1382 y ss.). Sin embargo, luego, la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual se introduce nuevamente; en efecto, en relación con los presupuestos de los cuales deriva la responsabilidad, el Preproyecto identifica, sea elementos comunes (artículo 1343 y 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 (artículos 1352 y ss.; 1363 y ss.), por lo que uno es el supuesto del cual deriva responsabilidad extracontractual y otro aquel del cual deriva responsabilidad contractual. El Preproyecto reafirma después el principio propio de la tradición francesa por el cual, en presencia de ilícito contractual, no se puede optar por la responsabilidad extracontractual (artículo 1341, inciso 2), para tutelar las cláusulas específicas que las partes pueden haber convenido con el objeto de regular la responsabilidad contractual misma.

⁶² Véanse por ejemplo D. 47.10.5.7, etcétera; J. 4.4.8.

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 forma⁶³. Esta posibilidad —el directo acercamiento 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 resarcimiento⁶⁴).

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 se guía por la ciencia jurídica que viene elaborando obras específicamente dedicadas a la represión de los hechos ilícitos⁶⁵.

Si en las *Instituciones* de Justiniano permanece, como vimos, la sistemática institucional de Gayo, en los *Digesta* en cambio se recogen los frutos del encuadre antes visto: 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, esto 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 se inicia durante el principado en el ámbito de la ya mencionada nueva forma de proceso, y a los crímenes públicos, cuyo origen radica en el sistema procesal de los jurados populares; estos tres grupos de hechos ilícitos constituyen el nuevo, articulado, derecho penal⁶⁶. El cuarto delito, esto es, el daño injustificado, constituye la parte central del Libro D. 9.

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

⁶⁴ Véanse J. 4.6.18 y ss.

⁶⁵ Véanse por ejemplo las obras De los juicios públicos de Marciano, Venuleyo, Meciano, Macro y 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, Paulo y Ulpiano; la ley Julia sobre los adulterios; la obra de Marciano Al Senadoconsulto Turpilliano, etcétera.

⁶⁶ Xue Jun ha iniciado la traducción de estos dos libros, uno de los cuales (D. 48) se publicó en Pekín el año 2005.

3.2 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 en 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 importante contribución sistemática.

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 Tablas⁶⁷, anterior a la ley Aquilia. El propietario del animal está obligado según las reglas de la noxalidad, sobre cuya base 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 mismo⁶⁸. 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 sobre la base de la ley Aquilia y no por el hecho del animal⁶⁹.

Sigue, como se ha dicho, el tratamiento de la ley Aquilia. A esta sigue ulteriormente, en D. 9.3, con un cambio de lugar respecto al precedente orden clásico⁷⁰, el tratamiento del edicto del pretor relativo al supuesto de las cosas que se han derramado o que han sido arrojadas desde un edificio en una vía pública o en 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 aquel que habita la casa, quien está obligado al pago de la pena pecuniaria fija establecida, en caso de muerte de una persona libre; por cuanto resulte equitativo, en caso de herida de una persona libre; por el doble, si derivan daños a cosas⁷¹. La razón por la cual aquel que habita el edificio está obligado incluso sin su culpa reside en la necesidad de seguridad para las personas en general, así como de compensar la dificultad de impedir los peligros derivantes de que se construyan edificios por cuya presencia y uso pueda derivar un daño que, aun en ausencia de 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 dinero⁷². A este edicto se agrega entonces, en el mismo título, el tratamiento del edicto relativo

⁶⁷ Véase XII Tablas, 8.6, citada 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 Véase LENEL (1927: 173 y ss.).

⁷¹ D. 9.3.1-5.5.

⁷² D. 9.3.1.1.

al supuesto de las cosas colocadas o colgadas en el cobertizo o alero del tejado de una casa, por cuyo peligro de caída sobre la vía pública cualquiera puede accionar —con la acción popular— por una pena pecuniaria establecida en vía preventiva frente a aquel que tiene tales cosas en esas condiciones⁷³.

El libro concluye con el tratamiento de la noxalidad (D. 9.4), también insertada con un cambio respecto al orden precedente⁷⁴, que evidencia la responsabilidad del propietario por el hecho de otra persona, el siervo, sometida 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 potestad de otros: el titular de la potestad misma, que es el único que puede ser llamado a juicio, está obligado a entregar al autor del delito⁷⁵. 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 sobre la base de tal cualidad suya, y se debe subrayar que él no está obligado por una culpa suya, tanto que si una culpa existiese, incluso solo por no haber impedido el hecho ilícito habiéndolo podido impedir, él respondería sobre la base de esta conducta omisiva reprochable como autor del hecho ilícito, y no a título noxal por el hecho del sometido.

3.3 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 se debe castigar la culpa que ocasiona a otros, sin causas de justificación, un daño lesivo de un bien jurídicamente tutelado, derivado de la ley Aquilia (*supra* 1.1), se coloca en el centro de este libro del Digesto y se integra agregándole algunos supuestos típicos en los cuales, por razones específicas y propias de cada uno, este principio se deroga y aparecen en cambio otros criterios sobre cuya base 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

⁷³ D. 9.3.5.6-13.

⁷⁴ Véase LENEL (1927: 159 y ss.).

⁷⁵ Véase también Gai. 4.76 y ss. Nótese que la acción no se intenta contra el *pater familias* que tiene al autor del delito bajo su potestad cuando comete el delito, sino contra aquel que lo tiene cuando se intenta la acción; y si el autor del delito se vuelve independiente de la potestad ajena, se intenta directamente contra él; mientras que si luego muere, la acción se extingue. También esta regla vuelve manifiesto que el *pater familias* está obligado sobre la base de una relación con el hecho ilícito fundada solo sobre la relación con el autor del hecho ilícito mismo.

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 desde este edificio se haya derramado o caído alguna cosa.

En este libro del Digesto se reúnen y componen unitariamente perspectivas que habían madurado en momentos y por exigencias diversos, construyendo la base de un sistema complejo fundado sobre un principio general, aquel de la culpa, capaz de expandirse dinámicamente a cualquier situación concreta, inclusive nueva (*supra* 1.1), y que se integra por hipótesis típicas de responsabilidad sin culpa, previstas por el legislador sobre la base de razones propias de cada una de estas, que inducen a considerar que el daño no sea soportado por quien lo ha sufrido, sino que sea de todas maneras adosado a otro sujeto.

El derecho romano, durante 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 año 1700. Sus primeras corroboraciones las encontramos en Italia e Inglaterra⁷⁶, y luego en Francia, aun cuando se usa poco en el Código Civil de 1804⁷⁷. El sustantivo ‘responsabilidad’ deriva del verbo latín *respondere*, verbo usado para indicar el «responder» a una pregunta asumiendo una obligación, garantizando alguna cosa. Este verbo se usa luego también para indicar el responder a una acusación, a una citación por un juicio a causa de hechos ilícitos y, en fin, para indicar el ser llamado a soportar las consecuencias de un hecho ilícito y una condena⁷⁸. 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 aquellos que constituyen la base de la responsabilidad de personas sin 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 diversos criterios de conexión —propiedad y/o uso de una cosa

⁷⁶ El término *responsibility*, en inglés, procede de la lengua latina, como muchas otras palabras inglesas del lenguaje jurídico (*contract, obligation*, etcétera).

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

⁷⁸ Sobre el origen de este término, véase SCHIPANI (1992a: 129 y ss.). Allí refiero resultados nuevos sobre el origen de este, que cambian respecto a lo que se afirmó 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.

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, etcétera—. En el ámbito de este enfoque unitario parece que se buscara el correcto equilibrio entre la regla «la culpa, que provoca un daño, se debe punir» —que si fuese la única regla podría llevar a limitar siempre el resarcimiento 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 solo 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, sobre la base de los cuales un sujeto, también sin su culpa o hecho, está obligado al pago de una sanción pecuniaria relacionada con el daño producido, integra el principio mismo con el criterio de la tipicidad en el reconocer circunstancias en las cuales el daño debe de todas maneras resarcirse.

Este equilibrio es perseguido, aunque con oscilaciones que unas veces llevan a comprimir o reducir las hipótesis de responsabilidad sin culpa⁷⁹, y otras, en cambio, pretenden poner en el mismo plano la responsabilidad objetiva, que puede valer también para sectores enteros, pero siempre específicamente determinados.

3.4 La prevención y las acciones populares

Poco antes dejé en evidencia el rol de prevención respecto del evento de daño que se realiza a través del deber de observar las reglas de diligencia, pericia y prudencia, y a través de la punición de la culpa, que es la falta de observancia de tales

⁷⁹ Ya en otra ocasión he indicado que el Código Civil italiano de 1942 reafirma el principio de la culpa (artículo 2043) y lo integra con otras hipótesis típicas de responsabilidad relacionadas con otros criterios: por ejemplo, en materia de responsabilidad por la conducta de terceros (artículos 2047, sobre el daño causado por el incapaz; 2048, sobre la responsabilidad de los padres, tutores, preceptores y maestros; y 2049, sobre la responsabilidad de patrones y comitentes; así como la ley 117 de 1988, sobre el resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de las funciones judiciales); por cosas y actividades peligrosas (Código Civil, artículos 2051, sobre el daño causado por cosas en custodia; 2052, sobre el daño causado por animales; 2053, sobre la ruina de edificios; 2054, inciso 4, sobre la circulación de vehículos; 2050, sobre la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas; así como el decreto de la Presidencia de la República [DPR] 1124 de 1965, artículo 2; y Código de Navegación, artículos 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; y DPR 224 de 1988, sobre la responsabilidad por daño de productos defectuosos).

reglas. En relación con los supuestos de hecho por los cuales, debido a razones particulares, se prevé una responsabilidad sin culpa, decae incluso la correlativa función de prevención que cumple el deber de diligencia, pericia y prudencia. El D. 9 admite, en el título 3, el uso, incluso antes de la realización del hecho lesivo, de las acciones populares, mediante las cuales cada ciudadano participa en la actividad de prevención⁸⁰.

El recurso a este instrumento fuerte de inclusión de los ciudadanos es una riqueza adicional de esta regulación, aprovechada por pocos códigos civiles (cf. el Código Civil de Chile de 1857, artículos 2333 y 2334⁸¹) pero que integra muy oportunamente los instrumentos propios de la responsabilidad y amerita ser analizado con atención para reforzar el momento de prevenir el daño respecto a aquel del resarcimiento.

3.5 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): propiedad⁸², enfiteusis⁸³, usufructo⁸⁴, cuasi-usufructo⁸⁵, obras de los siervos⁸⁶, uso y habitación⁸⁷, y servidumbres prediales⁸⁸. 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 restitución⁸⁹, o del usufructo⁹⁰, o de las servidumbres⁹¹, etcétera; la acción negatoria ejercitable por el propietario

⁸⁰ Las acciones populares pueden tener una amplia utilización también en otros ámbitos, así como en presencia de daños ya producidos, pero claro, antes de que exista un lesionado; y sobre todo, 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 Véase la traducción 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 de superficie explica la falta de colocación en estos libros; véase D. 48.18.

⁸⁹ D. 6.1-2.

⁹⁰ D. 7.6.

⁹¹ D. 8.5.

contra quien ejerza otras turbaciones en relación con la cosa, sosteniendo ilegítimamente la titularidad de un derecho real sobre cosa ajena⁹², etcétera⁹³.

La cercanía de D. 9 al tratamiento de los derechos reales refleja la prevalencia de la tutela de los intereses de los propietarios contenida en tal título⁹⁴; pero la distinción, como quiera que sea, es neta, aun si existe una coordinación relativa a aquellas que podrían ser calificadas como zonas de contacto. La agresión de la propiedad que consiste 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 aquel que la ha llevado a cabo, una obligación de pagar una sanción pecuniaria. El derecho real consiste en una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa, y no requiere una cooperación activa de los otros; correspectivamente, 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 misma⁹⁵: 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, etcétera, que vuelvan más articulado el objeto de la restitución, pero ello no altera la esencia ni 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, por ejemplo un hecho de daño injusto a una cosa objeto de acción real; en estos casos, la tutela sobre la base de la ley Aquilia se realiza con un procedimiento independiente, pero, por razones de economía procesal, vemos que también puede tratarse dentro de la acción real; ello, sin embargo, solo con la condición de que el actor renuncie a la independiente acción de delito, condición que confirma la distinción

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, etcétera, ni sobre la sistemática de su tratamiento (D. 10.1; 39. 1; 39.2; 39.3; 43.16-24).

⁹⁴ He indicado líneas antes cómo la tutela por los daños ocasionados a una persona libre, basada en la ley Aquilia, es el fruto del desarrollo apenas iniciado, y lleno de problemas. He indicado, además, cómo en cambio la tutela para el hurto fue atraída en 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 GROSSO (1944: 232 y ss.).

estructural entre estos dos tipos de tutela de las cosas⁹⁶. La distinción entre estas dos formas de tutela permanece nítida⁹⁷. 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 para la conservación de una situación posesoria en acto y la prevención respecto de peligros futuros⁹⁸.

3.6 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, en el orden sistemático del Digesto, la separación del daño injusto de los otros delitos privados, en el momento en que estos son reunidos en el ámbito del derecho penal, expresa un alejamiento de la concepción según la cual la categoría del delito privado es portadora. Esto 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 ya está potencialmente presente un enfoque que puede llegar a cancelar del todo el carácter penal; y que, en consecuencia, arriba a una concepción puramente resarcitoria del daño, con todas sus implicancias de acuerdo con los caracteres del delito *supra* 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 al centro de esta regulación, y que, como *supra* fue visto, es más explícito en el tratamiento de las *Instituciones* (*supra* 2). Al parecer, las dos perspectivas buscan un punto de encuentro.

No obstante el hecho de que algunos códigos civiles conservaran la categoría del 'delito', y del 'cuasi delito' (*supra* 2.4), 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, por ejemplo, según el Código Civil francés de 1804, artículo 1382 y 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 y 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.

⁹⁶ Véanse D. 6.1.13.14; D. 6.1.27.2; D. 6.1.36.1. Sobre el punto, véase SCHIPANI (1971).

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

⁹⁸ Los instrumentos de tutela posesoria son tratados en el Digesto prevalentemente en el Libro D. 43, como fue *supra* indicado; en el Código Civil italiano de 1942, véanse los artículos 1168 y ss.

Sin embargo, el problema merece ser señalado y nuevamente discutido, y es un síntoma el hecho de que un reciente proyecto francés lo reproponga de modo explícito. En efecto, en tal proyecto se prevé la determinación de un ‘daño punitivo’; es decir, se prevé (artículo 1371) que en caso de una culpa manifiestamente deliberada, especialmente de una culpa lucrativa, el autor puede ser condenado a pagar, además del ‘daño compensatorio’, un ‘daño punitivo’, distinto del primero y no asegurable, y con el cual, además, «el juez tiene la facultad de 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 examinado con utilidad, en primer lugar partiendo de cuanto el sistema pone a disposición, adecuándolo a las nuevas exigencias.

3.7 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* 2); 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* 1.1.), o a veces con una pena fija establecida (*supra* 3.2.). 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 las curas y por la ganancia disminuida, mientras que 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 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 fue brevemente visto *supra*, 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 afflictivo para el autor del ilícito, y sería determinada, como en el derecho romano, según cuanto es 'bueno y equitativo', o por un importe fijo, esto es, según un criterio que prescindiera de la necesidad de referirse al perfil del daño; la referencia al daño podría agregarse limitadamente al sufrido por gastos para las curas, disminución de la ganancia, etcétera.

EPÍLOGO

Epilogando 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* 2.4), sea de las otras formas de tutela frente a otras violaciones de los derechos sobre las cosas (*supra* 3.5). Luego, la misma debe ser, en primer lugar, expresión del principio por el cual la culpa, cuando produce un daño, debe ser castigada (*supra* 1.1). Al lado de este principio se deben prever 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, etcétera, y por cierto este elenco debe ser enriquecido) (*supra* 3.3).

El principio de la persecución de la culpa cumple un rol también en lo que hace a la prevención de los daños (*supra* 1.2). 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; en este sentido, las acciones populares resultan ser un instrumento oportuno para usar con este fin (*supra* 3.4.).

La tendencia del sistema, ya claramente presente en Justiniano, es eliminar el perfil penal y afflictivo para los supuestos en examen, y prever el simple resarcimiento del daño; pero el constante resurgimiento, incluso reciente, de la 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 afflictivo (*supra* 3.6.). La tendencia resarcitoria ha comprendido, luego, la consideración de la persona que, a propósito de la tutela de esta confiada a los particulares, resulta considerada solo 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’, es decir, una suma determinada, y se añade al enfoque del resarcimiento del daño, que permanece para los aspectos respecto a los cuales es adecuado (*supra* 3.7).

BIBLIOGRAFÍA

CATALA, Pierre (coordinador)

2006 *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés*. Libro III, títulos III y XX. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DE TRAZEGNIES, Fernando

1988 *La responsabilidad civil extracontractual*. Dos tomos. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW

2005 *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*. Nueva York: Springer Wien.

GROSSO, Giuseppe

1944 *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*. Turín: G. Giappichelli.

2001 «Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana». En GROSSO, Giuseppe. *Scritti storico-giuridici*. Tomo III. Milán: G. Giappichelli, pp. 852-861.

LENEL, Otto

1927 *Das edictum perpetuum*. Tercera edición. Leipzig: Tauchnitz.

SCHIPANI, Sandro

1969 *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*. Turín: G. Giappichelli.

1971 *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*. Turín: G. Giappichelli.

1992a «Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità». En MILAZZO, Francesco (editor). *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti Convegno Copanello (1990)*. Nápoles: Scientifiche Italiane, pp. 129-187.

1992b «Osservazioni sulla sistematica delle fonti delle obbligazioni e sulla categoria del contratto». *Faxue Yicong*. Beijing, número 4.

1995 «El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: culpa y tipicidad». Traducción al chino de Fei Anling-Zhang Lihong. En *Diritto romano. Diritto cinese e codificazione del diritto civile. Atti del Congresso di Pechino (1994)*. Pekín.